

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Paulo Henrique de Oliveira

**Direito Indígena à Saúde: Proteção Constitucional e
Internacional**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2009**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Paulo Henrique de Oliveira

**Direito Indígena à Saúde: Proteção Constitucional e
Internacional**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, -- sub-área de concentração Direito Constitucional -- pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Flávia Piovesan.

**São Paulo
2009**

BANCA EXAMINADORA

*Às mulheres que mais admiro e que mais
contribuíram na minha formação*

IRENE TOSCAN DE OLIVEIRA, *minha mãezinha*

FLÁVIA PIOVESAN, *minha professora de Direitos
Humanos, pelo testemunho inspirador na direção dos
meus passos na promoção da dignidade humana*

MARIA GARCIA, *minha professora de Direito
Constitucional, por acreditar nos humildes e
solidarizar-se com meus sonhos e dificuldades*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA, *minha primeira
orientadora e anfitriã na pesquisa científica*

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais SEBASTIÃO e IRENE – de Itapejara D'Oeste/PR – e irmãos, JOÃO, MÁRCIA e LUCIANA, cada qual com sua peculiar e imensurável colaboração na conquista dos meus desideratos (*Me perdoem pela omissão e por desguitar daquilo que sonhavam pra mim... sou feliz na academia*).

À FLÁVIA PIOVESAN pela orientação nessa dissertação, pela atenção, compreensão e, mormente contribuição intelectual. As centelhas propulsoras dos direitos humanos que lançou em suas aulas e, privilegiadamente nas orientações, estão entalhadas em minha formação e jamais se apagarão.

À professora MARIA GARCIA, por encorajar-me no ingresso do curso e laborar comigo na sua conclusão. Fez-se a concreção desse sonho com seu crucial auxílio.

Agradeço a professora SILVIA PIMENTEL pelas oportunas orientações ofertadas no exame de qualificação desta dissertação.

À TEREZA RODRIGUES VIEIRA por incentivar a continuidade da caminhada acadêmica iniciada na graduação nos programas de iniciação científica, orientando-me no melhor caminho, sempre com zelo, carinho e amizade.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica, em especial, além dos já citados, LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO e MARIA HELENA DINIZ.

À CAPES, pela bolsa financiada.

Aos colegas e professores do Curso de Especialização em Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, especialmente ao professor DALMO DE ABREU DALLARI pela orientação no trabalho monográfico conclusivo, cujos reflexos agora se sentem nesta dissertação.

Aos amigos (*abarés*) RICARDO GUTIERREZ e HILONÊS NEPOMUCENO por partilharem comigo seu espaço e aspirações.

Ao colega, professor RICARDO VICTALINO DE OLIVEIRA pelos significativos apontamentos exarados nos constantes – calorosos, e não findos – debates que travamos no desenvolvimento desta dissertação.

Ao Dr. MARCEL ROTOLLI GUIMARÃES DE MACEDO e demais companheiros da 1ª Vara da Fazenda Pública – Curitiba, pela compreensão quando do curso das disciplinas.

Aos novos amigos, RODRIGO CIPRIANO e NILTON ALONSO, incansáveis revisores.

Meus agradecimentos aos pesquisadores da RENISI/MS e FUNASA, pela troca de informações e materiais.

Finalmente, cumpre-me agradecer aos membros da “tribo” que me identifico e sou identificado: BOSCARDINS, CLÉIA, CRIS, DALVA, DERICO, DUDU, GUELHER, GUIDE, JAMPIERRE (*in memorian*), JU, LAERTE, LUIZINHA, LUZIA, MA, MICHA, MO, PATRICK, PAULA, RAFA e RÔ. Vocês sabem quanto lutei e quanto me apraz a consecução deste sonho.

“Tupã quis que estes olhos vissem antes de se apagarem o gavião branco junto da narceja.

O Abaeté derrubou a fronte aos peitos, e não falou mais, nem se moveu mais.”

(JOSÉ DE ALENCAR – *Iracema*)

“Temos hoje um desafio, de mostrar à nação que existe um povo e que este povo faz parte da sociedade como um todo e quer ter direitos sociais, deveres e obrigações em nível de Estado.”

(PEDRO CORNÉLIO SEG SEG, cacique Kaingáng)

RESUMO

A presente dissertação trata do direito dos povos indígenas à saúde, sua proteção constitucional brasileira e internacional (Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Organização das Nações Unidas). Desde os idos da colonização, a saúde dos povos indígenas apresenta-se em pior situação que a dos não-indígenas. Atualmente, inúmeras comunidades indígenas vivenciam precárias condições de saúde com índices expressivos de vítimas, sobretudo crianças, por desassistência médica – quadro agravado pela transfiguração étnica, pela degradação ambiental e pelo empobrecimento indígena. Não obstante, os direitos indígenas e, especialmente, o direito à saúde têm sido fortalecidos nos âmbitos constitucional e internacional dos direitos humanos. Nesse cenário, emerge o desafio de articular os postulados constitucionais e internacionais, com o propósito de concretizar o direito indígena à saúde. É imperioso, para tanto, investigar a definição jurídico-constitucional de índio-indígenas; a evolução constitucional dos direitos indígenas; os vetores constitucionais do direito à saúde indígena; a afirmação internacional dos direitos humanos dos povos indígenas e a proteção internacional do direito à saúde.

Palavras-chave: Saúde – Povos Indígenas – Constituição – Direitos Humanos

ABSTRACT

This essay aims to examine indigenous peoples' right to health, particularly its protection by Brazilian constitutional law and by international law. Since colonial times indigenous peoples' health are inferior to non-indigenous. Several indigenous communities experience dire health conditions, with numerous casualties, especially within children, in virtue of the lack of medical care. Such poor conditions are worsened by ethnic transfiguration, environmental degradation and indigenous impoverishment. Notwithstanding, indigenous peoples' rights – and, in particular, its right to health – have been gaining strength in constitutional and international human rights law. In this scenario, emerges the challenge of articulating constitutional and international regulation, in order to render indigenous peoples' right to health effective. To that purpose, it is necessary to investigate how the law defines indigenous peoples; the constitutional evolution of indigenous rights; the constitutional principles of indigenous peoples' right to health; the international recognition of indigenous peoples' human rights and the international protection of the right to health.

Keywords: Health – Indigenous peoples – Constitution – Human Rights

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU)
- CDH – Comitê de Direitos Humanos
- CEDAW – Comitê sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*Committee on the Elimination of Discrimination against Women*)
- CEDR – Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial
- CESCR – Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*)
- CF – Constituição Federal (1988)
- CIMI – Conselho Indigenista Missionário
- Comitê CDC – Comitê sobre os Direitos da Criança
- CONAIE – Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
- Corte IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos
- EC – Emenda Constitucional
- ECOSOC – Conselho Econômico e Social (*Economic and Social Council*)
- FAO – Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação
- FUNAI – Fundação Nacional do Índio
- FUNASA – Fundação Nacional de Saúde
- HC – Habeas Corpus
- ISA – Instituto Sociambiental
- IWGIA – Grupo Internacional de Trabalho sobre Assuntos Indígenas (*Work Group for Indigenous Affairs*)
- OIT – Organização Internacional do Trabalho
- ONGs – Organizações não governamentais
- ONU – Organização das Nações Unidas
- OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde (OMS/ ONU)
- Oscip – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
- PCADESC – Protocolo Adicional a Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- PEASY – Plano Emergencial de Assistência à Saúde Yanomami
- PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

- PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais
 - PMA – Programa Mundial de Alimentos
- PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
- ROAR – Recurso Ordinário em Ação Rescisória
 - SPI – Serviço de Proteção dos Índios
 - STF – Supremo Tribunal Federal
 - STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região
- TRF2 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região
- TRF3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região
- TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região
- TRF5 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região
- UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura
- UNPFII – Foro Permanente sobre Questões Indígenas (United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
CAPÍTULO I – CONCEITO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE ÍNDIO-INDÍGENAS.....	22
1. Uma passagem pela filosofia da linguagem. Os signos e a semiótica. Semiose do signo “índio”	25
1.1. Análise histórico-etiológica do termo “índio”	28
1.2. Análise semântica do signo “índio”	29
1.2.1. Conceito antropológico-semântico de “índio”.....	37
1.3. Análise pragmático-jurídica do signo “índio”	41
2. O papel do intérprete jurídico-constitucional na semiose do signo “índio”.....	44
2.1. Limites da norma e da sua interpretação	46
2.2. Reconstrução do objeto dinâmico da norma: fins sociais e “novo” Direito Indígena	47
3. O conceito jurídico-constitucional de índio: Quem é indígena?.....	50
CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	61
1. O direito indígena pré-colonial. Sistemas jurídicos indígenas: existência e características principais	61
2. O direito indígena pós-colonização: Colisão entre os sistemas jurídicos indígenas e positivistas (europeus).....	66
3. O direito indígena no Período Colonial	68
4. História constitucional brasileira dos direitos dos povos indígenas: Da Constituição de 1824 à Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969.....	85
4.1. O período imperial: Constituição de 1824	86
4.2. Período Republicano: A Constituição de 1891	89
4.3. A Constituição de 1934	92
4.4. A Constituição de 1937	94
4.5. A Constituição de 1946	95
4.6. A Constituição de 1967 e Emenda nº 1 de 1969	98

5. Os direitos dos povos indígenas na Constituição Federal de 1988	101
5.1. Giro paradigmático: da integração por assimilação à interação indígena .	104
5.2. Cidadania indígena	105
5.3. Competência legislativa em matéria indígena	107
5.4. Garantias judiciais	107
5.5. Educação Indígena.....	110
5.6. Marco histórico: “Capítulo VIII – ‘Dos Índios’”, artigo 231	111
5.7. Nota conclusiva	116
6. Constituição e tratados de direitos humanos: o caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho	117
CAPÍTULO III – A SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS: HISTÓRICO E SITUAÇÃO ATUAL	137
1. Bosquejo histórico. Na trilha do contágio: “pea masá behari” (doenças de branco)	137
2. Conjuntura atual	152
CAPÍTULO IV – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS.....	165
1. Assunção constitucional da saúde à responsabilidade estatal: esboço histórico	165
2. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	168
3. Conceito jurídico constitucional do direito à saúde	172
4. Direito à saúde indígena: vetores constitucionais	174
4.1. Necessidade de interpretação sistemática e valoração dos princípios.....	174
4.2. Titularidade indígena ao direito à saúde.....	176
4.3. Princípios fundamentais informadores do direito indígena à saúde.....	178
4.4. O direito dos índios à saúde nos tratados de direitos humanos, como parte integrante do corpo constitucional: princípios informadores e fundamentalidade da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.....	183
4.5. Compreensão do artigo 231 à luz do direito do índio à saúde.....	185
4.6. Reconhecimento constitucional da cultura indígena e sua relação com o direito à saúde: medicina indígena, diversidade cultural do paciente indígena e intervenção cultural	190
4.7. Direito indígena de participação na política pública de saúde	193

4.8. Saúde indígena e meio ambiente	194
4.9. Competência na implementação do direito do indígena à saúde.....	196
4.10. Eficácia e exigibilidade dos direitos sociais: direito dos indígenas à saúde	203
4.11. Direitos sociais (direito à saúde), finanças e políticas públicas	214

CAPÍTULO V – O DIREITO INDÍGENA À SAÚDE NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: AMÉRICA LATINA

1. Constituição, Indigenismo e Indianismo na América Latina.....	223
2. Direitos indígenas nas constituições latino-americanas	229
2.1. Argentina	229
2.2. Bolívia	234
2.3. Chile	238
2.4. Colômbia	241
2.5. Costa Rica.....	244
2.6. Equador	247
2.7. México.....	249
2.8. Venezuela	251
3. Conclusão parcial	254

CAPÍTULO VI – SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

1. O ingresso dos povos indígenas na agenda do direito internacional e internacional dos direitos humanos	256
2. Os direitos humanos dos povos indígenas no sistema global de proteção dos direitos humanos	270
3. Proteção e mecanismos de supervisão do direito dos povos indígenas à saúde	279
3.1. Proteção do direito à saúde indígena	279
3.2. Proteção internacional dos direitos sociais: exigibilidade do direito à saúde	281
3.3. Mecanismos de monitoramento do direito à saúde (indígena).....	283
3.3.1 Mecanismos convencionais	283
a) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	283
b) Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos	286

c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.....	289
d) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.....	290
e) Convenção sobre os Direitos da Criança.....	291
f) Convenção nº 169 Organização Internacional do Trabalho.....	291
3.3.2 Mecanismos não-convencionais	292
a) Foro Permanente sobre Questões Indígenas	292
b) Relatoria Especial.....	294
CONCLUSÃO.....	296
BIBLIOGRAFIA	310

INTRODUÇÃO

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde... (Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 25)

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir...
(Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 12)

Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos...
(Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 11)

Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social... (Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, artigo 10)

Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados...
(Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais – Organização Internacional do Trabalho –, artigo 25)

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.... (Constituição Federal, artigo 6º)

A saúde é direito de todos e dever do Estado... (Constituição Federal, artigo 196)

Índios recorrem a lixão para sobreviver... (Folha de São Paulo, 22/02/2005)

Índios guarani andam até 20Km para conseguir uma ambulância...
(Folha de São Paulo, 18/03/2005)

Lideranças locais dizem que as mortes poderiam ter sido evitadas se os médicos estivessem na aldeia – há um mês eles não aparecem na região por falta de pagamento...
(Folha de São Paulo, 14/10/2005)

A índia guarani-caiua Eliane Martins, que tinha três meses e sete dias de vida morreu de pneumonia causada por desnutrição... A Funasa disse que desconhece o caso...
(Folha de São Paulo, 07/01/2006)

Água poluída causa doenças em índios...
(Folha do Paraná, 09/04/1999)

Índios fazem protesto contra falta de médicos e remédios...
(Jornal do Estado do Paraná, 20/01/2000)

A saúde indígena neste ano foi à bancarrota. Por todo o país há protestos das comunidades indígenas contra a falta de recursos que causou o aumento da desnutrição...
(International Work Group for Indigenous Affairs, 2007)

Os povos indígenas apresentam-se, de maneira geral, sob precárias condições de vida e de saúde... (Organização Pan-Americana da Saúde – OMS/ONU, 1998)

1. Delimitação do objeto

Disseminados pela terra *brasilis* viviam os indígenas, em perfeita higidez física e mental, situação rompida com a “invasão”¹ do Novo Mundo. Os índios “mais amigos nossos do que nós seus”², “lançados que foram numa história que não lhes concernia senão para aboli-los”³, experimentaram, de imediato e ininterruptamente, os catastróficos efeitos do contato sobre sua saúde. “Maíra, seu deus, estaria morto?”⁴ Teria os abandonado? Certamente, ao menos, em relação ao seu estado sanitário.

Desde os albos da colonização, o estado da saúde indígena apresenta-se debilitado. A proliferação de agentes patológicos – “compulsões bióticas” – pelos não-indígenas e, mormente, as alterações socioeconômicas, culturais e ambientais resultantes da transfiguração étnica contribuíram para manutenção da situação. Dados recentes evidenciam que a saúde dos povos indígenas brasileiros ainda é precária.

A despeito do quadro fático de reiteradas omissões e violações no tratamento da saúde indígena configurado ao longo da história, assiste-se, hoje, em flagrante descompasso, ao reconhecimento constitucional e internacional dos direitos sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde.

Do mesmo modo, avultando o paradoxo entre a realidade e as previsões normativas, tem-se observado o fortalecimento dos direitos indígenas nas Constituições contemporâneas. Destaque-se o exemplo latino-americano e, em específico, a Constituição Federal brasileira de 1988.

Nesse contexto, o propósito primeiro desta dissertação é analisar o direito dos povos indígenas à saúde na Constituição Federal de 1988 e no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos.

¹ “Sem medo de errar, pode-se dizer que o Brasil foi *invadido* e, por força das armas, o conquistador impôs seu poder. Tomou posse da terra e de seus habitantes.” JUNQUEIRA, Carmen. *Antropologia indígena*. Uma (nova) introdução. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2008, p. 78.

² CAMINHA, Pero Vaz. *Carta a El Rei D. Manuel*. São Paulo: Dominus, 1963.

³ CLASTRES, Pierre. *Crônicas dos índios guayaki*. O que sabem os Aché caçadores nômades do Paraguai. Trad. Tânia Stolze Lima e Janice Caiafa. Rio de Janeiro: Ed.34, 1995, p. 247.

⁴ Indagação feita por Darcy Ribeiro referindo-se ao contato com o colonizador, empós registrar: “Os índios percebem a chegada do europeu como um acontecimento espantoso, só assimilável em sua visão mítica do mundo. Seriam gente do sol, o criador – Maíra –, que vinha milagrosamente sobre as ondas do mar grosso[...]. Provavelmente seriam pessoas generosas, achavam os índios. Mesmo porque, no seu mundo, mais belo era dar que receber.” *O povo brasileiro*. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 35.

No campo constitucional, objetiva-se investigar a evolução dos direitos indígenas no constitucionalismo pátrio, a proteção do direito à saúde (in genere) e, particularmente, à saúde indígena. Serão apreciados os comandos constitucionais que conferem sustentação à matéria, examinando a contribuição da normativa internacional dos direitos humanos no sistema interno de efetivação do direito em foco, além de se refletir sobre modelos de direito comparado que cuidam da questão.

No âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, busca-se perquirir o progresso dos direitos indígenas na esfera internacional (proclamações de direitos e garantias) e analisar a proteção, a promoção e os mecanismos de monitoramento do direito indígena à saúde.

Avaliar o enredado panorama no qual a proteção da saúde indígena está situada, levando-se em conta os variados fatores que interferem na efetivação desse direito constitucionalmente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro – e cada vez mais relevante no cenário internacional – é, pois, a idéia que orienta a dissertação.

2. Estrutura do trabalho

De modo geral, o trabalho percorre dois campos normativos de proteção do direito indígena à saúde: constitucional e internacional dos direitos humanos (Sistema Global). Longe de representarem esferas distantes, herméticas e desvinculadas, estão indissociavelmente imbricados, devendo ser compreendidos como um todo ordenado.

O primeiro passo do estudo (*capítulo primeiro*) consiste em determinar os titulares do direito à saúde.

Questão tormentosa mesmo em outras áreas do conhecimento mais afinadas com a questão em tela – como a Antropologia e a Sociologia – é a identificação dos indígenas, de forma que se torna necessário definir quem, verdadeiramente, é o índio.

Esse enfrentamento ganha relevo para a ótica jurídica, pois dela deriva a inclusão ou exclusão da titularidade de direitos. Será investigada, nesse sentido, a normativa constitucional pertinente, buscando-se agregar elementos profícuos na identificação dos indígenas – o que, em última análise, justifica-se pela preocupação acerca da devida interpretação da norma.

Tendo por base a teoria de CHARLES MORRIS⁵, analisa-se a questão sob o prisma da semiótica conjugada ao direito, delimitando-se o “signo índio” inserido “na norma” em suas dimensões sintática, semântica e pragmática. No campo semântico, mostrou-se oportuno a aproximação do direito com a antropologia, transpondo-se, por conseguinte, a questão para a multidisciplinaridade. No campo pragmático (intérprete – interpretante), perquire-se o conceito de índio empregado pelos usuários – no caso, pelos tribunais (jurisprudência). Findando o capítulo, apresentam-se críticas e propostas interpretativas.

O *capítulo segundo* tem o fito de expor a (lenta) evolução dos direitos indígenas no Brasil, com maior ênfase no aspecto constitucional, desvendando-se os elementos determinantes – fáticos, axiológicos e normativos – e característicos das manifestações jurídicas que se relacionam com os povos indígenas desde o período que antecede a colonização até a Constituição de 1988. Nesse ponto, dedica-se especial atenção aos reflexos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho na matéria apreciada.

Num primeiro momento, expõem-se as características dos sistemas jurídicos indígenas pré-colonização. Optou-se por incluir essa abordagem em razão de três motivos: primeiro, porque os sistemas jurídicos indígenas consistem na mais antiga manifestação histórica do direito a eles aplicável – daí que sua supressão, por opção metodológica, poderia concorrer para indesejável “etnocentrismo jurídico”; segundo, porque a investigação do direito indígena revela as razões de colisão dos sistemas (indígenas e não-indígenas); terceiro, porque a compreensão dos sistemas jurídicos indígenas é fundamental para precisar o diálogo com os sistemas jurídicos positivados, em especial no que respeita à aplicação e à interpretação das normas de direito positivo.

Adiante, a análise volta-se para o período colonial. São apresentados os primeiros embates de natureza jurídica afetos aos índios, os quais surgiram já com o contato colonizador. A seguir, traz-se uma breve noção da história da conquista, da política colonizadora e de sua influência no direito indígena. Por fim, discorre-se sobre a legislação colonial indígena, notadamente no que concerne à escravidão, ao direito de guerra, ao direito à terra e à independência indígena.

⁵ *Fundamentos da Teoria dos Signos*. Trad. António Fidalgo. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1978.

Seguindo o devir histórico, a investigação adentra no estudo propriamente das Constituições brasileiras, culminando na Constituição Federal de 1988. Essa Constituição é concebida como a “Constituição do Índio” por ter operado um giro paradigmático em benefício da proteção dos indígenas e de seus interesses na órbita do Direito Constitucional, modelo esse que influirá profundamente na questão do direito à saúde.

Ultrapassado o texto de 1988 em tópico próprio, porém enquadrado no capítulo constitucional, analisa-se a inserção e os impactos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais – no sistema interno, abordando, nesse ponto, a discussão quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos (procedimento e *status* normativo), bem como a classificação da Convenção como essa espécie de tratado. Adotou-se a tese que proclama o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos – o que, em absoluto, serviu de orientação para o enfrentamento de todas as questões correlatas.

Delineada a proteção constitucional aos povos indígenas, caminha-se, então, para a realidade fática atinente à questão central do trabalho, qual seja, a saúde indígena.

O *capítulo terceiro*, cujo título carrega a expressão indígena “pea masá behari” (linguagem indígena que identifica as “doenças de branco”, ou seja, as enfermidades introduzidas em seu ambiente pelos não-índios), como já se pode pressupor, apresenta os malefícios do contato interétnico – colonizador e “civilizatório” – na saúde indígena, estabelecendo-se a história do contágio a partir da investigação das principais patologias.

Nesse capítulo, após investigação de dados disponibilizados pela FUNAI, FUNASA, OPAS/OMS-ONU, organismos internacionais, imprensa jornalística, organizações da sociedade civil e trabalhos acadêmicos, é apresentado também o panorama da atual situação da saúde indígena no país. A amplitude das fontes informativas trazidas à análise justifica-se pela insuficiência do sistema de informação específica sobre a saúde indígena disponibilizado pelos órgãos responsáveis por sua prestação.

Estabelecido o contexto em que se encontra a proteção da saúde indígena, com o fim de encorajar ações contundentes e permitir a devida interpretação dos institutos jurídicos, evidenciam-se os fatores que contribuem para sua formação e estabilização. Dentre estes o empobrecimento dos povos indígenas e a inter-relação

entre fome, desnutrição e saúde, sobretudo das crianças. Lança-se, ao final, uma “profecia” quanto ao futuro da saúde indígena.

Seguindo a esteira, adentra-se no *quarto capítulo*, que tem por objeto a proteção constitucional brasileira do direito indígena à saúde. Nesse sítio, examina-se a proteção constitucional do direito à saúde, apreciada em sua totalidade, para somente depois relacioná-la especificamente com a questão indígena.

O relacionamento das duas linhas de enfrentamento “saúde” e “indígenas” implicou a necessidade de compreensão dos pressupostos hermenêuticos e princípios constitucionais, temas que são perfunctoriamente enfrentados com o propósito de instrumentalizar a cognição dos demais pontos e institutos. Feito isso, passa-se à identificação e ao exame das principais disposições constitucionais atinentes ao direito indígena à saúde. Para tanto, analisa-se o direito indígena à saúde em sua relação com os princípios constitucionais fundamentais; princípios e regras existentes em tratados internacionais; direitos indígenas previstos no artigo 231 da Carta de 1988; direito de participação política; direito ao meio ambiente e competências constitucionais. Ainda nesse capítulo, discute-se a exigibilidade dos direitos sociais e sua relação com as políticas públicas.

O *capítulo quinto* aborda o direito indígena à saúde no direito comparado, particularmente na Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Venezuela e México – países latino-americanos selecionados a partir da classificação realizada por CLETUS GREGOR BARIÉ⁶ quanto ao grau de proteção constitucional conferida aos direitos indígenas. Antes de ingressar na análise comparada, discorre-se sobre direito comparado e indigenismo/indianismo latino-americano.

No aporte centrado nos países referidos, além da investigação constitucional, atentou-se também à recepção que se processou pelos respectivos ordenamentos constitucionais ao sistema da instaurado pela Convenção nº 169 – e seu *status* normativo, após internalizada. Ampliando-se a contribuição da investida no direito comparado, a jurisprudência constitucional atinente à saúde indígena e à Convenção é apresentada.

O *capítulo sexto* aborda inicialmente o ingresso dos povos indígenas no direito internacional, revelando sua contribuição para o surgimento desse ramo do direito e, precisamente, no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. No

⁶ *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2. ed., Mexico/Bolívia: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2003.

bojo deste sistema, estudam-se os instrumentos normativos ligados à proteção dos direitos indígenas e os mecanismos convencionais e extraconvencionais de monitoramento.

Impende, em termos epistemológicos, consignar que a pesquisa está circunscrita ao prisma constitucional e internacional dos direitos humanos. As investigações e explanações, pois, limitam-se exclusivamente a esses campos do conhecimento.

CAPÍTULO I – CONCEITO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE ÍNDIO-INDÍGENAS

“Não se deve aspirar à precisão em todos os conceitos como tão pouco se aspira a ela na manufatura de utensílios [...] Só se deve pedir a cada assunto exclusivamente o rigor que permite a natureza essencial [...] do seu objeto.”

(ARISTÓTELES⁷)

“O estudo das palavras e da linguagem em geral é da maior importância. Quando um vocábulo é empregado durante várias gerações para designar uma realidade, ele se apresenta cheio de conteúdo e significações. O nome é a experiência acumulada e constitui, de certa forma, o limiar ciência.”

(ANDRÉ FRANCO MONTORO⁸).

A investigação de todo e qualquer objeto da Ciência Jurídica pressupõe uma reflexão terminológica e conceitual (definição) pertinente ao problema que se pretende enfrentar, sob pena de comprometer-se a própria compreensão do trabalho e, principalmente, sua qualidade científica.

O problema terminológico e conceitual não se limita à compreensão dos termos (ou signos) em si e sua imbricação com os outros, enquanto “ferramentas de representação” dos objetos.

É necessário, *a priori*, compreender o conteúdo do objeto (que é representado pelo signo), suas delimitações e peculiaridades, para, posteriormente, investigar a pertinência (ou o êxito) do signo empregado, bem como a sua repercussão no intérprete (“interpretante”) e o seu aspecto pragmático (fenomenológico).

Nesse processo influem muitos aspectos, entre esses, o lingüístico (formal) e o contextual (contextos histórico, ideológico, político e sociológico em que se encontra inserido o objeto e no qual a utilização do termo é convencionalizada).

⁷ *Ética a Nicômaco*. Apud BOTELHO Pero de. Aristóteles: A categoria do ente humano na “Ethica Nicomachea”. In: *Kriterion Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais*, n. 17/18, jun./dez., 1951, p. 270.

⁸ *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 52.

Se é complexo perquirir a adequação do termo, não menos dificultosa é a definição (conceito) do objeto – ser ôntico. Ou melhor, a busca de respostas para questões como “o que é?”, “por que ele é?”, “como ele é?”. Nesse plano, não assusta que sobre cada objeto possa haver (ou haja) inúmeros conceitos, às vezes paradoxais.

Por analogia, seguindo a epígrafe de ANDRÉ FRANCO MONTORO – ao se referir ao “direito”, “conceituar índio é defini-lo”. A “definição” real “consiste em dizer o que uma coisa ou realidade é”⁹; logo, para definir algo – índio –, há que se descrever a sua essência.

Adeverte nesse sentido, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES que se poderia “compreender definições como asserções descritivas de essências que se encontram em algum lugar acima ou além daquilo que foi definido.”¹⁰

Quando se define uma “coisa”, corpórea ou não, circunscrevendo sua essência, há sempre o risco de incorrer-se na exclusão ou na inclusão inadequada de “aspectos”, “de facetas” que podem prejudicar a estrutura, a pureza da definição e, até mesmo, o ente definido (conceituado), assim como “as facetas” tolhidas ou indevidamente nela acrescidas. É o que ocorre, por exemplo, com índio (indígenas): sua definição lingüístico-contextual pode excluir indivíduos ou grupos que, no aspecto jurídico, pode ter como consequências a minoração da sua proteção e/ou o agravamento de seus deveres.

Essas noções introdutórias sobre a atividade de conceituar, compreender e interpretar a terminologia, ainda que sinteticamente apresentadas, quando lançadas sobre a questão indígena, são suficientes para justificar a inclusão desse capítulo em local topograficamente privilegiado, mormente, em face da constatação de que em torno da questão indígena, mesmo quando enfrentada em áreas especializadas (por exemplo, Antropologia, Etnologia, Sociologia), navegam inúmeras controvérsias conceituais e terminológicas.

Sob o prisma do Direito, as dificuldades podem ainda se agravar, já que o aporte conceitual-terminológico “indígena” não é propriamente uma preocupação dessa ciência. Algumas incursões sobre os termos pertinentes aos “direitos indígenas” são encontradas em passagens – geralmente breves – no Direito Constitucional, no Direito Civil, e recentemente têm ganhado espaço no Direito

⁹ MONTORO, André Franco. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁰ *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 27.

Penal. Mas, ainda assim, não se pode arguir que esses conceitos e termos já estejam assentados na seara jurídica, não obstante sejam fundamentais para a solução de alguns conflitos de interesse, para a aplicação da lei, para a proteção indígena etc.

Exemplificativamente, o conceito de “índio” pode interferir na punibilidade (Direito Penal), na capacidade civil e *ad judicium* (Direito Civil e Direito Processual), no alcance da proteção constitucional (como no direito à terra), nas relações laborais (Direito do Trabalho), na definição dos beneficiários de ações afirmativas (como na reserva de vagas em instituições de ensino), no recebimento de benefícios previdenciários, na aplicação de tratados internacionais (como na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho).

Ainda justificando a importância dos conceitos ou termos para os juristas, quer seja na investigação científica ou na aplicação do Direito Indígena, deve-se ressaltar que são apresentadas noções ou expressões próprias, tais como “etnia”, “populações indígenas”, “comunidades indígenas”, “sociedades indígenas”, “tribos indígenas”, “nações indígenas”, “povos vulneráveis”, “indígena como minoria”, e o próprio signo “índio”, todos esses conceitos e termos afinados com outras áreas do conhecimento que, ao serem empregados em contextos jurídicos tendem a ser usados e interpretados sem a devida análise e/ou distinção.

De acordo com essas diretrizes e com a contextualização da questão no âmbito jurídico, o objetivo desse capítulo não é a composição de um “glossário indígena”, mas sim uma apresentação da problemática conceptual e terminológica pertinente a dissertação.

Para que se possa alcançar tal propósito, a própria pesquisa conduz a um aporte multidisciplinar, fazendo-se necessário trazer à colação algumas noções filosóficas e lingüísticas, aporte esse direcionado pela ótica jurídica.

Aliás, talvez esse deva ser o proceder do operador do Direito na contemporaneidade, não só no atinente à temática indígena, pois só “a cabeça bem feita” – fazendo-se alusão aos ensinamentos de EDGAR MORIN¹¹ – permitirá ao jurista “compreender” – na acepção de GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR¹² – os fenômenos jurídicos atuais.

¹¹ MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 7. ed. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

¹² Assim ensina Goffredo da Silva Telles Junior: “Podemos explicar sem compreender. É o que acontece quando nosso conhecimento se limita ao Mundo Físico. Mas não podemos compreender sem explicar. Não podemos conhecer o sentido e o valor de uma coisa se não conhecermos a coisa em sua

1. Uma passagem pela filosofia da linguagem. Os signos e a semiótica. Semiose do signo “índio”

A preocupação com a origem, com o princípio de todas as coisas – “o homem, a natureza, o cosmo” –, assim como o processo de transformação, inquietação principal e primeira da filosofia, desde a pré-socrática, ambos deixaram de ser o foco do conhecimento no momento em que o homem se questionou sobre a possibilidade de conhecer.

Esse marco inicial impulsiona o surgimento da “teoria do conhecimento”¹³, da “ontognoseologia”. Preponderando o entendimento, que é o resultado da capacidade humana de conhecer e que sintetiza uma tese contrária ao ceticismo, os olhares passam a se voltar para o “conhecimento”, para o “conhecido”. Ou melhor, para a expressão, para a manifestação daquilo que se conheceu e/ou se conhece.

Nesse novo paradigma, ao qual já não interessa tanto o “ser” (associado à “metafísica”), nem o que dele se pode conhecer (v.g., a “teoria das formas” de PLATÃO, em *A República*), e nem mesmo como se conhece, o que passa a importar é o modo como o que se conhece é transferido, é representado.

Nesse contexto, a Filosofia da Linguagem adquire relevo, em especial no seu aporte à compreensão do significado ou ao sentido das expressões lingüísticas, como ratifica, por exemplo, a lição de KARL-OTTO APEL¹⁴.

Esse novo olhar e essa nova preocupação com a linguagem atingem todo o conhecimento, razão pela qual a Ciência do Direito também não pode se esquivar de seu enfrentamento.

Embora não consista em *novel* objeto da Ciência Jurídica, pois não há direito sem linguagem, sem interpretação, sem “signos”, são perceptíveis o crescimento das investigações em torno da Filosofia da Linguagem e a sua aplicação no Direito¹⁵.

materialidade”. TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Duas palavras. In: ALVES, Alaôr Caffé *et al.* *O que é a filosofia do direito?* São Paulo: Manole, 2004, p. 25.

¹³ Dentre as principais teorias originárias do conhecimento, são citadas as seguintes: o empirismo de Locke e Hume, o racionalismo de Descartes e Leibniz, e o criticismo de Kant.

¹⁴ Sustenta Karl-Otto Apel que a preocupação da filosofia contemporânea já não é mais a investigação da natureza ou essência das coisas ou do ente (Metafísica), nem a reflexão sobre o conhecimento (teoria do conhecimento - ontognoseologia), mas sim o significado ou sentido das expressões lingüísticas (linguagem). *La transformación de la Filosofía*. Madrid: Taurus, 1985, v. II, p. 317-8.

¹⁵ Nesse sentido Antonio Hernandez Gil: “Hoy es el lenguaje la entidad epistemológica

Nesse diapasão, também ressaltando não se tratar de “fato novo”, começa a ganhar clarividência científica¹⁶ e utilidade a aproximação do Direito com a Semiótica, dando voz ao que se tem denominado de “semiótica jurídica”.

As lições de PAULO DE BARROS CARVALHO evidenciam a importância atual da Semiótica para o Direito, posto que “a indagação do direito como fenômeno de linguagem e a presença da semiótica no seu processo de pesquisa e conhecimento firmam um marco decisivo na trajetória dessas investigações”.¹⁷ Prossegue o autor:

“A Ciência dos Signos [ou Semiótica], trouxe contribuições inestimáveis para resolver os problemas jurídicos e tirar o véu que encobria aspectos nebulosos de questões fundamentais, em grande parte suscitados por um tratamento inadequado, em virtude da ação de mecanismos cognoscentes pobres e envelhecidos, sem a potência necessária para enfrentá-los e discuti-los, na busca de esclarecimentos satisfatórios, seja para a Dogmática ou para qualquer das outras ciências que tomem o direito legislado como parte de seu objeto material.”¹⁸

Entre os ditos “problemas jurídicos”, referidos por PAULO DE BARROS CARVALHO, também é possível incluir a representação sónica (escrita) do “objeto” índio(s). Um exemplo é o artigo 231 da Constituição Federal de 1988: “São reconhecidos aos índios...”.

Nesses termos, no afã de melhor enfrentar a questão central deste trabalho, é válido adentrar a seara da Filosofia da Linguagem ou da Semiótica Geral. Advirta-se, nesse ponto, que comungamos da tese de que a Filosofia (em especial, a Filosofia da Linguagem) é uma investigação semiótica, tal como sustentada, entre outros, por UMBERTO ECO¹⁹.

Retomando o exemplo do artigo 231 do Texto Maior, dele já se pode extrair que a contribuição essencial da Semiótica para esse trabalho está relacionada à

preponderante. Todo lo que no es naturaleza, podría decirse, es lenguaje.” *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas, 1981, p. 113.

¹⁶ Cite-se a existência de periódicos especializados, como o *International Journal for the Semiotics of Law* e a *Revue Internationale de Sémiotique juridique*.

¹⁷ A visão semiótica na interpretação do direito. In: *Revista da Associação dos Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, Especial Direito, São Paulo, ano VI, n. 2, 1997, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁹ Da sua pena: “A semiótica demanda algumas questões filosóficas fundamentais. Imagino uma filosofia da linguagem que em vez de analisar somente nossa conduta verbal, analisa cada classe da produção de signos e a interpretação. A semiótica geral é para mim uma forma de filosofia, para ser honesto, penso que é a única forma aceitável de filosofia de hoje. Depois de tudo, quando Aristóteles disse que o Ser pode ser dito em vários modos, ele caracteriza a filosofia como uma investigação semiótica”. ECO, Umberto. Entrevista publicada originalmente na *The Harvard Review of Philosophy*, 1993, Harvard University. Trad. Daniel López Sarlot. In: *Revista Observaciones Filosóficas*, n. 4. 2007.

abordagem da linguagem escrita, à palavra enquanto signo e, de modo específico, ao signo “índio”, enquanto objeto dos intérpretes (legislador, aplicador e operador) do Direito Indígena.

Situada a importância da Semiótica e o que dela se pretende extrair para o problema a ser enfrentado – não olvidando a existência de divergências relacionadas ao tema (se semiótica ou semiologia, por exemplo), que por sua especificidade não interessam ao presente estudo –, algumas noções específicas da “semiótica jurídica” são inicialmente necessárias.

Até esse momento, no decorrer desse capítulo, não poucas vezes, falou-se em “signo”. Pode-se definir “signo” como sinal (*Semeion*, que é matriz etimológica de semiótica, equivale a “sinal”). O signo em si é um objeto, que tem a finalidade de representar um objeto ou acontecimento, que tem a significação de símbolo²⁰. A palavra “índio”, enquanto termo escrito, por exemplo, é um signo que pretende representar o “indivíduo indígena”.

O processo pelo qual algo funciona como signo pode ser chamado de “semiose”²¹. Esse processo envolve três fatores, segundo CHARLES MORRIS: (1) “aquilo que atua como um signo”; (2) “aquilo a que o signo se refere”; e (3) “o efeito sobre um intérprete em virtude do qual a coisa em questão é um signo para esse intérprete”²².

O fator (1) é por MORRIS denominado de “veículo sígnico”; o (2), “designatum”; e o (3), “interpretante”. O intérprete aparece com um quarto fator.

Aplicando essas lições ao problema em questão, pode-se ilustrar com o seguinte exemplo: O juiz, ao enfrentar um conflito territorial (fator 3 – interpretante) envolvendo indígenas (fator 2 – designatum), coteja o artigo 231 da Constituição Federal (fator 1 – veículo sígnico).

A partir da tríade “veículo sígnico – designatum – interpretante”, CHARLES MORRIS estabelece as relações (“diádicas”) possíveis entre os fatores: relação dos signos com os objetos, denominada de “dimensão semântica da semiose”; relação dos signos com os intérpretes, chamada de “dimensão pragmática da semiose”. MORRIS faz ainda referência a uma terceira relação, a formal dos signos uns com os outros, denominada de “dimensão sintática da semiose”.

²⁰ MAMAM, Jannete Antonios. Língua e linguagem: os artificios e a verdade jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 98, 2003, p. 504.

²¹ MORRIS, Charles. *Op. cit.*, p. 7.

²² *Ibidem*, p. 7.

Referidas relações são elucidadas de modo pedagógico por MARIA HELENA DINIZ:

“Os sinais envolvem três tipos de relações, visto que se relacionam com outros sinais, com objetos e com pessoas. A sua relação com os outros sinais, ou símbolos lingüísticos, designada relação sintática apresenta uma dimensão formal do sentido, sendo representada por Sf; a sua relação com objetos, ou relação semântica, indica a dimensão existencial do sentido, sendo designada por Se; e sua relação com pessoas será representada por Sp, por abranger a dimensão pragmática do sentido. Logo, o sentido do sinal é a soma de suas dimensões: ‘S= Sf+Se-Sp’”.²³

As dimensões sintática, semântica e pragmática da semiose, aplicadas ao tema em foco, podem ser assim ilustradas: sintática: estuda o aspecto lingüístico do termo “índio”, seus enunciados e conceitos, investigando, por exemplo, sua etimologia; semântica: estuda a relação do signo “índio” com o objeto “índio”, indagando, por exemplo, se este signo é suficiente para representar o objeto, se há pertinência no emprego desse signo com a “realidade” (“verdade”) do objeto; pragmática: estuda a relação entre o signo “índio” e o intérprete, investigando, por exemplo, se o signo repercute – e como – no intérprete, bem como de que forma o signo é por ele utilizado, e se há interferência do usuário no signo.

1.1. Análise histórico-etiológica do termo “índio”

Da dimensão sintática²⁴, interessa-nos, para este trabalho, auscultar a formação etiológica (dimensão genética) do termo “índio” (indígena).

A Etiologia indica que o termo “índio” deriva de “‘originário da Índia’, Indós ‘o rio Indo ou Índus’, indós ‘indo, indiano, índio’ e os cog. lat. India ‘Índia’, Indi, órum ‘habitantes da Índia’, Indus, a, um ‘relativo a Índia’, indiánus,a,um

²³ *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 167.

²⁴ “A dimensão sintática tem reconhecida relevância para a semiose sem a devida estruturação lingüística (lógica formal), não é possível perquirir a relação com o objeto (semântica), e tampouco seus efeitos e usos pelos usuários (pragmática). Do mesmo modo para a Ciência Jurídica, considerando a importância da linguagem escrita para o direito e que “o sistema sintático de uma língua compreende seus princípios, mediante os quais se ordenam as palavras em cláusulas e frases”. Cf. GOODENOUGH, Ward H. *Cultura, linguagem y sociedad*. In: KAHN, J.S. (Org.). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Barcelona: Angra, 1975, p. 162.

‘indiano’, indicus, a, um ‘índico’, us. como referência ao território e aos povos asiáticos das Índias Orientais.’²⁵

A História revela que o uso da denominação “índio” (indígena) resulta de um equívoco de CRISTÓVÃO COLOMBO que, ao tocar a América, pensou ter chegado às Índias – erro repetido por PEDRO ÁLVARES CABRAL –, denominando aqueles que encontrava de “índios”.

Não obstante tal equívoco tenha sido reconhecido, “o nome índio foi incorporado ao vocabulário de várias línguas para designar os primitivos habitantes da era pré-colombiana, encontrados no Novo Mundo pelos portugueses e espanhóis”, conforme anota J. CRETELLA JUNIOR²⁶.

Nesse contexto histórico, o termo “índio” passou a corresponder tanto ao gentílico indiano (originário da Índia), como também à designação daqueles habitantes (indígenas), quando da chegada dos colonizadores europeus na América²⁷.

PONTES DE MIRANDA, ao comentar a Constituição de 1967, refutava o uso do termo, asseverando o que segue: “índios: expressão a riscar-se, porque Índios são os nativos da Índia, porquanto pode haver gente ligada a raças autóctones, ou não ligadas, porém já nascida e criada nas selvas brasileiras, e não incorporada à civilização. Sugerindo que em vez de índios, diga-se indígenas (indu=endo; gena), cuja raiz nada tem com o ‘ind’ de índio, índia”.²⁸

Pelo contexto histórico relacionado à significação do termo, não vemos razões para a não utilização do termo “índio”, como representativo dos “indígenas” americanos, dentre os quais estão os brasileiros.

1.2. Análise semântica do signo “índio”

“Tudo o que adquire definição e portanto finitude através da linguagem e da objetividade perde o direito exclusivo à realidade e à verdade.” (KARL JASPERS²⁹)

²⁵ DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão Multiusuário, Junho, 2003.

²⁶ CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. VIII, p. 4554.

²⁷ Cf. SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 739.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. II, p. 139.

²⁹ *Iniciação filosófica*. Trad. Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Guimarães Editores, 1961, p. 43.

A análise semântica é, sem dúvida, a dimensão da Semiose que amplia o campo de interesse da Semiótica, equiparando-o ao da Filosofia.

À Semântica incumbe, em essência, duas funções primordiais: a investigação do processo pelo qual os usuários selecionam uma palavra, uma expressão, para representar um objeto concreto, e a pertinência entre o signo escolhido e o objeto.

Nessa perspectiva instrumental, como leciona ALF ROSS em seus estudos sobre a “Lógica das Normas”, os conceitos fundamentais da Semântica são os de “significados (*meanig*), senso (*sense*), verdade e falsidade”.³⁰

Nesse contexto, na semântica a busca pelo objeto é de curial importância. A investigação do objeto será necessária para verificação da veracidade do enunciado, posto que “será verdadeiro o enunciado se contiver conceitos referenciais [...] e tornam-se sem sentido os enunciados que não possuírem referência empírica.”³¹

Ressalte-se que para a dimensão semântica interessa a busca pelo ser do objeto (ontologia) e também pela forma (signo). Citando o exemplo de WARD H. GOODENOUGH, “para referir-se a um edifício ardendo, por exemplo, é necessário conhecer os critérios que determinam se a palavra adequada é casa, paiol ou telhado”³², a mesma precisão é necessária para que se saiba se “índio” é o termo adequado para representar os indígenas. Ou seja, como o índio (não lingüístico) se projeta na forma (lingüística) “índio” e vice-versa.

Conforme sustentam os renomados filósofos contemporâneos GILLES DELEUZE e FÉLIX GUATTARI, a

“ [...] independência das duas formas, a de expressão e a de conteúdo, não é contradita, mas ao contrário confirmada pelo fato de que as expressões ou os expressos vão se inserir nos conteúdos, intervir nos conteúdos, não para representá-los, mas para antecipá-los, retrocedê-los, retardá-los ou precipitá-los, destacá-los ou reuni-los, recortá-los de um outro modo.”³³

A pertinência (eficiência do signo) ou a veracidade entre a palavra (expressão –enunciado) e o objeto não é de fácil alcance nem de fácil determinação – o que se verá de modo mais solar na dimensão pragmática da semiose –,

³⁰ ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Madrid: Tecnos, 1961, p. 16.

³¹ GOODENOUGH, Ward H. *Op. cit.*, p. 168.

³² *Op. cit.*, p. 162.

³³ *Mil Platôs. Capitalismo e esquizofrenia*. Trad. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Ed.34, 1995, v. II, p. 25.

considerando que: (a) o aspecto investigativo e conceitual do objeto é subjetivo; e (b) a escolha pelo signo, embora se diga consensual (dos usuários), não é precisa, mesmo dentro de um mesmo sistema lingüístico (língua).

Melhor explicando esses óbices à luz do caso em balha temos as seguintes proposições:

(1) Se “X” concebe como índio apenas aqueles indivíduos não integrados à sociedade e “Y”, diferentemente, ignorando o fator sociabilidade, define alguém como índio somente em razão de sua nascença, certamente, em determinadas situações, o signo índio (representação) adotado por “X” ou “Y” pode não ter pertinência com o conceito (objeto); e

(2) Para designar “índio” não se usa um único termo. Por exemplo, em termos jurídicos, são frequentemente utilizados como sinônimos – embora não seja adequado – as expressões “indígenas” e “silvícolas”.

O problema suscitado no caso (1) identifica-se com a análise pragmática, razão pela qual será enfrentado oportunamente. Cumpre, então, investigar as variações lingüísticas – vários termos – que são empregados para representar “índio” (objeto).

Nesse proceder, é oportuno, inicialmente, a abordagem lexical.

Entre os vocábulos, às vezes usados como sinônimos, citamos os seguintes: índio (indígena), silvícola, nativo, autóctone e aborígene.

O lexicógrafo HOUAISS define “índio” como “quem ou aquele que é originário de um grupo indígena e é por este reconhecido como membro”³⁴, e “indígena” como “relativo a ou população autóctone de um país ou que neste se estabeleceu anteriormente a um processo colonizador; relativo a ou indivíduo que habitava as Américas em período anterior à sua colonização por europeus”³⁵.

A definição de “índio” encampada, conforme se vê, considera, além da nascença, o vínculo subjetivo. Assim sendo, no caso concreto, este vínculo (identidade), ou melhor, o “reconhecimento do grupo”, pode engendrar dificuldades tanto para definições como para enquadramentos, na proporção em que seja realizada a interpretação pelo intérprete, podendo vir a macular a eficiência do signo.

³⁴ *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão Multiusuário, junho, 2003, verbete índio.

³⁵ *Ibidem*. Verbetes indígenas.

Por sua vez, a definição de “indígena” refere-se a “autóctones” e leva em consideração a etimologia do termo, limitando a definição em relação à América e ao período anterior à colonização.

A delimitação local é seguida, por exemplo, pelos dicionários italiano, DIZIONARIO ENCICLOPÉDICO MODERNO – “[...] indiani d’America”³⁶ –; espanhol, RIODUERO DE ANTROPOLOGÍA CULTURAL – “La población originaria de América (ameríndios)”³⁷; e pelo BOUVIERS LAW DICTIONARY – “The name of aboriginal inhabitants of América”.³⁸

Nessa acepção, delimitada territorialmente, o vocábulo torna-se aplicável somente em relação àqueles habitantes da América. Com efeito, o termo não será apropriado, por exemplo, se empregado da seguinte forma: “indígenas australianos” referindo-se aos “aborígenes” desse país.

A distinção entre “aborígenes” e “indígenas” não é regulamente observada pelo próprio DICIONÁRIO HOUAISS. Mesmo reconhecendo que “aborígene” faz referência a “indivíduo de um antigo povo da Itália central considerado autóctone pelos romanos”, o lexicógrafo também registra “aborígene” como “aquele que é habitante autóctone de um país; nativo, indígena.”³⁹

Também não reconhecem diferença entre aborígene e índio o DICIONÁRIO AURÉLIO – “índio”: “Indivíduo pertencente a qualquer um dos povos aborígenes das Américas”⁴⁰ –, e o CAMBRIDGE THESAURUS OF AMERICAN ENGLISH – “oboriginal: indigenous, original, primal, native.”⁴¹

O DICIONÁRIO HOUAISS usa aborígene e indígenas, outrossim, para definir “autóctone”: “que ou quem é natural do país ou da região em que habita e descende das raças que ali sempre viveram; aborígene, indígena.”⁴²

“Indígena” ainda é equiparado a nativo pelo lexicólogo: “relativo a, pertencente a ou próprio de indígena.”⁴³

³⁶ *Dizionario Enciclopédico Moderno*. 7. ed. Milão: Labor, s.d., v. III, p. 91, verbete índios.

³⁷ *Diccionario Rioduero Antropología Cultural*. Rioduero, 1981, p. 96, verbete índios.

³⁸ *Bouviere Law Dictionary and Concise Encyclopedia*. Jon Bouvier. 30. Revisão por Francis Rawle, v. I, Kansas: Vernon Law Book Company- St. Paul: West Publishing Company, 1914, p. 1539. verbete Indian.

³⁹ *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, *Op. cit.*, s/p.

⁴⁰ *DICIONÁRIO Aurélio Eletrônico*. Século XXI. Versão 3.0, novembro de 1999.

⁴¹ *THE CAMBRIDGE Thesaurus of American English*. Cambridge University Press, 1994, p. 2.

⁴² *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. *Op. cit.*, s/p.

⁴³ *Ibidem*. s/p.

Essa aproximação entre os termos “indígena” e “nativo” é seguida também pelo DICIONÁRIO AURÉLIO que, ao definir “indígena”, o faz da seguinte forma: “pessoa natural do lugar ou do país em que habita; nativo”. Doutra vértice, define “nativo” como “indivíduo natural de uma terra, de um país (por oposição a estrangeiro, a colono, etc.); indígena, natural, nacional”.

“Índio” e “nativo” aparecem igualmente como sinônimos no OXFORD ENGLISH DICTIONARY⁴⁴.

O uso de “indígena”, “aborígene” (aboriginal), “autóctone” e mesmo “nativo” como sinônimos, como o faz, por exemplo, o CAMBRIDGE THESAURUS OF AMERICAN ENGLISH – “Indigenous: [adj] native, domestic, primitive, autochthonous, original, aboriginal”⁴⁵ –, não é no todo equivocada, se se considera tão somente o fator originalidade de um país.

Nesse sentido, sejam vistas as definições sucintas de “aborígene” adotadas pelo OXFORD DICTIONARY OF ENGLISH ETYMOLOGIA – “aborígenes”: original inhabitants [...] the first inhabitants” –, e pelo LE ROBER – “personne originaire du pays [...] autochtone d’un pays au moment de sa découverte”⁴⁶ –, assim como a definição de “autóctone” adotada pelo LAUROUSSE – “qui est originaire du pays qu’il habite, dont les ancêtres ont toujours habité ce pays”⁴⁷ –, as quais também podem perfeitamente ser utilizadas para definir “índio” (indígenas).

Embora possam ser empregados como sinônimos “nativo”, “aborígene”, “autóctone” e “índio”, enquanto os primeiros consagram definições amplas sem precisões, o termo “indígena” concentra peculiaridades próprias, dentre as quais a sua determinação local – americana –, que o tornam o termo mais apropriado para determinadas situações.

Ademais, em termos práticos, a questão não se resolve em plenitude pelo critério de originalidade de um determinado território, pois não é possível afirmar, de modo irretorquível, quais foram os primeiros habitantes de um determinado local. Conjeturando, basta indagar qual o marco na teia evolutiva para se considerar como “existência de homem”: O “Homem de Neandertal” é “homem”? O primeiro ser humano seria o “Homo Habilis” ou o “Homo Erectus”?

⁴⁴ *THE Oxford English Dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1933, v. V, p. 213, verbete indigenous.

⁴⁵ *The Cambridge... Op. cit.*, p. 235.

⁴⁶ *DICTIONNAIRE Le Robert*. Le Robert micro. Alain Rey, redação e direção. 1998, p. 4.

⁴⁷ *LAUROUSSE*. Trois Volumes en couleurs. Paris: Laousse, 1965, p. 254. verbete autochtone.

Doutro prisma, se “indígena” quer significar somente originalidade, então poderia ser usado para designar outros povos que comportam essa qualidade. Isso, por consequência, poderia conduzir à seguinte construção ilustrativa: “indígenas europeus”, como referência àqueles habitantes que primeiro habitaram a Europa, que não são propriamente indígenas.

Contudo, insistindo no argumento de que o uso sinonímico das expressões supra não incorre em erro substancial, parece-nos mais acertada a utilização do termo “índio” nos casos em que se pretenda fazer referência aos indígenas americanos.

Posição diversa ocorre em relação ao uso dos termos “índio” (indígena) e “silvícola”. Conforme se verá adiante, em capítulo próprio, as constituições brasileiras anteriores a Carta de 1988 que dispuseram sobre “indígenas” o fizeram utilizando a denominação “silvícolas”, mesmo vocábulo empregado pelo legislador civil de 1916 (artigo 6º, III e parágrafo único⁴⁸), erro em que não incorreu o de 2002 (parágrafo único do artigo 4º⁴⁹).

Não obstante a prática legislativa histórica, não vemos razões para sua manutenção, por dois aspectos: um técnico e outro sociolinguístico.

Do ponto de vista técnico, válida a seguinte arguição de J. CRETELLA JR :

“O nome correto, para designar as pessoas, encontradas, aqui, em 1500, pelos descobridores, deve ser ‘indígena’ – vocábulo formado por dois elementos, o primeiro, indu (=endo, de intus = dentro; intus in animis, intus in corpore, Cícero, De finibus, 1, 14, 3, 18. Em grego, entós = dentro de, no interior de) e segundo gena (= nascer, forma aparentada com ‘geno’ e ‘gigno’). Logo ‘indígena’ é ‘o que nasceu no próprio solo, na própria terra’: o nativo, o autóctone, o aborígine (= ab e origine, desde a origem).”⁵⁰

Do ponto de vista sociolinguístico, o termo “silvícola”, que se relaciona com “selvagem”, bem como com “primitivo”, traz consigo uma eiva de inferioridade, uma carga pejorativa, as quais podem induzir preconceitos, merecendo, destarte, rechaço.

⁴⁸ Artigo 6º: “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) [...] III - os silvícolas. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)”.

⁴⁹ Artigo 4º: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: [...] Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 4554.

Por essas razões, e considerando também a atual Constituição brasileira, neste trabalho serão utilizados preponderantemente os termos “índio” e “indígenas”, salvo menções a textos legais e eventuais citações.

Superada a questão da “escolha” do termo, a atenção é agora voltada para o conceito, ou melhor, para a definição de que(m) é índio. Nesta quadra, como dito outrora, interessa o objeto, o índio propriamente dito.

A importância dos conceitos é incontestável. Já dizia ARISTÓTELES que “cada tema pede sua peculiar exatidão.”⁵¹

O problema dos conceitos se abrange na Ciência Jurídica, uma vez considerando a pluralidade de sujeitos que envolve o seu processo de formação, a sua aplicação, o instrumental com que estes laboram – de regra, a norma escrita –, e, ainda, a sua finalidade.

Grosso modo, pode-se dizer que os conceitos são formados (acolhidos) pelo legislador (são objeto da norma), e fixados na norma (signo), para serem subsumidos e interpretados (não há direito sem interpretação) pelo aplicador do direito, bem como observados pelos destinatários, tudo com a finalidade de permitir a “coexistência humana.”⁵²

Nesse diapasão, tem-se as seguintes ponderações temporais: (1ª) o conceito de índio será elaborado, primeiramente, pelo legislador, tendo em vista o objeto e os fins da norma; (2ª) definido o conceito, este será solidificado – se é que é possível – na norma; (3ª) o conceito será aplicado – produzirá efeitos – nos sujeitos; (4ª) se o conceito, em sua aplicação, cumpriu os fins escolhidos pelo legislador, sem esgueirar-se da realidade do objeto, ele cumpriu sua finalidade jurídica. O primeiro e o segundo momentos se identificam com a semântica.

Pois bem, como se formam os conceitos, em especial, os jurídicos? Como se forma(ou) o conceito de índio?

Conceituar significa atribuir a um determinado objeto um significado, o que se faz por abstração, identificando as características que lhe são próprias, distintas de outros objetos, conforme observa com maestria ERNST CASSIRER:

“A lógica tradicional faz surgir o conceito ‘por abstração’: nos ensina a constitui-lo comparando coisas ou representações coincidentes e

⁵¹ *Apud* BOTELHO Pero de. *Op. cit.*, p. 357.

⁵² Cf. MIRANDA, Pontes de. *Systema de Sciencia positiva do Direito*. Introdução à ciência do Direito. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922, v. I, p. 357.

abstraindo os ‘traços comuns’ deles. Que os conteúdos por nós comparados têm já determinados ‘traços’, que possuem propriedades qualitativas de acordo com as quais podem dividir-se em classes e famílias, espécies e gêneros”.⁵³

Nesses termos, tem-se que a atribuição de um conceito a determinado objeto pressupõe anterior conhecimento daquilo que se pretende conceituar. Só se conhece aquilo que existe, e só se conceitua o que se conhece (existe), e, ainda, em face da existência e do conhecimento de outros objetos, para confrontação com o objeto conceituado. Melhor dizendo, só é possível conceituar um objeto porque outro se apresenta de forma diversa.

Dessas premissas se pode concluir que a própria existência (ser – ôntico) condiciona-se às suas circunstâncias, ao meio. Nesse contexto, por consequência, somente é possível conceituar “índio” porque indígenas existem (enquanto objeto de conhecimento), porque podem ser conhecidos, e também porque existem não indígenas.

Mas qual o conceito de “índio” e quais as peculiaridades que o tornam passível de conceituação, que o tornam um ente distinto? Para tentar dar resposta a questões como estas, a ciência percorre os seguintes caminhos descritos, didaticamente, por HUGO G. NUTINI:

“a) Una etapa preliminar, en que se delinea el campo de investigación (limites disciplinarios) y existe por lo menos una formulación vaga de fines y métodos.

b) La etapa de recolección de datos, en la que acumula una gran cantidad de material empírico de acuerdo con los fines previamente decididos.

c) La etapa de clasificaciones, en la que se construyen tipologías y otros instrumentos conceptuales de bajo nivel en un intento de imponer algún orden al caos material acumulado.

d) Finalmente, la etapa ‘matura’ de conceptualización en la que se impone más orden a la situación mediante el intento de subsumir los datos empíricos bajo la rúbrica general de leyes que ahora pueden denominarse teorías”.⁵⁴

⁵³ CASSIRER, Ernst. *Filosofia de las formas simbólicas*. Lenguaje. Trad. Armando Morones. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, v. I, p. 261.

⁵⁴ NUTINI, Hugo G. Sobre los conceptos de orden epistemológico y definiciones coordinativas. In: DLOBERA, José R.(Comp.). *La antropología como ciência*. Barcelona: Granada, 1975, p. 353.

Nesse contexto e com essas considerações, o legislador (ou mesmo o aplicador), ainda que de forma mais simplificada e com menor investigação empírica (dados), percorrem todas as fases descritas por HUGO G. NUTINI, quando necessitam arquitetar ou utilizar o conceito “índio”.

Tendo-se os indígenas como objeto de foco, a Antropologia, por sua especialidade, por seu campo de interesse, por sua atuação, tende a melhor atender ao percurso acima descrito. E, por sua transdisciplinaridade, nada impede que o Direito possa utilizar algumas de suas noções.

Do conceito antropológico pode valer-se o Direito, tal como fez o legislador do Estatuto do Índio, conforme adiante se verá com mais vagar. Reitere-se a ressalva, outrora firmada, da importância da transdisciplinaridade da ciência do Direito, também no atinente à questão indígena.

1.2.1. Conceito antropológico-semântico de “índio”

Malgrado sua importância, mesmo para a Antropologia, a definição de índio no contexto contemporâneo é dificultosa, consoante proclama DARCY RIBEIRO:

“A formulação de um conceito operativo de índio, aplicável aos grupos que chegaram até nossos dias, constitui requisito indispensável para a avaliação da população indígena, tanto eles se distanciam das características originais e das estereotípias em cujos termos são geralmente descritos. A tarefa não é simples, em vista da impossibilidade de utilizar os critérios raciais e culturais vulgarmente empregados para esse fim”.⁵⁵

A definição de índio (indígenas) – quem é índio –, ou melhor, o que distingue os indígenas dos não-indígenas, é intentada através da fixação de critérios, sendo que, em geral, os freqüentemente invocados são⁵⁶: (a) racial (biológico); (b) lingüístico; (c) cultural; e (d) identitário (identidade ou auto-identificação). Todavia, se aplicados isoladamente, esses critérios podem revelar-se insuficientes para o fornecimento de respostas satisfatórias a todas as situações.

A fragilidade do critério racial aparece com clareza na doutrina de GUILLERMO BONFIL BATALLA: “El uso exclusivo de indicadores biológicos,

⁵⁵ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. A integração das populações indígenas no Brasil moderno. 2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 284.

⁵⁶ Além desses critérios, outros são defendidos pela literatura especializada, entre os quais, cite-se o que pode se chamar de “critério colonialista” - índio como categoria colonial - (v.g. BATALLA, *Op. cit.*) e o critério de desenvolvimento econômico (sobre este ver as críticas de Julio Cezar Melatti, *Op. cit.*, p. 36-37).

conectado estrechamente con la concepción del indio en términos raciales, resulta obsoleto dada la amplitud de la miscigenación ocurrida entre poblaciones muy diversas – entre sí y dentro de cada una de ellas –, lo que hace que en América todos resultemos mestizos.”⁵⁷

Fundamenta a tese de G. B. BATALLA a constatação empírica, por exemplo, de que 68% dos argentinos possuem gene indígena. Esse dado se assemelha ao caso brasileiro, país marcado por constantes miscigenações raciais, sendo pertinente a citação conclusiva de DARCY RIBEIRO: “Um critério puramente racial incluiria entre os indígenas milhões de brasileiros que, por todas as demais características, não poderiam ser definidos como tal, uma vez que em vastas regiões da Amazônia, do Nordeste e do extremo Sul predomina na população um fenótipo flagrantemente indígena.”⁵⁸

O critério lingüístico pode servir para subdivisões internas – entre etnias e comunidades, por exemplo –, constatações numéricas etc., mas não como critério universal, para definir quem é indígena, dadas as peculiaridades lingüísticas de cada grupo, o que o tornaria um critério universalmente pouco válido. Ademais, os grupos podem desenvolver sua língua ou mesmo substituí-la no curso histórico, sem perder a qualidade indígena.

O critério cultural – possuir uma cultura indígena –, embora seja defendido com certa regularidade, é também inconsistente, tal como leciona DARCY RIBEIRO:

“Um amplo critério de fundamento culturalista que definisse como indígenas as comunidades em que se registrasse a conservação de elementos culturais de origem pré-colombiana abrangeria outros milhões, tão grande é a massa de traços culturais aborígenes incorporados à vida brasileira. Tudo isto só prova a impossibilidade de definir o índio mediante critérios estritamente racionais e culturais, num país de população formada pelo caldeamento de brancos, índios e negros e culturalmente plasmado pela confluência de diversas etnias”⁵⁹.

Também apontando as falácias desse critério, a doutrina de JULIO CEZAR MELATTI esclarece que

“[...] tal critério seria insuficiente para explicar a situação de alguns grupos indígenas como, por exemplo, os do Nordeste do Brasil.

⁵⁷ BATALLA, Guillermo Bonfil. *El concepto de indio en América*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://paginadigital.com.ar>>. Acesso em 10/01/2008.

⁵⁸ *Os índios e a civilização... cit.*, p. 284.

⁵⁹ *Os índios e a civilização...cit.*, p. 284.

Tais grupos adotaram a maior parte dos costumes da população brasileira, havendo a maioria esquecido a própria língua [nesse ponto fragiliza o critério lingüístico supra retratado] em favor do português. Segundo o critério cultural, estando reduzidos a poucos elementos culturais pré-europeus entre eles, já não poderiam ser chamados de índios. Entretanto, os membros desses grupos continuam a considerar-se índios e a serem considerados como tais pelos brasileiros[...] As deficiências deste critério se devem ao fato de apoiar-se num conceito antiquado e já ultrapassado de cultura com um mero conjunto de traços culturais, a simples soma de costumes, crenças e técnicas.”⁶⁰

O critério da identidade ou auto-identificação, finalmente, consiste na consideração da identidade do indivíduo com a comunidade (indígena) e desta para com ele, ou no dizer preciso de JULIO CEZAR MELATTI,

“o que decide se um grupo de indivíduos pode ser considerado indígena ou não, seja qual for sua composição racial, seja em que estado estiver suas tradições pré-colombianas, é o fato de serem considerados índios por eles próprios e pela população que os cerca. Não se trata apenas de auto-identificação mas também de identificação pelos outros.”⁶¹

Não por acaso esse critério parece estar ganhando espaço nas discussões, figurando como critério de maior relevância, o mais apto para qualificar como indígena ou não-indígena. Desde logo, deve-se ressaltar que a sua aplicação, sobretudo em contexto jurídico, deve atender as peculiaridades do caso concreto.

Empós essas noções, um conceito de índio brasileiro que agrega os vários critérios antropológicos aqui apresentados é dado por DARCY RIBEIRO:

“Índigena é, no Brasil de hoje, essencialmente aquela parcela da população que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, em suas diversas variantes, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade de origem pré-colombiana que se identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com que está em contato.”⁶²

Desenvolvendo seu conceito, eis o que declara DARCY RIBEIRO:

⁶⁰ *Índios do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2007, p. 35.

⁶¹ *Índios... cit.*, p. 38.

⁶² *Os índios e a civilização...cit.*, p. 284.

“Não obstante a imprecisão e a subjetividade de que podem ser acoimadas, estas conceituações prestam-se bem ao nosso propósito prático de distinguir os índios dos não-índios do Brasil e se aplicam com propriedade às várias condições e modalidades em que os primeiros se configuram, após quatro séculos de contatos diretos e indiretos com brancos e negros de distintas extrações étnicas. Entre os índios assim definidos estará incluída, por exemplo, a pequena Dária, menina quase loura de olhos claros, que encontramos numa aldeia urubu-kaapor, filha de uma índia e de um branco que por lá andou. Dária não fala senão o dialeto tupi daqueles índios, vê o mundo como qualquer outra criança de sua aldeia e é por todos considerada como membro da tribo, não obstante a extravagância de sua cor. Incluiria igualmente os filhos de Luís Preto, um mulato escuro que conhecemos nas aldeias kadiwéu, casado com uma índia. Aqueles rapazes não apenas eram tidos por todos como autênticos Kadiwéu, mas também tinham as mesmas dificuldades que os demais Kadiwéu para estabelecer relações com brasileiros. Ora, tanto Dária como os filhos de Luís Preto seriam terminantemente excluídos de uma definição baseada em critérios raciais. Na realidade, esses são exemplos individuais e extremos, mas vêm muito a propósito, porque grupos inteiros são hoje altamente mestiçados com brancos e pretos, sem deixar, por isso, de ser índios, em vista das dificuldades que encontram para se situar na estrutura sócio-econômica nacional, do conceito que se situar na estrutura sócio-econômica nacional, do conceito que tem de si próprios e do consenso da população brasileira com que estão em contato.”⁶³

Além do conceito propriamente dito de indígena e dos critérios que podem nortear sua definição, da Antropologia brasileira ainda se pode extrair a classificação dos índios quanto ao processo (grau) de integração, a saber: a) Grupos isolados; b) Grupos em Contatos Intermitentes; c) Grupos em Contatos Permanentes; d) Grupos Integrados. Essa classificação é elucidada por MARINA DE ANDRADE MARCONI e ZÉLIA MARIA NEVES PRESOTTO:

a) Grupos Isolados: ocupando regiões não alcançadas pela civilização, esses grupos arredios e hostis ainda não foram contactados conservando sua autonomia tribal e seu efetivo demográfico.

b) Grupos em Contatos Intermitentes: são aqueles que começam a ser atingidos pela sociedade nacional, tendo sua autonomia cultural ameaçada pelos contatos esporádicos que tendem a se tornar efetivos. Criam no índio certa dependência em relação aos civilizados, dos quais pretendem obter objetos e instrumentos que lhes são indispensáveis.

c) Grupos em Contatos Permanentes: nesta categoria, a dependência em relação ao civilizado é quase total, estando sujeitos a todos os tipos de compulsões e coações. Mantendo contatos permanentes com a sociedade nacional, perdem a sua autonomia sociocultural, conservando, contudo, traços de cultura original.

d) Grupos Integrados: são aqueles que, tendo passado pelas etapas precedentes, conseguiram sobreviver. Mesmo considerados integrados, conservam-se ilhados em relação a sociedade nacional, como reserva de

⁶³ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização...cit.*, p. 285.

mão-de-obra. Em geral estão descaracterizados, tendo perdido sua língua e cultura original, assemelhando-se mais a um cabloco. Todavia, conservam a todo custo sua identidade índia, com crescente participação na vida socioeconômica da sociedade nacional.”⁶⁴

Embora essa classificação seja pouco precisa e o enquadramento em uma ou outra categoria seja complexo, já que em termos concretos são tênues e efêmeros os fatos que as determinam, parece-nos que, sob a influência preponderante da doutrina de DARCY RIBEIRO, foi essa mesma classificação a que serviu (e ainda serve) como parâmetro para o legislador do Estatuto do Índio.

1.3. Análise pragmático-jurídica do signo “índio”

Na dimensão pragmática da semiótica interessa a investigação acerca dos usuários dos signos e o seu uso. Preocupa-se a Pragmática com os efeitos do signo nos usuários e vice-versa. Indaga-se, por exemplo, se o signo “índio” alcança seu fito (representação) frente ao usuário: ilustrativamente, se o juiz, ao enfrentar um caso concreto em que se invoca uma lei indígena, a mesma é aplicada, julgando-se tratar realmente de um índio. Doutra banda, a Pragmática investiga como os sujeitos interferem na (trans)formação e modificação dos signos.

Os objetos são mutáveis – lembremo-nos da expressão grega “*panta rei*”, fortalecida pelas idéias do filósofo HERÁCLITO DE EFÉSO: “Nos mesmos rios entramos e não entramos, somos e não somos” (*Alegorias*, 24).

Assim sendo, os signos não são suficientes, na maioria dos casos, para acompanhar a evolução dos objetos nem para “compilar” todas as vicissitudes que pretendem representar. Não bastasse isso, ainda pode um mesmo signo possuir um significado diferente, conforme as circunstâncias em que seja empregado e com que finalidade.

Nesse sentido é a lição de PAULO DE BARROS CARVALHO: “O modo de usar os signos jurídicos (ângulo pragmático) varia acentuadamente, pois não é mesma

⁶⁴ MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. *Antropologia*. Uma introdução. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 227-228.

coisa empregar um vocábulo do idioma com finalidade informativa, ou fazê-lo na seqüência imperativa, em que se procura motivar comportamentos.”⁶⁵

Será, por conseguinte, no plano empírico que os signos encontrarão sua pertinência e poderão, se necessário, ser moldados (colmatados) pelos usuários. Esse processo evidencia, assim, a importância da dimensão pragmática da semiose no contexto jurídico.

O uso pragmático dos signos na seara jurídica reveste-se de peculiaridades próprias, pois o caráter normativo (imperativo-prescritivo) do direito coloca constantemente os usuários em confronto com os signos e com o objeto (direito=linguagem).

A tarefa de subsunção pressupõe a investigação e a aplicação dos signos e a sua adequação com os objetos, pois como diz KARL ENGISCH, “trata-se primariamente da sotoposição de um caso *individual* à hipótese ou tipo legal e não directamente da subordinação ou enquadramento de um *grupo* de casos ou de uma *espécie* de casos”⁶⁶.

Veja-se, em termos jurídicos, que o signo “índio” pode possuir significados (conceitos) diversos para fins de aplicação da lei penal e para fins de ações afirmativas. Melhor explicando, embora em ambas as leis – a penal e a de ação afirmativa – seja empregado o signo “índio” (indígena), em termos pragmáticos, um mesmo indivíduo pode, irrestritamente, pelo fato de ser índio, ser beneficiado por uma vaga reservada à pessoa indígena, em universidade ou concurso, mas, para efeitos penais, o fato de ser indígena não é considerado quando da aplicação da pena (artigo 56⁶⁷ do Estatuto do Índio). De igual modo, conceitos de “índio” adotados pelo Estatuto do Índio não podem nortear a aplicação das disposições constitucionais referentes aos indígenas, em todos os casos.

Nesse diapasão, no bojo da dimensão pragmática, é necessário perلustrar o uso pelos juristas do signo “índio” inserto na lei, mais especificamente pelos aplicadores do direito, com o intuito de encontrar, na jurisprudência, a definição pragmático-jurídica de “índio”.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 6.

⁶⁶ *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 94-95.

⁶⁷ Artigo 56: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.”

Entre as questões indígenas já enfrentadas pelo Poder Judiciário, que em sua maioria versam sobre a propriedade territorial, nessas ações o *punctum saliens* não é, essencialmente, se se trata ou não de indígenas, mas se as terras em litígio a eles pertencem, se são por eles “tradicionalmente ocupadas” ou não. Todavia, a discussão acerca da qualidade de indígena figura na jurisprudência exarada nas ações penais.

Com a intensificação do contato indígena com a sociedade, fenômeno crescente no contexto atual, começa a se formar uma jurisprudência penal relacionada ao enquadramento de indígenas, havendo, inclusive, manifestações a respeito, em sede difusa, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº. 97.064-9/1982-AM⁶⁸, entendeu que o grau de integração do indígena deve ser considerado para aplicação do Estatuto do Índio. A integração social foi determinante também no julgamento dos *Habeas Corpus* (HC) nº. 64.476-7/1986-MG⁶⁹ e nº. 79.530-7/1999-PA⁷⁰.

Nesse último julgado, a decisão proferida estabeleceu que por se tratar de “índio integrado à comunhão nacional [...] índio alfabetizado eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa”, não se fazia mister a presença de intérprete no processo, sendo também dispensável o laudo antropológico, conforme se lê no voto do relator, Ministro ILMAR GALVÃO:

“No que concerne aos reclamados exames psicológico e antropológico, também não tem razão a defesa, pelo singelo motivo de que, no caso, não apenas não se está diante de índio isolado ou em vias de integração, mas também, tendo em vista que o índio, em nosso sistema jurídico, como já assinalado, só é considerado relativamente incapaz e, portanto, sujeito à tutela da União, para efeitos civis, nada impedindo que o índio ainda não integrado seja criminalmente responsável, como se extrai o art. 56 da Lei 6.001/73, segundo o qual, no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola, norma que não teria nenhum sentido se o índio não integrado não fosse considerado imputável.”⁷¹

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 97.064-9 –AM, Primeira Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 24.09.1982.

⁶⁹ Excerto da ementa: “Se o Índio já é aculturado e tem desenvolvimento mental que lhe permite compreender a ilicitude de seus atos, é plenamente imputável.” Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 64.476-7-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 10.10.1986, DJ. 31.10.86.

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Habeas Corpus n. 79.530-70 – PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.12.1999, DJ. 25.02.2000.

⁷¹ [voto do relator] Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Habeas Corpus n. 79.530-70 – PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.12.1999, DJ. 25.02.2000.

Essa mesma orientação é seguida tanto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se pode verificar no julgamento do Recurso Especial nº 737.285/2005-PB⁷², quanto pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), na Apelação Criminal nº. 2005.72.0100.4489-2 – SC⁷³.

A relevância e a ingerência da dimensão pragmática no uso dos signos podem ser depreendidas pelos julgados citados. Deve-se reiterar que no julgamento, pelo STF, do HC n. 79.530-7/1999, na aferição da integração à comunidade nacional do índio (ora paciente), se integrado ou não, os ministros do STF agregaram ao signo os fatores de fluência lingüística e de capacidade eleitoral e, ao fazê-lo, “moldaram” a expressão sgnica “índio integrado à comunidade social”, acréscimo esclarecedor resultante da análise de um caso concreto.

Do explanado, lembrando MORRIS, emerge a importância do “quarto elemento”, do intérprete que, no caso em tela, é o intérprete jurídico-constitucional.

2. O papel do intérprete jurídico-constitucional na semiose do signo “índio”

“O conceito jurídico é estéril como qualquer outro conceito, e perigoso, porque pode levar ao mal como ao bem; com elle consegue-se a solução acertada, mas pode chegar-se apenas a enganos; não é conteúdo, é meio, é o fim que lhe dá a fecundidade, e para acertar depende de ser conferido com o real.”

(PONTES DE MIRANDA⁷⁴)

Apesar de sua importância, os signos são insuficientes para atingir em plenitude seu fim. Lembrando-nos das ressalvas de Aristóteles, citadas na epígrafe, essas poderiam ser somadas a estas de PONTES DE MIRANDA:

“Seria, pois, de grande conveniência dar a cada objeto o respectivo signal, como acontece em relação ao sol, à lua, a Vênus, Londres, Pascal; mas a infinidade de objetos e limitada capacidade do espírito humano tornam impossível tal processo, equiextensivo. A maioria

⁷² Trecho da ementa: “Indígenas integrados. Desnecessidade de tutela diferenciada. Ausência de violação ao estatuto do índio. [...] os indígenas integrados à sociedade, nos termos do art. 4º, inciso III, da lei n.º 6.001/73, não se sujeitam ao regime tutelar especial estabelecido pelo estatuto do índio.” Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial n. 737.285-PB, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 28.11.2005.

⁷³ “[...] 1. Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal.” TRF4, Sétima Turma, Apelação Criminal, Processo n. 200572010044892 – SC, Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro, j. 19/06/2007, D.E. 04.07.2007.

⁷⁴ [sic] *Systema de Scientia positiva do Direito. Op. cit.*, p. 358.

delles apenas dá o nome do gênero ou da classe: boi, homem, sujeito de direito; ou da coisa, qualidade ou relação análoga”.⁷⁵

Há inúmeras razões para as limitações do signo, dentre as quais podemos destacar: (a) a já citada dinamicidade do objeto que se pretende representar; (b) as diferenças conceituais entre os usuários (entendimento sobre os objetos); (c) as limitações lingüísticas (sintáticas); e (d) a subjetividade dos usuários.

Todas essas razões operam como fatores determinantes no exercício intelectual realizado pelo intérprete (interpretante) do signo, sujeito que merece atenção especial, já que é nele que o processo semiótico se completa.

O intérprete pode incluir ou excluir algum conteúdo, não pretendido pelo signo convencionado, e/ou não ser condizente com o objeto. Pode, por outro lado, adequar o signo “estático” de um objeto, modificando-o pela dinâmica fática.

Exemplificando essas duas hipóteses, poderia o intérprete excluir do conceito de “índio” aqueles que dominam a língua portuguesa (adotando somente o critério lingüístico). Noutra prisma, poderia atualizar o conceito, nele incluindo índio(gena), para todos os fins, como sendo também aqueles já integrados à sociedade. Nessa última hipótese, há de se indagar se o conceito de “índio”, por exemplo dos idos do século XVI, é o mesmo que o atual? Por óbvio, não; todavia, o signo em si (morfofossintático) permanece inalterado.

Por tais digressões, constata-se o relevo da função do intérprete no processo da semiose, a ele incumbindo duas funções essenciais, a saber: (a) interpretação adequada do signo e (b) preenchimento do mesmo, quando necessário.

Essas funções do intérprete se projetam no Direito e a ele interessam, principalmente no aspecto da interpretação jurídica. A propósito, mencionando as palavras de CELSO RIBEIRO BASTOS, “entende-se a interpretação [jurídica] como a determinação do conteúdo exato de palavras, a imputação do significado à norma, sua explicitação em concreto, em face de determinado caso. É a reconstrução do conteúdo da norma.”⁷⁶

A “reconstrução do conteúdo da norma” afina-se com a definição sustentada pela *expert* em Semiótica LÚCIA SANTAELLA, ao declarar que “é o objeto que está fora do signo, e que, lá de fora o determina, ou seja, aquele objeto que, pela própria

⁷⁵ *Systema de Scientia positiva do Direito...cit.*, p. 352.

⁷⁶ *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed., ver. amp., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 28.

natureza das coisas, o signo não consegue expressar inteiramente, podendo só indicá-lo, cabendo ao intérprete descobri-lo por experiência colateral.”⁷⁷

O dever e a possibilidade conferidos ao intérprete de entender o signo e de “reconstruir o conteúdo” (*objeto dinâmico*), suprimindo uma eventual insuficiência sígnica, ganha contornos distintos sob a ótica jurídica, sob o intérprete do direito, o que nos leva a reflexões específicas.

2.1. Limites da norma e da sua interpretação

“Entre a história misteriosa de uma produção textual e o curso incontrolável de suas interpretações futuras, o texto enquanto tal representa uma presença confortável, o ponto qual nos agarramos.”

(UMBERTO ECO⁷⁸)

A norma jurídica (signo), qualquer que seja sua natureza, sobretudo quando descritiva, é um signo estéril para precisar todo o objeto que pretende regulamentar, prescrever, pois é erigida através de um processo de abstração, e com vista em objetos do mundo do *dever ser*.

Assim sendo, não há na norma jurídica suficiência representativa que, de plano, possibilite sua aplicação no caso concreto, sem controvérsia e labor interpretativo. Nesse sentido é a lição de CARLOS MAXIMILIANO:

“Por mais opulenta que seja a língua e mais hábil quem a maneja, não é possível cristalizar numa fórmula perfeita tudo o que se deva enquadrar em determinada norma jurídica: ora o verdadeiro significado é mais estrito do que se deveria concluir do exame exclusivo das palavras ou frases interpretáveis; ora sucede o inverso, vai mais longe do que parece indicar o invólucro visível da regra em apreço [...] O texto oferece ao observador só uma diretiva geral; explícita ou implicitamente se reporta a fatos, definições e medidas que o juiz deve adaptar à espécie trazida a exame[...].”⁷⁹

Nesse contexto, sobressai uma das funções do intérprete do direito, entoada com maestria pelo célebre jurista FRANCESCO FERRARA:

⁷⁷ *Apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *A visão... cit.*, p. 10.

⁷⁸ *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 104.

⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 199.

“Entender uma lei, portanto, não é somente aferrar de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal; é indagar com profundidade o pensamento legislativo, descer da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra e desenvolvê-lo em todas as suas direções possíveis: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (17, Dig. 1, 3).”⁸⁰

Ainda que o texto legal não raramente esteja eivado de vícios de linguagem, perfilhamos o entendimento de que ele carrega consigo “limites mínimos de interpretação” (programa normativo). A doutrina de MÁRIO FRANZEN DE LIMA assim corrobora esse posicionamento: “A lei deve ser sempre um ponto de referência para o juiz. ‘Sem deter o progresso, os textos limitam e dirigem o arbítrio do juiz’”.⁸¹

Esses limites (legais) não podem ser extrapolados, sob pena de inutilidade da lei, de arbitrariedade e de ofensa à democracia. Isso não quer dizer que não haja margem para interpretação, mas não se pode admitir a modificação do texto, sem o devido processo legislativo, somente pela realização de interpretações que, de forma alguma, são comportadas pelo texto.

Por exemplo, ao se interpretar o artigo 231 da Constituição Federal, no ponto em que reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, não parece legítimo dizer que o reconhecimento desses direitos seja limitado aos índios tidos como isolados. Tal significação restritiva não constou, em momento algum, do Texto Maior, não sendo possível dele se extrair essa interpretação. Melhor dizendo, ocorreria uma interpretação muito desfocada do signo e de seu conteúdo, se assim o fosse.

2.2. *Reconstrução do objeto dinâmico da norma: fins sociais e “novo” Direito Indígena*

Se ao intérprete cumpre não só buscar a mensagem, os fins da norma (signo), mas também reconstruir-lhe o conteúdo, adequando o signo ao objeto, válida é a preleção de CARLOS MAXIMILIANO:

“A pesquisa do sentido não constitui o objetivo único do hermeneuta; é antes o pressuposto de mais ampla atividade. Nas palavras não está a lei e, sim, o arcabouço que envolve o espírito, o princípio

⁸⁰ FERRARA, Francisco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 128 e 150.

⁸¹ *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 213.

nuclear, todo o conteúdo da norma. O legislador declara apenas um caso especial; porém a idéia básica deve ser aplicada na íntegra, em todas as hipóteses que na mesma cabem. Para alcançar este objetivo, dilata-se o sentido ordinário dos termos adotados pelo legislador; também se induz de disposições particulares um princípio amplo [...] A relação lógica entre a expressão e o pensamento faz discernir se a lei contém algo de mais ou de menos do que a letra parece exprimir; as circunstâncias extrínsecas revelam uma idéia fundamental mais ampla ou mais estreita e põem em realce o dever de estender ou restringir o alcance do preceito. Mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o fim colimado, os valores jurídico-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade.”⁸²

Assim procedendo é que o intérprete ganha relevância: indubitavelmente, o êxito do signo, da semiose como um todo, está vinculado e condicionado à subjetividade do intérprete. Correta, então, a advertência de PAULO DE BARROS CARVALHO, citando IRVING COPY, de que “não há linguagem ‘quimicamente pura’.”⁸³

Essas premissas se refletem, de modo significativo, no Direito, na interpretação jurídica, pois, se o intérprete já traz consigo seus “pré-conceitos” ou pré-juízos (conforme MICHEL FOUCAULT em *A arqueologia do saber*⁸⁴), os quais integram a “experiência colateral” (LÚCIA SANTAELLA), será a partir deles que esse mesmo sujeito interpretante chegará ao resultado ou, mais precisamente, à interpretação da norma.

Nesse contexto tem-se que, embora a norma almeje estabelecer o conceito de “índio” (quem é índio), em verdade, em termos pragmáticos, tal será determinado pelo intérprete, a partir de seus “pré-conceitos”.

Posta a questão nesses termos, restrita à questão do direito indígena, merece referência a doutrina de LENIO LUIZ STRECK, no que se refere à sua “Nova Crítica do Direito” (NCD), aplicável à hermenêutica e à interpretação, sobretudo constitucional.

Eis o que também declara a Nova Crítica do Direito:

“A Constituição é um existencial. Como ente disponível, a Constituição faz parte do modo-de-ser-no-mundo do intérprete. Quando interpreto um texto, o sentido da Constituição já está comigo, manifestando-se no meu modo de compreender o mundo. Seu texto não é uma categoria superior e nem o texto infraconstitucional (e os suportes

⁸² *Op. cit.*, p. 199.

⁸³ *Op. cit.*, p. 6.

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Trad. Luiz. F. Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 62-70.

fáticos) é individualidade de plano inferior (ou fatos brutos no plano empírico)”.⁸⁵

Ainda sustenta LENIO LUIZ STRECK que os pré-juízos têm relegado o direito constitucional a um plano secundário, prática por ele denominada de “baixa constitucionalidade”.

Os pré-juízos inautênticos ocultam o direito, impedem o desvelamento do Direito, conforme os novos paradigmas do Estado Democrático de Direito, do Direito como ciência transformadora, voltado para a justiça social e para a promoção dos direitos fundamentais.

Também para o autor em comento, embora tenhamos um novo modelo jurídico – Estado Democrático de Direito –, o nosso modo de “fazer direito” continua sendo o mesmo, pois

“olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível. Mais do que isso, a própria crise não foi tornada visível ‘como’ crise; o velho não foi compreendido ‘como’ (als) velho. A tradição inautêntica cega, obsubilando as possibilidades da manifestação do novo ‘como’ (als) novo [...] Por isso, cabe-no a tarefa de dê-cobrir/suspender os pré-juízos que cegam, abrindo uma clareira no território da tradição.”⁸⁶

Essas noções basilares da “Nova Crítica do Direito” se aplicam ao direito indígena e à devida interpretação constitucional dos direitos indígenas, especificamente na definição de quem é índio.

Não obstante ao intérprete compita reconstruir o conteúdo da norma a partir da sua experiência colateral, de seus pré-juízos, esses não podem corromper o conceito e, no prisma jurídico, não podem macular os fins da norma, seja ela constitucional ou não.

Melhor dizendo, a Constituição de 1988, em relação aos índios, operou uma verdadeira reparação histórica, conforme se verá em capítulo próprio. Com efeito, aquelas velhas concepções de índio, infelizmente ainda enraizadas em alguns segmentos sociais, no sentido de que são indivíduos incapazes, inferiores, primitivos, preguiçosos, selvagens – *sem rei sem lei* –, para não dizer, agressivos ou canibais, que devem ser a todo custo integrados (aculturados) à sociedade, não podem, integrando o pré-juízo do intérprete, obstar a devida interpretação da norma, nem a

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 197-198.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica... cit.*, p. 188.

consequente aplicação do direito, do direito do novo modelo constitucional, tal como sugere LENIO LUIZ STRECK.

Esse novo modelo constitucional, aliado à reparação histórica dos indígenas, está fartamente comprovado no atual texto constitucional.

Consideremos, nesse ponto, os posicionamentos de dois juristas: A. MACHADO PAUPERIO, para quem “a norma jurídica importa sempre, por si mesma, numa tomada de posição com referência a um valor determinado”⁸⁷; e MIGUEL REALE, ao declarar que interpretar “a lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos”⁸⁸.

Continuando com MIGUEL REALE, lembremo-nos do seguintes fragmentos:

“[...] Não se pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam”⁸⁹, para interpretar adequadamente o direito indígena na nova roupagem constitucional, é necessário repelir os valores retrógados⁹⁰, [...]”

Para que a prática hermenêutica vislumbrada por esses autores seja levada a bom termo é preciso que o intérprete se liberte de eventual no ranço pré-conceituoso, e incorpore os valores legitimados pelo novo texto e refletidos no novo contexto fático.

3. O conceito jurídico-constitucional de índio: Quem é indígena?

“O sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio.”

(JOSÉ AFONSO DA SILVA⁹¹)

⁸⁷ *Introdução axiológica ao direito: apêndice à introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 164.

⁸⁸ *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 285.

⁸⁹ *Lições... cit.*, p. 287.

⁹⁰ Veja-se que mesmo com a supressão do termo silvícola pela Constituição Federal de 1988, alguns Tribunais, ao tratarem de questões indígenas, mantêm a utilização desse termo pejorativo. É o que se vê, por exemplo, no seguinte julgado: “Apelação crime - furto tentado - delito cometido por silvícola - Competência da justiça estadual.” Tribunal de Justiça do Paraná, 3ª C. Criminal, AC n. 0329435-1, Rel. Des. Mendes Silva, j. 10.08.2006.

⁹¹ *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 824.

Preliminarmente, é oportuno lembrar que a Constituição⁹² é a norma fundamental de um Estado, “a norma das normas”, “a lei das leis”, ocupando o topo hierárquico da estrutura escalonada das normas, como norma suprema.

Aceitando, sem digressões mais verticais, por exemplo, acerca da “Regra de Reconhecimento” de HART, a teoria de HANS KELSEN⁹³, tem-se que a Constituição é o fundamento de validade das demais normas do ordenamento⁹⁴.

Disso decorre que as normas hierarquicamente inferiores que contradizerem os mandamentos constitucionais tornam-se carentes de validade, ou melhor, são inconstitucionais, não devendo produzir efeitos.

Posta a questão nesses termos, a investigação do conceito jurídico de índio (índigenas) deve partir da Constituição, para, posteriormente, ingressar-se no plano ordinário.

Pois bem, em louvável opção constituinte, a Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, rompendo paradigmas, fez inúmeras referências (disposições) aos povos indígenas. Não há na Constituição, contudo, qualquer tentativa, ou meandro preciso, destinado à definição de índio, o que não deve ser concebido como demérito ao trabalho do constituinte, pois, dele não se deveria esperar a descrição minuciosa de tudo o que foi albergado pela Constituição. Lembremo-nos de que é característica das constituições contemporâneas o uso de conceitos abertos e de normas de princípio.

Ademais, exigir a definição precisa de tudo seria atribuir ao constituinte uma tarefa por demais onerosa. Por exemplo, se for exigido um conceito para “índio”, seriam necessárias definições para outros termos, como “pessoa portadora de deficiência”, “quilombolas”, “contribuinte”.

⁹² José Afonso da Silva assim conceitua “Constituição”: “Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.” *Ibidem*, p. 40.

⁹³ *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 323 e ss.

⁹⁴ Embora tecnicamente se diferenciem, usaremos, neste trabalho, como sinônimos “sistema” e “ordenamento”, afinal, como ensina Norberto Bobbio: “Na linguagem jurídica corrente é comum o uso do termo ‘sistema’ para indicar o ordenamento jurídico. Nós mesmos, nos capítulos anteriores, usamos algumas vezes a expressão ‘sistema normativo’ em vez daquela mais freqüente de ‘ordenamento jurídico’.” *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 222.

Nesse contexto, o conceito jurídico-constitucional de índio é resolvido de duas maneiras: *a)* caso inexistir norma ordinária disciplinando a matéria, tão somente pela interpretação constitucional; *b)* pela edição de lei regulamentadora.

No primeiro caso, vale repisar as reflexões supra realizadas sobre o papel do interprete, à luz da Nova Crítica do Direito de LENIO LUIZ STRECK. No segundo, é mister propormos algumas reflexões mas verticais.

Conforme cediço, o emaranhado de normas constitucionais é passível de classificação, como o fizeram, com méritos, por exemplo, JOSÉ AFONSO DA SILVA, CELSO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO, estes em co-autoria⁹⁵.

Essas classificações, em essência, concentram-se em torno da definição daquelas normas que podem e que precisam de complementação (regulamentação) para lograr eficácia (aplicação).

No presente caso, das normas de direito restritas aos indígenas, oportuno trazer à colação as lições de CELSO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO sobre normas regulamentáveis:

“Regras que, malgrado o seu conteúdo pético, admitem sua regulamentação por via subalterna. Aceitam um regramento ancilar, que se reveste como instrumental à sua melhor aplicação. Diferentemente, pois, das normas irregulamentáveis, auto-instrumentadas o bastante para inadmitirem legislação regulamentadora, ainda que sob o color de reforçá-las. [...] nessa categoria, incluímos todas as regras que comportam o tratamento do seu modus operandi ou dos seus pontos de minúcia, por conduto de legislação comum. Dizendo melhor, modelos constitucionais que, inobstante recortados de forma definitiva e exauriente, têm na legislação ordinária maior perspectiva de funcionalidade.”⁹⁶

Entre as várias disposições referentes aos indígenas, mesmo sem uma investigação que pretenda classificar com precisão se são normas de aplicação (eficácia plena), restringíveis (eficácia contida) etc., pode-se afirmar que os comandos normativos atinentes aos índios admitem regulamentação, são normas regulamentáveis.

Essa prevista regulamentação pode, inclusive, fazer constar do texto legal uma definição de indígena, a qual contribuiria para a operacionalização da própria Constituição.

⁹⁵ BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

⁹⁶ *Interpretação e aplicabilidade ... cit.*, p. 44-45.

Nesse contexto, são inúmeras as leis ordinárias destinadas às questões indígenas, que validadas pela Constituição, buscam regulamentar e viabilizar os dispositivos desta, repitam-se superiores.

Dentre a legislação ordinária, a que se preocupou de modo amplo com a questão indígena, trazendo em seu bojo um conceito de índio, está o Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001/1973.

Insta, antes da análise da Lei nº 6.001/1973 e do conceito de índio nela esculpido, obtemperar que, não obstante a edição do Estatuto do Índio date de 19 de dezembro de 1973, ou seja, seja anterior à data da Constituição Federal (05 de outubro de 1988), em termos gerais, ele foi recepcionado pela Carta de 1988, por meio do fenômeno da recepção das normas.

Recepcionado o texto legal, o artigo 1º do Estatuto do Índio corrobora a argumentação anteriormente desenvolvida, reiterando a oscilação entre os termos “índios”, “indígenas” e “silvícolas”: “Art. 1º: Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas.”

No artigo 3º, todavia, o legislador ordinário define quem é índio, como segue:

“Artigo 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.”

Conforme se vê, o legislador ordinário elegeu, no inciso I do art. 3º, como critérios para determinar quem é índio o étnico (racial), o cultural e o identitário.

O critério racial (“ascendência pré-colombiana”) é frágil, pelos argumentos retro apresentados, bastando lembrar, em termos jurídicos, que a própria existência de raça é contestada (nesse sentido, *v.g.*, Supremo Tribunal Federal – HC nº. 82424/2003 – RS⁹⁷).

⁹⁷ Trecho da ementa: “[...] 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas,

O critério cultural (“cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”) encontra maior solidez, desde que utilizado adequadamente, isto é, se baseado em dois pressupostos implícitos, tal como expostos por MANUELA CARNEIRO DA CUNHA: “[...] a) a [pressuposição] de tomar a existência dessa cultura como uma característica primária, quando se trata pelo contrário de consequência da organização de um grupo étnico; e b) o [pressuposto] de supor em particular que essa cultura partilhada deve ser obrigatoriamente a cultura ancestral.”⁹⁸

Essas ressalvas são justificadas se considerarmos que, de fato, as comunidades desenvolvem a cultura recebida, formando uma cultura própria que pode não corresponder à ancestral. Por exemplo, no aspecto lingüístico, a língua transmitida pelos ancestrais tende, em algum grau, a ser modificada, mas mesmo com essa modificação ainda há a preservação da língua indígena (cf. as lições já citadas de JULIO CEZAR MELATTI).

O critério identitário (“se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”), embora seja o mais profícuo e o menos propenso a distorções (pelos motivos também já expostos), restringe à comunidade indígena o poder decisório sobre quem é e quem não é seu membro.

Essa restrição releva uma falha na estrutura do Estatuto, a qual também foi denunciada por MANUELA CARNEIRO DA CUNHA: “Não faz sentido o Estatuto do índio definir ‘índio’ antes de definir ‘comunidade indígena’”.

A mesma autora propõe a inversão da ordem e as seguintes definições, por nós perfilhadas: “Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas. É índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.”⁹⁹

Ainda quanto às definições, no seu artigo 4º, o Estatuto do Índio subdivide os índios conforme seu processo de integração com a comunidade nacional:

“Artigo 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;

visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais”.

⁹⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 24.

⁹⁹ *Os direitos... cit.*, p. 25-26.

- 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.”

Embora a elaboração legislativa do Estatuto do Índio esteja lastreada em conceitos antropológicos, é nesse ponto referente à definição de índio que estão concentradas as nossas maiores preocupações, uma vez que a integração social pode excluir direitos e garantias, pois não há critérios sólidos, objetivos e nem mesmo válidos (irrefutáveis) para a aferição do grau de integração com a sociedade.

Ademais, a definição envolve elementos fáticos em constante modificação, o que torna a análise assaz subjetiva, dando margem a distorções (para não dizer a arbitrariedades), desfavoráveis aos indígenas. A propósito ilustra MANUELA CARNEIRO DA CUNHA:

“Ora, o art. 4.º III, define ‘integrado’ os índios ‘incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos de sua cultura’. Isto significa que o critério da integração é simplesmente a emancipação legal. Portanto uma comunidade indígena emancipada não constitui mais legalmente uma comunidade indígena: poderia argumentar-se que nada justificaria seus direitos territoriais especiais garantidos na Constituição”¹⁰⁰.

O assombro da *expert* brasileira, MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, apresenta o seguinte desenvolvimento argumentativo:

“Na base dessa argumentação está uma confusão abusiva e perigosa entre os conceitos de integração e assimilação. Integração refere-se a uma articulação das sociedades indígenas com a sociedade que as domina, manifesta nos vários planos da vida social (Ribeiro et alii, 1960; Agostinho, 1980, pp. 174 e segs., e 1982, p. 67). Por exemplo: a produção de mandioca para o mercado regional ou a extração de borracha para o mercado internacional são formas de articulação econômica de grupos indígenas. Essa articulação não supõe sua assimilação, sua diluição na sociedade envolvente. Grupos indígenas continuam com sua identidade étnica distinta e no entanto articulam-se com a sociedade nacional. A integração harmoniosa, que é o propósito do Estatuto do índio (art. 1.º), não significa portanto que a comunidade deva deixar de ser indígena, e isso não só de fato como juridicamente. E se uma comunidade permanece indígena, o que justifica a retirada de seus direitos territoriais? Estes não derivam da incapacidade relativa dos índios, e não podem portanto ser abolidos com sua emancipação. Derivam, isto sim [...] do reconhecimento

¹⁰⁰ *Os direitos... cit.*, p. 26.

do título congênito que tem sobre a terra, o indigenato (Mendes Jr., 1912, p. 57).”¹⁰¹

Do exposto se pode deduzir que os conceitos encampados pelo artigo 4º do Estatuto do Índio somente podem ser considerados se não implicarem a negativa de direitos. Melhor dizendo, jamais poderão obstaculizar o exercício de direitos previstos na Constituição, uma vez que esta não previu essas distinções (quanto à integração) para o reconhecimento de tais direitos.

Assim sendo, a lei ordinária não poderá impedir tal exercício de direitos, nem poderá cercear os direitos previstos em outras leis que regulamentem normas constitucionais, mesmo que estas expressamente acolham os critérios previstos no artigo 4º do Estatuto do Índio, posto que estaremos diante de uma norma inconstitucional, já que é nítida a violação ao reconhecimento do grau de igualdade entre os indígenas.

Em suma, não é plausível que o Estatuto do Índio, lei erigida com a finalidade de proteção aos indígenas e que reconhece o critério da auto-identificação (artigo 3º), atue em desfavor daqueles a quem busca proteger.

Nesse prospecto e tal como ocorre em outras questões relacionadas aos direitos humanos, a conceituação infraconstitucional esculpida no art. 4.º do Estatuto do Índio deve prevalecer somente quando não for prejudicial aos indígenas.

Em supedâneo ao argüido, merece comentário o posicionamento adotado no julgamento da ação nº 2004.03.99.033626-0¹⁰², do Tribunal Regional Federal 3ª Região (TRF3).

Ao apreciar o pedido da indígena JOVINA MODESTA, de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade, o juízo, conjugando o artigo 4º e 8º do Estatuto do Índio (“serão nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente”), resolveu indeferir a inicial, sob o fundamento de ausência de assistência da Fundação Nacional do Índio ou de prova da condição de integrada.

¹⁰¹ *Os direitos... cit.*, p. 26-27.

¹⁰² Tribunal Regional Federal 3ª Região, Apelação Cível nº 2004.03.99.033626-0 – MS, Rel. Des. Fed. Santos Neves, j. 05.11.2007.

Conforme se defluiu da decisão, a ausência de prova da “condição de integrada” obstou o exercício do direito de ação e, em última instância, o gozo do benefício pleiteado.

Esse entendimento, *data venia*, não merece aplausos. Aplicável seria, *in casu*, o princípio do melhor interesse albergado, tal como previsto na exceção contida no parágrafo único do artigo 8º do Estatuto: “Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos”.

Em termos práticos, a aplicação do princípio resultaria no raciocínio bem arquitetado pelo douto Procurador Regional da República da 3ª Região, PAULO THADEU GOMES DA SILVA, assim expresso em seu parecer (apresentado nos autos referidos), *in verbis*: “Ademais uma vez concedido o salário-maternidade, a requerente e seus filhos terão um benefício e não um prejuízo. Na pior das hipóteses, a sentença declarará a não existência de seu direito de obter o benefício previdenciário.”¹⁰³

Doutro norte, ainda em face do caso apresentado, também deveria ter sido considerado o artigo 232 da Constituição Federal, que conferiu legitimidade aos “índios suas comunidades e organizações” “para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”, ressalvando apenas a intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os feitos.

Diante do exposto, pode-se afirmar que, ao promover a aplicação da norma, é mister que todos os dispositivos percucientes sejam sistematizados de modo adequado, posto que a prática jurídica deve estar direcionada para a efetivação do princípio do melhor interesse do indígena.

Em que pesem os esforços despendidos acerca da definição de índio encampada pelo Estatuto do Índio nos artigos 3º e 4º, a questão não se finda nessa quadra. O debate se abraça em face da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Convenção “Sobre Povos Indígenas e Tribais” –, de 1989.

A Convenção nº 169 da OIT, abordada oportunamente com mais afinco noutro capítulo preocupou-se em definir seus destinatários:

“Artigo 1º : 1. A presente convenção aplica-se:

¹⁰³ Parecer fornecido pelo autor.

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. [...].”

Consoante se observa, a Convenção nº 169 da OIT repete os critérios cultural, biológico e identitário adotados pelo Estatuto do Índio, bem como acresce o critério colonial.

Malgrado essa repetição estrutural, a Convenção é mais precisa na definição dos critérios, pois evita conflitos, já que fixa o critério identitário (de auto-identificação) como “critério fundamental”(arts. 1º e 2).

Pois bem, embora erigida no plano internacional, a Convenção nº 169 da OIT foi incorporada pelo Brasil, passando a gozar de aplicabilidade no âmbito interno. Daí deflui ao menos dois questionamentos: 1) A Convenção nº 169 da OIT é um tratado de Direitos Humanos?; e 2) Se a Convenção nº 169 da OIT é um tratado de direitos humanos, qual o seu *status* no âmbito interno?

Mesmo considerando que essas questões serão abordadas com mais vagar no capítulo seguinte para melhor compreensão do presente embate conceitual, urge declarar que reconhecemos a Convenção nº 169 da OIT como um tratado de direitos humanos e, também por pertinência, declarar que comungamos a tese de que os tratados de direitos humanos gozam de hierarquia constitucional no ordenamento pátrio.

Nesse diapasão, o conceito de indígena estabelecido no art. 1º (1-2) da Convenção nº 169 da OIT passa a ser o conceito constitucional de índio, devendo ser aplicado quando do cumprimento das disposições constitucionais pertinentes aos indígenas.

Por consequência, o conceito estabelecido pela Convenção nº 169 da OIT goza de supremacia em relação aos conceitos adotados pelo Estatuto do Índio, particularmente no que se refere ao artigo 4º.

Oportuno relatar que a Convenção nº 169 da OIT é amiúde invocada por representantes indígenas, na luta por seus direitos. No “Manifesto indígena”,

apresentado por representantes indígenas brasileiros durante o “V Fórum Social Mundial”, realizado na cidade de Porto Alegre em 2004, constou o seguinte postulado: “Aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com todo o seu significado, garantindo a participação dos nossos povos em todas as questões de âmbito legislativo e administrativo que nos afetem de alguma maneira”.¹⁰⁴

Por outro prisma, mesmo que se adote o entendimento atualmente firmado pelo STF, no sentido de que os tratados de Direitos Humanos gozam de *status* de supralegalidade (v.g., HC nº 94702 – 07.10.2008), isto é, que eles estão abaixo da Constituição e acima das leis infraconstitucionais, ainda assim, indubitavelmente, a Convenção nº 169 da OIT prevalecerá sobre o Estatuto do Índio.

Finalmente, ainda que prevaleça o entendimento por muitos anos predominante no STF, qual seja, o de que os tratados de Direitos Humanos gozam da mesma hierarquia das normas ordinárias, e mesmo que a Convenção nº 169 da OIT não seja considerada um tratado de Direitos Humanos, ainda assim não se pode perder de vista que a Convenção revoga as disposições do Estatuto do Índio que dela discrepam.

Essa revogação ocorre em assonância ao critério cronológico estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil, precisamente artigo 2º, § 1º¹⁰⁵, posto que a Convenção foi “formalmente” integrada em 19 de abril de 2004, pelo Decreto nº 5.051, e, portanto, em data posterior à da vigência do Estatuto.

Findando esse item, não se pode deixar de fazer a seguinte ponderação: embora se admita a possibilidade de regulamentação das disposições constitucionais, tal como pontua EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, essas normas “só serão válidas se não contradizem, não só o sistema formal de produção das mesmas que a Constituição estabelece, senão e sobretudo o quadro de valores e limitações do poder que a Constituição expressa”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Manifesto indígena. In: *V Fórum Social Mundial. Cadernos do CEAS*. Salvador, n. 215 jan./fev., 2005.

¹⁰⁵ Artigo 2º § 1º: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

¹⁰⁶ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1994, p. 50.

Equivalente ao dito acima é a ressalva percuciente de CELSO BASTOS e CARLOS AYRES BRITTO de que “o primado da vontade constitucional é absoluto, e as [...] leis de regulamentação, simples instrumentos da sua vontade.”¹⁰⁷

Sendo assim, quando a regulamentação tornar-se inócua para cumprir a vontade da norma constitucional, ou dela divergir, hipóteses que podem ocorrer no caso concreto, ascende o papel do intérprete, do aplicador da lei, incumbindo-lhe, nos limites de sua alçada, agir para que a Constituição remanesça intacta, “soberana, inatingível, com toda aquela fluorescência inerente à sua supremacia constitucional.”¹⁰⁸

Com lastro nesses entendimentos, na vigente normativa constitucional e infraconstitucional aplicável aos indígenas, e na busca pelo adequado conceito jurídico de índio (em face da imprecisão normativa assinalada), deve o intérprete, esvaído de pré-conceitos pejorativos e ultrapassados, recorrer, se necessário, a outras áreas do conhecimento, auscultando as peculiaridades do caso, e voltar-se para os fins da norma, a mesma que invoca o princípio do melhor interesse.

¹⁰⁷ BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁸ BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Op. cit.*, p. 46.

CAPÍTULO II – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CENÁRIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

“O direito moderno é uma lenta formação histórica, na qual se encontram elementos de várias épocas e de diversas procedências.”

(CLÓVIS BEVILÁQUA)

Este capítulo tem o fito de perلustrar a evolução dos direitos indígenas no Brasil, ênfase no aspecto constitucional, investigando os elementos determinantes – fáticos, axiológicos e normativos – e característicos das manifestações jurídicas que se relacionam com os povos indígenas, desde o período que antecede a colonização até a Constituição de 1988, incluindo, neste vértice, pelos motivos à frente aduzidos, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

1. O direito indígena pré-colonial. Sistemas jurídicos indígenas: existência e características principais

“Os primeiros cronistas diziam, no século XVI, que os índios brasileiros eram pessoas sem fé, sem rei, sem lei. É certo que essas tribos ignoravam a dura lei separada, aquela que, numa sociedade dividida, impõe o poder de alguns sobre todos os demais. Tal lei, lei de rei, lei do Estado, os Madan, os Guaykuru, os Guayaki e os Abipones a ignoram. A lei que eles aprendem a conhecer na dor é a lei da sociedade primitiva, que diz a cada um: Tu não és menos importante nem mais importante que ninguém.”

(PIERRE CLASTRES¹⁰⁹)

Deste item emerge, de imediato, a necessidade de buscar uma definição de “Direito” – se é que é possível defini-lo¹¹⁰. Sem pretender ingressar nas complexas

¹⁰⁹ *A sociedade contra o Estado*. Pesquisa de antropologia política. 5. ed. Trad. Theo Santiago. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 129.

¹¹⁰ Com autoridade, Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que a definição de “Direito” “é a grande pergunta do Direito”. *Filosofia do Direito: do perguntador infantil ao neurótico filósofo*. In: ALVES, Alaôr Caffê *et al.* *Op. cit.*, p. 116.

discussões jusfilosóficas que buscam definir “o que é direito”¹¹¹, objeto da ontognoseologia jurídica, conforme a divisão da Filosofia do Direito de MIGUEL REALE¹¹², parece haver manifesto consenso de que a “idéia de direito” se associa com “norma” e “sanção” (coaçoão – coerção).

Consoante preleciona ALF ROSS: “O direito consiste em regras que concernem ao exercício da força. Vista em relação às normas jurídicas derivadas ou normas jurídicas em sentido figurado, a força aparece com uma sanção, isto é, como uma pressão para produzir o comportamento desejado”.¹¹³

Do mesmo modo, predomina o entendimento quanto à existência de direito em todas as sociedades, valendo o brocardo *ibi societas, ubi ius*, que bem se espraia na doutrina de IZIDORO MARTINS JUNIOR, no sentido de que o Direito “é uma fatalidade social, uma necessidade orgânica da vida em comum.”¹¹⁴

Dessas noções se extrai que o “direito” não se restringe às sociedades concebidas como civilizadas. A propósito, definindo direito como “um conjunto de normas impostas e aplicadas por uma sociedade com respeito à atribuição e exercício do poder sobre as pessoas e coisas”, PAUL VINOGRADOFF defende que essa definição

“parece aplicável aos diferentes estágios do desenvolvimento histórico. O que compreende as normas jurídicas primitivas, que tinham que ser aplicadas, em grande parte, mediante ação direta dos interessados e, igualmente, as normas das comunidades políticas altamente complexas de nossos dias, que se esforçam para estabelecer sistemas completos de recursos legais e sanções estatais.”¹¹⁵

Não é a congruência sistêmica, a disciplina exaustiva das relações sociais, a precisão dos institutos e, tampouco, a presença de lei escrita que determinam a existência de Direito(s). Conforme a acertada lição de NORBERTO BOBBIO¹¹⁶, a presença de “sistema normativo”, seja ele consuetudinário ou positivado, qualifica a existência de Direito(s).

¹¹¹ Vide a respeito José Reinado Lima Lopes. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34/Edesp, 2004.

¹¹² *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 300.

¹¹³ *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 85.

¹¹⁴ [sic] *Compêndio de história geral do direito*. Pernambuco: Ramiro M. Costa & C. Editores, 1898, p. 20.

¹¹⁵ *Normas sociales y normas jurídicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 55.

¹¹⁶ Norberto Bobbio: “O Direito é um fenômeno muito complexo cujo ponto de referência é um sistema normativo interno”. E mais adiante: “O termo ‘direito’, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.” *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999, p. 30.

Assim sendo, é inegável a existência de sistemas jurídicos indígenas, ou melhor, de um direito indígena próprio, anterior à colonização. Corrobora o acerto da tese a seguinte declaração de BRONISLAW MALINOWSKI:

“A lei primitiva não é um conjunto homogêneo e perfeitamente uniforme de regras, baseado em um princípio transformado em um sistema consistente [...], a lei dos nativos consiste, no contrário, uma série de sistemas mais ou menos independentes, ajustados uns aos outros apenas parcialmente.”¹¹⁷

Outrossim, a lição de J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, erigida a partir da obra de RADCLIFFE-BROWN:

“Certamente não encontrará o antropólogo, entre os povos primitivos, um desenvolvimento jurídico completo. Pode, entretanto buscar nessas sociedades as normas de conduta que, em forma rudimentar, representam ou antecipem lei, normas e processos que, por sua natureza coercitiva formal ou sistemática, projetem nossa lei.”¹¹⁸

Ainda nessa vereda, combatendo o argumento positivista, ou melhor, de lei formal escrita, não se pode olvidar a doutrina de PIERRE CLASTRES, quando discorre sobre a lei “inscrita” sobre os corpos nas sociedades primitivas:

“A sociedade dita sua lei aos seus membros, inscreve o texto da lei sobre a superfície dos corpos [...]. A lei, inscrita sobre os corpos, afirma a recusa da sociedade primitiva em correr o risco da divisão, o risco de um poder separado dela mesma, de um poder que lhe escaparia. A lei primitiva, cruelmente ensinada, é uma proibição à desigualdade de que todos se lembrarão. Substância inerente ao grupo, a lei primitiva faz-se substância do indivíduo, vontade pessoal de cumprir a lei.”¹¹⁹

Nesse contexto, no afã de investigar a evolução dos direitos indígenas, devem ser perquiridos, inicialmente, os sistemas jurídicos primitivos (indígenas), já que antecedentes à colonização. Aporte esse que se identifica com a “Etnologia Jurídica.”¹²⁰

¹¹⁷ *Crime e costume na sociedade selvagem*. Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: UnB, 2003, p. 79.

¹¹⁸ A propósito do direito primitivo na obra de Radcliffe-Brown. In: Separada da *Revista Sociologia*, v. VII, mar./mai., 1945, p. 6.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 129.

¹²⁰ Na concepção de José Eduardo Ascensão, “Etnologia Jurídica” é a ciência que estuda o direito como manifestação cultural do homem tendo importância, sobretudo na revelação de formas jurídicas de povos ou meios primitivos. *O direito*. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1978, p. 85.

Por oportuno, ressalte-se, desde logo, que, fruto do etnocentrismo europeu, houve grande resistência pelos colonizadores quanto à existência de sistemas jurídicos nas sociedades indígenas (questão que, adiante, será enfrentada mais verticalmente).

Consideradas as limitações históricas e científicas, há farto campo para pesquisa do direito indígena, não obstante factível, em face da heterogeneidade cultural e da diversidade de sistemas jurídicos indígenas.

Uma investigação pormenorizada de todos, ainda que delimitada territorialmente ou conforme cada etnia, exigiria uma complexa e abrangente abordagem multidisciplinar – antropológica, histórica, etnológica etc. –, tornando-se assaz dispendiosa e, de certa forma, nesse momento, despicienda, considerando o curso e objetivos traçados neste trabalho.

Assim sendo, expõem-se, em termos gerais, as peculiaridades dos sistemas jurídicos indígenas.

Entre as características dos sistemas indígenas que sobrepujam, pode-se destacar, em síntese, que se trata de direito consuetudinário, sem formalização escrita, marcado pela oralidade, fortemente vinculado à religião e/ou à natureza, e, ainda, que se trata de direito de caráter coletivo (coletivista).

O elo entre direito e religião nos sistemas jurídicos indígenas é bem demonstrado por JOHN GILISSEN na seguinte arguição:

“A distinção entre regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil, porque o homem vive no temor constante dos poderes sobrenaturais. Estes tipos de sociedade são caracterizados pelo que se chama a sua ‘indiferenciação’, ou seja, as diversas funções sociais que nós distinguimos nas sociedades evoluídas – religião, moral, direito etc. – estão aí confundidas.”¹²¹

O vínculo do direito com a natureza, ou “*orientação cosmológica*”, conforme ORLANDO ARAGON ANDRADE, consiste no fato de que o indígena e a natureza legislam juntos, concebendo-se o indígena como parte da natureza e não acima dela¹²². Nesse sentido, é também digna de nota a lição da antropóloga CARMEN JUNQUEIRA, manifesta sob o contexto indígena (brasileiro) Kamaiurá:

¹²¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1979, p. 35.

¹²² Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano XL, n. 118, ene./abr., 2007, p. 16.

“A rigor, não seria correto tratar o Homem e a Natureza como coisas separadas, uma vez que os próprios índios não estabelecem qualquer ruptura entre eles. Um estudo mais aprofundado da mitologia Kamaiurá poderia relevar uma união ainda mais ampla entre homens, espécies vivas, astros e forças naturais.”¹²³

O caráter coletivista do direito indígena se expressa, de forma lúcida, nos princípios básicos dos sistemas jurídicos indígenas pré-coloniais, assim identificados por THAIS LUZIA COLAÇO: “prioridade dos interesses coletivos sobre os individuais”, “responsabilidade coletiva” e “solidariedade”.

A prioridade dos interesses coletivos manifesta-se, por exemplo, na legitimidade da liderança indígena para julgamento dos crimes cometidos; na não criminalização do aborto e da eutanásia; na destinação, utilização e posse de bens – os bens de falecido, quando úteis, passam a pertencer à coletividade.

O princípio da responsabilidade coletiva é perceptível no caráter da responsabilidade criminal coletiva – a ofensa alcança a todos os membros do grupo agressor –, e na responsabilidade de toda família por qualquer ato de seus componentes.

Como último princípio, a solidariedade emerge da compreensão indígena de que a agressão a um dos membros significa agressão a toda a comunidade¹²⁴.

Discorrendo sobre os índios Tupinambás, CARMEN JUNQUEIRA contextualiza esse princípio de forma clara:

“Dentro do grupo local, cada agressão era revidada com outra agressão e aqueles em conflito agiam enquanto membros de um grupo maior: a família, seus aliados e amigos. Desse modo, embora as disputas fossem tidas como questões privadas, podiam chegar a envolver amplos setores da comunidade. [...] Quando o ofensor e seu grupo se recusavam a satisfazer as obrigações ditadas pela tradição, os dois lados passavam a se hostilizar, tornando-se eventualmente inimigos.”¹²⁵

Das características apresentadas, que comprovam a existência de sistemas jurídicos indígenas pré-coloniais, pode-se deduzir que, em algum grau, tende a ser

¹²³Pajés e feiticeiros. In: *Estudos Avançados*, v. 18, n. 52, 2004, p. 239.

¹²⁴COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 137.

¹²⁵ Símbolos e imagens da ordem na comunidade indígena. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). *Conversações Abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/ PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997, p. 24.

natural que haja uma resistência na recepção de outros sistemas jurídicos, no caso, os ocidentais não-indígenas.

2. O direito indígena pós-colonização: Colisão entre os sistemas jurídicos indígenas e positivistas (europeus)

“O direito positivo na concepção dos povos indígenas é como um rio seco, sem vida, sem importância, que não foi construído a partir da necessidade da comunidade, e que não nasceu para regulamentar o dia-a-dia: ele não parece ter sido construído para disciplinar relações de parentesco ou dar equilíbrio para o convívio social.”

(ALMIREZ MARTINS MACHADO – Liderança Guarani/Terena da Aldeia Jaguapirú/Missão Kaiowá¹²⁶)

A descoberta do *Mundus Novus* trouxe à tona inúmeras questões jurídicas, dentre estas, a colisão entre o sistema jurídico do colonizador e os sistemas indígenas.

Conforme exposto anteriormente, os povos indígenas já possuíam – e ainda possuem – sistemas jurídicos consuetudinários próprios. Doutro norte, os colonizadores trouxeram consigo o ideal jurídico europeu, que nem de longe se assemelhava ao do indígena – grifem-se as palavras do líder indígena ALMIREZ MARTINS MACHADO, lançadas em epígrafe neste item, que deflagram sensível tensão.

As diferenças entre os sistemas indígenas e os dos colonizadores se afere da perfunctória descrição dos sistemas jurídicos indígenas retro apresentada, destacando-se o caráter consuetudinário e coletivista dos sistemas indígenas, antagônico ao caráter privado, individualista, dos sistemas positivistas europeus.¹²⁷

Nesse contexto, além de outras inexauríveis consequências de ordem jurídica, a chegada do colonizador acarretou uma divisão/colisão de sistemas, levando à discussão – diga-se ainda persistente – do reconhecimento e da legitimidade das normas.

¹²⁶Direito indígena: conquista dos povos indígenas. In: *Seminário Formação Jurídica e Povos Indígenas*. Desafios para uma educação superior. Belém: LACED, 2007, p. 1.

¹²⁷ Veja-se a propósito a lição de Thais Luzia Colaço: “O direito indígena não estava de acordo com os padrões do direito europeu, por não possuir ‘instituições’ tais como são definidas nos sistemas romanistas ou do *common law*, por exemplo, a noção de justiça, de regra de direito (*rule of law*), de lei imperativa de responsabilidade individual.” *Op. cit.*, p. 114.

A essa problemática pretende a teoria monista do direito dar resposta, já que prima pelo monopólio estatal do direito, refutando a existência de sistemas jurídicos diversos no mesmo território.

Enraizado na tese monopolizadora, defendida pelos monistas, está o positivismo legal, ou melhor, a primazia da lei escrita sobre o costume. Com efeito, a teoria monista fomenta o não reconhecimento do direito indígena.

Foi essa a opção adotada pelo colonizador das Américas, consoante teoriza VICENTE CABEDO MALLOL:

“A estratégia, na América Latina, do direito hegemônico (positivo, estatal) – de seus operadores – frente ao direito indígena durante séculos tem sido de negar dita natureza jurídica e normatividade indígena, constituindo um claro exemplo de intolerância.”¹²⁸

Dessa postura refratária não se afastou o direito pátrio, conforme se defluiu da lição de CARLOS FREDERICO MARÉS SOUZA FILHO, a qual declara que

“os poucos juristas que tratam da História do Direito brasileiro fazem referências ao direito pré-colombiano, como se as Nações indígenas tivessem existido até o advento do Estado Brasileiro. Esta interpretação etnocêntrica pressupõe unicidade do Direito Estatal de tal forma que só admitem direitos das sociedades indígenas enquanto não houve Estado, português ou brasileiro, que providenciasse um Direito único e de fonte exclusiva ou, pelo menos prioritária, a Lei.”¹²⁹

Por vários fatores, não merece guarida a tese monista. A negação dos sistemas indígenas sustenta-se no etnocentrismo (eurocentrismo), pois, conforme sustenta VICENTE CABEDO MALLOL, a visão monista de menosprezo aos costumes (*contra legem* para os positivistas) e aos valores indígenas está associada à subvalorização do indígena, que de longa data são tratados como “selvagens” e “atrasados.”¹³⁰

Igualmente, assim ratifica ANA VALÉRIA DE ARAÚJO:

“Trata-se de uma interpretação etnocêntrica do Direito, que não admite que um conjunto de regras diferenciadas que organizam uma sociedade distinta possa ser catado como Direito, convivendo lado a lado com o Direito estatal [...]. Na verdade, os sistemas jurídicos indígenas são

¹²⁸ De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena. In: *Política e Cultura*, México, n. 21, 2004, p. 74.

¹²⁹ Índios e direito: O jogo duro do Estado. In: *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 17, dez. 1988, p. 53.

¹³⁰ *Op. cit.*, p. 75.

vistos como mera fonte secundária do Direito, concepção carregada de preconceito.”¹³¹

Entende-se que a pluralidade jurídica, como pressuposto de legitimidade do direito, bem como o direito à diferença e à identidade cultural implicam o dever de respeito aos sistemas jurídicos indígenas.

Pertinentes as precisas palavras de JOSÉ EDUARDO ASCENSÃO: “Qualquer que seja a atitude perante os direitos tradicionais, e mesmo que seja de hostilidade, os novos Estados não podem prescindir do conhecimento destes direitos como pressupostos de qualquer política que visem empreender.”¹³²

Tal ressalva coaduna com os postulados de BRONISLAW MALINOWSKI que, referindo-se à lei-primitiva, assevera:

“O conhecimento dessas forças deveria ter sido a base das teorias antropológicas da organização primitiva e deveria ter fornecido os princípios orientadores da legislação e da administração colonial. Um melhor conhecimento dos chamados selvagens teria revelado que os ‘desejos animalescos do pagão’ eram produto de uma lei firme e de uma tradição rigorosa, exigidas pelas necessidades biológicas, mentais e sociais da natureza humana mais do que pela emoção desenfreada ou por excessos irrestritos.”¹³³

A solução para o conflito está no diálogo, na busca pela convivência pacífica de ambos os sistemas, conforme declara JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN: “A convivência dos direitos humanos de caráter individualista, da tradição jurídica europeia continental, e os direitos humanos de natureza coletivista, da tradição jurídica indígena americana, dará lugar a uma tradição jurídica diferente. Esta terá que estar fundada numa filosofia do direito completa: donde cada uma das tradições conserva sua originalidade, colabora em suas complementaridades e respeita suas contradições.”¹³⁴

3. O direito indígena no Período Colonial

¹³¹ Povos indígenas e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas (orgs.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPRIR, 2006, p. 235.

¹³² *Op. cit.*, p. 126.

¹³³ *Op. cit.*, p. 9.

¹³⁴ Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano XXX, n. 89, may./ago. 1997, p. 536.

“Expressão da vida social organizada, o direito reflete esse movimento de fluxo e refluxo. Nas suas determinações e aplicações, estampa, como em chapas fotográficas, nítidas ou turvas, o modo de ser particular de cada povo, no qual se embebem as influências históricas e as tendências humanas.”

(CLÓVIS BEVILÁQUA¹³⁵)

A lição sempre ímpar de CLÓVIS BEVILÁQUA revela a importância de indagar, *ab ovo*, a história da colonização, em especial, a da política colonizadora, analisando-se as circunstâncias fáticas e valorativas que determinaram o direito indígena brasileiro no período colonial, para, depois, refletir-se propriamente sobre a legislação.

Como notório, a colonização do Brasil “coube” a Portugal, país que ascendeu dentre os Estados europeus na empreitada marítima por diversos fatores, dentre estes, por sua localização geográfica privilegiada e por sua estruturação econômica e política favorável ao comércio¹³⁶. Entretanto, não podem ser olvidadas as causas determinantes, intrínsecas aos portugueses.

Identificando os princípios que norteiam as atividades humanas em sociedade, SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA¹³⁷, em sua obra singular, *Raízes do Brasil*, distingue os trabalhadores (lavradores) dos aventureiros (caçadores e coletores), com os quais se assemelham os portugueses, caracterizados pelo ideal de “colher os frutos sem plantar a árvore”, e também por ignorarem as fronteiras.

Sob essa premissa, SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA sustenta que, na colonização dos novos mundos, coube ao trabalhador “papel muito limitado, quase nulo”¹³⁸, e, mais adiante, já contextualizando o caso brasileiro, declara: “O que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas a riqueza que custa ousadia, não a riqueza que custa trabalho.”¹³⁹

Essa característica ideológica portuguesa reflete-se, de modo incontestável, na política portuguesa e, com efeito, na história do direito colonial, inclusive quanto aos indígenas.

¹³⁵ *Obra filosófica*. II Filosofia social e jurídica. São Paulo: EDUSP/ Editorial Grijalbo, 1975.

¹³⁶ Estes fatores incentivaram o projeto de expansão marítima portuguesa impulsionado com veemência, após a tomada da cidade de Ceuta – entreposto comercial árabe do Norte da África – em 1415 por D. João I, quem imprimiu uma política governamental de incentivo à navegação. Os estímulos repercutiram no desenvolvimento de novas técnicas (por exemplo, instrumentos de orientação como astrolábio) que permitiram aos portugueses pretender conquistas mais vultosas. Cf. VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 1997, p. 53.

¹³⁷ *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 43.

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 45.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 49.

Desde a descoberta, em 22 de abril de 1500¹⁴⁰, ou “invasão” como prefere CARMEN JUNQUEIRA¹⁴¹, ou ainda “achamento” como leciona DARCY RIBEIRO¹⁴², é sensível a orientação portuguesa quanto aos seus objetivos em relação à nova colônia, qual seja, a de aferir riquezas sem grande labor.

Observe-se que nos alvares da descoberta, à primeira vista não encontrando riquezas (consta na Carta de Pero Vaz de Caminha: “Até agora não podemos saber se há ouro ou prata nela ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lhe vimos”), a colônia brasileira foi relativamente abandonada, preocupando-se os portugueses apenas com a defesa do território, ainda que as primeiras atividades econômicas realizadas tenham-se resumidas ao escambo e à extração do pau-brasil.

O interesse pelo plantio, inicialmente da cana de açúcar, só surgiu a partir de 1530, quando já se vislumbravam os potenciais geográfico¹⁴³ (“a terra... em si é de muito bons ares... Em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo”¹⁴⁴) e “humano” do território, interesse que era vivificado com o agravamento da crise das rotas comerciais com as Índias.

A opção pela agricultura não ofusca a ilação de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA (“riqueza sem trabalho”), ao revés, reforça-a, bastando lembrar que o trabalho efetivo da lavoura coube aos escravos negros e indígenas, estes em menor proporção que aqueles, principalmente se considerarmos que as relações entre os colonizadores e indígenas tiveram contornos bastante distintos daquelas forjadas com os escravos africanos.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Embora haja discussões acerca da data exata do descobrimento do Brasil, fixou-se o dia 22 de abril de 1500, indicado por Pedro Álvares Cabral como marco histórico. Cf. QUADROS, Jânio e ARINOS, Afonso. *História do povo brasileiro*. v. I. São Paulo: J. Quadros Editores Culturais, 1967.

¹⁴¹ Cf. *Antropologia indígena... cit.*, p. 78.

¹⁴² *O povo brasileiro... cit.*, p. 35.

¹⁴³ A constatação do quão rico e potencialmente explorável era a colônia brasileira, figurou no relatório de Martim Afonso de Sousa – apresentado a D. João III em 1533 –, após sua expedição ao Brasil (1530–1533) para preparar a colonização. O relatório somado a outros elementos informativos, influenciou D. João III a instituir o sistema de capitanias hereditárias em 1534.

¹⁴⁴ *Carta a El Rei D. Manuel, Op. cit.*, s/p.

¹⁴⁵ Em consonância, cite-se novamente Sérgio Buarque de Holanda: “O reconhecimento da liberdade civil dos índios – mesmo quando se tratasse simplesmente de uma liberdade ‘tutelada’ ou ‘protegida’, segundo a sutil discriminação dos juristas – tendia a distanciar-los do estigma social ligado à escravidão. É curioso notar com algumas características ordinariamente atribuídas aos nossos indígenas e que os fazem menos compatíveis com a condição servil – sua ‘ociosidade’, sua aversão a todo esforço disciplinado, sua ‘imprevidência’, sua ‘intemperança’, seu gosto acentuado por atividades antes predatórias do que produtivas – ajustam-se de forma bem precisa aos tradicionais padrões de vida das classes nobres. E deve ser por isso que, ao procurarem traduzir para termos nacionais a temática da Idade Média, própria do romantismo europeu, escritores do século passado, como Gonçalves Dias e Alencar, iriam reservar para o índio virtudes convencionais de antigos fidalgos e cavaleiros, ao passo que o negro devia contentar-se, no melhor dos casos, com a posição de

De acordo com a história da “descoberta”, os primeiros contatos entre indígenas e colonizadores foram, de fato, pacíficos, como noticia a Carta de PÊRO VAZ DE CAMINHA:

“Nesse dia, enquanto ali andavam, dançaram e bailaram sempre com os nossos, ao som de um tamboril nosso, como se fossem mais amigos nossos do que nós seus. Se lhes a gente acenava, se queriam vir às naus, aprontavam-se logo para isso, de modo tal, que se os convidáramos a todos, todos vieram.”¹⁴⁶

O bom relacionamento inicial é explicado, com maestria, por DARCY RIBEIRO:

“Os índios percebem a chegada do europeu como um acontecimento espantoso, só assimilável em sua visão mítica do mundo. Seriam gente do sol, o criador – Maíra –, que vinha milagrosamente sobre as ondas do mar grosso[...]. Provavelmente seriam pessoas generosas, achavam os índios. Mesmo porque, no seu mundo, mais belo era dar que receber.”¹⁴⁷

Fechada a cortina do inédito, logo se estremeceram as boas relações, consoante declara CARMEN JUNQUEIRA:

“Terminada a novidade daquilo que lhes pareceu exótico, a diferença cultural passou a ser vista como pecado, atraso, humanização incompleta. Em poucas décadas, foram índios igualados às feras: deviam ser afastados, mortos ou domesticados. Decretou-se serem eles inimigos da Coroa, de Deus e da colonização.”¹⁴⁸

Não discrepa desse entendimento DARCY RIBEIRO:

“Pouco mais tarde, essa visão edílicia se dissipa. Nos anos seguintes, se anula e reverte-se seu contrário: os índios começam a ver a hecatombe que caíra sobre eles. Maíra, seu deus, estaria morto? Como explicar que seu povo predileto sofresse tamanhas provocações? Tão espantosas e terríveis eram elas, que para muitos índios melhor fora morrer do que viver.”¹⁴⁹

vítima submissa ou rebelde.” *Op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, s/p.

¹⁴⁷ *O povo brasileiro...cit.*, p. 38.

¹⁴⁸ JUNQUEIRA, Carmen. *Antropologia indígena... cit.*, p. 77.

¹⁴⁹ *O povo brasileiro...cit.*, p. 38.

A benevolência indígena logo se verteu em seu desfavor – “por ser benevolente, o índio pagou um preço muito alto”¹⁵⁰ –, pois, conforme assevera este fragmento de MARCELO BONFIM:

“O português que veio formar o Brasil muito bem sabe que não podia dispensar o concurso aquiescente do gentio e, desde logo, tratou-o de modo a garantir o mesmo concurso. O índio era ingênuo e hospitaleiro, e os entendimentos logo se fizeram: O certo, afirma a autoridade de Gonçalves Dias, é que, com suma facilidade, puderam os donatários estabelecer suas capitânicas, fazer suas casas, e chamar os indígenas a uma aliança.”¹⁵¹

Se economicamente interessava aos portugueses a relação com os indígenas – “para os que chegavam, o mundo em que entravam era a arena de seus ganhos, em ouros e glórias”¹⁵² –, interessava-lhes, religiosamente, a conversão, como consta na Carta de Caminha, donde também se vê a inquietação do “relator histórico” com o aspecto espiritual dos “gentios”: “Contudo, o melhor fruto que dela se pode tirar parece-me que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza em ela deve lançar.”¹⁵³

Nesse contexto, em 1549, juntamente com a expedição de TOMÉ DE SOUZA (primeiro Governador-Geral), Portugal encaminhou ao Brasil, sob o comando do PADRE MANUEL DA NÓBREGA, os jesuítas (membros da Companhia de Jesus) com o múnus de iniciar o trabalho catequético.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Otávio Dutra. Colonização portuguesa, catequese jesuítica e direito indígena. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América indígena... cit.*, p. 145.

¹⁵¹ *O Brasil na América*. Características da formação brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: TopBooks, 1997, p. 103. Mais adiante, afirma Marcelo Bonfim: “Não tendo aqui outra possibilidade de exploração e riqueza senão a da atividade rural, estável, o português, com as facilidades do seu temperamento, aceitou prontamente o índio, que lhe facilitava em tantos modos a exploração da terra, e passou a viver, em grande parte na experiência e nos recursos que ele lhe oferecia”, p. 108.

¹⁵² RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro...cit.*, p. 40.

¹⁵³ “E que não houvesse mais do que ter Vossa Alteza aqui esta pousada para essa navegação de Calicute bastava. Quanto mais, disposição para se nela cumprir e fazer o que Vossa Alteza tanto deseja, a saber, acrescentamento da nossa fé! [...] Parece-me gente de tal inocência que, se nós entendêssemos a sua fala e eles a nossa, seriam logo cristãos, visto que não têm nem entendem crença alguma, segundo as aparências. E portanto se os degredados que aqui hão de ficar aprenderem bem a sua fala e os entenderem, não duvido que eles, segundo a santa tenção de Vossa Alteza, se farão cristãos e hão de crer na nossa santa fé, à qual praza a Nosso Senhor que os traga, porque certamente esta gente é boa e de bela simplicidade. E imprimir-se-á facilmente neles qualquer cunho que lhe quiserem dar, uma vez que Nosso Senhor lhes deu bons corpos e bons rostos, como a homens bons. E Ele nos para aqui trazer creio que não foi sem causa. E portanto Vossa Alteza, pois tanto deseja acrescentar a santa fé católica, deve cuidar da salvação deles. E prazera a Deus que com pouco trabalho seja assim!”. *Carta a El Rei D. Manuel... cit.*, s/p.

Em que pesem opiniões em contrário, a derradeira intenção portuguesa na “conversão dos nativos”, ao nosso ver, coincide com o posicionamento de NÁDIA FARAGE e MANUELA CARNEIRO DA CUNHA:

“A tarefa catequética tinha assim por objetivo básico adequar a população indígena às necessidades político-econômicas da empresa colonizadora portuguesa. As missões, ao longo dos séculos XVI e XVII, com efeito, prepararam a mão-de-obra formalmente livre e controlaram sua distribuição entre os colonos.”¹⁵⁴

O magistério de ANTONIO CARLOS WOLKMER revela duas concepções quanto ao resultado da obra jesuíta: primeira, a de que o trabalho desenvolvido sob árduos esforços e sob disciplina protegeu os indígenas das investidas devastadoras dos colonizadores, e segunda (em contradição com a primeira), a de que as missões jesuítas integraram e serviram aos interesses do colonialismo, pela tarefa de “domesticar” os índios.¹⁵⁵

Sem pretender ofuscar a contribuição de alguns missionários na defesa de direitos indígenas, e sobretudo no reconhecimento do *status* do índio – lembremos de BARTOLOMÉ DE LAS CASAS e de PADRE ANCHIETA –, a história, indubitavelmente, denuncia que a empreitada cristã na colônia portuguesa contribuiu para o preconceito contra o indígena, para a sua escravidão, para a perda da terra e, mormente, para o processo de aculturação.

Nesse sentido, MARCELO BONFIM, fazendo lembrar as regiões do Prata e do Paraguai, nas quais os jesuítas puderam executar seu projeto inicial, sustenta que os jesuítas do Brasil puderam construir uma obra humana e patriótica, porque o regime da colonização portuguesa não lhes deixava possibilidade de fazer o mal, talvez maior.¹⁵⁶

De fato, a consecução em plenitude do projeto jesuíta de conversão do indígena aponta para malefícios de grandes proporções, em especial para a supressão cultural. Estriba essa ilação a doutrina de RAIMUNDO NINA RODRIGUES, em seu clássico estudo *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, de 1894:

¹⁵⁴ FARAGE, Nádia; CUNHA, Manuela Carneiro da. Caráter da tutela dos índios: origens e metamorfoses. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *Os direitos do índio...cit.*, p. 103.

¹⁵⁵ Pluralidade jurídica na América Luso-Hispânica. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América indígena... cit.*, p. 86.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 163.

“A catechese, melhor domesticação do índio, não é, não pode ser considerada civilização; não importa de modo algum o aperfeiçoamento social, ao contrario conduz á degredação do selvagem. É este o sentir do proprio Dr. Couto de Magalhães, o entusiasta partidario da catechese por interpretes. ‘o índio catechizado, diz elle, é um homem degradado, sem costumes originaes, indifferente a tudo, e portanto á sua mulher e quasi que á sua familia. ‘Cada tribu que nós aldeiamos, accrescenta ainda, é uma tribu que degradamos, e a que por fim destruimos com as melhores intenções e gastando nosso dinheiro.’”¹⁵⁷

Todavia, é impossível dizer aos indígenas, tanto àqueles da fase colonial quanto aos atuais, com segurança, se seria mais benéfico a supremacia dos interesses missionários (da Igreja Católica) ou a dos Colonizadores.

É justamente esse conflito de interesses entre Igreja e Colonizador, acertadamente denominado por OTÁVIO DUTRA DE OLIVEIRA¹⁵⁸ de “ocorrência casuística de interesses conflitantes”, que define a política indigenista colonial, notadamente na questão da escravidão indígena.

A colisão de propósitos entre a Igreja e o Colonizador, por si só bastante complexa, é agravada pela inserção de um terceiro interessado – também colonizador –, o colono, “donatário”, “agente da colonização”. A metrópole, além dos interesses econômico-mercantis, tinha

“também grandes interesses de cunho estratégico na submissão política dos povos indígenas: sua vassalagem importava ao Estado como condição prévia de uma mão-de-obra domesticada politicamente eficaz na constituição de uma sociedade colonial que garantisse a Portugal a posse dos territórios conquistados.”¹⁵⁹

Para os colonos, mais que ocupar e defender a terra, era necessária a mão-de-obra para trabalhar a terra, ou melhor, interessava-lhes tão somente a escravidão indígena.

O jesuíta, por outro lado, numa postura “contrária ao colono e inconveniente para a Metrópole” (JÂNIO QUADROS¹⁶⁰), pretendia a salvação dos indígenas pela conversão ao cristianismo, passando a exercer domínio – inclusive material – sobre estes.

¹⁵⁷ [sic] *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil* (1894). Brasília: BDjur, 2007, p. 76.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁹ FARAGE, Nádia; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Caráter da tutela dos índios... cit.*, p. 104.

¹⁶⁰ QUADROS, Jânio. *Op. cit.*, p. 122.

Relembrando as palavras de CLÓVIS BEVILÁQUA, que figuraram como epígrafe neste item, e também a clássica concepção tridimensional do direito de MIGUEL REALE, é no bojo desses fatos e valores até aqui apresentados que se construiu a legislação colonial indígena.

Antes de iniciar propriamente a análise da legislação colonial aplicável aos indígenas, é profícuo caracterizá-la e contextualizá-la.

Concebendo-se a data da descoberta, 22 de abril de 1500, como termo *a quo*, pois antes mesmo da descoberta havia “leis” que aqui se aplicavam – por exemplo, as bulas papais e acordos como o Tratado de Tordesilhas –, pode-se arguir que as primeiras disposições legais – diga-se, positivadas com autoridade estatal – destinadas à colônia brasileira, foram as Cartas de Doação, Cartas régias, Alvarás e os forais concedidos aos donatários pelo sistema das Capitânicas Hereditárias, instituído em 1534.

Quanto aos forais, além de concederem o domínio da terra aos donatários (em número de doze, conforme subdivisão das capitânicas), atribuíam-lhes “poderes assemelhados aos senhores feudais, pois, além do papel de administrador, competia-lhe (s), também, o papel de legislador e de juiz.”¹⁶¹

Diante do fracasso da política de capitânicas, em 1548 foi instituído o sistema unitário de governo, nomeando-se como primeiro Governador-Geral TOMÉ DE SOUZA (Carta de Nomeação de 7 de janeiro de 1549), quem acrescentou o “Regimento” como mais uma forma legislativa e, esvaindo o poder dos donatários, tornou fortes as Ordenações do Reino, quais sejam, Ordenações Manuelinas¹⁶² e Ordenações Filipinas.

Em síntese, as “Ordenações” consistiam na compilação (ordenação) de leis extravagantes e das ordenações anteriores¹⁶³. Entretanto, informa ANTONIO CARLOS

¹⁶¹ CRISTIANI, Cláudio Valentin. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 337. Ressalta ainda o autor “Nesse período histórico, percebe-se, não havia uma burocratização quanto aos procedimentos e confundia-se em uma só pessoa as funções de legislar, acusar e julgar. Ao donatário competida a função de “administrador, chefe militar e juiz ao mesmo tempo; o donatário não repartia com outros o direito de aplicar a lei aos casos ocorrentes, dirimindo os conflitos de interesses de direitos entre os habitantes da capitania.” (p. 338)

¹⁶² A Ordenação Manuelina foi antecedida pelas Ordenações Afonsinas de 1466, que pouco influenciou no direito colonial brasileiro.

¹⁶³ Lenio Luiz Streck sustenta que à época da colonização “numerosas cartas estavam cheias de deturpações ou apenas obscurecidas com o passar dos anos” razão pela qual em 1497 foi determinada a remessa de todos os forais a Coroa para revisão, revisão esta que concluída em 1520 resultaria nos “Forais Novos” ou Ordenações Manuelinas. *Jurisdição cit.* p. 313.

WOLKMER que as Ordenações eram insuficientes para resolver todas as necessidades da colônia, tornando obrigatória a edição avulsa e independente de leis esparsas.¹⁶⁴

Em termos gerais, essa é a forma que assumiu a legislação colonial, cujo tema indígena passa a receber maior atenção a partir da alternância para o sistema unitário (governos-gerais).

De imediato, à luz da história da colonização e dos “interesses coloniais” supra expostos, é possível antever o tratamento legal dado aos povos indígenas. As leis editadas, além de contraditórias entre si, revelam um caráter tendencioso e um profundo distanciamento com as preocupações locais. Nesse norte está o magistério de ROBERT WEAVER SHIRLEY¹⁶⁵, JACQUES TÁVORA ALFOSIN¹⁶⁶ e CLÁUDIO VALENTIM CRISTIANI¹⁶⁷.

Pois bem, acerca do direito indígena no Brasil, durante o período colonial, é possível isolar em dois pontos principais a prática legislativa: *a) escravidão e guerra;* e *b) direito à terra e independência indígena.*

Esses tópicos também servem como roteiro metodológico para uma exposição crítico-retrospectiva, a seguir proposta.

a) Escravidão e guerra

Conforme já dito anteriormente, a opção do colonizador pela agricultura, em detrimento da preservação da terra, deflagrou a necessidade de mão-de-obra para o trabalho agrícola – não que na atividade extrativista e mesmo no escambo estivesse atendida –, surgindo como solução a escravidão indígena, prática que fez ascender o conflito entre colonos e missionários.

¹⁶⁴ *Pluralidade jurídica na América Luso-Hispânica... cit.*, p. 89.

¹⁶⁵ “Portugal não tencionava ao povo ou mesmo prestar serviços mais elementares à sua colônia. Essa desvinculação entre o Estado e a população é uma constante na história brasileira. O direito que existia era o dos coronéis, as leis da elite agrária, que eram basicamente uma forma de direito consuetudinário português do século XVI.” *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 80.

¹⁶⁶ A partir da lição de Shirley, Jacques Távora Alfosin sustenta que: “Aí já é possível se detectar uma nítida separação entre o direito do Estado, a lei oficial, queridos e mantidos por oligarquias economicamente poderosas, e o direito do povo refugiado em comunidades de excluídos.” Índios e negros. Exemplos de um direito popular de obediência, hoje refletido nas “invasões” de terra. In: *Estudos Jurídicos*, v. 21, n. 52, maio.ago. 1985, p. 56.

¹⁶⁷ “A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo das forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social.” *Op. cit.*, p. 333.

No período colonial, por consequência, a lei procurou atender aos interesses dos colonos (escravização dos indígenas), e aos dos missionários (conversão dos indígenas ao cristianismo), com variações momentâneas, graduadas de acordo com a influência de cada segmento.

Como resultado imediato, a questão da liberdade desponta como o ponto de maior contradição presente na legislação indígena do período colonial, conforme preconiza J. CRETTELLA JR: “A legislação, vacilando à mercê dos interesses do momento, ora os condenava à escravidão, ora lhes reconhecia o direito de liberdade.”¹⁶⁸ Navega nas mesmas águas o magistério de ORLANDO SOARES: “Ora decretava-se o cativeiro dos aborígenes, sem restrições, ora se proclamava a liberdade absoluta deles, punindo-se os que os escravizassem.”¹⁶⁹

Analisando a disciplina legal da liberdade indígena no período colonial, observam-se inúmeras tentativas de reprimenda à escravidão indígena, certamente por influência das doutrinas humanistas, mas, principalmente, pelas Bulas Papais, em especial a Bula “Veritas Ipsa”, do PAPA PAULO III, de 1537, a qual foi confirmada pelo Papa Urbano VIII e pelo Papa Benedito XIV, prevendo que “os [...] índios e todos os outros povos que, em seguida, vierem ao reconhecimento dos cristãos, mesmo quando estiverem fora da fé de Cristo, não estão privados de sua liberdade, nem no gozo de seus bens, e que não devem ser reduzidos à escravidão.”¹⁷⁰

O PAPA BENEDITO XIV, em 1741, acresceu a esse preceito a pena de excomunhão àqueles que escravizassem os índios.

Além do óbice religioso, o colonizador português sabia que poderia atingir seus objetivos coloniais, com maior facilidade, pela via “amistosa”.

Nesse interregno, a Lei de 30 de julho de 1609 conferia liberdade absoluta a todos os índios — e não apenas aos convertidos —, prevendo também que os gentios não seriam compelidos ao trabalho, nem removidos de seu habitat contra sua vontade.¹⁷¹

Em 31 de agosto de 1609, o REI FILIPE II enviou para o Governador-Geral, DOM DIOGO DE MENEZES SERQUEIRA, “Carta sobre a lei de liberdade dos gentios”, cujo excerto se transcreve:

¹⁶⁸ CRETTELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. VIII, p. 4554.

¹⁶⁹ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 740.

¹⁷⁰ MENCK, *Op. cit.*, p. 117.

¹⁷¹ *O índio na história do Brasil*. São Paulo: Global, 1983, p. 54.

“Dom Felipe e companhia faço saber a vós Dom Diogo de Menezes Serqueira, do meu Conselho, e Governador Geral do Estado do Brasil, que eu passei hora uma minha lei por mim assinada, e passada, e nela publicada, da qual lei o traslado é o seguinte: (...) mandei fazer esta lei, pela qual declaro todos os gentios daquelas partes do Brasil por livres, conforme a direito, e seu nascimento natural, assim os que já foram batizados, e seduzidos a nossa Santa Fé Católica, como os que ainda servirem como gentios, conforme os seus rituais, e cerimoniais, as quais todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são, e não serão constringidos a serviço, nem a coisa alguma contra sua livre vontade, e as pessoas que deles se servirem nas suas fazendas lhes pagarão seu trabalho, assim, e da maneira, que são obrigados a pagar a todas as mais pessoas livres de que se servem; e pelo muito que convém a conservação dos ditos gentios, e poderem com liberdade, e segurança, morar, e comerciar com os moradores das Capitâneas, e para o mais que convier a meu serviço e benefício das Fazendas de todo aquele estado, e cessem de todos os enganos, e violências, com que os capitães, e moradores os traziam do Sertão, e pelo que convém ao serviço de Deus, e meu, e por outros justos respeitos, que a isso movem[...].”¹⁷²

Subsequentemente, em flagrante contradição, a Lei de 10 de agosto de 1611 previu a possibilidade de escravidão indígena, consoante comentário de BERTA GLEIBER RIBEIRO: “A liberdade dos índios é reconhecida em tese, sob pena de infrações. Todavia, era reputado legítimo seu cativeiro não só dos aprisionados em guerra justa, mas também dos resgatados quando cativos de outros índios que, a não ser o resgate, os devorariam.”¹⁷³

Nesse novo contexto, estavam previstas duas hipóteses que legitimavam a escravidão indígena: *a)* no caso de guerra justa; e *b)* no caso de resgate dos índios à mercê da antropofagia. Aqui, escravidão e guerra se imbricam.

Segundo os relatos históricos, a guerra contra os indígenas era evitada pelos portugueses, sendo apenas declarada a algumas tribos que foram hostis às investidas colonizadoras.

No Regimento do Governo-Geral de 1548, observa-se, já nos parágrafos iniciais, o estabelecimento de boas relações com as tribos indígenas, ajudando-as, se necessário, a garantirem a manutenção da própria terra, como se verifica do trecho *in verbis*:

“... para que vos mando que como chegardes à dita Bahia vos informeis de quais são os gentios que sustiveram a paz e os favoreçais de maneira que sendo-vos necessário sua ajuda a tenhais certa [...] e se alguns dos

¹⁷² *O Arquivo Nacional e a História Luso-Brasileira Companhia de Jesus*. Disponível em: <<http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br>>, acesso em 20 de julho de 2007.

¹⁷³ *Apud* RIBEIRO, Berta Gleiber. *O índio na história do Brasil*. São Paulo: Global, 1983, p. 54.

ditos gentios quiserem ficar na terra da dita Bahia dar-lhe-eis terras para sua vivenda de que sejam contentes onde vos bem parecer.”¹⁷⁴

No mesmo documento, ainda que se reconheça a guerra como alternativa tática, insiste-se na busca pelo diálogo, como se depreende deste fragmento:

“Posto que em alguns capítulos deste regimento vos mande que façais guerra aos gentios na maneira que nos ditos capítulos se contém e que trabalheis por castigardes os que forem culpados nas coisas passadas havendo respeito ao pouco entendimento que essa gente até agora tem a qual coisa diminui muito em suas culpas e que pode ser que muitos estarão arrependidos do que fizeram haverei por meu serviço que conhecendo eles suas culpas e pedindo perdão dela se lhe conceda e ainda haverei por bem que vós pela melhor maneira que puderdes os tragais a isso porque como principal intento meu é que se convertam à nossa Santa Fé logo é razão que se tenha com eles todos os modos que puderem ser para que o façais assim. E o principal há de ser escusardes fazerde-lhes guerra porque com ela se não pode ter a comunicação que convém que se com eles tenha para o serem.”¹⁷⁵

A guerra autorizada, como ressaltado no início desse excerto, tendia a ser entendida como uma “guerra justa”.

Conforme NÁDIA FARAGE, o conceito de “guerra justa” era, ao mesmo tempo, teológico e jurídico, originário do direito de guerra da época medieval, variando “não só ao sabor da discussão empreendida entre teólogos e juristas, mas também e principalmente devido a considerações político conjunturais.”¹⁷⁶

Dentre essas considerações político-conjunturais, geralmente estas eram as hipóteses em que a guerra era considerada “justa”: *a*) guerra defensiva; *b*) impedimento da propagação da fé pelos indígenas; e *c*) quebra dos pactos firmados.

Não é despendendo ressaltar que a Lei de 9.4.1611 reconhecia como justa a guerra defensiva quando houvesse “temor certo e infalível”.

As hipóteses de “guerra justa”, como postas, assemelham-se a “conceitos abertos”, que podem atender aos interesses do “intérprete”. Isso dificulta uma análise crítica, já que não tende a estabelecer distinções claras entre os contextos, quando se trata de recusa à conversão ou de obstaculização do trabalho missionário, bem como, quando se trata de ação defensiva ou ofensiva dos colonizadores.

¹⁷⁴ Regimento Governo-Geral Tomé de Souza, 1548. Texto obtido em MaXdocumentos Históricos. Disponível em: <<http://www.maxbusca.com.br>>, acesso em 22/07/2007.

¹⁷⁵ *Ibidem*, s/p.

¹⁷⁶ *As muralhas dos sertões*. Os povos indígenas no rio Branco e a colonização. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 27.

Outro ponto digno de indagação é a quem competia a declaração da guerra justa, à Coroa ou ao agente da colonização? Leis, como a de 9 de abril de 1655, dispunham que somente o Rei poderia declarar a guerra, sendo necessária, além da requisição, a comprovação da situação. Pelo distanciamento físico do Rei, pode-se prever o comprometimento da veracidade no relato dos fatos, pois, sendo a guerra um motivo justo para a escravidão, sua declaração certamente interessava ao relator requisitante.

Nesse contexto, não foram poucas as guerras declaradas justas. Por exemplo, a Carta Régia de 13 de maio de 1808 “manda fazer guerra aos índios Botocudos”. Nessa carta, encontram-se não só os motivos justificadores, mas também a autorização para a escravidão dos indígenas, conforme se vê em breve excerto:

“Que sejam considerados como prisioneiros de guerra todos os Índios Botocudos que se tomarem com as armas na mão em qualquer ataque; e que sejam entregues para o serviço do respectivo Commandante por dez annos, e todo o mais tempo em que durar sua ferocidade, podendo elle empregal-os em seu serviço particular durante esse tempo e conserval-os com a devida segurança, mesmo em ferros, enquanto não derem provas do abandono de sua atrocidade e antropophagia.”¹⁷⁷

A oscilação legislativa entre escravidão e liberdade indígena, bem como sobre a guerra, se relaciona com classificação dos indígenas, em “índios livres, aldeados e aliados” e “índios inimigos” (bravos).

Para os primeiros, a política é de “bom tratamento”, embora persista o interesse por seu “descimento”, aldeando-se os indígenas junto aos portugueses, sob supervisão missionária. Nos aldeamentos, sob a máxima de que os índios aldeados são livres e seu trabalho deveria ser “remunerado”¹⁷⁸, foram instituídas regras de repartição das atividades (parte do trabalho indígena destinava-se à sua sobrevivência e parte à sobrevivência do aldeamento), o que acabou, na concepção de BEATRIZ PERRONE-MOISÉS, por conduzir o indígena à escravidão:

¹⁷⁷ [sic] Carta Régia de 13 de maio de 1808. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 20 de julho de 2007.

¹⁷⁸ Vide: Alvará 1596, Regimento do Governador Geral do Maranhão e Grão-Pará 14.4.1655 e Diretório de 1575. Conforme Beatriz Perrone-Moisés: “São muitos os documentos que tratam da repartição dos índios das aldeias ‘pelos serviços’, reafirmando tempos e salários, dispondo quanto ao sistema de repartição, nomeando repartidores, instituindo a obrigatoriedade de licenças para retirar índios das aldeias etc. (Provisão Régia de 4/12/1677, Carta Régia de 31/1/1679, Cartas Régias de 30 e 31/3/1680. Cartas Régias de 17 e 19/11/1681. Carta Régia de 9/9/1684)”. Índios livres e índios escravos. Os princípios da legislação indigenista do período colonial (século XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 120.

“A liberdade é violada, o prazo estipulado desobedecido e os salários não são pagos: há vários indícios de que os índios das aldeias acabavam ficando em situação pior do que os escravos: sobrecarregados, explorados, mandados de um lado para outro sem que sua ‘vontade’, exigida pelas leis, fosse considerada.”¹⁷⁹

Oportuno o registro de previsão legal da expulsão dos indígenas que divergissem das ordens da administração.

Prosseguindo, à luz da divisão dos indígenas, o interesse português em relação aos “aliados” está na sua utilização na luta contra o estrangeiro, e até mesmo contra os indígenas inimigos, pois as lutas entre as tribos fomentariam o resgate, caso em que a escravidão é autorizada.

Aos aliados, é possível dizer, de certa forma, que não lhes foram destinadas leis escravistas. Mas, quanto aos indígenas inimigos, a escravidão era legalizada por via indireta, pois a guerra contra eles é justificada, e, sendo prisioneiros, poderiam ser escravizados.

Do dito, justifica-se o entendimento majoritário na doutrina de que as leis camuflaram a realidade, pois a escravidão indígena no período colonial é fato incontestável. Não sem fundamentos, costuma-se denominar a legislação colonial de “livro negro da raça amarela”, expressão utilizada por Martins Júnior em comparação ao “Código Negro” nas colônias francesas.

PINTO FERREIRA, constitucionalista de nomeada, chega a declarar o seguinte:

“Foram editadas leis incertas, vacilantes e hipócritas, uma verdadeira hipocrisia legal, nas palavras de Oliveira Sobrinho e João Mendes de Almeida Júnior. Essas leis hipócritas na prática eram instrumentos de dominação dos brancos contra as nações indígenas, perdurando a escravidão e o esbulho durante a Colônia.”¹⁸⁰

b) Direito à terra e independência indígena

A posse/propriedade da terra interessa, também, aos principais personagens da colonização: à Metrópole, para ocupação e produção de bens; aos colonos, para suas atividades produtivas, mormente agrícolas; aos missionários, para expansão da obra catequética (aldeamentos) e fortalecimento da Igreja; e aos indígenas, não só

¹⁷⁹ *Índios livres e índios escravos... cit.*, p. 120-121.

¹⁸⁰ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira...cit.*, p. 442.

como condição de sobrevivência, mas também como direito natural, como legítimos e originários proprietários.

Nesse diapasão tem-se que, além de atentar contra os interesses coloniais e missionários, conferir aos indígenas a propriedade da terra significa reconhecer-lhes a independência da Metrópole o que, entre outras consequências, tornam ilegítimas (para não dizer nulas) leis como as cartas forais e as ordens clericais de doação do território. É nesse viés que independência indígena e direito à terra se entrelaçam.

Discorrendo sobre a história do ordenamento jurídico indígena no Brasil, JOSÉ THEODORO MASCARENHAS MENCK sustenta que, na primeira fase (com início em 1500, no descobrimento, e término na vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808), houve respeito à independência das nações indígenas:

“Os índios são vistos pela legislação portuguesa como estrangeiros, legítimos proprietários e senhores das terras do novo mundo, com que os portugueses, em nome e por ordem de seus sucessivos soberanos, entram em contato, fazem alianças e pactos, declaram guerras e adquirem terras”.¹⁸¹

Em baluarte à sua teoria, JOSÉ THEODORO MASCARENHAS MENCK cita exemplos legais, entre estes, as Cartas Régias de 30 de julho de 1609, e de 10 de setembro de 1611, o Regimento das Missões do Estado do Maranhão e Grão-Pará de 1º de dezembro de 1686, que previam o respeito às terras indígenas; a Carta Régia de 9 de abril de 1655 e o Alvará de 28 de abril de 1688, que dispunham sobre direito de guerra e escravidão; e, finalmente, a Carta Régia de 9 de março de 1718, que excluía os indígenas da jurisdição, como ora se registra: “[os índios] são livres, e izentos de minha jurisdição, que os não pode obrigar a sahirem das suas terras, para tomarem um modo de vida de elles se não agradão.”¹⁸²

Interessante notar que a independência indígena, defendida pelo autor em comento, vem fundamentada justamente nos pontos mais criticados na legislação colonial, quais sejam, na possibilidade de escravização indígena e de “guerra justa” (temas retro abordados). Neste caso, MENCK argumenta que, conforme a lei, para ser legítima, a “guerra justa” pressupunha a existência de pelo menos duas nações, e que

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 99. Insta consignar que mesmo afirmando a independência indígena José Theodoro Mascarenhas Menck não deixa de reconhecer que houve imprecisões e, em alguns momentos, sacrifício de direitos indígenas em benefício de *interesses outros*, mas mantém a premissa de que o princípio de respeito às nações indígenas sempre esteve presente na legislação indigenista colonial.

¹⁸² [*sic*] *Op. cit.*, p. 120.

deveria ser uma guerra defensiva, deduzindo que, com a exigência desses requisitos, ficaria clara a concepção das sociedades indígenas como nações.¹⁸³

A tese de MENCK, de fato, apresenta-se como passível de beneplácito, em face dos sólidos argumentos expendidos. Todavia, cumpre reconhecer que à “independência” sustentada cinge-se a interpretação legislativa, sem perquirir os cambiantes fáticos, donde se vê os reais efeitos e fitos das leis, por exemplo, no que atine à legislação destinada ao direito sobre a terra.

A história legislativa colonial relativa ao direito à terra é descrita, com maestria, por MANUELA CARNEIRO DA CUNHA¹⁸⁴, para quem a Coroa “frequentemente” reconheceu aos indígenas dito direito. Sua ilação vem sustentada na análise das sucessivas leis editadas, entre essas, específica e cronologicamente, menciona as seguintes: Carta Régia de 30 de julho de 1609, e Carta Régia de 10 de setembro do mesmo ano¹⁸⁵; Regimento das Missões do Estado do Maranhão e Grão-Pará de 1º de dezembro de 1686¹⁸⁶; Alvará de 1º de abril de 1680; “Diretório dos Índios” de 1758; e Carta Régia de 2 de dezembro de 1808¹⁸⁷.

Empós, pela exegese dos textos legais pertinentes ao direito indígena à terra, MANUELA CARNEIRO DA CUNHA manifesta-se no sentido de que “a colônia reconheceu, tanto na doutrina quanto na legislação, a soberania e os direitos territoriais dos índios do Brasil.”¹⁸⁸

Entre as leis coloniais citadas como favoráveis ao reconhecimento do direito indígena à terra, indubitavelmente, desponta o Alvará de 1º de abril de 1680, do qual é citado um breve trecho:

“[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em

¹⁸³ *Op. cit.*, p. 119.

¹⁸⁴ *Os direitos do índio... cit., passim.*

¹⁸⁵ Ambas as cartas garantiam aos indígenas o domínio sobre seus territórios, esta última dispunha: “[...]os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma: nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer.” [sic] *Apud CUNHA, Manuela Carneiro da. Os direitos do índio... cit.*, p. 58.

¹⁸⁶ “[...]a justiça não permite que estes homens sejam obrigados a deixarem todo, e por todo as terras que habitam.” *Apud MENCK. Op. cit.*, p. 117.

¹⁸⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio... cit.*, p. 63.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 63.

Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.”¹⁸⁹

As razões para o relevo desse texto encontram-se na lição de CLETUS GREGOR BARIÉ, para quem o Alvará foi o primeiro documento que menciona tratar-se de “direitos primários” sobre a terra: “Todos os direitos territoriais posteriores se remetem a este reconhecimento original que até a atualidade nunca foi revogado diretamente.”¹⁹⁰

Malgrado seja defensável o reconhecimento legal, não se pode arguir que foi de fato reconhecido, em plenitude, aos indígenas o direito sobre suas terras – diga-se de passagem, antevendo tópico que será futuramente construído, que tal direito ainda não foi efetivamente conquistado em meados de 2008, mais de 500 anos após a chegada dos portugueses.

Esse tópico conclusivo encontra estribo na doutrina de BEATRIZ PERRONE-MOISÉS, ao afirmar que “quando se analisa mais detalhadamente o corpo de princípios legais que norteavam a política indigenista, e se acompanha a prática dessa política, verifica-se que, na verdade, os povos indígenas brasileiros acabaram sendo despossuídos de suas terras.”¹⁹¹

Dessa lição deflui a necessidade de uma análise acurada dos documentos legais, em conexão com outros elementos inerentes à questão, pois é “preciso considerá-los em conjunto e referi-los ao sistema jurídico em que se inserem se se quiserem entender os princípios, e é igualmente preciso ver que modo as determinações legais são incorporadas na prática, se se quiserem entender os fatos.”¹⁹²

Assim procedendo, BEATRIZ PERRONE-MOISÉS interpreta o Alvará de 1596, em que “o gentio será senhor de sua fazenda, así como o eh na serra”, a partir da política indigenista portuguesa, que guerreava pela civilização do indígena, através de sua descida do interior (da “serra”), advertindo que a saída do indígena do território do qual, pela lei, era proprietário, posto serem aldeamentos próximos da

¹⁸⁹ *Apud* CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio...cit.*, p. 59.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, p. 161.

¹⁹¹ Terras indígenas e legislação colonial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, 2000, p. 109.

¹⁹² PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Terras... cit.*, p. 109.

costa, essa saída tornaria tais territórios “terra de ninguém”, incorporando-se, com efeito, aos bens da Coroa.

Adiante, em sua pesquisa, ressalta PERRONE-MOISÉS que a legislação reconhecia aos indígenas “tantas terras de sesmaria quantas bastarem para comodamente faserem suas lavouras” (Alvará Régio de 1587). Todavia, não havia previsão do que seria “suficiente”, esvaindo-se o instituto, já que o ideal era o de que os índios abandonassem suas terras e sua cultura, tornando-se cristãos.

Ainda obtempera que a cristianização também teve influência nas “concessões” territoriais, pois algumas leis coloniais previam a “doação” de terras aos indígenas cristãos e aos que pretenderem converter-se. Mas essas doações de terras, em verdade, eram feitas aos missionários encarregados de sua administração.

E mais, já concluindo seu primoroso ensaio, PERRONE-MOISÉS informa que as terras dos vencidos em guerra eram revertidas aos vencedores¹⁹³ (conforme já aclarado, a legislação colonial previa a possibilidade de “guerra justa”).

Em face dessas informações, não é difícil concluir que o reconhecimento do direito à terra, no período colonial, não passou de letra legal morta.

Ora, se aqueles indígenas que, aceitando a catequese, desciam à costa, perdiam seus territórios (de “serra”); se nos aldeamentos missionários (reduções), o território estava sob o domínio dos catequizadores; e se aos indígenas que resistiam à catequese e à colonização era legitimado ao colonizador o direito de guerra (cuja derrota indígena era certa, perdendo, com efeito, a terra), pode-se concluir que, de uma forma ou de outra, o colonizador obteria a propriedade territorial.

À luz do exposto, tem-se, à guisa de conclusão deste tópico e em resenha, que a legislação indígena do período colonial preocupou-se, de modo preponderante, com a conquista do território, com sua exploração, e com a submissão indígena, em estrito atendimento aos interesses dos colonizadores.

4. História constitucional brasileira dos direitos dos povos indígenas: Da Constituição de 1824 à Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969

¹⁹³ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Terras ... cit., passim.*

“As Constituições são conseqüências da irresistível evolução econômica do mundo. A inflexibilidade individualista dessas Cartas, imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem que ceder (quando lhes passa já pelo quadrante o sol o seu terceiro século) ao sopro de socialização que agita o mundo.”

(RUY BARBOSA¹⁹⁴)

A lição epigrafada do imortal jurista brasileiro, RUY BARBOSA¹⁹⁵, proclamada em conferência proferida no Teatro Lírico do Rio de Janeiro, em 20 de março de 1919, coaduna com a história dos direitos dos povos indígenas. História que se inicia no período pré-colonial – conforme já afirmado –, passando pelo período colonial, adentrando no período imperial, quando “nasce”, em 1824, a primeira Constituição brasileira, e, posteriormente, no período republicano, findando tal processo na Constituição de 1988, reconhecida por alguns como a “Constituição dos Índios”.

Antes de se percorrer essa extensa esteira histórica, da ignorância ao reconhecimento dos direitos indígenas, para melhor compreensão, mister ressaltar que, conforme se verá, as constituições brasileiras, anteriores à de 1988 e que dispuseram sobre “indígenas”, assim o fizeram sob a denominação terminológica de “silvícolas”. Embora essa tenha sido a linguagem adotada, pelos motivos expostos no capítulo primeiro, sua utilização resta inadequada, razão pela qual, salvo quando se tratar de reprodução de texto legal, serão utilizados os vocábulos “índio” e “indígenas”.

4.1. O período imperial: Constituição de 1824

“Os índios não são brasileiros no sentido político em que se toma; elles não entram comnosco na família que constitui o império.”

(Deputado MONTESUMA, Diário da Constituinte - Sessão de 25.9.1823)

“O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente [...]”

(CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL, artigo 1º).

¹⁹⁴ *Apud* SOARES, Orlando. *Op. cit.*, s/p.

¹⁹⁵ “Deus Terminus das fronteiras do pensamento” como o identifica Edgar Batista Pereira no Prefácio da seguinte obra: BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956, p. xxxii.

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824¹⁹⁶, na lição de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, “foi um grande Código político, dos maiores produzidos pela ciência e experiência política do século XIX [...] não poderia deixar de ser uma grande lei, aquela que, vencendo óbices e dificuldades sem conta propiciou a consolidação da Independência”¹⁹⁷.

Sem pretender vituperar a conclusão sempre ímpar de AFONSO ARINOS, a nós, na Constituição de 1824, chama atenção o reconhecimento de direitos individuais (Título 8º: “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos”¹⁹⁸).

Essa referência constitucional aos direitos individuais é, indubitavelmente, reflexo de movimentos sociais e filosóficos, tais como o iluminismo, o liberalismo e as lutas européias pelo reconhecimento de direitos, aqui sendo destacados os ideais da Revolução Francesa.

A propósito, ROSAH RUSSOMANO sustenta que a Constituição Imperial foi inspirada na Constituição Francesa e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no que toca à proclamação de direitos, apesar das limitações peculiares do regime monárquico e do momento histórico brasileiros: “procurou-se, nos limites do possível, dentro do panorama de então, respeitar e valorizar a pessoa humana.”¹⁹⁹

Ofuscando o mérito do texto nos “limites do possível” não configura as preocupações indígenas, pois, como preleciona MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, “o Brasil independente marca um retrocesso no reconhecimento dos indígenas: no mesmo período em que o índio se torna símbolo da nova nação nega-se-lhes tanto a soberania quanto a cidadania”²⁰⁰.

¹⁹⁶ Sobre esta Constituição é profícuo relevar alguns pontos, bem sintetizados por Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr.: “Estabeleceu um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo [...]; As antigas capitanias foram transformadas em províncias. Eram subordinadas ao Poder Central, na pessoa de seu presidente e do chefe de polícia. Ambos eram escolhidos pelo Imperador [...]; Essa Constituição trouxe uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas Constituições que se seguiram [...]; Foi o texto Constitucional mais longo [...]; Marcado pelo centralismo administrativo e político, tendo como agente o Poder Moderador, o Estado brasileiro adotava a religião católica.” ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71-72.

¹⁹⁷ *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. II, p. 88.

¹⁹⁸ Dispunha o artigo 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte[...].” [sic].

¹⁹⁹ *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1968, p. 102.

²⁰⁰ *Os direitos do índio... cit.*, p. 64.

Em supedâneo, MANUELA CARNEIRO DA CUNHA faz referência à declaração do deputado MONTESUMA²⁰¹ (estampada no início deste item): “A infeliz conclusão de MONTESUMA reflete a posição da constituinte de 1823.”

A Constituição de 1824 foi omissa em relação aos índios, a eles não fazendo qualquer referência, razão por que J. CRETILLA JR. Conclui que, no período imperial, “o aborígene era tratado como *res* e não como pessoa, homem.”²⁰²

Embora o tema indígena tenha restado silente no texto constitucional, ele figurou nos debates da constituinte. As discussões se estabeleceram entre MONTESUMA, MONIZ ARAGÃO e JOSÉ BONIFÁCIO, principalmente em torno das propostas deste último, constantes em seus “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”²⁰³.

Nesse documento, JOSÉ BONIFÁCIO defendia a “conversão” e a “civilização” do indígena, como segue:

“Tenho, pois mostrado pela razão, e pela experiência, que apesar de serem os índios bravos uma raça de homens inconsiderada, preguiçosa e em grande parte desagradecida e desumana para conosco, que reputam seus inimigos, são contudo capazes de civilização, logo que se adotam meios próprios e que há constância e zelo verdadeiro na sua execução.”²⁰⁴

Para a almejada “civilização”, JOSÉ BONIFÁCIO entendia necessário o reconhecimento das terras indígenas: “Justiça, não esbulhando mais os índios pela força das terras que ainda lhes restam, e de que ainda são legítimos senhores, pois Deus lhas deu; mas antes comprando-lhas, como praticaram e ainda praticarão os Estados Unidos da América.”²⁰⁵

Com base nesse enfoque, CARLOS FREDERICO MARÉS SOUZA FILHO entende que a omissão constitucional não pode ser interpretada como extinção dos direitos indígenas sobre a terra.²⁰⁶

²⁰¹ *Os direitos do índio... cit.*, p. 64.

²⁰² CRETILLA JUNIOR, J. *Op. cit.*, p. 4553.

²⁰³ Vide a respeito: RAMOS, Alcida Rita. Projetos indigenistas no Brasil independente. In *Série Antropologia*, n. 267, Brasília. Colóquio “Antropologias Brasileiras na Viragem do Milênio”. Centro de Estudos de Antropologia Social (ISCTE), Lisboa, 15-17 de novembro de 1999.

²⁰⁴ Bonifácio, José. *Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil*. Texto apresentado à Assembléia Geral Constituinte em 1º de junho de 1823. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/aldorebelo/bonifacio/vo_apontamentos.htm>, acesso em 22 de julho de 2007.

²⁰⁵ Bonifácio, José. *Op. cit.*, s/p.

²⁰⁶ *O renascer... cit.*, p. 125.

Em verdade, felizmente não recepcionada, a proposta que constou no anteprojeto, em específico no artigo 254, em nada pretendia beneficiar o indígena, ao revés, manifestava flagrante pretensão integracionista, como se pode depreender da leitura de tal artigo: “A Assembléia terá igualmente cuidado de crear estabelecimentos para a Catechese e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros e sua educação religiosa e industrial.”²⁰⁷

Dez anos após a outorga da Constituição, adveio o Ato Adicional de 1834, repercutindo nos direitos indígenas, posto que, como sustenta WALDEMAR MARTINS FERREIRA, “muito se caminhou no sentido de aumentar a autonomia das províncias, que tiveram, no sumário de seus poderes, não poucos que hoje não entram na competência dos Estados.”²⁰⁸

Entre as incumbências (poderes) atribuídas (conferidas) às províncias estava a de, cumulativamente com o Governo-Geral, catequizar e civilizar os índios.

O desacerto do Ato Adicional no que atine aos indígenas é assim expresso por CLETUS GREGOR BARIÉ: “Esta transferência de competência do governo central a governo local acelera o desfazimento das populações.”²⁰⁹

Dos anos que sucedem à Constituição de 1824 e antecedem a Constituição de 1891, cumpre fazer referência ao Decreto nº 426²¹⁰, de 1845, e à Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras²¹¹ – “Dispõe sobre as terras devolutas do Império”).

4.2. Período Republicano: A Constituição de 1891

²⁰⁷ [sic] Anexos da obra de Manuela Carneiro da Cunha. *Os direitos do índio... cit.*, p. 212.

²⁰⁸ *História do direito constitucional brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 55. Em baluarte a tese abraçada, Waldemar Martins Ferreira cita Sá e Benevides que, à época, defendeu que o Ato Adicional tornou o Brasil um “Império semi-federal”, p. 55.

²⁰⁹ *Op. cit.*, p. 164.

²¹⁰ O Decreto nº 426 de 1845 tratou das relações entre os índios e o Estado, entregando à Igreja grande parte da responsabilidade pelos indígenas. Sobre este decreto, Carlos F. M Souza Filho realça a criação em cada província do “cargo de Diretor Geral de Índios, em cada aldeia cargos de diretor, tesoureiro, almoxarife, cirurgião e missionário, com suas atribuições próprias.” Todavia, citando as palavras de João Mendes Jr., proferidas em 1902, professa que o decreto parece não ter sido aplicado. *Op. cit.*, p. 97.

²¹¹ Artigo 12 [sic]: “O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.”

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, a nova roupagem estatal apresenta-se como resposta às contradições entre as forças econômicas do país²¹². Era (foi) a vitória dos segmentos até então tolhidos do poder decisório, concentrado no monarca, vitória das forças descentralizadas, aliadas “aos novos fatores que aparecem e se afirmam na vida política brasileira: o federalismo, como princípio constitucional do Estado, a democracia, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais”²¹³.

Em que pese a força desses princípios anunciados por JOSÉ AFONSO DA SILVA e a ruína da monarquia, repetindo a postura da Constituição Imperial de 1824, a Constituição de 1891 também silenciou quanto aos indígenas. Fazendo lembrar o discurso de MONTESUMA, os índios não entraram (*conosco*) na primeira Constituição republicana.

Não obstante a omissão, em termos histórico-constitucionais, é de se relevar que durante a constituinte de 1890 houve intensos debates em torno da forma federativa, erigidos a partir da proposta de Constituição dos positivistas, relacionada com a questão indígena. A sugestão positivista veio consubstanciada no artigo 1º:

“Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fuzão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborigene. 11. Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas ordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistozas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado; e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido.”

As idéias centrais da propugnação podem ser aferidas na doutrina de CARLOS FREDERICO MARÉS SOUZA FILHO:

“O Apostolado Positivista propôs à Assembléia Constituinte a organização do Estado Brasileiro como uma federação sistemática e outra empírica. A sistemática seria a organização dos Estados e a empírica seria a confederação dos índios que viviam no Brasil, cada qual com soberania sobre seu território, previamente demarcado.”²¹⁴

²¹² Norte açucareiro, cafeicultores do vale da Paraíba e fazendeiros do Oeste Paulista. Cf. GAGLIARDI, José Mauro. *O índio e a República*. São Paulo: HEDUCITEC/EDUSP, 1989, p. 40.

²¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso... cit.*, p. 79.

²¹⁴ *O renascer...cit.*, p. 88.

Analisando a proposta dos positivistas, PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE sustentam que seus idealizadores – MIGUEL LEMOS e TEIXEIRA MENDES – “produziram um esdrúxulo Projeto de Constituição, assinalado de excentricidades”, denotando “pelos aspectos formais carência de técnica constitucional.”²¹⁵

Já por essas razões, justifica-se a conclusão de CARLOS FREDERICO MARÉS SOUZA FILHO de que “a proposta [positivista] teve pouca influência na elaboração da Constituição e no ulterior processo legislativo.”²¹⁶

A omissão não foi somente constitucional. Nos primeiros momentos da República, através do Decreto nº 7, de 20 de novembro de 1889, reafirmando-se o Ato Adicional de 1834, foi transferido aos estados a promoção da política indigenista, condensada no encargo de promover a catequese e civilização indígena.²¹⁷

A consequência da mudança de alçada foi o abandono indígena, conforme os motivos apropriadamente apontados por JOSÉ THEODORO MASCARENHAS MENCK:

“A transferência das responsabilidades da política indígena aos núcleos políticos que estavam mais próximos às populações indígenas significou o seu completo abandono, já que eram exatamente esses núcleos os que mais lucrariam com a dissolução dessas nações. Segundo o entendimento dominante àquela época, com a extinção das tribos, por morte de todos os seus membros ou pela completa aculturação dos mesmos, as suas terras seriam devolvidas à livre disposição dos governos estaduais, devido à sua natureza de terras devolutas.”²¹⁸

O desamparo aos indígenas foi sentido por segmentos da sociedade civil (v.g., as discussões travadas durante o 1º Congresso Brasileiro de Geografia, em setembro de 1909, e a contribuição do Centro de Ciências, Letras e Artes de Campinas²¹⁹), levantando o clamor da opinião pública, que iria impulsionar o “Estado” a rever sua política.

A reposta governamental foi a criação, em 1910, do SERVIÇO DE PROTEÇÃO DOS ÍNDIOS – SPI, pelo Decreto nº 8.072, de 20 de julho de 1909. O SPI marcaria um novo tipo de política indigenista, prelecionando JULIO CEZAR MELLATI que

²¹⁵ *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB, 2002, p. 238.

²¹⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer...cit.*, p. 88.

²¹⁷ MENCK, José Theodoro Mascarenhas. *Op. cit.*, p. 127.

²¹⁸ *Op. cit.*, p. 127.

²¹⁹ Cf. José Mauro Gagliardi. *Op. cit.*, *passim*.

“os índios passam a ter direito de viver segundo suas tradições, sem ter de abandoná-las necessariamente; a proteção é dada aos índios em seu próprio território, pois já não se defende a idéia colonial de retirar os índios de suas aldeias para fazê-los viver em aldeamentos construídos pelos civilizados; fica proibido o desmembramento da família indígena, mesmo sob o pretexto de educação e catequese dos filhos; garante-se a posse coletiva inalienável; garante-se a cada índio os direitos do cidadão comum, exigindo-se dele o cumprimento dos deveres segundo o estágio social em que se encontre.”²²⁰

Lembre-se, por oportuno, que o primeiro diretor do SPI foi CANDIDO RONDON, cujo lema de trabalho, notoriamente conhecido, era “morrer se preciso for, matar nunca”. “E não era mera frase”, diz com propriedade DARCY RIBEIRO, em obra inclusive dedicada “a Rondon, o humanista”.²²¹

4.3. A Constituição de 1934

“Não se compreende que nossa Constituição estabeleça garantia para todo mundo, inclusive os estrangeiros, e deixe o brasileiro indígena sem garantias.”

(AFRÂNIO DE MELLO FRANCO – 45ª Sessão da Sub-Comissão do Anteprojeto de Constituição. Comissão Elaboradora do Ante-Projeto de Constituição, 7 de Abril de 1933)

Entre as 51 sessões realizadas pela “Subcomissão do Itamarati”²²², tratou-se de direitos indígenas, em especial, na sessão de nº 45, realizada em 7 de abril de 1933²²³.

²²⁰ MELATTI, Julio Cezar. *Índios ... cit.*, p. 253. No mesmo sentido, argui Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Na verdade, cumpre lembrar, num sumário resumo, que somente por volta de 1910, quando se criou o SPI – Serviço de Proteção ao Índio, sob os auspícios do Marechal Rondon, é que se começou a tomar o indígena como ente merecedor de proteção.” *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. II, p. 292.

²²¹ RIBEIRO, Darcy. *Os índios ... cit.*, p. 160.

²²² Conforme Walter Costa Porto, os projetos de elaboração da Constituição de 1934 se iniciaram oficialmente com o Decreto 21.402 de 14 de maio de 1932 de Getúlio Vargas que determinou o dia 3 de maio de 1933 para realização das eleições da Assembléia Constituinte e criou uma “Comissão” para elaboração do Anteprojeto de Constituição. A Revolução de São Paulo obstaculizou o início dos trabalhos da “Comissão”. Doravante, o Decreto n. 22.040 de 1 de novembro de 1932 regulamentou o trabalho da Comissão, permitindo a nomeação de uma Subcomissão para elaboração do projeto. A Subcomissão então criada foi denominada de “Subcomissão do Itamarati”. Prefácio da obra: AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

²²³ Nessa Sessão presidida por Afrânio de Mello Franco figuraram como Secretário da Mesa e Secretário Geral, respectivamente Themistocles Cavalcanti e Otto Prazeres, além destes participaram dos debates Góes Monteiro, Solano da Cunha, Castro Nunes e João Mangabeira.

As discussões se iniciaram a partir das disposições redigidas por THEMISTOCLES CAVALCANTI sobre a proteção e os direitos dos índios, assim delineadas:

“Trata-se de uma questão que se apresenta sob três aspectos: o primeiro, sobre a capacidade civil do índio, acha-se resolvido pela Constituição, que não estabelece distinção quanto aos direitos políticos dos selvícolas, bem como pelo Código Civil. O segundo, estabelecendo que as terras, actualmente ocupadas pelos índios, sejam de sua propriedade, adopta o critério da Sub-Comissão, quando tratou da parte econômica, relatada pelo sr. Oswald Aranha, com a circunstancia ainda de que, em geral, essas terras são devolutas e pertencem aos Estados; o terceiro, finalmente, cria um serviço permanente de protecção aos índios.”²²⁴

Os pontos principais de embate, como previsível, foram o direito à terra²²⁵, proteção (integração) indígena²²⁶ e funções do SPI²²⁷. Os resultado dos debates se defluem de conclusões do presidente AFRÂNIO DE MELLO FRANCO, para quem

“deveriam constar na Constituição esses dois principios [...] 1. que os índios ficam sob a protecção especial da União; 2º para evitar as difficuldades de outrora, de aquisição de terras para a localização dos índios, os Estados têm obrigação de ceder suas terras devolutas, que forem necessarias a juizo das autoridades da União, representantes do Poder por excellencia.”²²⁸

²²⁴ [sic] 45ª Sessão da Sub-Comissão do Anteprojeto de Constituição. Comissão Elaboradora do Ante-Projeto de Constituição. 7 de Abril de 1933. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional... cit.*, p. 924.

²²⁵ Sobre a terra, Góes Monteiro defendeu que os índios eram “mais ou menos nômades” e aos poucos iriam se integrando à sociedade, daí que seria difícil reconhecer-lhes a propriedade da terra, recomendando que lei ordinária cuidasse do assunto de acordo com as circunstâncias. Lastreado em sua concepção integracionista, também defendeu Góes Monteiro o reconhecimento somente da posse como primeiro passo para a civilização. Por sua vez, Castro Nunes manifestou-se no sentido de que “enquanto os índios não estiverem civilizados têm direito à ocupação”, todavia não devia ser-lhes reconhecida a propriedade, mas tão somente a posse. In 45ª Sessão da Sub-Comissão do Anteprojeto de Constituição. Comissão Elaboradora do Ante-Projeto de Constituição. 7 de Abril de 1933. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Op. cit.*, p. 925.

²²⁶ No concernente à proteção indígena, Afrânio de Mello Franco expressou seu entendimento de que o índio deveria ficar sob a guarda da União. Em favor desta tese, João Mangabeira manifestou seu desejo de “que a Constituição prescreva que elles [indígenas] ficam sob protecção especial da União, porque, quanto a outra parte, si elles são, como não podem deixar de ser, brasileiros” [sic] *Ibidem*, p. 926.

²²⁷ Nesse ponto Góes Monteiro sustentou que “o primeiro passo do Serviço de Protecção aos Índios é, seguindo a doutrina positivista, incorporá-los à civilização”. Em antítese a Monteiro se proclamou Castro Nunes. In: 45ª Sessão da Sub-Comissão do Anteprojeto de Constituição. Comissão Elaboradora do Ante-Projeto de Constituição. 7 de Abril de 1933. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Op. cit.*, p. 925.

²²⁸ [sic] *Ibidem*, p. 926.

Não obstante essas discussões e conclusões, MANUELA CARNEIRO DA CUNHA²²⁹ informa que não constaram no projeto da Subcomissão do Itamarati dispositivos relativos à propriedade indígena sobre suas terras, figurando somente em emenda apresentada pelo Deputado ÁLVARO MAIA, que foi reformulada por LEVI CARNEIRO, e viria a se tornar o artigo 129 da Constituição de 1934, que assim dispôs: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Além dessa disposição, a Constituição de 1934 reconheceu a competência privativa da União para legislar sobre a matéria indígena, conforme disposto no artigo 5º, inciso XIX, “m”: “Compete privativamente à União: [...] XIX [...] m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

Dessa ocorrência são extraídos dois pontos essenciais: *a)* a alteração da competência, atribuída à província pelo Ato Adicional de 1834 e pelo Decreto n. 7, de 1889; *b)* a adoção de uma postura integracionista, pretendendo-se a incorporação dos indígenas.

4.4. A Constituição de 1937

A Constituição de 1937 nasceu com o golpe de estado de GETÚLIO VARGAS (Estado Novo), que, pretendendo permanecer no poder, dissolveu a Câmara e o Senado e revogou a Constituição de 1934, outorgando, em substituição, em 10 de novembro de 1937, a Carta Política de 1937.

Essa Carta trouxe consigo uma inovação: a previsão de um plebiscito (artigo 187), no afã de legitimá-la, mas que não sai do papel, pois nunca foi realizado²³⁰. As características principais dessa Constituição, considerando-se os contextos histórico e político em que foi “outorgada”, são previsíveis: seria marcada pela exuberância dos

²²⁹ *Os direitos do índio... cit.*, p. 83 ss.

²³⁰ Sob a vigência da Constituição de 1937, Francisco de Assis Alves, considerando a não realização do plebiscito, entende que “ela nunca existiu e o Presidente da República, por isso, exerceu ao seu tempo, um governo de fato”. E mais adiante, “o Presidente da República, carregado de propósito eminentemente pessoal, exerceu um governo totalmente divorciado da Constituição que ele próprio outorgara.” *Constituições do Brasil*. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro n. Especial, Forense, 1987, p. 44.

poderes conferidos ao Presidente²³¹, manifestando sua índole ditatorial, que também seria refletida na declaração de direitos e garantias fundamentais.

Dessa caracterização, eis a pertinente conclusão de PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, no sentido de que a Constituição de 1937 “foi um biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces.”²³²

Não obstante tenha sido outorgada e, em termos gerais, tenha tido pouca vigência, a Constituição de 1937 manteve o regime da Constituição anterior no concernente à terra, preocupando-se em garantir a posse aos indígenas, conforme se vê em seu artigo 154: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

A esse respeito, ensina AURÉLIO WANDER BASTOS que “domina na orientação da Constituição de 1937 a preocupação preliminar em resguardar a posse dos silvícolas nas terras em que se encontrassem em caráter permanente e, suplementarmente, a proibição de aliená-las.”²³³

Com relação aos indígenas, a diferença mais sensível entre a Constituição de 1934 e a de 1937 é a de que nesta não houve previsão quanto à incorporação do indígena à sociedade nacional, o que não significa que se tenha rompido a política integracionista.

4.5. A Constituição de 1946

O “império de Vargas” quedou em 29 de outubro de 1945. Por um novo golpe militar

“pôs-se termo assim a uma flagrante contradição política e ideológica que era a sobrevivência do Estado Novo, de bases ditatoriais, num mundo que emergia das ruínas da guerra, fizera vitoriosa a causa das velhas democracias liberais e passara a reconstruir o contrato social, escrevendo em São Francisco, em 1945, a Carta das Nações Unidas, logo seguida, em dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.”²³⁴

²³¹ Por exemplo, constava no texto a prerrogativa de indicar candidatos à Presidência e dissolver a Câmara dos deputados.

²³² *Op. cit.*, p. 339.

²³³ As terras indígenas no direito constitucional brasileiro na jurisprudência do STF. In: SANTOS, Silvio Coelho (org.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: UFSC/CNPQ, 1985, p. 89.

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: *Estudos Avançados*, São Paulo,

Posteriormente à deposição de GETÚLIO VARGAS, o Governo Provisório – assumido por JOSÉ LINHARES – editou, em 12 de novembro de 1945, a Lei Constitucional nº 13, dispondo sobre os poderes constituintes do Parlamento.

Após a eleição, em 2 de dezembro de 1945, de EURICO GASPAR DUTRA como presidente do Parlamento, foi convocada a Assembléia Constituinte de 1946, que surgia com “poderes ilimitados”²³⁵ e sob o árduo múnus de redemocratizar a nação e reinstalar o Estado de Direito.²³⁶

Ao final dos trabalhos, malgrado as críticas de juristas de quilate como MIGUEL REALE, à constituinte de 1946 rendem alguns constitucionalistas aplausos, entre estes, os de FRANCISCO DE ASSIS ALVES²³⁷, JOSÉ AFONSO DA SILVA²³⁸ e SAHID MALUF²³⁹.

No concernente à questão indígena, a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 1946, fez duas previsões: a primeira atribuiu à União a competência para legislar sobre a incorporação dos “silvícolas” à comunidade nacional (artigo 5º, inciso XV, alínea “r”); e a segunda tratou da posse territorial, praticamente repetindo a sistemática adotada na Constituição de 1937, nos termos do artigo 216: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Em comento a esse artigo, PONTES DE MIRANDA argui que o texto da Constituição respeitou a posse do silvícola, que pode ser obtida mediante ação

v.14, n. 40, set./dez., 2000, p. 173.

²³⁵ Artigo 1º: “Os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, em Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil.”

²³⁶ O encargo era árduo, como obtemperou Gilberto Freyre (1946) em seu discurso dirigido à Assembléia: “Nenhum de nós pensa, ou supõe que a uma Constituição se deva ou se possa atribuir o poder mágico, sobrenatural, de por si só criar, renovar ou assegurar uma ordem social. Constituição democrática nenhuma, pode ser considerada, hoje, um poder e, sim, o que o professor Corwin chama ‘instrumento’ e ‘símbolo’ de poder.” FREYRE, Gilberto. Discurso pronunciado na Assembléia Nacional Constituinte, Sessão de 17 de junho de 1946. Texto disponível em Bibliothèque Virtuelle Gilberto Freyre - L'oeuvre. Disponível em: <<http://bvgf.fgf.org.br/frances/index.htm>> acesso em 20 de outubro de 2007.

²³⁷ “Apesar das manifestações em contrário, a nova lei máxima da nação brasileira, legitimamente oriunda da vontade popular, sem dúvida aliviou o Brasil da ditadura, e fez de tudo para atender as cobranças sociais reclamadas pelo pós-guerra de 1946.” *Op. cit.*, p. 51.

²³⁸ “Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que regeu.” *Op. cit.*, p. 87.

²³⁹ “Conforta-nos, porém, a certeza de que a nossa lei institucional [Constituição de 1946] vigente, harmonizando as tradições históricas da comunidade brasileira com os imperativos sociais do mundo moderno, e reabilitando o país perante as nações democráticas, constitui um seguro penhor de paz, segurança e prosperidade.” *Curso de direito constitucional*. Bauru: Brasil, 1956, p. 51.

declaratória, bastando a comprovação da “localização permanente”, mesmo que possuam título de domínio sobre as terras, parte ou terceiro.

Acerca da “condição” de intransferibilidade, entende PONTES DE MIRANDA que o vocábulo não foi empregado em sentido técnico, pois a posse é transmissível hereditariamente entre as tribos, respeitando-se a posse coletiva. O que pretendeu a Constituição foi vedar a “alienação por atos *inter vivos*”, cuja ocorrência é nula por “infração à Constituição”.

Além dessa consequência da inalienabilidade, PONTES DE MIRANDA acrescenta que não há usucapião contra silvícolas e que as sentenças que adjudicarem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão.²⁴⁰

SAMPAIO DÓRIA, em seus comentários à Constituição de 1946, faz sua construção atinente ao artigo 216, sob o título de “reparação histórica”, proclamando: “São os conquistadores que, até certo ponto, se penitenciam da espoliação cometida.”²⁴¹

DÓRIA acompanha PONTES DE MIRANDA no esclarecimento de que inalienabilidade é apenas *inter vivos*, passando a posse de geração para geração; todavia, entende que caberia a uma “lei orgânica” disciplinar “o respeito à posse das terras prometidas.”²⁴²

Por sua vez, AURÉLIO WANDER BASTOS entende que a modificação do texto legal promovida pelo artigo 216, alterando a proibição de aliená-las para a proibição de transferi-las, tem significativos efeitos, sustentando que “juridicamente o termo alienação implica necessariamente na cessão de bem que pertence àquele que aliena, enquanto que o termo transferência implica na transferência de bem, mas em cessão que pode ser exclusivamente de bem que pertença àquele que transfere.”²⁴³ Adverte, entretanto, que a jurisprudência não se preocupou com a alteração linguística.

Em resenha, a Constituição de 1946 manteve a política integracionista manifesta na Constituição de 1934, e procurou garantir a posse das terras aos índios, apenas com alterações terminológicas pouco sentidas na prática.

Antes de se adentrar pelo estudo da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, é importante informar que, por meio do Decreto nº

²⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 464-465.

²⁴¹ DÓRIA, A. de Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960, v. IV, p. 871-872.

²⁴² *Comentários...cit.*, p. 872.

²⁴³ *Op. cit.*, p. 90.

58.824, de 4 de julho de 1966, foi incorporada à legislação pátria a Convenção 107 – “Sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes” –, da Organização Internacional do Trabalho, que a adotou em Genebra, em 26 de junho de 1957, e que representou um avanço significativo no reconhecimento dos direitos indígenas.

4.6. A Constituição de 1967 e Emenda nº 1 de 1969

Após a vitória, o movimento revolucionário de 1964 pretendeu instituir novo texto constitucional, editando, para tanto, sob a chancela de CASTELO BRANCO, o Ato Institucional nº 4, de 7 dezembro de 1966²⁴⁴.

A nova Constituição foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, entrando em vigor somente em março desse ano.

Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA, o que marca a Constituição de 1967 é a preocupação com a segurança nacional.²⁴⁵

Com relação aos direitos indígenas, a Constituição de 1967 manifesta ainda a política integracionista, conforme se vê no artigo 8º, inciso XVII, alínea “o”:

“Compete à União: XVII – legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.”

Diferencia-se, contudo, das constituições anteriores, no atinente ao direito à terra, ao atribuir o domínio das terras ocupadas pelos indígenas para a União, nos termos do artigo 4º, inciso IV: “incluem-se entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas.”

Para AURÉLIO WANDER BASTOS, essa inserção significou uma inversão completa, pois a inclusão das terras ocupadas pelos silvícolas entre os bens da União transforma a posse exercida, uma vez que já não se trata de posse sobre terras devolutas, mas de posse de territórios da União.²⁴⁶

²⁴⁴ As principais justificativas para a necessidade de uma nova Carta constaram no AI-4: “a Constituição federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais; que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução; somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária.” *ATO INSTITUCIONAL N° 4*. H. Castello Branco. Brasília, 7 de dezembro de 1966.

²⁴⁵ *Curso... cit.*, p. 89.

²⁴⁶ *Op. cit.*, p. 90.

A partir desse entendimento, pode-se deduzir que, em não havendo previsão constitucional que assegure a posse das terras aos indígenas, a União poderia requerê-las, já que proprietária; do mesmo modo, não havendo limitação constitucional, a União poderia aliená-las.

A Constituição de 1967 reconheceu aos indígenas a posse e o usufruto exclusivo no artigo 186: “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”

J. CRETELLA JR., em posição que nos parece isolada, entende que essa disposição diferencia-se das constituições anteriores que previam (exigiam) a “permanência indígena”²⁴⁷ – Constituição de 1946 (art. 216): “terras onde se achem permanentemente localizados –, pois inverte a situação, já que assegura aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam, ou seja, os silvícolas que habitarem terras durante algum tempo – dias, meses – terão a posse dessas terras assegurada”.

Não nos parece ter sido essa a vontade do constituinte. Se o foi, passou despercebida pelo aplicador, pois mesmo com sua repetição na posterior “Constituição de 1969”, a prova da permanência persiste como um dos pontos mais controvertidos e dificultosos no reconhecimento de terras.

Cumpra registrar que entre a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, sob o governo do Presidente Costa e Silva, substituindo o SPI foi criada, pela Lei nº 5.371, de 5 dezembro de 1967, a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – DIO AL

Pois bem, em 17 de outubro de 1969, sobreveio a Emenda Constitucional nº 1 que, para alguns, consistiu em nova Constituição²⁴⁸.

Apesar de ter sido ato ditatorial e pretensioso, a Emenda manteve os artigos 4º e 8º da Constituição de 1967, e também o artigo 186, acrescentando neste elementos de garantia para os índios, consoante se vê no artigo 198: “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.”

O acréscimo, tido como benéfico aos indígenas por juristas como DALMO DE ABREU DALLARI²⁴⁹, não obstante a possibilidade de regulamentação

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 4.563.

²⁴⁸ Nesse sentido Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. *Op. cit.*, p. 76.

infraconstitucional, concentra-se na inserção da inalienabilidade²⁵⁰. Lembre-se que essa limitação era prevista nas constituições de 1934, 1937 e 1946 – esta última sob a rubrica de não transferência –, mas que restou ausente na Constituição de 1967.

Além da inalienabilidade, merecem também referência as inovações resultantes da inserção dos parágrafos 1º e 2º no artigo 198, *in verbis*:

“§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas;

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”²⁵¹

A respeito desses aditamentos, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO leciona que a nulidade prevista no § 1º visava a resguardar melhor os interesses dos indígenas, e que o § 2º previu uma exceção à indenização, pois a extinção determinada no § 1º causaria prejuízos aos particulares, que não poderiam pleitear a reparação em face da União e da Fundação Nacional do Índio, advertindo, todavia, que “eventual indenização devida por particular não é excluída pelo preceito constitucional.”²⁵²

No período que antecede a promulgação da Constituição de 1988, os indígenas galgaram importantes conquistas em termos de leis infraconstitucionais, destacando-se o Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que regula “a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”²⁵³. Todavia, o fortalecimento das querelas indígenas somente ecoou na Constituição de 1988.

²⁴⁹ Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. In: *Revista Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, jul./set. 1991, p. 316.

²⁵⁰ Para Aurélio Wander Bastos, a inalienabilidade é uma proibição destinada à União e não aos indígenas. *Op. cit.*, p. 91.

²⁵¹ Helder Girão Barreto assevera que a “Constituição” de 1969 “inovou significativamente em dois pontos: declarou nulos e extintos os efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas (§ 1.º); e, negou aos ocupantes prejudicados direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (§ 2.º).” *Direitos indígenas: Vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 98.

²⁵² *Comentários à Constituição brasileira*. Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 732.

²⁵³ Em 1978 foi apresentado ao presidente ministro Rangel Reis o “Projeto de Emancipação” pugnando por mudanças no Estatuto do Índio (1973), projeto que foi arquivado após pressão dos movimentos indígenas e sociedade civil, inclusive houve mobilização internacional, sob o argumento de que as mudanças pretendidas em verdade *não queriam modificar os artigos racistas e anti-índios do documento, mas alterar os poucos pontos do Estatuto que representam conquistas para os povos indígenas*. SOUSA, Márcio *et al.* *Os índios vão à luta*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1981, p. 20.

5. Os direitos dos povos indígenas na Constituição Federal de 1988

“Efetivamente com a nova ordem jurídica, implantada pela Carta constitucional de 1988, abriu-se um novo capítulo na história brasileira, em relação ao índio[...]. Ao índio agora se reconhece o direito à diferença a uma individualidade própria. Sem que tenha havido qualquer retorno a fase colonial, concedeu-se-lhes direitos antes inimagináveis. [...] Não se pode negar que o tratamento jurídico dispensado às populações indígenas foi revolucionado pela Carta de 1988.”

(JOSÉ THEODORO MASCARENHAS MENCK²⁵⁴)

Sucedendo a Constituição 1967 – e Emenda Constitucional nº 1, de 1969 –, a vigente Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi erigida sob o árduo múnus de soterrar o regime autoritário, anteriormente vivenciado, resgatando a legitimidade constitucional.

Nesse trilho, argumenta RAYMUNDO FAORO²⁵⁵ que a ruptura do ordenamento supremo opera-se com a incapacidade do texto fundamental de abrigar e equilibrar representativamente as bases da constituição social, há uma crise de valores que, ao perder a força de imantação que se situa além das constituições, enfraquece e, no caso extremo, revela a impotência do poder; assim sendo, as constituições nascem no momento em que o Poder Constituinte renasce, muitas vezes à revelia do governo de fato, que o sufoca.

Não obstante o escarpado encargo que lhe foi atribuído, méritos à Constituinte de 1988 são rendidos por expressivos constitucionalistas (v.g., JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁵⁶ e LUÍS ROBERTO BARROSO²⁵⁷).

De fato, como argui PAULO BONAVIDES, a Constituição Federal de 1988

“foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as épocas constitucionais [...] ela avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da

²⁵⁴ *Op. cit.*, p. 132.

²⁵⁵ *Assembléia Constituinte a legitimidade recuperada*. 5. ed. Brasília: Brasiliense, 1989, p. 89.

²⁵⁶ Sobre a Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva afirma: É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. *Curso...cit.*, p. 91.

²⁵⁷ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988 [...], a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.” Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: Associação dos Magistrados Brasileiros. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 2, out. 2006, p. 30.

Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço.”²⁵⁸

Entre os méritos da Carta de 1988, além, é claro, de seu encontro com a perspectiva de proteção dos Direitos Humanos, está a ruptura com a indiferença aos reclames dos povos indígenas, ou melhor, o reconhecimento e o respeito à diferença²⁵⁹, bem como a necessidade de proteção distinta às suas peculiaridades histórico-sociais e culturais, como condição do exercício da liberdade.

As conquistas indígenas na “Constituição Cidadã” são corolário da evolução social e ideológica brasileiras, dos valores humanitários irradiados internacionalmente, das influências do indigenismo comparado – mormente latino-americano –, e, sobretudo, da luta do movimento indígena.

Conforme SILVIO COELHO DOS SANTOS,

“estimulados por diversos grupos da sociedade civil e pela Igreja, os povos indígenas do país começaram a organizar movimentos políticos, objetivando a conquista de suas reivindicações. Movimentos que expressam a rebeldia indígena às imposições governamentais, em particular contra as ações exercitadas pela FUNAI. Movimentos que contribuíram para colocar a questão indígena no âmbito das discussões dos grandes problemas nacionais. Movimentos que permitiram o emergir de lideranças indígenas capazes de apresentar seus problemas diretamente aos detentores do poder e fazer repercutir suas reivindicações nos cenários nacional e internacional.”²⁶⁰

Os êxitos obtidos junto à Constituinte expressam a tenacidade do movimento indígena, pois, como obtempera CAETANO LAGRASTA NETO,

“todos que participaram dos trabalhos da Constituinte perceberam – sem grande esforço – que os *lobbies* indígenas são bem menos expressivos e carecem de força, se comparados aos das mineradoras e companhias de reflorestamento multinacionais ou entidades de representação de donos de terras.”²⁶¹

²⁵⁸ *A evolução cit.*, p. 174.

²⁵⁹ Nesse sentido, Roberto Lemos dos Santos Filho preconiza: “A Constituição de 1988 reconheceu a multiétnicidade e pluralidade cultural do País. Assegurou aos índios o direito à diferença, vale dizer, o direito de serem tratados como tais.” Índios, convenção 169 da OIT e meio ambiente. In: *Revista do CEJ*. Brasília, n.22, jul./set. 2003, p. 18.

²⁶⁰ *Povos indígenas na constituinte*. Florianópolis: UFSC, 1989, p. 39-40. O fortalecimento do movimento indígena, sobretudo no campo político, operou-se principalmente a partir da eleição de Mário Juruna, em 1982, primeiro deputado federal indígena. “Juruna recolocou o índio como personagem real no âmbito do universo urbano” e “abriu novas perspectivas para os povos indígenas do país.”

²⁶¹ Breves anotações a Constituição sobre o direito indígena. In: *Revista dos Tribunais*, n. 648, 1989, p. 46.

Nesse sentido, tornou-se notória a utilização da imprensa durante o processo constituinte, divulgando-se informações inverídicas, lastreadas em falsos documentos, para reprimir o reconhecimento de direitos indígenas:

“A partir do dia 9 de agosto de 1987, o jornal O Estado de S. Paulo passou a publicar diariamente, durante uma semana, a série intitulada ‘Os índios na nova Constituição’ veiculando denúncias sobre uma suposta ‘conspiração’ internacional contra o Brasil, a pretexto da defesa de interesses indígenas na Constituinte[...]. Além de basear suas denúncias em documentos falsos, o jornal O Estado de S. Paulo foi acusado de ter feito grande montagem fictícia e distorcida, mesmo quando utilizou alguns documentos verdadeiros.”²⁶²

Foi a mobilização indígena, associada à da sociedade civil (em especial, a do CIMI), que permitiu extirpar a falsa conspiração e seus reflexos na Constituição, conforme informa MÁRCIO SANTILLI.²⁶³

Ao final dos trabalhos da Constituinte, em temas gerais, sobretudo se comparado aos textos anteriores, é inconteste que a “Constituição conseguiu revolucionar os padrões de relacionamento dos povos indígenas com o Estado brasileiro, quebrando premissas e superando preconceitos até então arraigados em nosso ordenamento jurídico.”²⁶⁴

Com efeito, é justificável atribuir à Constituição de 1988 o título de “Constituição do Índio”, como o faz, por exemplo, UADI LAMMÊGO BULOS²⁶⁵, em reconhecimento à mudança paradigmática por ela operada²⁶⁶. Arrima essa ilação, dentre outros, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“É a Constituição vigente aquela que mais se preocupou com a proteção ao indígena.”), e DALMO DE ABREU DALLARI (“[...] quanto à Constituição de 1988, pode-se concluir que reforçou extraordinariamente a posição dos índios e das comunidades indígenas na legislação brasileira.”²⁶⁷).

²⁶² Campanha difamatória procura implodir direitos indígenas na Constituição. In: *Povos Indígenas no Brasil – Política Indigenista*. São Paulo: Centro Ecumênico de Documentação e Informação, 1990, p. 49.

²⁶³ Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: *Povos Indígenas no Brasil. Legislação*. São Paulo: Centro Ecumênico de Documentação e Informação, 1990, p. 49.

²⁶⁴ ARAÚJO, Ana Valéria. *Op. cit.*, p. 252.

²⁶⁵ *Constituição Federal anotada*. 6. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.429.

²⁶⁶ Sustenta Helder Girão Barreto: “Percebe-se, assim visivelmente a profundidade e extensão das mudanças, tudo pelo caminho democrático do processo constituinte. Permitimo-nos, assim reiterar nosso ponto de vista no sentido de que a CF/88, pelo menos quanto aos ‘direitos indígenas’, representou uma verdadeira mudança de paradigma.” *Direitos indígenas: Vetores...*, *cit.*, p. 100.

²⁶⁷ *Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios... cit.*, p. 317.

Embora relevante, a análise vertical de todas as disposições constitucionais referentes aos indígenas certamente desvirtuaria o foco central deste trabalho, razão pela qual abordaremos os pontos essenciais, ainda que perfunctoriamente, isolando-os da seguinte forma: Giro paradigmático: da integração por assimilação à interação indígena; Cidadania indígena; Competência legislativa em matéria indígena; Garantias judiciais; Educação Indígena; Marco histórico: “Capítulo VIII – Dos Índios”, artigo 231.

5.1. Giro paradigmático: da integração por assimilação à interação indígena

“Eu queria ver as leis dos brancos, queria ver as leis dizerem que branco é melhor que índio.”
(MÁRIO JURUNA²⁶⁸)

Ponto incandescente da nova Constituição, em relação aos indígenas, é o abandono da política integracionista²⁶⁹ (assimilacionista), pode-se dizer, presente em todas as constituições anteriores.

Rompe-se o paradigma da integração, com o reconhecimento constitucional aos índios de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231), resplandecendo o da interação, no qual “a relação dos índios, suas comunidades e organizações passam a se dar no plano da horizontalidade, e não mais no plano da verticalidade.”²⁷⁰

Nesse sentido, é incisivo o magistério de CARLOS FREDERICO MARÉS SOUZA FILHO:

“A Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, inclusão ou provisoriedade da condição indígena[...]. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos que assim o desejar na vida nacional ficou mantida em toda a sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada,

²⁶⁸ *Os índios vão à luta*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1981, p. 57.

²⁶⁹ Compartilha desse entendimento Francisco das C. Lima Filho. A questão do direito indígena. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, jan./jun. 2004, n. 37, p. 112-113.

²⁷⁰ BARRETO, Helder Girão. As disputas sobre os direitos indígenas. In: *Revista do CEJ*. Brasília, n. 22, jul./set., 2003, p. 66.

cumprindo um antigo lema indígena equatoriano ‘puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy’²⁷¹.

Esse novo paradigma constitucional deve imantar todo o sistema, de modo a obstar qualquer atitude estatal que obrigue a integração do indígena. E, como preconiza IVES GANDRA MARTINS, “mesmo que a título de legislação indutiva e não compulsiva.”²⁷²

5.2. Cidadania indígena

“A atual Constituição Brasileira [1967] não trata da cidadania indígena, diz apenas que todo aquele que nasce em território brasileiro, brasileiro é. [...] ser brasileiro deve ser um direito, não uma imposição. Nesse sentido a nova Constituição deve fazer uma ressalva dando direito aos índios de adquirirem a cidadania brasileira sem deixar de ser ‘nacional’ de uma das mais de 150 nações indígenas que ainda sobrevivem no Brasil. Isto significa, na prática, o respeito à integridade cultural e étnica dos índios nascidos dentro das fronteiras brasileiras”

(UNIÃO DAS NAÇÕES INDÍGENAS DO BRASIL – UNI, Documento apresentado na quarta Sessão do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas da ONU, Genebra, 1985)

O primeiro ponto da Constituição de 1988 a que se deve referir atine à cidadania indígena.

Malgrado as reivindicações indígenas, como apresentado em epígrafe, sejam mais pretensivas, no sentido de, reconhecendo a autodeterminação de suas nações, conferir-lhes critérios diferenciados quanto à aquisição da cidadania, não se pode dizer que lhes foi negado esse direito fundamental, isso pela recepção constitucional do critério do *jus solis*.

²⁷¹ O direito de ser povo. In: *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. *Op. cit.*, p. 468.

²⁷² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. III, tomo I, p. 300. Ainda ressalta Ives Gandra Martins: “Em nível de valores de vida, talvez os indígenas estejam, não poucas vezes, em condições de ofertar lição aos civilizados, seja no que diz respeito às virtudes de mais difícil aquisição, seja no que concerne a muitos vícios e defeitos da abundância e a evolução da sociedade terminam por criar. Não se trata de examinar culturas superiores ou inferiores, mas culturas diferentes, não dimensionadas pelo nível de armazenamento de conhecimentos, mas de estilo de vida, que, em boa hora, houve por bem o constituinte preservar, na esperança de conter um processo célere de extinção das populações indígenas.” [p. 301].

Quanto à propugnação indígena, seu enfrentamento é deveras dificultoso, pois ela, além de toda a discussão política, histórica e social percuciente, exige, em termos dogmáticos, a reflexão sobre conceitos complexos, como autodeterminação, autonomia, soberania, independência, nação, território, etc., o que torna o debate, sob pena de inconsistência, impraticável dentro dos limites desta dissertação.

Note-se que o reconhecimento do proclame proporia uma revisão da sistemática constitucional de 1988 em pontos estruturantes, como é o caso do federalismo. Do mesmo modo, nos direitos fundamentais, por exemplo, quanto à nacionalidade.

Por essas razões, analisaremos a cidadania nos limites do consignado na Carta, advertindo-se que as questões suscitadas não serão analisadas com juízo valorativo – positivo ou negativo –, e que a Constituição de 1988 não reconheceu as nações indígenas como entes componentes do estado federal, não lhes dotando, com efeito de autonomia.

Pois bem, a cidadania indígena, na forma reconhecida na Lei Maior, foi alvo de críticas severas da doutrina especializada.

MARIA TEREZA SADEK R. DE SOUZA sustentou que, nos atuais moldes jurídicos, “os índios teriam que deixar de ser índios” para ocupar a condição de cidadãos²⁷³.

Por sua vez, CARLOS FREDERICO MARÉS SOUZA FILHO recebeu a inovação com certo ceticismo, declarando que “ser um índio cidadão brasileiro é uma ficção.”²⁷⁴

Lançando luz no debate, o qual norteou a obra *O Índio e a Cidadania*, da Comissão Pró-Índio de São Paulo, DALMO DE ABREU DALLARI, após esclarecimentos sobre cidadania, tutela e capacidade *ad causam*, aclarou que “o índio brasileiro é cidadão, como qualquer outro brasileiro, e tem todos os direitos inerentes à cidadania, devendo ser assistido pela FUNAI, na condição de tutora, para o uso de certos direitos.”²⁷⁵

O mesmo jurista fez, contudo, a ressalva de que a tutela deve ser sempre a favor do índio: “A tutela, entendida e exercida de modo adequado, será, como deve

²⁷³ Os índios e os ‘custos’ da cidadania. In: *O índio e a cidadania*. Comissão Pró-Índio/SP, São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 42.

²⁷⁴ A cidadania e os índios. In: *O índio e a cidadania*. *Op. cit.*, p. 50.

²⁷⁵ Índios, cidadania e direitos. In: *O índio e a cidadania*. *Op. cit.*, p. 55-56.

ser, mais um elemento assegurador dos direitos da cidadania, que a própria Constituição confere ao índio e que todos estão obrigados a respeitar.”²⁷⁶

Obstáculos à parte, a cidadania é um direito indígena que não pode ser desprestigiado, tampouco expurgado, conquanto Direito Humano e direito fundamental petrificados, valendo aqui aguçar a regra do não retrocesso.

5.3. Competência legislativa em matéria indígena

Repetindo a sistemática adotada na maioria das constituições anteriores à Constituição Federal de 1988, o constituinte atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre populações indígenas (artigo 20, inciso XIV), repita-se agora não mais com propósito de integração à sociedade nacional.

Esse disposto, não obstante a máxima de que a proximidade do povo com o poder legislativo enaltece sua participação, e, com efeito, o atendimento dos seus derradeiros interesses, ao nosso ver está a beneficiar os povos indígenas.

Calha lembrar que o Ato Adicional de 1834, editado sob vigência da Constituição de 1824, ao conferir às “províncias” competência sobre matéria indígena, acarretou no desfavorecimento dos direitos indígenas (v. *item 2.4.1*, deste).

Tem-se, assim, que o artigo 20, inciso XIV, reforça o compromisso do Estado com a proteção dos direitos consagrados no corpo constitucional, em especial, os constantes no artigo 231. Melhor dizendo, a competência atribuída tem como parâmetros e como fins precípuos os direitos indígenas reconhecidos na Carta.

5.4. Garantias judiciais

“A possibilidade de defender seus interesses como direitos constitucionalmente assegurados representa significativa evolução na luta dos índios brasileiros por sua sobrevivência física e pela preservação de sua cultura tradicional”.

(DALMO DE ABREU DALLARI²⁷⁷)

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 58.

²⁷⁷ Argumento antropológico e linguagem jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília M.V. (Orgs.). *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: UFSC, 1994, p. 109.

O artigo 109, inciso XI²⁷⁸, da Lei Maior, atribui a competência de processar e julgar “disputas sobre direitos indígenas” à Justiça Federal.

Insta informar que é oscilante a jurisprudência pátria quanto à aplicação desse dispositivo. Controvertem-se opiniões, na casuística, por exemplo, quando da prática de delito por indígena em face de outro índio ou mesmo não-indígena; também nos casos em que um único índio figure como vítima. Ainda nessas hipóteses, acresce-se como ponto de controvérsia o local do ato, qual seja, dentro ou fora do território indígena.²⁷⁹

Compartilhamos, nesse ponto, a opinião de ROBERTO LEMOS DOS SANTOS FILHO, ao declarar que “é impositiva a conclusão de que à Justiça Federal compete o julgamento de todos os casos que envolvam índios, inclusive os crimes por eles praticados.”²⁸⁰

Fundamentam esse posicionamento as oportunas interrogações de HELDER GIRÃO BARRETO: “A vida do índio não é mais um direito fundamental? Deixou de ser tutelada pela União? Não esta inserida no conteúdo básico do artigo 231? A Constituição não quer mais que a Justiça Federal construa jurisprudência uniforme sobre direitos indígenas?”²⁸¹

²⁷⁸ Artigo 109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] XI - a disputa sobre direitos indígenas.”

²⁷⁹ Veja-se, nesse exemplo, decisões diametralmente paradoxais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal: 1) HC n° 71835: “Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal. Habeas corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso.”; 2) HC n° 79530: “Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio [...] ‘disputa sobre direitos indígenas’ [...] é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento; 3) RE n° 270379: “Constituição Federal, em seu artigo 231, impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida. 2. Sendo a vida do índio tutelada pela União, é competente a Justiça Federal para processar e julgar crime praticado contra a vida do índio em razão de disputa de terras, não estando a Justiça Estadual, na presente ordem constitucional, legitimada a conhecer da ação penal proposta; 4) HC n° 81827: “Homicídio em que os acusados são índios. Crime motivado por desentendimento momentâneo, agravado por aversão pessoal em relação à vítima. Delito comum isolado, sem qualquer pertinência com direitos indígenas. Irrelevância do fato ter ocorrido no interior de reserva indígena. Competência da Justiça Estadual.”; 5) RE n° 282169: “Homicídio e ocultação de cadáver contra índio fora de reserva indígena. Competência para processá-los e julgá-los. Ambas as Turmas desta Corte são concordes no sentido de que, quando se tratar de crime cometido contra índio fora de reserva indígena, como sucede no caso presente, a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Comum Estadual e não da Federal.” Cumpre ainda registrar que, sobre essa problemática há no Superior Tribunal de Justiça, a súmula 140, *verbis*: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima”.

²⁸⁰ *Apontamentos sobre o direito indigenista*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

²⁸¹ *Direitos indígenas: Vetores...cit.*, p. 79.

O artigo 129, inciso V²⁸², por sua vez, atribui ao Ministério Público a defesa judicial “dos direitos e interesses das populações indígenas”.

O Ministério Público é composto pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos Estaduais, sendo que naquele está incluído o Ministério Público Federal, a quem de regra compete atuar nos casos em que se trate de “disputas sobre direitos indígenas”.

Também de natureza judicial é o disposto no artigo 232: “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.”

Esse dispositivo exige acurada análise, pois suscetível de inúmeras interpretações, a saber: A norma confere a um único índio legitimidade *ad causam* para defender seus interesses individuais ou mesmo interesses coletivos (da comunidade)? Quais os requisitos para configuração de “organizações e comunidades indígenas”? Exige-se personalidade jurídica? As comunidades e organizações reconhecidas podem defender interesses individuais ou somente coletivos?

Respondendo a primeira incógnita, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO afasta a legitimidade de um índio para defesa de interesses pessoais, reconhecendo, todavia, “a qualquer índio legitimação para agir como substituto processual do grupo”²⁸³.

Noutro pensar, PINTO FERREIRA sustenta que a Constituição de 1988

“deu nova rota à matéria[...] os índios não são mais incapazes[...] assim pessoalmente têm a denominada *legitimidade ad causam*. Destarte a pessoa do índio está acima da União e da Funai para mover uma ação judicial, podendo contratar advogado ou utilizar-se da assistência judiciária.”²⁸⁴

No concernente à configuração da legitimidade das comunidades e organizações, é incisivo o magistério de PINTO FERREIRA: “As comunidades indígenas não têm personalidade jurídica própria, porém são sujeitos de direito

²⁸² Artigo 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”.

²⁸³ *Comentários... cit.*, p. 441.

²⁸⁴ *Comentários... cit.*, p. 453.

processual, podendo utilizar-se da prestação jurisdicional adequada (CF, art. 5º, XXI).²⁸⁵

Ainda nesse campo, deve ser ventilado o entendimento de LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JR., no sentido de que “a representação das comunidades indígenas fica a cargo do cacique (ou líder da comunidade). Como, no entanto, verifica-se a legitimidade da representação? Trata-se de presunção de representação, que pode ser desfeita, em caso de não-conformidade com a realidade.”²⁸⁶

Filiamo-nos à doutrina de PINTO FERREIRA para defender a legitimidade individual indígena, tanto na defesa de direitos individuais como coletivos. Outrossim, a legitimidade das comunidades e organizações indígenas, na mesma amplitude, devendo ser considerada (reconhecida) em patamares diferenciados, pois inaplicável a elas os ditames da legislação infraconstitucional substantiva e adjetiva, consoante assevera ELA WIECKO V. DE CASTILHO: “A lei civil e processual civil impõe a criação de associações, que acabam por estabelecer estruturas de poder que não correspondem à organização social e política do grupo. É uma forma de destruir a diversidade cultural.”²⁸⁷

5.5. Educação Indígena

Ressalvas também se fizeram na Constituição Federal de 1988 acerca da educação e línguas indígenas.

O § 2º do artigo 210 assegura às comunidades indígenas a “utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Esse dispositivo condiz com o novo paradigma constitucional indígena, pois é inconcebível conceber-se o reconhecimento da diferença dissociado de mecanismos que protejam o aperfeiçoamento, a manutenção e a transmissão cultural.

²⁸⁵ *Op. cit.*, p. 454.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 423.

²⁸⁷ Processo civil e igualdade étnico-racial. In: *Povos indígenas e igualdade étnico-racial. Op. cit.*, p. 295.

O reconhecimento constitucional se projeta na normativa infraconstitucional regulamentadora, por exemplo, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (v.g., artigos 78²⁸⁸ e 79²⁸⁹).

Ademais, a educação é um direito fundamental albergado nos artigos 6º – “São direitos sociais a educação” –, e 205 – “A educação, direito de todos” –, cuja satisfação repercute no exercício dos demais direitos.

Bem diz CELSO DE MELLO que “o direito à educação qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos.”²⁹⁰

5.6. Marco histórico: “Capítulo VIII – ‘Dos Índios’”, artigo 231

“O dado básico para compreensão da nova situação do índio no direito brasileiro é o artigo 231 da Constituição de 1988 [...]. Mesmo sem descer aos pormenores do significado e do alcance das expressões contidas nesse artigo, fica evidente que houve substancial avanço em relação à situação anterior do índio no direito positivo brasileiro.”

(DALMO DE ABREU DALLARI²⁹¹)

Ponto culminante, entretanto, da Constituição de 1988 é a reserva de um capítulo especificamente reservado às questões indígenas, albergando-se, nesse bojo, direitos “antes inimagináveis”.

Por sua importância histórica, cite-se o artigo 231:

²⁸⁸ Artigo 78: “O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos: I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências; II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.”

²⁸⁹ Artigo 79: “A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa. § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas. § 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos: I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena; II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas; III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades; IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.”

²⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Ag.Reg. nº 410.715-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2005, DJ 03/02/2006, p. 6.

²⁹¹ *Argumento antropológico... cit.*, p. 109.

Artigo 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, garantido, 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 a 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.

O *caput* do artigo sinaliza de modo incontestado o novo paradigma constitucional indígena, qual seja, do respeito à diferença, manifestado pelo reconhecimento do povo brasileiro, representado pela constituinte, da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições indígenas. Essa diretriz é complementada com o compromisso do Estado, previsto no § 1º do artigo 215, de proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas”.

Ainda da cabeça do artigo em comento se extrai outro ponto fundamental, o reconhecimento do direito à terra. Indubitavelmente, esse direito persiste como o maior reclame indígena, consoante se deflui da tradução indígena do artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Os povos indígenas são os grandes mudos da história dos povos; perseguidos e massacrados, sobreviveram graças à força espiritual e cultural, e buscam o reconhecimento e a demarcação das terras que tradicionalmente lhes pertencem.”²⁹²

²⁹² In: *Direitos Humanos no cotidiano*. 2. ed. Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, UNESCO, Universidade de São Paulo, 2001, p. 313.

O reconhecimento constitucional do direito à terra, pela Constituição Federal de 1988, esculpido no artigo 231 e parágrafos, é complementado pelo disposto no artigo 20, inciso XI²⁹³, e no artigo 67²⁹⁴ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ocorre, todavia, que a proteção pressupõe a demarcação das terras, ato imbuído à União, cujo procedimento é regulamentado pelo Decreto 1.775/96²⁹⁵.

Apesar da importância para os povos indígenas e regulamentação infraconstitucional, o procedimento demarcatório, mesmo com a expressa determinação constitucional de conclusão “no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição” (artigo 67 da ADCT), em flagrante violação da Carta Maior, tem-se revelado moroso e ineficiente²⁹⁶, rendendo, com efeito, infundáveis discussões judiciais²⁹⁷.

O descompromisso “estatal”²⁹⁸ com os povos indígenas e, repita-se, com o cumprimento da Constituição, retardando a demarcação dos territórios indígenas,

²⁹³ Artigo 20: “São bens da União: [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.” A inclusão das “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” entre os bens da União deve ser entendida no sentido que doutrina José Afonso da Silva: “A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada* com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras *inalienáveis e indisponíveis*, e os direitos sobre elas são *imprescritíveis*.” *Curso... cit.*, p. 825.

²⁹⁴ Artigo 67: “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

²⁹⁵ O procedimento compreende, em síntese, as fases de: a) identificação (estudo, relatório realizado por especialistas- antropólogos, sociólogos etc); b) Aprovação pela FUNAI; c) Contestações (podem contestar os particulares, Estados e Municípios); d) Decisão dos limites da terra indígena (Ministro da Justiça); e) Demarcação física (Funai e Incra); f) Homologação (pelo presidente da República através de Decreto); g) Registro (imóveis). A matéria era anteriormente regulada respectiva e cronologicamente pelos seguintes Decretos: Decreto nº 76.999, de 08/01/1976, Decreto nº 88.118 de 23/02/1983, Decreto nº 94.945 de 23/09/1987, Decreto nº 22, de 04/02/1991.

²⁹⁶ Conforme informações do Instituto Sócio Ambiental – ISA, a atual situação das terras indígenas é a seguinte: 109 em identificação; 30 identificadas e aprovadas (Funai); 57 declaradas. Informações disponíveis em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje>>, acesso em 15.12.2008.

²⁹⁷ Vide no Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança nº 23862 – Terras Indígenas Karajás de Aruanã (Goiás); Mandado de Segurança nº 20548 – Terras Indígenas dos Uru-Eu-Wau-Wau (Distrito Federal); Recurso em Mandado de Segurança nº 22021 (Pará); Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 469 – Terras Indígenas, Índios Kaingang (Rio Grande do Sul); Mandado de Segurança nº 23862 – Karajás de Aruanã (Goiás); Recurso em Mandado de Segurança n.º 22913 – Área Indígena Rio Negro (Amazonas); Recurso em Mandado de Segurança, n.º 23462 – Comunidade Krikati (Distrito Federal); e mais recentemente, caso de grande repercussão nacional, caso “Reserva indígena Raposa Serra do Sol” (AC-MC-AgR 1794 de 2008).

²⁹⁸ Em 2004 o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos declarou que até o final do governo Lula todas as terras indígenas demarcadas no Brasil seriam homologadas. In: *Revista Época*, n. 309, edição de 15/04/2004. Findado o primeiro mandato do presidente Luis Inácio da Silva a “profecia” não foi concretizada.

além da reprovação internacional (por exemplo, da Anistia Internacional²⁹⁹ e do Work Group for Indigenous Affairs – IWGIA³⁰⁰), também contribui para o surgimento de conflitos territoriais internos que vitimam inúmeros indígenas³⁰¹, revelando-se a principal causa de violação dos direitos humanos dos povos indígenas brasileiros.

²⁹⁹ Conforme tem reiteradas vezes informado a Anistia Internacional: “El derecho de los pueblos indígenas a sus tierras se halla proclamado en la Constitución de 1988. Con la adopción de ésta, el gobierno se comprometió a reconocer y proteger los títulos de propiedad de las tierras de los pueblos indígenas de Brasil antes de 1993. Sin embargo, han transcurrido más de 10 desde esta fecha y más de un centenar de territorios indígenas oficialmente reconocidos están aún en espera de su determinación, trámite que es sólo la primera fase del proceso de reconocimiento y protección del derecho a las tierras. En 2004, el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial instó al gobierno brasileño a terminar de demarcar todas las tierras indígenas y expresó su preocupación por el hecho de que la posesión y uso de esas tierras por los pueblos indígenas se vieran amenazados y restringidos por actos reiterados de agresión contra ellos.” *LOS PUEBLOS indígenas de Brasil: Tierras y vidas amenazadas*. Anistia Internacional. AMR 19/027/2006. 1 de agosto de 2006.

³⁰⁰ Constatou no “El Mundo Indígena 2006” do International Work Group for Indigenous Affairs - IWGIA: “El año 2005 termina en el Brasil [...] con el menor número de homologaciones e tierras indígenas. Según datos del Ministerio de Justicia, fueron declaradas solamente cinco Tierras Indígenas (TI) en el año 2005; el gobierno de Lula da Silva declaró en promedio seis tierras por año, un total de 18 con 8.749 hectáreas, y homologó 55, totalizando 9.843 has.1 El resultado del proceso de demarcación es que Brasil ostenta una superficie de 1,1 millón de km² destinados a los pueblos indígenas que habitan el país. La Fundación Nacional del Indio – FUNAI – reconoce 604 tierras indígenas, de las cuales 480 están demarcadas o homologadas y en proceso de demarcación mientras que las otras 124 están en proceso de identificación o reconocimiento. *EL MUNDO Indígena 2006*. Copenhague: IWGIA – International Work Group for Indigenous Affairs, 2006, p. 194.

³⁰¹ Conforme dados constantes do Relatório “*A violência contra os povos indígenas no Brasil: 2003-2005*”, do Conselho Indigenista Missionário: “Em 2003 foram registrados 26 episódios em diversos tipos de conflitos relativos a direitos territoriais[...] Foram registradas, entre 2003 e julho de 2005, duas ocorrências de abuso de poder, por parte da Polícia Federal, durante ações de reintegração de posse em terras indígenas. Ambos os casos ocorreram no Mato Grosso do Sul. [...] Há registros também de confronto armado com capatazes de fazenda, em casos que envolvem o povo Guarani-Kaiowá. Episódio significativo diz respeito ao conflito no qual foi assassinado o cacique Marcos Veron, do povo Guarani- Kaiowá (MS), em função da invasão brutal da terra indígena Taquara, realizada por jagunços e policiais na madrugada em que a terra foi retomada, enquanto as famílias indígenas dormiam em um acampamento improvisado. O episódio foi caracterizado como massacre pelo Ministério Público Federal. Além desses, foram registrados três conflitos no estado do Pará, envolvendo o povo Kayapó, em função de pressões pela redução da terra indígena Baú, e o povo Curuaia, devido à invasão garimpeira em suas terras. No ano de 2004 foram registrados 41 episódios de conflitos relativos a direitos territoriais, em diversos estados da federação. O Mato Grosso do Sul concentrou 28 destes conflitos, que foram conseqüências de pressões contra demarcações, invasões de terras, arrendamentos ilegais, diminuição de limites de terras – com desrespeito à identificação antropológica dos territórios -, além de ameaças, confrontos e protestos. [...] No período de janeiro a junho de 2005 uma série de ações e reações contra homologação de terras indígenas foram registradas. Muitas delas foram motivadas pela publicação do decreto de homologação da terra indígena Raposa/Serra do Sol, localizada em Roraima[...]” p. 15-16-17. Ainda consta do relatório: “No período de janeiro de 2003 a julho de 2005 foram registrados 13 episódios de ameaças de mortes dirigidas a Ameaças de morte a indígenas no Brasil 2003 a 2005 diversas lideranças indígenas, motivadas explicitamente por questões relativas a conflitos pela posse de terras. Houve casos em que as ameaças partiram de fazendeiros e se dirigiram a comunidades inteiras, como o episódio ocorrido na terra indígena La Klãno do povo Xokleng (SC), em 2003. Após a assinatura da portaria declaratória da terra indígena, fazendeiros anunciaram que não aceitariam a demarcação e surgiram ameaças de que, se os indígenas entrassem nas terras, seriam recebidos com tiros”, p. 88.

Nesse contexto, os conflitos territoriais indígenas e inação governamental motivaram o PAPA JOÃO PAULO II, após ouvir as queixas do índio guarani MARÇAL DE SOUZA (assassinado em 1983), a escrever, em 1980, uma “Mensagem aos Índios do Brasil”:

“Confio nos poderes públicos e outros responsáveis aos votos que faço de todo coração em nome do Senhor: peço a vocês, cujos antepassados foram os primeiros habitantes desta terra, obtendo sobre ela um particular jus ao longo das gerações, seja reconhecido o direito de habitá-las na paz e serenidade sem terror – verdadeiro pesadelo – de serem despojados em benefício de outrem, mas seguros de um espaço vital que será a base não somente para sua sobrevivência, mas para a preservação de sua identidade como um grupo humano, como um povo. A esta questão complexa e espinhosa almejo que se dê uma resposta ponderada, oportuna, inteligente, para o benefício de todos. Assim se respeitará e favorecerá a dignidade e liberdade de cada um de vocês como pessoa humana e como um povo.”³⁰²

Em que pesem os obstáculos burocrático-formais, esses não parecem ser os maiores óbices para a homologação das terras indígenas. Pressões políticas e conflitos de interesses têm norteado a política de homologação. Palmilha nesse caminho o entendimento de PAULO BONAVIDES: “ Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não corresponde aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista [...]”³⁰³

Reforçando a garantia constitucional da posse e do usufruto exclusivo das terras (§ 2º), o § 3º preocupa-se em disciplinar o “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas”, condicionando-os à autorização do Congresso Nacional e, principalmente, à oitiva das comunidades afetadas.

Desse dispositivo, deve-se realçar, inicialmente, a preocupação constituinte com a manifestação indígena. Resta claro, no parágrafo em comento, que a autorização pelo Congresso Nacional deve considerar a vontade indígena, sendo desarrazoado assegurar o usufruto, se dele arbitrariamente pudesse dispor o Congresso Nacional. Ademais, a manifestação indígena encontra amparo no artigo 1º(a) da Convenção 169 da OIT. Por fim, cumpre evidenciar que o Congresso Nacional, ao deliberar sobre a autorização (competência exclusiva, artigo 49, inciso

³⁰² Documento anexo a obra: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio...cit.*, p. 198.

³⁰³ *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da Constituição e recolonização pelo golpe de Estado institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 183.

XVI), deve ponderar os interesses indígenas, conforme sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA: “Ao Congresso Nacional se imputou o julgamento de cada situação concreta, para sopesar os direitos e interesses dos índios e a necessidade prática daquelas atividades, reconhecido que o princípio é o da prevalência dos interesses indígenas.”³⁰⁴ Urge ainda obtemperar que o § 3º é complementado pelo § 7º, ambos do artigo 231, que veda a aplicação às terras indígenas dos parágrafos 3º e 4º do artigo 174, ou seja, é defeso o exercício de atividade garimpeira, em cooperativa ou não, em territórios indígenas.

Finalmente, merece referência a atenção constitucional pela remoção de grupos indígenas, consignada do § 5º. Além do aspecto protetivo, que se depreende da sujeição da remoção à manifesta do Congresso Nacional e da garantia de posterior retorno, desse parágrafo desponta fagulha indicando a preocupação constitucional com a saúde indígena, conforme se abordará em capítulo próprio.

5.7. Nota conclusiva

Percorrida a esteira histórica, percebe-se que o título *Do livro negro da raça amarela à Constituição de 1988*³⁰⁵, atribuído por PINTO FERREIRA, é, no todo, percuciente para sintetizar a evolução constitucional dos direitos indígenas no Brasil.

Trilhando o caminho da indiferença, o constitucionalismo brasileiro anterior à Constituição de 1988, quando não silente, norteou-se pela política integracionista, olvidando os reais desejos indígenas.

De fato, a vigente Constituição apresenta significativas conquistas para os povos indígenas, seja no concernente a normas especificamente a eles destinadas, seja na Constituição como um todo, pois, como assevera UADI LAMMÊGO BULOS, “os princípios constitucionais gerais, espriados ao longo do Texto de 1988, são extensivos às comunidades indígenas.”³⁰⁶

Malgrado os êxitos galgados na Constituição de 1988 sejam relevantes, não açambarcam a totalidade dos interesses e das necessidades indígenas, como bem diz JOSÉ AFONSO DA SILVA:

³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 831.

³⁰⁵ *Comentários...cit.*, p. 1430.

³⁰⁶ *Constituição Federal anotada*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.429.

“A constituição revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável. Não alcançou, porém, um nível de proteção inteiramente satisfatório”.³⁰⁷

Nesse quadrante, em termos constitucionais, há ainda campos a serem percorridos, a serem conquistados. Ademais, o alcance das aspirações indígenas pressupõe mudanças que ultrapassam a esfera legal, conforme argui ROBERTO GAMBINI:

“Não será a Constituição que irá resolvê-lo, nem as leis antidiscriminatórias ou promotoras de solidariedade social! A mudança possível só poderá resultar de um aprofundamento da consciência coletiva, por meio do qual emergjam novos símbolos que nos ajudem a ressignificar os conceitos de diferença, mistura, fusão e interpenetração. A consciência brasileira não sabe encarar um índio. Não sabe o que ela é. Nela, o índio não tem lugar.”³⁰⁸

Contudo, sem quebrantar os direitos indígenas reconhecidos na vigente Carta Maior, cuja eficácia, ao que se viu, ainda é tênue, exigindo efetivação, tais direitos devem ser concebidos como ponto inaugural, e não definitivo, no processo de reconhecimento dos direitos indígenas.

6. Constituição e tratados de direitos humanos: o caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho

“Já não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados.”
(CANÇADO TRINDADE³⁰⁹)

³⁰⁷ *Op. cit.*, p. 822.

³⁰⁸ *Espelho índio. A formação da alma brasileira*. 2. ed. São Paulo: Axis Mundi – Terceiro Nome, 2000, p. 178.

³⁰⁹ *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. I, p. 403.

A Convenção nº 169 consiste em “tratado internacional” celebrado no bojo da Organização Internacional do Trabalho, em 1989, razão pela qual reservamos a análise de sua formação e de sua importância para capítulo próprio especificamente destinado à proteção internacional dos direitos dos povos indígenas. Não obstante, ao nosso pensar, pelos motivos a seguir aduzidos é imperioso incluir a Convenção nº 169 da OIT no quinhão constitucional brasileiro de proteção dos direitos indígenas, mormente porquanto será este texto o fulcro principal de tutela da saúde indígena.

A Convenção nº 169 da OIT foi firmada em 1989, e entrou em vigor, no plano internacional, em 1991 [artigo 38 (2) da Convenção³¹⁰]. O Brasil a ratificou em 25 de julho de 2002.

No âmbito interno pátrio, a aprovação pelo Congresso Nacional ocorreu em 19 de junho 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 142, e sua promulgação pelo Presidente da República – somente – em 19 de abril de 2004, por intermédio do Decreto nº 5.051.

Nesse contexto, cumpre indagar, inicialmente, o momento em que se operou sua inserção, como norma exigível, na ordem jurídica interna.

Para compreensão desta complexa interrogação, é necessário, preliminarmente, entender os pontos essenciais da sistemática de construção dos tratados internacionais – regime disciplinado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (em vigor internacionalmente desde 1980³¹¹) –, conjuntamente com o sistema constitucional pátrio regente, no que concerne tanto à celebração de tratados internacionais como à incorporação destes no plano interno.

Em resenha, a formação dos tratados, no plano internacional, concentra as fases de negociação, assinatura, ratificação e posterior vigor. A assinatura é ato solene prévio ao consentimento definitivo. Deste ato não defluem, necessariamente, obrigações para os Estados; seu efeito principal é conferir a autenticidade e imutabilidade do texto. Obrigam-se, internacionalmente, os Estados signatários ao avençado no tratado, em geral³¹², somente quando da ratificação, “ato unilateral do

³¹⁰ Artigo 38: “1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General; 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.”

³¹¹ Tratado assinado pelo Brasil em 1969, ainda pendente de aprovação do Congresso Nacional.

³¹² Conforme artigo 11 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se além da ratificação pela assinatura – cuja disciplina desta hipótese encontra-se no artigo 12 –, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.

Estado, que reafirma perante seu ou seus co-participantes num tratado sua intenção de obrigar-se por ele”.³¹³ Por fim, os tratados internacionais, consoante artigo 24 da Convenção de Viena, entram em vigor “na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelos Estados negociadores” [artigo 24 (1)], ou “na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entra em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se pelo tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores” [artigo 24 (2)]. Porém, caso “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado for manifestado após sua entrada em vigor, o tratado entrará em vigor em relação a esse Estado nessa data, a não ser que o tratado disponha de outra forma” [artigo 24 (3)].

Conjugando essas balizas com o regime constitucional brasileiro vigente, tem-se que compete ao Executivo a negociação, a assinatura e a ratificação dos tratados internacionais (artigo 84, inciso III³¹⁴, da Constituição Federal). Não obstante, a ratificação (internacional) condiciona-se à aprovação do tratado pelo Congresso Nacional (artigo 49, inciso I³¹⁵, e 84, inciso III, da Carta Magna). Nesse diapasão, uma vez aprovado e, posteriormente, ratificado, perfaz-se o tratado no âmbito internacional³¹⁶.

Todavia, não se pode confundir vigência internacional com interna. Aquela vincula internacionalmente o Estado, enquanto parte de um tratado, o que não torna esse texto, automaticamente, em todas as hipóteses, internamente exigível.

Pelo entendimento majoritário, inclusive no Supremo Tribunal Federal (v.g, Ag.Reg. nº 8279/2000³¹⁷ e ADI-MC nº 1480/ 2001³¹⁸), a sistemática constitucional

³¹³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, v. I, p. 69.

³¹⁴ Artigo 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

³¹⁵ Artigo 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

³¹⁶ Preleciona Guido Fernando Silva Soares que “o fato de a ratificação e a adesão serem atos vinculados ao Presidente da República, dependentes de referendo do Congresso Nacional, produz efeitos meramente no ordenamento interno brasileiro, no que respeita à legalidade constitucional dos atos presidenciais, nada influenciando nas relações internacionais do País, no que respeita sua conformidade com as regras do Direito Internacional Público. *Op. cit.*, p. 70.

³¹⁷ Ementa: “[...] A recepção dos tratados internacionais em geral [...], para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito

de 1988, regente à incorporação dos tratados internacionais, determina que estes ingressam no ordenamento interno, logrando obrigatoriedade, somente a partir de Decreto do Executivo – ato interno que não se confunde com a ratificação –, que é elaborado após aprovação do Congresso Nacional (por Decreto Legislativo), formalizando-se a promulgação de um tratado internacional.

Em que pesem fundadas críticas³¹⁹, nas quais não cabe aqui adentrar, essa sistemática (sistema complexo) somente é passível de adoção quanto aos tratados internacionais que não se qualifiquem como tratados de direitos humanos.

Se o § 2º do artigo 5º reconhece os tratados de direitos humanos como integrantes dos direitos e das garantias fundamentais, e, por sua vez, o § 1º do mesmo artigo confere aplicação imediata às normas definidoras de tais prerrogativas, pela interpretação sistemática dessas disposições, não se extrai outro entendimento senão o de que as normas contidas nos tratados deste quilate gozam também de “aplicação imediata”³²⁰.

positivo interno.” Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Ag.Reg. nº 8279, AT – Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.08.2000, p. 6.

³¹⁸ Ementa: “[...] É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.” Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001, p. 429.

³¹⁹ Referindo-se ao processo de formação dos tratados internacionais e sistemática de incorporação na Constituição brasileira de 1988, Flávia Piovesan preconiza que “a Constituição, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados [artigo 84, inciso VIII e artigo 49, inciso I], traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita, ao não prever, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso o tratado por ele assinado (emblemático é o caso da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, que foi assinada em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso apenas em 1992). Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso aprecie o tratado assinado e nem mesmo previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado se aprovado pelo Congresso.” *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 71.

³²⁰ Consoante bem diz Flávia Piovesan: “Ora, se as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados de direitos internacionais de direitos humanos têm por objetivo justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata.” *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

Nesse contexto, a ratificação é, por si só, suficiente para garantir vigência interna aos tratados de direitos humanos, dispensando-se, com efeito, o decreto executivo³²¹. Ampara esse entendimento ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:

“[...]O artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988 determina que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja Parte’. Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter ‘aplicação imediata’ (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionais consagrados. [...]”³²²

Ancorada essa premissa, o debate se bifurca nas seguintes questões essenciais: primeiro, a pertença da Convenção nº 169 da OIT, enquanto tratado internacional, à espécie “tratado de direitos humanos”; segundo, ao seu ingresso no sistema interno, e, como corolário, à discussão (não pouco controvertida) atinente à hierarquia da Convenção: se concebida como tratado de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, seja antes ou após a inclusão do § 3º³²³, no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

³²¹ Noutras palavras, doutrina Flávia Piovesan: “em face da sistemática de incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, a regra constitucional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema.” *Direitos humanos e o direito constitucional ...cit.*, p. 85.

³²² O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do homem*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 33-36. Dessa orientação não discrepa, ainda, Celso Ribeiro Bastos veja-se: “De qualquer sorte, esta referência é de grande importância porque o Texto Constitucional está a permitir a inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil. A doutrina dominante exigia a intermediação de um ato de força legislativa para tornar obrigatório à ordem interna um tratado internacional. A menção do parágrafo em questão ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos de nosso direito. Não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a inovação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltando à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.” BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, p. 396.

³²³ Artigo 5º [...]§ 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Não nos cabe dúvida de que a Convenção nº 169 da OIT é tratado de direitos humanos. Seria preciso uma interpretação bastante distorcida, talvez lastreada em tecnicismo exacerbado, para negar tal caráter à Convenção.

Apenas conjecturando, indaga-se: poder-se-á atribuir a característica de tratado de direitos humanos à Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (2007) – assertiva incontestemente – negando-se-lhe à Convenção nº 169 da OIT, quando ambas preveem praticamente os mesmos direitos e aos mesmos destinatários, e, ainda, se foram construídas, pode-se dizer, no seio da Organização das Nações Unidas, em consonância com os procedimentos formais de elaboração dos tratados internacionais? Por óbvio a resposta é negativa.

Extirpando dúvidas que possam ainda pairar nessa questão, é oportuno ressaltar que a OIT, primeira organização especializada de caráter universal, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, possui reconhecida capacidade para celebrar tratados internacionais (Convenções)³²⁴, possuindo como propósitos básicos, no dizer de RICARDO SEITENFUS,

“buscar o pleno emprego, aumento de vida, a formação profissional dos trabalhadores, remuneração digna com o estabelecimento de um piso salarial mínimo, a possibilidade de negociar coletivamente os contratos, a extensão da seguridade social e previdenciária, a participação de empregados e empregadores na elaboração e implementação de medidas sócio-econômicas, a proteção da infância e da maternidade e um adequado sistema de saúde.”³²⁵

Nesse diapasão, é incontestemente que as convenções erigidas pela OIT visam à proteção de direitos humanos.

Contudo, tem-se, à luz do retro explanado, que, não obstante a Convenção nº 169 da OIT tenha formalmente ingressado no plano interno a partir de 19 de abril de 2004, com a edição do Decreto nº 5.051³²⁶ (se acompanharmos o entendimento majoritário do STF), por força do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição

³²⁴ Doutrina nesse sentido Tércio Sampaio Ferraz Junior: “Os tratados internacionais são fontes cujo centro irradiador é o acordo entre as vontades soberanas dos Estados. As convenções são celebradas no âmbito dos organismos internacionais que, reconhecidos, vêem seus atos normativos repercutirem no âmbito internos dos Estados. Este é o caso, por exemplo, da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[...]” *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 206.

³²⁵ *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 162.

³²⁶ Calha nesse quadrante informar que esse decreto adotou quanto ao âmbito de aplicação temporal da norma a técnica normativa de efeito imediato (artigo 3º).

Federal brasileira, bem como do artigo 38 (3)³²⁷ da Convenção nº 169 OIT e do artigo 24 (1) da Convenção de Viena, os direitos subjetivos, sufragados pela Convenção nº 169 aos povos indígenas, são exigíveis, na ordem jurídica interna, nesse caso considerando a especificidade do vigor internacional previsto nessa própria Convenção, não a partir da ratificação internacional, formalizada em 25 de julho de 2002, mas a partir do momento em que esse tratado entrou em vigor para o Brasil, ou seja, 25 de julho de 2003, doze meses após a ratificação.

Deve-se registrar que a previsão de entrada em vigor para os Estados, correspondente a doze meses a partir da ratificação, é, de fato, algo peculiar na Convenção nº 169 OIT [outro exemplo é o da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 74 (2)³²⁸].

Isso emula, com efeito, discussões quanto à possibilidade de vigência interna do tratado adrede à internacional. Malgrado a inquestionável importância de todos os tratados de direitos humanos e o princípio do melhor interesse da vítima, neste momento, parece-nos mais adequado, considerando a natureza dos tratados internacionais, condicionar o vigor interno ao internacional.

Entendimento diverso pode gerar situações inusitadas, hipotéticas é verdade, como a possibilidade de vítimas socorrerem-se às instâncias internas, amparadas num tratado internacional, não podendo fazê-lo, da mesma forma, em tribunais internacionais, ou ainda verem um Estado condenado por órgão judicial interno em decorrência de violação a tratado internacional, restando incólume a qualquer obrigação perante os demais Estados-Parte, justamente perante aqueles que, em consentimento, firmaram o tratado.

Quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos no prisma interno, sem olvidar a existência de, ao menos, quatro entendimentos acerca dessa problemática³²⁹ – 1) hierarquia supraconstitucional³³⁰; 2) hierarquia constitucional;

³²⁷ Artigo 38: “[...] Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de los Miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.”

³²⁸ Artigo 74(2): “A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.”

³²⁹ André de Carvalho Ramos adota uma corrente intermediária, cujo ponto fulcral “é a aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos

3) hierarquia supralegal³³¹; e 4) hierarquia equivalente com as normas infraconstitucionais³³² –, e conforme já afirmamos outrora, coadunamos com a tese de que os tratados de direitos humanos, entre os quais se situa a Convenção nº 169 da OIT, uma vez integrados, gozam de *status* constitucional.

O posicionamento ora acolhido encontra guarida na doutrina consistente de autores como FLÁVIA PIOVESAN³³³, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE³³⁴, FRANCISCO REZEK³³⁵, CELSO LAFER³³⁶, CELSO DE MELLO³³⁷, VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI³³⁸ e CARLOS WEIS³³⁹.

direitos humanos como presunção absoluta, em face dos princípios da Constituição de 1988. Isso porque a Constituição brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser vista como obstáculo a uma maior proteção da pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2004, p. 127.

³³⁰ Em comentário ao § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, Celso D. de Albuquerque Mello preleciona: “O primeiro comentário que pode ser formulado é que a Constituição incorporou ao direito interno os tratados internacionais sobre direitos humanos. Esta incorporação é uma redundância e, na verdade, supérflua, tendo em vista que os tratados de que o Brasil faz ‘parte’ já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima [§ 2º do art. 5º]. Ele é um verdadeiro pleonismo. Entretanto, algo realizado com o intuito que reconhecemos humanitário pode se transformar em algo perigoso. É que países onde há uma incorporação pura e simples o tratado é equiparado a lei e, erroneamente, se afirma que a lei posterior pode revogar o tratado internacional que seria uma lei anterior. Na verdade, os direitos humanos têm, a nosso ver, um ‘status’ especial na ordem jurídica internacional e deve predominar sempre.” *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p. 203. *Vide* ainda do autor: *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

³³¹ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “[...] é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados do atributo de *supralegalidade*. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 665.

³³² Entre outros, manifestam-se nesse sentido: 1) Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Direitos decorrentes de tratados[...]. Mas há possibilidade – que suscita graves dificuldades interpretativas – de que o regime do direitos reconhecido em tratado seja diferente do que a Constituição atribui ao mesmo direito. Qual regime haverá de prevalecer? Na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem a hierarquia de lei ordinária não de regra constitucional, a conclusão, a meu ver, é o prevalecimento do regime estabelecido na Carta Magna. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. I, p. 85; 2) Alexandre de Moraes: “A Constituição Federal não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de *caráter infraconstitucional*, decorrente dos atos e tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 315 [O mesmo entendimento é assinalado pelo autor em seu *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 691-693]; 3) Luiz Alberto David de Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “O tratado pode ser veiculador de direitos individuais e coletivos, mas ingressa na ordem jurídica brasileira com *status* de norma ordinária. *Op. cit.*, p. 216.

³³³ Cf. *Direitos humanos e o direito constitucional... cit.*

³³⁴ Da sua pena: “[...] no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte dos direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.” *Tratado... cit.*, p. 408.

³³⁵ “No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais art. 5º da Constituição um

Os argumentos essenciais que solidificam essa tese despontam no magistério incisivo – e freme – de FLÁVIA PIOVESAN:

“A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao final da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º, § 2º). Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, § 36, previa: ‘A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ora ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão dos fenômeno constitucional.”³⁴⁰

Malgrado a pujante consistência argumentativa da posição ora acolhida, dela não compartilha o Supremo Tribunal Federal.

Deve-se dizer, nesse ponto, que, mesmo após a promulgação da Carta de 1988, predominava no Supremo o entendimento balizado já em 1977 (RE nº

segundo parágrafo estabelece, desde 1988, que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte. Sobre essa última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era, entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional.” *Direito internacional público*. Curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 101-103.

³³⁶ *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, 2005. São Paulo: Manole, 2005, p. 15-18.

³³⁷ A respeito do entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, ver voto proferido no julgamento (STF – Pleno) HC nº 87.585-8/TO –2008.

³³⁸ Assim sustenta: “Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm ‘status’ de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.” *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 694.

³³⁹ Cf. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

³⁴⁰ *Direitos humanos e o direito constitucional...cit.*, p.51-52. Vide ainda da autora *Temas de direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

80004/SE³⁴¹ Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE), de que os tratados internacionais, ainda que se tratassem de tratados de direitos humanos, possuíam *status* equivalente ao das leis ordinárias.

Esse entendimento ruiu recentemente (2008), prevalecendo, agora, a posição favorável à supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos³⁴² (v.g., HC nº 94702/GO – 2008³⁴³).

Embora a revisão do entendimento repercuta favoravelmente na proteção dos direitos humanos e, em específico, nos direitos dos povos indígenas, pois agora, sob o prisma jurisprudencial assente no STF, a Convenção nº 169 da OIT se sobrepõe, incontestavelmente, por exemplo, ao Estatuto do Índio, pelo critério cronológico de solução de antinomias, insistimos na tese de que os tratados de direitos humanos incorporados, como é caso dessa Convenção, possuem materialmente *status* constitucional, mesmo que integrados anteriormente à inclusão do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pela EC nº 45/2004.

Nesse campo, não se pode deixar de registrar que a recente reforma constitucional, além de discussões atinentes ao processo legislativo – por exemplo, quanto à competência e aos critérios para definir quais tratados serão submetidos à votação pela nova sistemática (símile a das emendas constitucionais), e a possibilidade de submissão dos tratados já aprovados a este procedimento especial³⁴⁴

³⁴¹ Trecho da Ementa: “Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de cambio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepele ela as leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do dec. lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título.” [sic]. Supremo Tribunal Federal, HC nº 80004/SE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29/12/1977.

³⁴² Vide Flávia Piovesan. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio.pdf>> .

³⁴³ Excerto da ementa: “[...] Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. [...] Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 5. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte[...].” Supremo Tribunal Federal, HC nº 94702/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe*-202, public. 23.10.2008, p. 583.

³⁴⁴ Sustentam Luiz Alberto David de Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “Pode-se perguntar se seria possível um Tratado já aprovado pelo quórum comum ser reapreciado para que, votado pelo quórum do § 3º pudesse ser considerado equivalente à emenda constitucional. Entendemos que não. A

–, abrasou o persistente debate quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos, instaurando ferrenhas divergências doutrinárias³⁴⁵.

Rendemo-nos, nessa verga, novamente ao magistério de FLÁVIA PIOVESAN, pelo qual declara que

“[...] a inclusão do § 3º no artigo 5º objetiva, ao seu modo, responder a polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. [...] Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º §

Constituição projetou para o futuro e não tratou de disciplinar regra transitória nesse sentido. *Op. cit.*, p. 217. Em sentido contrário Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional de dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC n. 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional. *Op. cit.*, p. 671.

³⁴⁵ Sustentam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que a inclusão do § 3º, no art. 5º esvaziou a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, argumentando que “em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional não podem ser comparados às normas constitucionais.” [*Op. cit.*, p. 659]. Em que pesem os esforços despendidos pelos autores em sua fundamentação e méritos a obra, nesse ponto, data vênia, parece-nos que se esgueiram da melhor interpretação constitucional. Em sentido, manifestamente antagônico ao dos autores em comento se expressou, por exemplo, Celso Lafer: “O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois argüiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é maioria requerida para aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF art. 60 § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter validade de normas constitucionais. Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. art. 60 § 2º, da CF, o novo § 3º [...]. O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado uma norma interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao classificar a lei existente[...]Este parece ser o caso § 3º do art. 5º. Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Nesse sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva *ex parte civium* dos direitos humanos”. *A Internacionalização dos Direitos Humanos...cit.*, p. 15-16. Do mesmo modo Francisco Rezek: “[...] A questão foi entretanto resolvida, em dezembro de 2004, pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional [5º]: os tratados de direitos humanos que o Congresso Nacional aprove *com o rito da emenda à carta* – em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros – integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição.[...] Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional.” *Op. cit.*, p. 103.

2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um formalmente constitucional. [...] Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.”³⁴⁶

Contudo, é lícito e coerente arguir que a Convenção nº 169 da OIT equipara-se, hierarquicamente (materialmente), à Constituição, integrando, com efeito, o bloco de constitucionalidade, inclusive para efeitos de controle concentrado e difuso. A propósito, CELSO LAFER proclama o seguinte:

“Explico-me observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas desses tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.”³⁴⁷

Albergando a tese ora encampada, especificamente em relação à Convenção nº 169 da OIT, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) parece conduzir-se nesse sentido, conforme se depreende do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR³⁴⁸. No voto vencedor, exarado pela

³⁴⁶ Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André R.; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de J. L. (Coords.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 71-72.

³⁴⁷ *A Internacionalização dos Direitos Humanos...cit.*, p. 18. No mesmo sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli: “[...] na medida em que a Constituição ‘não exclui’ os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’ e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional, como já assentamos anteriormente.” *Op. cit.*, p. 694.

³⁴⁸ Ementa: “Constitucional. Remanescentes de Comunidades de Quilombos. Art. 68-ADCT. Decreto nº 4.887/2003. Convenção nº 169-OIT. 1. Direito Comparado. Direito Internacional. O reconhecimento de propriedade definitiva aos ‘remanescentes de comunidades de quilombos’ é norma constitucional que encontra similitude no direito constitucional do continente americano. Questionamento, por parte de comitês e comissões internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu competência, no sentido da preocupação com a violação dos direitos das comunidades negras,

Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, a quem – malgrado nossa discrepância quanto à vigência interna da Convenção – deve-se render vultosos méritos³⁴⁹, restou assim consignado: “[...] Neste contexto, pois, a Convenção nº 169-OIT deve servir de parâmetro para avaliar o decreto nº 4.887/2003, em termos constitucionais, para a disciplina do art. 68 do ADCT.”³⁵⁰

No mesmo norte, reconhecendo, “no mínimo”, o caráter supralegal de convenção da OIT, no caso, o da Convenção nº 162, encontra-se o voto recentemente declarado pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/2008. Além de fortalecer o

recomendando adoção de procedimentos para efetiva titulação das comunidades quilombolas. Compromissos firmados e que encontram substrato na ‘prevalência dos direitos humanos’ como princípio regente das relações internacionais. 2. Interpretação da Constituição. Na interpretação das normas constitucionais, há que se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade e a eventual concordância, não sendo, em princípio, inconstitucional regulamentação, por decreto, de direitos das referidas comunidades, passados quase vinte anos da promulgação de uma ‘disposição constitucional transitória’. [...] 4. Convenção nº 169-OIT. Plena aplicabilidade do tratado internacional de proteção de ‘comunidades tradicionais’, não destoando o Decreto nº 4.887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) auto-atribuição das comunidades envolvidas; b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais; c) o reconhecimento da pluriétnica nacional.” Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG nº 2008.04.00.010160-5/PR, Terceira Turma, Rel.Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, *DJE* 31/07/2008.

³⁴⁹ Os méritos se justificam não só pelo enfoque atinente à Convenção, mas, igualmente, por enfrentar a lide sob o enfoque dos Direitos Humanos, arrimando o *decisum* em documentos do Conselho Econômico e Social, do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, e, inclusive no informe apresentado pelo Brasil em 2003 ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

³⁵⁰ Ainda do primoroso voto: “Ademais, é pacífico o entendimento, na doutrina nacional, que a ‘topologia constitucional’ (alegação do agravado, fl. 113), ou seja, a localização do dispositivo constitucional fora do Título II (‘Direitos e garantias fundamentais’), não retira a nota de ‘fundamentalidade’ de eventual direito previsto, de que é evidência a ‘cláusula de abertura material’, prevista no art. 5º, § 2º, que faz referência expressa a ‘tratados internacionais’ (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 95). Isto já seria suficiente para a descaracterização, preliminar, da inconstitucionalidade. Ocorre que o Decreto questionado foi expedido em 20-11-2003, quando já estava em vigor, no âmbito normativo interno, a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19-06-2002 por meio do Decreto Legislativo nº 142/2002. No julgamento da AMS nº 2005.70.00.008336-7/PR, julgada pela 3ª Turma, por unanimidade, em 25-03-2008, deixei consignado, ao apreciar a constitucionalidade das ações afirmativas, que: Não é demais lembrar que o STF tem se inclinado no sentido de rever o antigo posicionamento que entendia pela paridade entre tratados internacionais e legislação ordinária. Dentro desta tendência, o STF deve adotar ou o posicionamento de conferir aos tratados internacionais uma hierarquia de supralegalidade em relação à legislação nacional, posição defendida pelo Min. Gilmar Mendes, ou a orientação de que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em momento anterior à promulgação da Constituição, revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidos, nesta condição, por força do § 2º do art. 5º da Constituição, posição defendida pelo Min. Celso de Mello. Em se adotando este último posicionamento, maior reforço argumentativo a favor da constitucionalidade das ações afirmativas: isto implica dizer que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e compõem, pois, o bloco de constitucionalidade, de forma que, por um lado, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias constitucionalmente consagrados, adicionando novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se nelas estivessem escritos, e, por outro lado, constituem o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade, agora alargado, com os princípios implícitos.” Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG nº 2008.04.00.010160-5/PR, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, *DJe* 31/07/2008.

entendimento perfilhado de que a Convenção nº 169 é tratado de direitos humanos, o voto proferido reforça a tese adiante pugnada de que a Convenção nº 169 garante, sob o pálio de norma constitucional, o direito à saúde indígena. Transcrevam-se excertos:

“Esse tratado internacional é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto. A Convenção é uma norma protetora dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado, também vai ao encontro do princípio da dignidade humana e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, justiça social e defesa do meio ambiente. O conteúdo dessa Convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a Convenção possui, no mínimo, o status de norma supralegal e infraconstitucional. Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz em exigir que os Estados partes condicionassem possíveis exceções à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais que pudessem substituir o crisotila. [...] Esse dever assumido na esfera internacional, está apoiado em outro dever, em dever constitucional, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Quem descumpra o primeiro, desobedece também o segundo[...] Não faria sentido que a União assumisse compromisso internacional que não tivesse eficácia para os estados e municípios. Ao atuar no plano internacional como ‘República Federativa do Brasil’, estaria comprometida com os tratados de direitos humanos.”³⁵¹

Em que pesem as discussões quanto ao termo *a quo* de sua vigência interna, e, sobretudo, sua hierarquia, é incontestável, no sentido técnico-sistêmico, a aplicabilidade da Convenção nº 169 da OIT no plano interno, não obstante seja ínfima sua ingerência na jurisprudência pátria.

Em pesquisa realizada em 20 de novembro de 2008, no sítio eletrônico próprio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontramos apenas um julgamento que alude à Convenção nº 169 da OIT. Trata-se do *habeas corpus* nº 85198/MA-2005³⁵².

No caso, o impetrante (Ministério Público Federal) invoca a aplicação da Convenção (artigo 1º “a” e “b”) para a soltura do paciente (indígena), em razão de nulidade processual, escorregada de carência de intervenção antropológica no feito. Apesar da vindicação e da concessão parcial da ordem, a Convenção não foi

³⁵¹ Supremo Tribunal Federal, ADI-MC nº 3937/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/04/2008, *DJe*-192, p. 59. [voto pp. 95-115].

³⁵² Supremo Tribunal Federal, HC nº 85198/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 17/11/2005, DJ 09-12-2005, p.16.

enfrentada, sequer constou no fundamento do voto vencedor e, tampouco, na ementa³⁵³.

Adiante, na pesquisa, seguindo o mesmo procedimento metodológico, não encontramos nenhum julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que avenge a Convenção nº 169 da OIT.

Ingressando, na sequência, na jurisprudência dos tribunais regionais federais, deparamo-nos com a existência de um julgado³⁵⁴ no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), e com a de dois³⁵⁵ no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os três alusivos à Convenção nº 169.

No caso apreciado no TRF1, a Turma confirmou a antecipação de tutela, determinando ao agravante (Instituto Nacional do Seguro Social) que desconsiderasse, para fins de deferimento de benefício previdenciário, salário-maternidade a indígenas, o limite de 16 anos constante dos artigos 9º e 11 do Decreto nº 3.048/99, sob o fundamento (*ad relationem* da decisão agravada) de que são “incompatíveis com as disposições constantes [...] da Convenção nº 169 da OIT c/c o art. 5º, § 2º, da CF/88 e com o art. 231 da CF/88, e ainda com as peculiaridades da cultura [indígena] Maxakali”³⁵⁶, passando, então, a considerar a idade mínima (limite) de 14 anos completos.

Observe-se, nesse julgado, que embora não se tenha discutido a hierarquia da Convenção nº 169, sua aplicação ressoa conjugada com a “cláusula constitucional aberta” (art. 5º, § 2º), justamente o fundamento derradeiro da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

Com relação ao TRF4, no julgado aqui ainda não aventado, a Convenção nº 169 da OIT serviu de supedâneo para concessão de tutela antecipada, determinando a imediata suspensão de decretos municipais (Município de Gaspar – SC), que

³⁵³ Ementa: “Habeas corpus. crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma praticados por índio. laudo antropológico. desnecessidade. atenuação da pena e regime de semiliberdade. 1 Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte.” Supremo Tribunal Federal, HC 85198/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 17/11/2005, DJ 09/12/2005, p.16.

³⁵⁴ AG nº 2005.01.00.054663-3/MG.

³⁵⁵ AG nº 2008.04.00.010160-5/PR e AG nº 200704000375579/2008/SC.

³⁵⁶ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AG nº 2005.01.00.054663-3/MG, Primeira Turma, Rel. Juiz Federal Luiz Gonzaga Barbosa, j. 01/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 48.

“declararam de utilidade pública, para fins de desapropriação ou aquisição, áreas do Sítio Canto Feliz Ltda., ‘coincidentemente as mesmas áreas com negociação já ultimada para aquisição pela FUNAI para proceder assentamento indígena’”³⁵⁷. A Turma assim se posicionou:

“A Convenção nº 169-OIT assegura aos indígenas o retorno a suas terras tradicionais e, não sendo possível, o reassentamento em terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, processo em que os povos interessados tenham a possibilidade de serem ouvidos e representados.”³⁵⁸

Pela pertinência temática à OIT, alargamos a investigação efetuada, açambarcando a jurisprudência trabalhista. Foi encontrado, nesse vértice, paradigmático julgado (ROAR – 205/2004-000-24-00), do Tribunal Superior do Trabalho (TST), fundamentado na necessidade de tratamento distinto a ser dispensado ao trabalhador indígena, de forma que não se pode considerá-lo equiparado ao trabalhador plenamente capaz. Entendimento contrário importa na possibilidade de violação do “princípio da tutela efetiva ao trabalhador indígena, previsto na Convenção nº 169 da OIT”³⁵⁹.

Diante do arguido, depreende-se a conclusão de que, apesar de robusta base legal, embebecida inclusive de vigor constitucional, há ainda um extenso e árduo, porém não intransponível, percurso para a concreta aplicação interna da Convenção nº 169 da OIT, enquanto tratado internacional que garante direitos indígenas.

³⁵⁷ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG nº 200704000375579/SC, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, DJe 18/08/2008. [texto do relatório]

³⁵⁸ Trecho da ementa. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG nº 200704000375579/SC, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, DJe 18/08/2008. No voto condutor, novamente arquitetado pela Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria salientou-se que: “[...] às comunidades indígenas aplicam-se, desde 25 de julho de 2003, os parâmetros da Convenção nº 169-OIT, aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, com a regulamentação do Decreto nº 5.051/2004. Segundo tal disciplina: a) os povos indígenas não podem, em princípio, serem trasladados das terras que ocupam (art. 16.1); b) quando ocorrer reassentamento desses povos, só poderá ser efetuado com o consentimento dos mesmos (art. 16.2); c) não sendo possível o consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão dos procedimentos adequados, nos quais ‘os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados’ (art. 16.2, parte final); d) sendo possível, esses povos devem ter o direito de voltar a suas terras tradicionais ‘assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento’ (art. 16.3); e) não sendo possível o retorno, ‘mediante procedimento adequado’, os indígenas deverão receber, ‘em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente’, que lhes ‘permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro’ (art. 16.4).”

³⁵⁹ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº 205/2004-000-24-00, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 04/05/2007.

A pífia aplicação da Convenção, além, é claro, do aspecto material – questão indígena –, sempre complexo por imiscuir “interesses diversos”, encontra razões na distância ainda existente entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Em termos constitucionais, a relutância no reconhecimento do direito internacional vem, geralmente, sustentada na soberania nacional. Esse é um argumento a ser desconstruído, porquanto, na conjuntura atual, já não é mais possível a concepção de estados fechados, estéreis aos influxos sociais e axiológicos dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Nesse pensar é esclarecedor o magistério de MARIA GARCIA:

“Verifica-se a constitucionalização do Direito Internacional, quer pela sua positivação no Direito comunitário, quer pela inclusão dos direitos humanos dos tratados no corpus constitucional, num sistema integrativo que compreende, portanto, a internacionalização dos direitos humanos/a constitucionalização do Direito internacional.”³⁶⁰

Os direitos humanos significam, de fato, uma ruptura no conceito de soberania, conforme lição sempre ímpar de LUIGI FERRAJOLI, a de que

“seu fim é sancionado, no plano internacional, pela Carta da ONU, lançada em São Francisco em 26 de junho de 1945, e sucessivamente pela Declaração universal dos direitos do homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia das Nações Unidas”[...] A Declaração de 1948 e, depois, os Pactos Internacionais de 1966 atribuem a esses direitos [direitos humanos], antes apenas constitucionais, um valor supra-estatal, transformando-os de limites exclusivamente internos em limites agora também externos ao poder dos Estados. A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional[...]. A soberania, que já se havia esvaído até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos.”³⁶¹

Doutro norte, também não se pode perder de vista a ingerência no direito constitucional dos efeitos do “fenômeno da globalidade”³⁶², associados à

³⁶⁰ GARCIA, Maria. *Limites... cit.*, p. 315/319.

³⁶¹ *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

³⁶² Conforme Guido Fernando Silva Soares: “No fundo, o fenômeno da globalidade, que, como já dissemos, fez cair às tradicionais barreiras entre os direitos internos e ordenamento jurídico internacional, tem exigido novas postulações sobre o relacionamento entre ambos.” *Op. cit.*, p. 45.

internacionalização dos direitos humanos. Nesse sentido, pronuncia-se o renomado constitucionalista J. J. GOMES CANOTILHO:

“a *globalização das comunicações e informações* e a ‘expansão mundial’ de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais), desarticulam o papel onipresente do ‘ator estatal’, fazendo as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a independência política e econômica cada vez mais estruturante. A isso se acrescenta que os fins do estado não são imutáveis. Se ontem a ‘conquista territorial’, a ‘colonização’, o ‘espaço vital’, o ‘interesse nacional’ e a ‘razão do estado’ apareciam sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de direito democráticos, sociais e ambientais’, no plano interno, e Estados abertos internacionalmente ‘amigos’ e ‘cooperantes’ no plano externo[...]. Esses parâmetros teóricos influem hoje claramente nas imbricações do direito constitucional com o direito internacional. Com efeito, as relações internacionais devem ser, cada vez mais, relações reguladas em termos de *direito e justiça*, convertendo-se o *direito internacional* num verdadeiro ordenamento imperativo, ao qual não lhe falte um núcleo material duro – o *ius cogens* internacional – estruturante tanto da ‘política e relações internacionais’ como da própria constituição interna. Mas além deste *ius cogens*, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos **direitos humanos** [...]”³⁶³

Palmilhando no mesmo sentido, o internacionalista GUIDO FERNANDO SILVA SOARES declara que

“[...]o próprio Direito Constitucional, o mais nacionalista de todos os ramos da Ciência Jurídica, tem sido invadido pela globalização e tem uma relevante vertente internacional, bastando para tanto apenas considerar a importância do capítulo constitucional da proteção dos direitos humanos e das garantias fundamentais dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O tema da garantia dos direitos humanos nasceu juntamente com a emergência do fenômeno, no século XVIII, de dever ser o Estado uma instituição regulada por normas superiores e rígidas, as Constituições, e de tal maneira encontra-se associado à essência dos Estados modernos que até os dias correntes é condição para definir um Estado democrático. Todo o campo de proteção constitucional dos direitos humanos e das garantias fundamentais tem uma definição em decisões de organizações intergovernamentais e em tratados e convenções internacionais da maior importância.”³⁶⁴

³⁶³ *Teoría de la constitución*. Trad. Carla Lema Añón. Madrid: Dykinson, Cuadernos Bartolomé de Las Casas, 2003, p. 46. Nesse mesma perspectiva Maria Garcia proclama: “Trata-se de rever, de efetivamente reestruturar — esse imenso edifício planetário no qual se contém, ainda, como estruturas fundantes, certas instituições que merecem reformulação: assim, o princípio da soberania estatal — já reformulado ao cabo dos séculos, para adquirir feição jurídica: o poder racionalizado.” Direitos Humanos e a constitucionalização do Direito Internacional: o direito/dever de ingerência. In. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza n. 8 jan/jun. 2008, p. 90.

³⁶⁴ *Op. cit.*, p.49.

Nesse contexto, o reconhecimento do direito internacional dos direitos humanos desponta também como contributo para legitimar a atuação estatal, conforme se depreende, novamente da doutrina de LUIGI FERRAJOLI:

“A crise dos Estados pode ser, portanto, superada em sentido progressivo, mas somente se for aceita sua crescente despotencialização e o deslocamento (também) para o plano internacional das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados; não apenas as sedes da enunciação dos princípios, como já aconteceu com a Carta da ONU e com as Declarações e Convenções sobre os direitos, mas também as suas garantias concretas”.³⁶⁵

Os esforços concretizadores dos direitos humanos universais e constitucionalmente reconhecidos, sob a rubrica de direitos fundamentais, além, é claro, da atuação do Executivo e do Legislativo – por exemplo, na celebração e aprovação de tratados internacionais –, exigem contumaz atuação do Poder Judiciário, múnus este, pode-se dizer, exercido de modo insatisfatório.

Em termos gerais, persiste no Judiciário pátrio, ainda que com louváveis exceções, uma postura de insensibilidade aos tratados internacionais de direitos humanos, e, por consequência, uma tênue concretização da (nova) Constituição de 1988.

Essa mácula encontra fundamentação em vários fatores, dentre eles, a própria cultura judicial brasileira, “excessivamente privatista”, despreocupada com a compreensão do direito internacional, e insistente em discussões desprovidas de utilidade. Essa argumentação é assim corroborada por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:

“As possíveis controvérsias sobre a natureza e alcance da função dos tribunais internos na aplicação do direito internacional podem ser minimizadas quando as condições de tal aplicação (assim como as normas substantivas) encontram-se consignadas em tratado devidamente ratificado. No exercício daquela função seriam pressupostos básicos a independência dos órgãos judiciais (de influências externas) e a eficácia dos recursos internos. Essas considerações abrem um campo fértil de pesquisa aos cientistas do direito. Assim, ao invés de se perder tempo no antagonismo irreconciliável e ocioso entre as posições clássicas dualistas e monistas, baseadas em falsas premissas, pode-se deslocar a ênfase para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para o exame ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos.

³⁶⁵ *Op. cit.*, p. 52.

Controvérsias acerca da suposta ‘primazia’ de uma, ou outra, ordem jurídica, tronam-se assim supérfluas.”³⁶⁶

Na supressão desse vício, deve-se considerar, como anota FLÁVIA PIOVESAN, que “os direitos internacionais – por força do princípio da norma mais favorável à vítima, que assegura a prevalência da norma melhor e mais eficazmente proteja os direitos – apenas vêm a aprimorar e fortalecer, jamais restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.”³⁶⁷

³⁶⁶ *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: UnB, 1981, p. 248.

³⁶⁷ Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 206.

CAPÍTULO III – A SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS: HISTÓRICO E SITUAÇÃO ATUAL

1. Bosquejo histórico. Na trilha do contágio: “*pea masá behari*” (doenças de branco)

“Quando pensamos na boa constituição dos selvagens, pelo menos daqueles que não perdemos com nossos licores fortes; quando sabemos que quase não conheciam outras doenças além das feridas e da velhice, somos levados a crer que traçaríamos a história das doenças humanas seguindo a história das sociedades civis.”

(ROUSSEAU³⁶⁸)

“A cada população em condições de isolamento corresponde uma combinação peculiar de agentes mórbidos com a qual ela vive associada e cujos efeitos letais parecem atenuar-se por meio dessa associação. Quando os representantes se deslocam, conduzem consigo essa carga específica de germes, vírus e parasitas que, atingindo populações indenes, produz nelas uma mortalidade sensivelmente mais alta. Assim ocorreu desde os primeiros contatos entre os representantes de sociedades européias e africanas e os índios do Brasil e continua ocorrendo em nossos dias com cada tribo que, ao entrar em contato com a sociedade brasileira, se insere no seu circuito do contágio.”

(DARCY RIBEIRO³⁶⁹)

A história atesta que eram poucas as doenças verificadas entre os indígenas, mormente epidemiológicas, antes da colonização. Em termos gerais, as principais moléstias que acometiam os indígenas eram aquelas decorrentes de infecções ocasionadas por machucaduras – por exemplo, espinhos e ferimentos havidos durante a caça –, intoxicações alimentares e problemas respiratórios, derivados, em grande parte, de seus hábitos culturais. Tratava-se, pois, de patologias facilmente curáveis pelos influxos naturais da condição biológica humana, sobretudo nos indígenas,

³⁶⁸ *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 169.

³⁶⁹ *Os índios e a civilização... cit.*, p. 305.

cujos fatores genéticos e comportamentais amoldaram-se na evolução da espécie para tal; ou então, pela medicina tradicional. Viviam os indígenas, destarte, em perfeita homeostase com a natureza, gozando de plena saúde.

Feliz condição rompe-se com a chegada do colonizador. O ataque das naus portuguesas marca o ocaso da saúde indígena. Numa analogia com a mitologia grega, o europeu, ao empreitar o domínio do Novo Mundo, despertou a ira de Apolo que, com seu arco e sua aljava sobre os índios, lançou flechas, vertendo-os em patologias intercorrentes. Já sob a nosologia (mitológica) indígena, engendraram-se nas chamadas “doenças de branco” ou “*pea masá behari*”, como nos falam os índios Desana do alto Rio Negro³⁷⁰. É conclusivo o depoimento de um indígena XOKLENG: “Fizeste-nos descer para junto de ti, só para nos matar com tantas doenças. Antigamente nos matavam à bala[...] Agora tu nos mata com *kozurro* (gripe), sarampo, coqueluche e outras doenças. Os *zung* (brancos) são culpados da desgraça que caímos.”³⁷¹

Uníssono que a maioria das doenças que acometeram (acometem), e dizimaram (dizimam) muitos indígenas, foram (são) introduzidas pelos “brancos”. Consectário, corroborando as palavras epigrafadas de ROUSSEAU, ao se trilhar o caminho da obra colonizadora e, adiante, “civilizadora”, seguindo-se os passos do contato, trilha-se o caminho do contágio, ou melhor, da histórica da precária condição da saúde indígena brasileira.

Ainda na trilha dos impactos das principais³⁷² patologias trazidas ao Brasil pelos não-indígenas, destacam-se, dentre as doenças “herdadas” ou “importadas”, a gripe, a varíola, o sarampo, a malária, a tuberculose e a sífilis.

³⁷⁰ Conforme Luiza Garnelo e Dominique Buchillet: “Os Desana distinguem duas grandes classes nosográficas de doenças: as ‘doenças indígenas’ (dipari maharã doreri, literalmente ‘doenças dos moradores das cabeceiras dos rios’) e as ‘doenças de branco’ (pea masá behari, literalmente ‘doenças da gente do fogo’, como é designado o branco por razões mitológicas”[...]. A denominação *pea masá behari* (‘doença de branco’) tem dois sentidos: ‘transitório’ e ‘que passa de um para outro’ (contagioso). É o termo apropriado para denominar as doenças associadas, pelos Desana, aos brancos, cuja principal característica epidemiológica é o alto poder de contágio: varíola (hoje erradicada), sarampo, gripe, coqueluche, catapora, caxumba e diarreia. As doenças indígenas não costumam ser consideradas como contagiosas, mesmo no caso do ataque de feitiçaria xamânica de âmbito coletivo (denominado *birari* em desana), em que pessoas da mesma comunidade caem simultaneamente doentes.” Taxonomias das doenças entre os índios Baniwa (arawak) e desana (tukano oriental) do alto rio negro (Brasil). In: *Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre, v. 12, n. 26, jul./dez. 2006, p. 251.

³⁷¹ *Apud* FERRARI, José Odair. *A saúde dos índios: um desafio sem endereço*. Os Karitiana de Rondônia. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995, p. 36.

³⁷² Listando as moléstias que contribuíram com o intento colonizar, Dominique Buchillet refere-se “às doenças infecciosas de origem viral ou parasitária, tais como, varíola, gripe, sarampo, malária, febre tifóide, difteria, cólera, peste bubônica, introduzidas no Novo Mundo pelos europeus e seus

A gripe – entre nós, doença corriqueira – “causa grandes perdas às populações indígenas, pois, tendo sido trazidas de fora para o continente americano, não encontram em seus organismos nenhuma resistência.”³⁷³

De fato, a história comprova que a gripe vitimou(a) inúmeros indígenas. Em imperiosa incursão a respeito desse vírus, DARCY RIBEIRO salienta que os Kaingáng paulistas foram reduzidos à metade pela gripe epidêmica que contagiou as aldeias, logo após os primeiros anos de contato; entre os índios Urubu, a mortalidade pela mesma afecção também circunda a cifra de 50%; tanto que, em razão da gripe, o SPI, atuando junto aos Xokleng de Santa Catarina, foi obrigado a abandonar cerimônias que aglomerassem os indígenas, para evitar o contágio. Há ainda notícias de que, em 1946, na região do Xingu, uma epidemia de gripe vitimou, em duas semanas, cerca de 25 índios Kalapalo³⁷⁴.

Por sua vez, CLAUDE LÉVI-STRAUSS refere-se a uma epidemia de gripe ocorrida em 1929 entre os índios Nanbiquara, informando que “a doença evoluiu para uma forma de edema pulmonar, e que trezentos índios morreram em 48 horas”³⁷⁵.

Na mesma direção, asseveram OMAR LANDI e EDMILSON SIQUEIRA:

“A Funai foi a responsável pela dizimação dos Matis. De 300 índios existentes à época do primeiro contato, sobraram pouco mais de 80. O resto morreu de gripe que a Funai e sua frente de atração passou. O contato realizado foi totalmente errado. O órgão organizou uma frente sem sertanista e os homens que dela participaram nunca passaram por um exame médico. A aldeia contatada não foi isolada, o que deve ser a primeira providência a ser tomada após o contato, pois os índios são sensíveis a todas as viroses dos brancos e podem, além de adquiri-las, passá-las e outras aldeias sem contato.”³⁷⁶

escravos africanos e que constituíram um pesado tributo aos ameríndios. Contas de vidro, enfeites de branco e ‘potes de malária’. In: *Série Antropologia*, Brasília, n. 187, 1995, p. 2.

³⁷³ MELATTI, Julio Cesar. *Índios... cit.*, p. 244.

³⁷⁴ *Os índios e a civilização... cit.*, *passim*.

³⁷⁵ *Tristes Trópicos*. Trad. Rosa Freire D’Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras: 1996, p. 278. Lévi-Strauss também atenta para a precária situação indígena em 1949, citando K. Oberg: “De todos os índios que vi no Mato Grosso esse bando reunia os mais miseráveis. Dos oito homens, um era sífilítico, outro tinha um flanco infeccionado, um terceiro, uma ferida no pé, outro ainda estava coberto de alto a baixo por uma doença de pele escamosa, e havia também um surdo-mudo.” *Ibidem*, p. 267.

³⁷⁶ *Coisas de índios*. São Paulo: Ícone, 1985, p. 71.

Pioneiro no estudo das doenças e da medicina dos índios brasileiros, CARLOS F. P. VON MARTIUS sustenta que a varíola inexistia antes da chegada dos europeus e tornou-se uma das doenças “de que mais morriam os índios.”³⁷⁷

Esse dado encontra sustentáculo na obra de EDILSON MARTINS, que se refere a um surto de varíola que dizimou aldeias no litoral e interior de São Paulo, em 1565, reproduzindo, em estribo, as palavras proferidas por ANCHIETA nos albores da endemia:

“os meninos inocentes se há enviado uma boa cópia deles à glória com estas enfermidades. Louvores ao Senhor que de todos tem tanto cuidado...”; num breve espaço morreram muitos e maior parte foram meninos inocentes, de cada dia morriam três, quatro às vezes mais que, para a povoação tão pequena, foi boa renda para Nosso Senhor’.”³⁷⁸

DOMINIQUE BUCHILLET revela que,

“em 1740, uma epidemia de varíola devastou o alto Rio Negro, matando, sem dúvida, grande quantidade de índios, pois a mortalidade de uma epidemia de varíola em ‘solo virgem’ (*virgin soil epidemics*) é, geralmente, de 25 a 30% (Crosby 1972:44). Levando em conta o potencial de propagação do vírus da varíola e a sua prolongada resistência no meio ambiente (de algumas semanas a vários meses, dependendo das condições climáticas locais), é muito possível que ela se tenha alastrado por certas partes da região sem contato direto com os portugueses, através de tecidos e roupas de algodão. De maneira semelhante ao que ocorreu em outras regiões das Américas (Crosby 1972:42), a varíola foi a primeira doença infecto-contagiosa a dizimar os índios do alto Rio Negro.”³⁷⁹

O sarampo, conforme DARCY RIBEIRO, depois da gripe, é a moléstia responsável pelo maior número de mortes de indígenas. Registra o autor que os Kaingáng paulistas experimentaram esse vírus, levado pelos cafeicultores que invadiram a região, pela primeira vez, em 1913. O surto reduziu significativamente a tribo, de modo que, conjuntamente com os flagelos da gripe, quase exterminou os Kaingáng – de cerca de 1200 pessoas em 1912, estavam reduzidos, quatro anos depois, para menos de duzentos.

³⁷⁷ “As doenças mortaes dos brasis são, pela maior parte, chronicas e se manifestam na esfera da assimilação: engorgitamentos, inflammações e supurações das glandulas mesaraicas, do epiplon, do figado, do baço, hydropsias e febres consumptivas. Antes da chegada dos europeus ao Novo Mundo eram estas as doenças de que mais morriam os indios. Depois juntaram-se-lhes a variola, como nos asseveraram os proprios indios, e tambem o sarampo”. [*sic*] *Natureza, doenças medicina e remédios dos indios brasileiros (1844)*. Trad. Pirajá da Silva. São Paulo: BPB- Nacional, 1939, p. 54.

³⁷⁸ *Nossos índios nossos mortos*. São Paulo: Circuito do Livro, 1978, p. 22.

³⁷⁹ *Contas de vidro... cit.*, p. 4.

Os Urubu-Kaapor foram alvejados pelo sarampo em 1950, resultando em 160 mortes, de um total populacional de 750. Obtempera ainda DARCY RIBEIRO que, em 1964, uma epidemia de sarampo provocou enorme mortalidade entre várias tribos – Tupari, Makurap, Arikapu, Jajuti e outras – do Guaporé. Os Tupari, que perfaziam aproximadamente 200 membros, foram reduzidos pela epidemia a 65 pessoas.³⁸⁰

Na esteira do sarampo encontra-se o caso da endemia ocorrida em 1968, que acometeu os yanomamis, habitantes da região fronteira entre o Brasil e a Venezuela. O caso tornou-se emblemático não somente pelas divulgações médico-científicas, mas também por publicações que evidenciaram os malefícios do contato dos não-índios com os yanomamis, e, sobretudo, a flagrante e inaceitável inobservância dos postulados éticos da pesquisa biomédica.

Entre os articulados construídos nesse afã revelador é referencial a obra de PATRICK TIERNEY, *Trevas no Eldorado (Darkness in El Dorado)*³⁸¹. A publicação despertou a crítica internacional, deflagrando intensos debates e manifestações (v.g., Declaração da Associação Americana de Antropologia sobre o alegado em *Trevas...*).

Compendiando informações, PATRICK TIERNEY levanta indícios que geram dúvidas quanto à possibilidade de introdução proposital do vírus do sarampo por geneticistas liderados por James Neel, o que teria resultado na epidemia de 1968³⁸².

Além disso, assoalha com dados precisos e concludentes que, sob a rubrica de salva aos indígenas contagiados, James Neel e sua equipe ministraram a vacina “Edmonston B”, antálgico que sabiam não ser indicado para o tratamento, pois a OMS, desde 1965, havia alertado que o medicamento causava severas reações, demasiadamente frequentes para permitir seu emprego, e, diferentemente da substância recomendada, a aplicada exigia o conjugado de outra droga, a “gamaglobina”³⁸³, que não foi ministrada, conforme relata: “Neel também enviou

³⁸⁰ *Os índios e a civilização... cit., passim.*

³⁸¹ Na versão brasileira: *Trevas no Eldorado: como cientistas e jornalistas devastaram a Amazônia e violentaram a cultura ianomâmi*. Trad. Betto de Lima. Rio de Janeiro: EDIORO, 2002.

³⁸² Explica Patrick Tierney “que por toda parte do mundo cientistas vinham competindo para observar o sarampo numa população que fosse ‘um solo virgem’[...]. Assim era um fortuito que James Neel e seu grupo de geneticistas fossem os únicos a observar uma epidemia de sarampo entre ameríndios sem exposição prévia” [p.86]. Ainda argumenta que o surgimento do vírus não foi comprovadamente demonstrado: “Segundo relato de Neel, publicado no *American Journal of Epidemiology*, fora um trabalhador brasileiro de 14 anos quem levara o sarampo para os ianomâmis”[p.95], todavia “Neel admitiu que o diagnóstico de sarampo era incerto porque os sintomas do garoto, febre alta e broncopneumonia, não podiam ser diferenciados das muitas das variedades de febres da selva. Ele fez com que recaísse sobre seu colega venezuelano Marcel Roche a responsabilidade da ‘tentativa’ do crucial diagnóstico de sarampo”, p. 95.

³⁸³ Argui Patrick Tierney que: “era muito estranho que Neel, com milhões de dólares da Comissão

vacinas Edmonston B sem gamaglobina para duas aldeias indígenas no Brasil, onde missionários as aplicaram. Se a vacinação sem gamaglobina foi um acidente infeliz, este se repetiu por três vezes, produzindo valiosos danos em cada um dos casos.”³⁸⁴

Ainda no relato dessas práticas violentas e arbitrárias, o pior e mais assombroso registro é o de que nem todos os indígenas foram vacinados. Indaga PATRICK TIERNEY: “Na missão Ocamo, Chagnon e Roche vacinaram quarenta pessoas. Nesta mesma aldeia 36 ianomamis não receberam a vacina. Se estavam vacinando numa situação de emergência, conforme afirma Neel, por que vacinar apenas metade da população da aldeia?”³⁸⁵

Para nós, as investigações expostas evidenciam incontestemente violação de direitos humanos. Não restam dúvidas de que diversos indígenas yanomamis foram vitimados pelo sarampo com propósito experimental: primeiro, pela escolha e ministração do medicamento inadequado; segundo, pela falta de aplicação complementar da “gamaglobina” – “cientistas observaram que a ‘reação à vacina de sarampo sem gamaglobina foi em alguns casos tão grave quanto a doença’”³⁸⁶; terceiro e, principalmente, pela não aplicação na totalidade dos acometidos.

Se o intento fosse beneficiar os indígenas, os cientistas poderiam, indubitavelmente, ter controlado melhor a epidemia, salvando vidas, ou, ao menos, não contribuindo para a propagação do vírus³⁸⁷.

Embora haja controvérsias acadêmico-científicas³⁸⁸, com arrimo na doutrina especializada, parece-nos defensável postular que a malária, doença causada por

de Energia Atômica, levasse para os ianomamis uma vacina do tempo do onça. Suas equipes estabeleceram novos padrões na pesquisa genética, na realização de filmes etnográficos e na modelagem computadorizada da demografia tribal[...]”. “A escolha da vacina era particularmente estranha porque a administração do vírus Edmonston requeria duas vezes mais trabalho do que a administração de qualquer outro dos procedimentos mais seguros”. *Op. cit.*, p. 92.

³⁸⁴ *Op. cit.*, p. 93.

³⁸⁵ *Op. cit.*, p. 93.

³⁸⁶ *Op. cit.*, p. 420.

³⁸⁷ Registra Patrick Tierney que: “Uma das razões pela qual a epidemia de 1968 foi singular reside no fato de a expedição de Neel ter atraído aldeias inteiras aos centros de coleta de sangue e estabelecido novas alianças, o que facilitou a difusão da doença. Os cientistas continuaram indo adiante e a epidemia os acompanhou.” *Op. cit.*, p. 120.

³⁸⁸ Conforme Dominique Buchillet: “Se a origem pós-contato da varíola, do sarampo e da gripe no Novo Mundo sempre foi bem estabelecida (Dobyns 1966), a da malária, pelo contrário, há anos constitui-se em objeto de apaixonadas controvérsias. Bruce-Chwatt (1965) considera-a endêmica nas Américas antes dos primeiros contatos. Por sua vez, Dunn (1965), Giglioli (1968) e Neel (1970, 1982), entre outros, afirmam que ela era desconhecida no hemisfério ocidental antes da chegada dos europeus e de seus escravos africanos que teriam introduzido três dos quatro plasmódios responsáveis pela malária em seres humanos (*P. falciparum*, *vivax* e *malariae*). Tal conclusão baseia-se, em parte, em dados historiográficos (ausência de qualquer menção de paludismo nas primeiras fontes coloniais sobre a América) e biomédicos (inexistência entre os índios de certos mecanismos genéticos de

protozoários parasitas, transmitida pela picada do mosquito “Anopheles”, foi trazida para o continente americano pelos europeus, e têm sido estes os maiores responsáveis por sua disseminação³⁸⁹. Consoante proclama ORLANDO VILLAS BOAS:

“Não há dúvida de que um dos males infecciosos que alcançaram nossos índios há longo tempo foi a malária, que os cronistas dizem ter aparecido antes de Cabral, com Colombo, o descobridor da América. Ainda hoje, nosso índio paga um pesado tributo a essa infecção”.³⁹⁰

Grande incidência de malária entre os indígenas do Xingu foi observada por KARL E. RANKE, em sua expedição realizada em 1896³⁹¹.

DALVA A. MELLO apresenta dados acerca do assolo do parasitário de malária sobre os Karajás, que fincam decisivamente o relevo do contato na proliferação entre os indígenas:

“Os Karajás compreendem outro grupo indígena em que a situação da malária é bastante crítica[...]. Os primeiros contactos dos Karajás com os ‘civilizados’ ocorreram nos fins do século XVI e início do século XVII. Nessa época começaram a chegar ao vale do Araguaia-Tocantins, região aonde viviam os indígenas, os Bandeirantes que, procedentes de São Paulo, buscavam escravos índios e ouro e, em troca, introduziam, por sua vez, agentes mórbidos até então desconhecidos a esses grupos. José Pinto da Fonseca[...] ao visitar a Ilha do Bananal em 1773, calculou que havia então cerca de 9.000 índios espalhados em nove grandes aldeias. Atualmente a população Karajás está reduzida a cerca de 1.000 indivíduos, redução esta decorrente de, entre outros fatores, aqueles ligados a ações de agentes mórbidos tais como, a malária[...].”³⁹²

Por seu turno, DANIELLA RIBEIRO SÁ, depois de aprofundado estudo, compila vários registros de contágio de indígenas brasileiros por malária, e, em alguns casos, evidencia o contato como causa imediata:

resistência à malária que foram observados em várias populações africanas, além da extrema vulnerabilidade biológica dos índios à doença).” *Contas de vidro... cit.*, p. 7.

³⁸⁹ Corroborando, Dalva A. Mello assim leciona: “No Brasil, desde os tempos da colônia, como testemunham numerosos escritos, documentos e relatórios, constituiu a malária notória doença de preocupação das autoridades. Esta parasitose dizimou aqui grandes contingentes populacionais. Foi, portanto, e ainda é, sério problema para o país no campo da saúde pública[...]Assim, pelo que foi exposto e retomado o tema central deste artigo, conclui-se que a situação presente da malária entre as populações indígenas do Brasil está intimamente associada à problemática da endemia nas populações ‘brancas’.”Malária entre populações indígenas do Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1985, p. 29-31.

³⁹⁰ *A arte dos pajés*. Impressões sobre o universo espiritual do índio xinguano. São Paulo: Globo, 2000, p. 48.

³⁹¹ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização... cit.*, p. 314.

³⁹² *Op. cit.*, p. 29.

“Em 1977, foi registrado um surto de malária entre os índios Mayongong e Sanomã, no Estado de Roraima, com predominância de *P. falciparum* no sexo masculino (Ferraroni & Hayes, 1977; 1979). Uma epidemia por *P. falciparum* também ocorreu entre os Nadëb-Maku, Amazonas, em 1983, cujo grupo etário abaixo de 10 anos foi o mais atingido pelos casos de malária, com maior prevalência do sexo masculino (Genaro & Ferraroni, 1984). Entre os Yanomâmi, Estados do Amazonas e Roraima, a infecção malárica aumentou cerca de 500% entre 1987 e 1989, sendo a principal causa de mortalidade (Pithan et al., 1991). De 1989 a 1992, os dados de mortalidade registraram um aumento do número de óbitos por malária a partir de 1991, com 40% dos óbitos em crianças de 0 a 9 anos de idade (Pithan, 1994). Isso se deve ao contato com o garimpo, ao trânsito entre aldeias e aos projetos de colonização nas áreas Yanomâmi. Em indígenas do Vale do Javari, Sampaio et al. (1996) visando caracterizar o perfil epidemiológico dessa população, comprovaram que a prevalência de malária era alta nessa região, sendo predominante a infecção por *P. falciparum*, na faixa etária de 5 a 14 anos. Entre os Parakanã, Estado do Pará, onde a incidência de malária é alta, Martins & Menezes (1994) chamam atenção para a ocorrência de infecção mista de malária. Ainda nesta população, Martins et al. (1994), observaram maior prevalência de malária em crianças com idade abaixo de 10 anos. As crianças que apresentavam infecção mista também apresentaram desnutrição aguda e o déficit de peso/altura foi maior em crianças do sexo masculino com *P. falciparum* e infecção mista.”³⁹³

Por último, os relatórios do Plano Emergencial de Assistência à Saúde Yanomami – PEASY apontam altos índices de incidência de malária nos anos de 1990 e 1999³⁹⁴.

A incidência de tuberculose levou DARCY RIBEIRO à conclusão de que essa doença infectocontagiosa deve ser colocada ao lado de outras patologias, como o sarampo e a gripe, como uma das responsáveis pelo alto índice de mortalidade indígena.

Em supedâneo, cita o acometimento dos índios Karajá e Gorotíre, verificados em 1952, por Noel Nutels³⁹⁵. Roboram a ilação de DARCY RIBEIRO os pesquisadores M. A IRES e F. M. SALZANO, quando identificaram a presença de largo número de reatores de tuberculose entre os índios Caipós do Mato Grosso, nos anos

³⁹³ *Malária em terras indígenas habitadas pelos Pakaanóva (Wari’), Estado de Rondônia, Brasil. Estudo epidemiológico e entomológico. Dissertação de Mestrado. Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2003, p. 14.*

³⁹⁴ “Se a média dos índices de morbidade por malária (que adotamos aqui como indicador preferencial, já que se trata dos mais importante agravo à saúde Yanomami no momento) registrada durante o PEASY girava em torno de 20%, com configurações heterogêneas para as diversas aldeias e em alguns casos os índices atingindo 91%, hoje a situação não é muito diferente. [...] Em abril/91, cerca de 160 Yanomami, em grande parte procedentes da comunidade Karimari, procuraram tratamento para malária na missão Auaris (o que significa que pelo menos 40% da população estimada na região está afetada pela doença)”. ANDAJUR, Cláudia (coord.). *Saúde Yanomami. Uma discussão. Assistência médica Área 15 (projeto DEMINI) e outras áreas. Janeiro de 1990/maio de 1991. São Paulo, 1991, p. 25.*

³⁹⁵ *Os índios e a civilização... cit., p. 309.*

de 1966 e 1967³⁹⁶, além de DOMINIQUE BUCHILLET e PIERRE GAZIN, ao verificarem a presença de tuberculose no alto do Rio Negro, entre 1977 e 1990³⁹⁷.

Ainda demonstrando a malignidade da tuberculose sobre os indígenas, é de clareza solar a pesquisa de DOMINIQUE BUCHILLET:

“Entre as populações indígenas no Brasil, a tuberculose é um fator de morbidade e mortalidade importante. Os dados epidemiológicos disponíveis indicam taxas de incidência altíssimas, superiores em muito àquelas encontradas entre a população branca do país. Foram, assim, registradas taxas de incidência anuais da ordem de seis casos por mil habitantes entre os Yanomami de Roraima (FNS 1996). Taxas de incidência muito altas foram também registradas entre outros grupos indígenas, como, por exemplo, entre os Deni (CIMI 1995), os Pakaánova/Wari’ (Escobar & Coimbra 1998), os Surui (Coimbra 1989), os Xavante (Amarante et alii 1996), os Xokleng (Wiik 1999, comunicação pessoal) e em vários outros povos no país (Costa 1986; Miranda et alii 1988). No Rio Negro, região do noroeste amazônico, dados históricos comprovam que essa doença constitui um sério problema de saúde pública desde o início do século, sendo sua taxa de incidência anual superior a três casos por mil habitantes (Buchillet & Gazin 1998). Vale ressaltar que a deterioração das condições de vida dos índios em decorrência do contato com os brancos, os problemas de acessibilidade (geográfica, econômica, lingüístico-cultural...) aos serviços de saúde, bem como os tratamentos mal conduzidos (o médico não segue as normas técnicas editadas pelos programas nacionais de controle da tuberculose) ou mal seguidos (fraca adesão ao tratamento por parte dos doentes) favorecem a manutenção da endemia tuberculosa entre os índios.”³⁹⁸

Por último, a inserção da sífilis – doença infectocontagiosa transmissível por contato sexual – pelo europeu, no universo indígena brasileiro, assim desponta na doutrina de GILBERTO FREIRE:

“Costuma-se dizer que civilização e a sifilização andam juntas: o Brasil, entretanto, parece ter-se sifilizado antes de ser civilizado. Os primeiros europeus que aqui chegados desapareceram na massa indígena quase sem deixar traço europeizante além das manchas de mestiçagem e de sífilis. Não civilizaram: há, entretanto indícios de terem sifilizado a população aborígene que os absorveu.”³⁹⁹

Sufraga a teoria de que a sífilis foi introduzida pelo europeu, tal como reitera TEODOLINDO CASTIGLIONE:

³⁹⁶ Health status of brasilian cayapo indians. In: *Tropical Geographical Medicine*, n. 24, 1972, p. 179.

³⁹⁷ A situação da tuberculose na população indígena do alto Rio Negro (Estado do Amazonas, Brasil). In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, n. 14, jan./mar. 1998, p. 181.

³⁹⁸ Tuberculose, cultura e saúde pública. In: *Série Antropologia*, Brasília, n. 273, 2000, p. 2.

³⁹⁹ *Apud* CASTIGLIONE, Teodolindo. *A eugenia no direito de família*. O código civil brasileiro e a lei sobre a organização e proteção da família perante a eugenia. A eugenia entre os índios brasileiros. São Paulo: Livraria Acadêmica-Saraiva, 1942, p. 225.

“Entre nós não faltam autores que admitem ser de procedência européia a sífilis. São de Afrânio Peixoto as palavras que seguem: ‘Apesar da insistência européia, parece decidido que não é americana a avaria’. E Raimundo Morais: ‘a sífilis, a tuberculose, a lepra, de visível recuo ante a batalha que se lhe dá, recebemos de fóra’. Lima Figueiredo é da mesma opinião, declarando que ‘houve grande mortandade devido às doenças *importadas*: o defluxo, a tuberculose, a sífilis, a malária. Os autóctones não conheciam êstes flagelos da civilização.”⁴⁰⁰

E assim conclui o autor em comentário:

“Os portugueses transmitem doenças venéreas aos Caiapós, e como êstes não têm meios de se curar, parece que têm contribuído muito para destruí-los. [...] A mortalidade é causada por uma peste introduzida pelos europeus, a varíola; e a esterilidade inerente à sua raça é particularmente fornecida pela sífilis, que também lhe era outrora desconhecida.”⁴⁰¹

Caso ainda possam pairar dúvidas, descarrilando a pesquisa para fora de patologias específicas, encontram-se, sem esforços, relatos que reforçam a tese da letalidade do contato na condição da saúde indígena.

Registra LEÔNIDAS BOUTIN, em pesquisa sobre indígenas paranaenses, uma afecção que acometeu a “Colônia Nossa Senhora do Loreto do Pirapó”, nos idos de 1857 – 1867⁴⁰², em proporções de tais vultos, que compeliu a remoção da aldeia para a localidade de Santo Inácio.

Ainda sobre a “colônia” em comentário, extrai-se da obra de LÚCIO TADEU MOTA a desatenção à saúde indígena, sendo oportuno transcrever, em estribo, a declaração do médico OLEGÁRIO CÉSAR CABUSSU, reproduzida pelo autor:

“De abril a junho desenvolveu-se no aldeamento do Pirapó [...] uma afecção que dizem fôra uma febre intermitente e da qual falleceram

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, p. 226, grifos do original.

⁴⁰¹ [*sic*] *Op. cit.*, p. 229.

⁴⁰² Encontra-se nos anexos da obra de Leônidas Boutin a transcrição de um ofício enviado por Frei Timoteo (1857), informando ao Governo Provincial o estado sanitário da “Colônia Nossa Senhora do Loreto do Pirapó” que merece transcrição: “Illmo Exmo Sr. Presidente. Pelo presente ofício participo a V E que o estado sanitário do Aldo indígena de Nossa Senhora de Loretto chamado Pirapó, no que diz setões não é muito satisfatório: o mesmo P Mestre Frei Mathias, com os dous camaradas que la forão, voltarão por este Aldeamento atacados dum similhante flagello. Iguamente della são ofendidos todos aqueles escravos, criolos, que não são da costa d’ Affrica, e sem intereção e como esta doença fôï sempre periódica em dito lugar, desde seu principio, assim que quase niguem se livra della, e em nenhuma tempo, portanto peço estruturação a V E sobre o que ai de fazer em todos os casos, particularmente se não achar mais quem empregar em dito lugar, por esta causa.” [*sic*] *Colônias indígenas do Paraná*. Separata do Boletim do IHGE Paranaense, 1979, n. 36, p. 46-47. Conforme Leônidas Boutin ocorrências epidemiológicas também foram verificadas em outras aldeias paranaenses neste período: “A nota destoante nesse ano de 1867 foi o surto violento de sarampo e outra febre que matou muitos índios. Essas doenças também atingiram o aldeamento de São Jerônimo. Nessa ocasião faleceu também cacique Libânio vitimado pela epidemia.” *Op. cit.*, p. 15.

19 índios. O grande numero de casos fataes deve antes ser attribuido á falta absoluta que alli havia de medicamentos apropriados, do que a malignidade do principio morbifico, visto que depois de lá ter chegado a pequena ambulância que por ordem de V. Exa., remetteo-se daqui não consta que a moléstia tivesse progredido.”⁴⁰³

ORLANDO e CLAUDIO VILLAS BOAS, em obra referencial sobre os indígenas do Alto Xingu, publicada já em 1970, sustentam que, das várias tribos que se localizavam nessa região, umas desapareceram totalmente em consequência de guerras, “outras mais recentemente dizimadas por surtos epidêmicos irrompidos na região há uns trinta ou quarenta anos, estão reduzidas a alguns poucos indivíduos.”⁴⁰⁴

O Instituto Indigenista Interamericano, em sua principal publicação periódica, *América Indígena*, traz contributos para a história da saúde indígena no Brasil. Artigo publicado em 1955, por ROSA SCOLNIK, acerca de algumas comunidades indígenas – Makuráp, Tupari, Yabutí, Wayoró e Arikapó –, que habitam a cabeceira do rio Guaporé (Rondônia), destaca que, em todas as tribos investigadas, percebeu-se entre adultos e crianças o ventre avultado, fígado e baço grandes, e constantes problemas intestinais, ademais de acentuada mortalidade infantil e carência da alimentação adequada.⁴⁰⁵ Outro trabalho, veiculado em 1960, de autoria de MARÍA JULIA POURCHET, atenta para a subnutrição de crianças indígenas Kaingáng de Palmas (Paraná)⁴⁰⁶.

Pesquisando comunidades indígenas que habitam os afluentes do Rio Uaupés (Amazonas), ALCIONILIO BRÜZZI ALVES DA SILVA afirma, em 1962, que “várias eram as doenças que acometiam estes índios, as principais seriam as verminoses, gripes e pneumonias, anemia, framboesia tropicalis, impaludismo, tuberculose, mal dos olhos, disenteria, diarréias, febres intestinais, doenças venéreas e ataques epileptiformes.”⁴⁰⁷ Destaca o autor que as verminoses atacavam principalmente crianças de dois a dez anos, resultando em morte em 50% dos casos.

⁴⁰³ [sic] *As colônias indígenas no Paraná Provincial*. Curitiba: Aos quatro ventos, 2000, p. 53. Importante destacar que o texto consultado, em inúmeras situações, expõe solicitações de “verbas” e gastos nas províncias. Todavia, não se encontra números referentes a dispêndios com saúde o que faz crer que estes somente eram despendidos em situações emergenciais: “Em 1867, o aldeamento foi atacado novamente pelas febres conforme informou o presidente Burlamaque, que para lá enviou duas ambulâncias e medicamentos.”

⁴⁰⁴ *Xingu*. Os índios, seus mitos. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 31.

⁴⁰⁵ Observaciones sobre el estado sanitario de algunas tribus indígenas del Brasil central. In: *América Indígena*. México, v. 15, n. 2 abr. 1955, p. 37.

⁴⁰⁶ “A criança Kaingang ao nascer é de aspecto sadio e bem nutrida, vários bebês de dois a três meses deram-nos impressão de hígidez. Depois dos três anos, porém, as crianças nos dão impressão bem diferente, começam a se evidenciar os sinais carenciais de uma alimentação deficiente e viciada”. In *América Indígena*, México, v. 20, n. 2, abr., 1960, p. 103.

⁴⁰⁷ *A civilização indígena Uaupés*. São Paulo: Centro de Pesquisas do Iauaraté, 1962, p. 285.

Em nota de rodapé, relata as seguintes ocorrências: “Do cadáver do filho do tuxaua de Taracuaá, em 1934, saíam vermes pela boca, pelo nariz, etc. Em Urubuacara os vermes perfuraram o abdômen de um menino que os ia tirando com os dedos.”⁴⁰⁸

Além das patologias desconhecidas do acervo imunológico indígena, cujos nefastos efeitos restaram evidenciados, há que se ressaltar ainda as mudanças comportamentais(culturais) impostas pelos não-índios, com reflexos diretos na saúde, como, por exemplo, alteração dos hábitos alimentares (v.g., índios Xavantes⁴⁰⁹), em especial pela introdução de novos alimentos, como sal, açúcar, gorduras, etc. (v.g., indígena Guarani Mbyá⁴¹⁰); alternância dos costumes (sedentarismo); inserção de instrumentos cortantes (facas e anzóis, por exemplo), produtos inflamáveis (querosene), armas de fogo, e, no caso de algumas tribos, bebidas alcoólicas⁴¹¹. É de opinião unívoca MARIA LÚCIA BRANT DE CARVALHO:

“O avanço da sociedade nacional sobre os territórios indígenas teve como efeito, fundamentalmente, a ruptura e dissolução dos modelos organizativos tradicionais prejudicando os modos de fazer a vida social diária que se dava a partir de um ambiente preservado; na medida em que foram absorvidos novos hábitos e tecnologias exógenas, frente as quais encontram-se hoje extremamente inadaptados. Esse processo desorganizativo afetou as bases estruturais da conformação tradicional, incidindo sobre as várias esferas da vida. Dessa forma, o choque deu-se não somente pela usurpação dos territórios indígenas, como também pela alteração das estruturas sociocultural, epidemiológicas, econômicas, ecológica, sanitária e até psíquica.”⁴¹²

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 286.

⁴⁰⁹ Conforme Rui Arantes: “As mudanças na dieta tradicional xavante provocada pelas mudanças no seu sistema reprodutivo, sedentarização e inserção cada vez maior no mercado regional, aliadas à falta de um programa assistencial e preventivo junto à comunidade, são possivelmente os principais responsáveis pela deterioração das condições de saúde”. *Saúde bucal de uma comunidade indígena Xavante do Brasil central: Uma abordagem epidemiológica e bioantropológica*. Dissertação de Mestrado. Escola Nacional de Saúde Pública – Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, 1998, p. 93.

⁴¹⁰ Maristela Vilas Boas Fratucci ressalta o caráter epidêmico da diabete de mellitus, a obesidade e perda dos dentes em diversas nações indígenas, decorrentes da introdução do açúcar refinado, carboidratos e gorduras. Da sua pena: “Parece claro, que mudanças na dieta desencadeiam, para os organismos autóctones, comportamentos desconhecidos: o açúcar tem seu papel bem definido em sociedades industrializadas relacionado ao aumento da prevalência de cárie; mas ele vem acompanhado de outros carboidratos, gorduras e uma infinidade de novidades estranhas às praticas alimentares de determinada comunidade”. *Alguns aspectos das condições de saúde bucal de uma população indígena Guarani Mbyá no município de São Paulo*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000, p. 22.

⁴¹¹ Vide FERREIRA, Luciane Ouriques. O impacto do uso abusivo de bebidas alcoólicas sobre a pessoa Mbyá-Guarani –RS. In: *Tellus*, ano 2, n. 2, abr. 2002, p. 39-64; CORREA, Hudson. Violência e álcool degradam aldeias. In: *Folha de São Paulo*, edição de 27/02/2005, p. A-17; Alcoolismo aumenta drama de índios. *Gazeta do Povo*, edição de 28/12/2003, p. 10.

⁴¹² *Saúde das populações indígenas*. Tendências após o contato. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997, p. 167.

Ainda nesta quadra, solidificando o construído, um feito bastante interessante foi verificado entre os índios Tiriyó. PROSTÁSIO FRIKEL registra que, por influência missionária, os índios Tiriyó, rompendo um de seus rituais, deixaram de consumir o “sakurá” ou “caxiri”, bebida que lhes fornecia importantes vitaminas, repercutindo na avultação da incidência de anemia⁴¹³.

De maior clarividência é o efeito do contato nos costumes alimentares do povo Nambiquara, povo internacionalmente conhecido por ter servido de esteio para a composição da “antropologia estrutural”, por CLAUDE LÉVI-STRAUSS. Setenta anos após o contato com o renomado antropólogo, os índios Nambiquara, assim se encontram atualmente: “Já são bem dependentes da alimentação do branco [...] Tem roças tradicionais deles, mas sem o açúcar e sal eles não ficam [...] Qualquer coisa que eles vão comprar primeiro é açúcar.”⁴¹⁴

Impende assinalar que os efeitos da disseminação patológica e da fragilidade sanitária se alastram para além do aspecto biológico, alvejando, inclusive, o campo psíquico e espiritual indígena, consoante ilustra MAXIME HAUBERT, reportando-se aos índios Guaranis, ao declarar que

“outros mal resistem às doenças trazidas pelos europeus, contra as quais seu organismo não tem defesa: afecções pulmonares, varíola, sífilis, etc. [...] As epidemias aparecem como verdadeiros cataclismos metafísicos. Os brancos são milagrosamente protegidos; vieram, portanto, não para salvar os homens, mas para consumir sua destruição. Aterrados, os índios abandonam as aldeias e até as regiões onde sempre viveram. Na maioria das vezes, durante uma epidemia, todos os xamãs são impiedosamente massacrados; quando se revelam incapazes de proteger a tribo esses impostores devem ser mortos.”⁴¹⁵

Contudo, é irrefutável a ilação de que, além da aculturação e de outros efeitos prejudiciais aos indígenas, o contato interétnico desencadeou severas consequências no estado médico-sanitário dos povos indígenas. Em consonância, está o magistério de MANUELA CARNEIRO DA CUNHA:

“As epidemias são normalmente tidas como o principal agente da depopulação indígena[...]. A barreira epidemiológica era, com efeito, favorável aos europeus, na América, e era-lhes desfavorável na África. Na África, os europeus morriam como moscas; aqui eram os índios que

⁴¹³ *Dez anos de aculturação Tiriyó: 1960 – 70. Mudanças e problemas.* Belém: Conselho Nacional de Pesquisas, Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, Museu Paraense Emílio Goeldi, 1971, p. 73.

⁴¹⁴ CARIELLO, Rafael. Relato de um novo mundo. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais, especial Triste Trópicos faz 50 anos, edição de 23 de maio de 2005, p. 4.

⁴¹⁵ *Índios e jesuítas no tempo das missões.* São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 36.

morriam; agentes patogênicos da varíola, do sarampo, da coqueluche, da catapora, do tifo, da difteria, da gripe, da peste bubônica, possivelmente a malária, provocaram no Novo Mundo o que Dobyns chamou de ‘um dos maiores cataclismas biológicos do mundo’[...]. Em suma, os microorganismos não incidiram num vácuo social e político, e sim num socialmente ordenado. Particularmente nefasta foi a política de concentração da população praticada por missionários e pelos órgãos oficiais, pois alta densidade dos aldeamentos favoreceu as epidemias, sem no entanto garantir o aprovisionamento.”⁴¹⁶

Palmilha no mesmo norte DARCY RIBEIRO: “As doenças representam sempre o primeiro fator de diminuição das populações indígenas. A história das nossas relações com os índios é, em grande parte, uma ocorrência de chacinas e epidemias [...]”.⁴¹⁷ As cifras, noutra obra compendiadas pelo autor em comento, são estarrecedoras:

“ As proposições de mortalidade ocasionada pela incidência de doenças levadas pelos civilizados podem ser avaliadas pelo confronto de estimativas da população de alguns grupos ao tempo dos primeiros contatos com seu número atual. Entre as maiores tribos do Brasil podemos citar os Munduruku, avaliados em 18910 pessoas em 1875 por Gonçalves Tocantins (1877:101) que estavam reduzidos a cerca de 1200 na década de 50 (Robert Murphy, 1954: 5); Os Nambikwara, cuja população original C. Lévi-Strauss (1948a:6) estimou em 10 mil e que hoje dificilmente alcança mil; e ainda os Karajá, que Ehrenreich (1948: 25) calculou em 4 mil por ocasião de sua visita – representando, já então metade de seu número quando iniciaram o convívio com civilizados – e que hoje pouco ultrapassa um milhar. Os índios Tupari do Guaporé, que entraram em convívio com seringueiros na década de 20, foram reduzidos, pelas mesmas causas, cerca de 3 mil a 250 em 1934, e a algumas dezenas em 1954 (Caspar, 1957: 169). Entre as tribos menos populosas recordemos que os Kayapós dos campos de Conceição do Araguaia, avaliados em 2500 por frei Gil Vilanova (Gallais, 1942: 241) em 1902, quando passaram a ser assistidos pela missão dominicana, e dos quais restam hoje apenas dez, incluindo sobreviventes e descendentes. Os Kaingáng de São Paulo, pacificados em 1914 pelo SPI, tiveram o mesmo destino, reduzindo-se de cerca de oitocentos para 189 em nossos dias. Esses casos foram selecionados apenas em função da fidedignidade das avaliações antigas da população; muitos outros poderiam ser acrescentados.”⁴¹⁸

Consequência inarredável, a debilidade da saúde indígena, após o contato, verteu-se em fator de dominação. Compartilha desse pensar DOMINIQUE BUCHILLET:

“As epidemias assumiram um papel determinante na conquista e colonização do Novo Mundo. Historiadores, antropólogos, demógrafo-historiadores e médicos já demonstraram o impacto que elas tiveram sobre as populações indígenas das Américas não apenas em sua

⁴¹⁶ Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *História... cit.*, p. 12.

⁴¹⁷ *A política indigenista brasileira*. Rio de Janeiro: SAI, 1962, p. 122.

⁴¹⁸ *Os índios e a civilização... cit.*, p. 319-320.

constituição demográfica, mas também em termos de desestruturação sociocultural e econômica. Evidenciaram igualmente a estreita ligação entre as epidemias e a penetração e expansão dos europeus, bem como os benefícios políticos e econômicos que estes auferiram com a ocupação de territórios esvaziados. Além disso, deixaram patente que as epidemias foram utilizadas ideologicamente na conquista espiritual dos índios. Alguns pesquisadores não hesitaram em afirmar que os europeus conseguiram conquistar as Américas não por sua supremacia militar, mas graças a uma ‘guerra biológica’ não premeditada (Ashburn 1947, Crosby 1972 e Dobyns 1983).⁴¹⁹

Em poucas palavras, as “flechas de Apolo” lançadas, as “*pea masá behari*” (doenças de branco), tornaram-se a principal arma utilizada pelos europeus na ascensão sobre os indígenas. Bem diz PATRICK TIERNEY que

“doenças importadas dizimaram os nativos das Américas, ao passo que os conquistadores que as trouxeram continuavam perseverando. Embora o aço espanhol, armas de fogo e a disciplina militar fossem formas decisivas para causar a derrota das tropas nativas, que montavam a centenas de milhares de indivíduos, a superioridade tecnológica nunca teria sido suficiente sem a varíola, o sarampo e a gripe.”⁴²⁰

Na mesma linha, por sua vez, e de modo ainda mais incisivo, é a preleção de EDILSON MARTINS:

“Os povos americanos aqui existentes não conheciam sequer a cárie dentária. Nem a tuberculose, gripe, sarampo, beribéri, bexiga, lepra, doenças venéreas, enfim, qualquer agente contagioso. Essa constatação deve ter conturbado a cabeça dos europeus. Estavam diante, não havia dúvidas, de um mundo idílico, incrustado no Novo Mundo. Então, o europeu chega com o espectro das doenças contagiosas. Uma avalanche de peste toma conta do Novo Mundo, até há pouco um verdadeiro Éden. E a conquista das Américas se faz é com as pestes européias. É com essas enfermidades, muito mais que com as armas. Trazem as doenças da Europa, Ásia e África, contaminando os povos americanos, até então incontaminados. Nem o rato, daqui, era agente de qualquer doença. A varíola, o sarampo, a coqueluche iniciam então a grande escalada de destruição. Na metade do século XVI os jesuítas, ajudados por Mem de Sá, concentraram na Bahia numerosas tribos. Uma epidemia de bexiga matou nessa ocasião mais de 90 por cento da população. Em nenhum momento se percebeu, nesses episódios, que os jesuítas, como europeus, se sentissem co-responsáveis.”⁴²¹

Contudo, findando esse item e apresentando o subsequente, cumpre arrematar que, sem olvidar as inúmeras variáveis que interferem na questão da saúde – por exemplo, condições climáticas, culturais etc. –, no caso autóctone, indubitavelmente, o fator preponderante para configuração da qualidade da saúde é a

⁴¹⁹ *Contas de vidro... cit.*, p. 2.

⁴²⁰ *Op. cit.*, p. 89.

⁴²¹ *Op. cit.*, p. 78.

intensidade da aproximação dos indígenas com os não-indígenas, conforme arguem ALDO OLMOS MOLINA e OLYMPO JOSÉ TRINIDAD SERRA:

“Disseminados por todo o território nacional esses grupos tribais apresentam um maior ou menor índice de morbidade segundo o grau de contato que mantém com a sociedade brasileira. Os grupos isolados e circunstancialmente protegidos da convivência franca com os brasileiros, que constituem 30% da população indígena, revelam um melhor estado de saúde.”⁴²²

Isso para afirmar que, diferentemente da “Ilíada”, cujos males epidêmicos difundidos por Apolo cessaram após o cumprimento das vontades do deus mitológico, no caso indígena, apesar do sacrifício de inúmeras vidas, do progresso social (brasileiro), do avanço científico e mesmo ideológico, a saúde indígena permanece debilitada.

2. Conjuntura atual

“Ontem, 15 de dezembro, mais uma criança da comunidade Kurusu Ambá morreu em consequência de desnutrição na Casa do Índio de Amambai. A comunidade está num acampamento na beira da estrada que liga Amambai e Coronel Sapucaia, na fronteira com o Paraguai. Gleide Bairro, de um ano seis meses, filho de Ramona Bairro, não resistiu perante o quadro agudo de desnutrição que apresentava e morreu na Casa do Índio de Amambaí. Segundo os familiares a criança não foi atendida, supostamente, por não ter registro de nascimento. No acampamento onde vivem 60 famílias, outras quatro crianças correm risco de morrer pela mesma causa. A fome assola os Kaiowa-Guarani que vivem naquela área desde janeiro de 2007, lutando contra todas as adversidades na busca de recuperarem suas terras tradicionais.”⁴²³

Apesar de sua incontestável importância, sobretudo em termos programáticos e organizacionais de políticas públicas, não são poucas as dificuldades encontradas quando se pretende traçar um panorama preciso da atual situação da saúde indígena no Brasil⁴²⁴.

⁴²² La asistencia médico sanitaria en las poblaciones indígenas. In: *América Indígena*. México, v. 37, n. 1, ener./mar. 1977, p. 180.

⁴²³ Mais uma criança Guarani Kaiowá morre desnutrida no Mato Grosso do Sul. Conselho Indigenista Missionário. Notícia publicada em 16/12/2008. Disponível em:

<<http://www.cimi.org.br/?sys=news&action=read&id=3590&eid=352>>, acesso em 21/12/2008.

⁴²⁴ Conforme a Organização Pan-Americana da Saúde: “Na falta de uma política nacional que

Os dados passíveis de consulta provêm, em grande parte, daqueles fornecidos pela FUNAI, pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS/OMS-ONU), pelos organismos internacionais, pela imprensa jornalística, pelas organizações da sociedade civil e pelos trabalhos acadêmicos. Malgrado a escassez, a insubsistência e até mesmo as contradições dos dados, é possível aferir a atual precariedade da saúde indígena brasileira.

Índices referentes à situação da saúde indígena, no ano de 1998, foram apresentados pela FUNASA. Conforme os dados veiculados, foram significativos os números de óbitos de crianças indígenas por doenças transmissíveis, especialmente por infecções respiratórias, parasitoses intestinais, malária e desnutrição. As estatísticas dão nota de que a tuberculose persiste como um dos agravos que acometem com maior frequência e severidade os indígenas (por exemplo, índios Yanomami⁴²⁵):

“Os dados epidemiológicos do Departamento de Saúde da FUNAI indicam que a tuberculose foi responsável por 22.7% do total dos óbitos indígenas registrados por doenças infecto-parasitárias (2.2% dos óbitos por todas as causas), ou seja, duas vezes a taxa mundial de mortalidade específica por tuberculose.”⁴²⁶

Além da tuberculose, os dados expostos demonstraram que a infecção pelo HIV/Aids também é um agravo que tem ameaçado um grande número de comunidades indígenas⁴²⁷. Finalmente, a pesquisa informa que, em algumas regiões,

assegure a atenção integral à saúde do índio, as informações disponíveis são dispersas e de difícil comparação, impossibilitando uma caracterização coerente da saúde desses grupos populacionais.” *A saúde no Brasil*. Brasília: OPAS/OMS - Escritório de Representação no Brasil, novembro de 1998, p. 16.

⁴²⁵ “Embora precários, os dados disponíveis indicam taxas de incidência altíssimas, superiores em muito àquelas encontradas entre a população branca do país. Entre os Yanomami de Roraima, por exemplo, o coeficiente de incidência anual de tuberculose passou de 450 por 100.000 pessoas em 1991, a 881.4 por 100.000 pessoas em 1994. Em 1998, era de 525.6 por 100.000 segundo os dados da organização Comissão Pró Yanomami. Também em outros povos indígenas foram registradas taxas altíssimas de incidência.” *Política nacional de atenção à saúde dos povos indígenas*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde - Departamento de Saúde Indígena, 2000, p. 11.

⁴²⁶ *Política nacional de atenção à saúde dos povos indígenas. cit.*, p. 7 ss.

⁴²⁷ “Desde 1988, começaram a ser registrados os primeiros casos entre os índios, número que vem aumentando com o passar dos anos, sendo que dos 36 casos conhecidos até o momento, 8 foram notificados em 1998, distribuídos em todas as regiões do Brasil. O curto período de tempo transcorrido entre o diagnóstico e o óbito dos pacientes e a falta de informações entre os índios sobre os modos de transmissão do vírus e prevenção da doença, bem como as limitações de ordem lingüística e cultural para a comunicação com eles constituem desafios a serem enfrentados e expressam sua situação altamente vulnerável frente à tendência de interiorização da epidemia no país.” *Ibidem*, p. 12.

onde a população indígena tem um relacionamento mais estreito com a população regional, nota-se o aparecimento de novos problemas de saúde relacionados às mudanças introduzidas no seu modo de vida, especialmente na alimentação: “a hipertensão arterial, o diabetes, o câncer, o alcoolismo, a depressão e o suicídio são problemas cada vez mais frequentes em diversas comunidades.”⁴²⁸

Dados compilados, em 1998, pela OPAS/OMS-ONU já consignavam que “os povos indígenas apresentam-se, de maneira geral, sob precárias condições de vida e de saúde”.⁴²⁹

Recente publicação da OPAS, sobre a *Saúde nas Américas – 2007*, informa que, em 2002, nos Distritos Especiais de Saúde dos Indígenas no Brasil, as doenças respiratórias foram a segunda causa de demanda de serviços de saúde. Dos falecidos por pneumonia, 85,5% foram crianças menores de 5 anos de idade, e 48,2%, menores de 1 ano⁴³⁰. O sítio eletrônico da Organização, em seus dados e estatísticas conjugados por países, inclui entre os problemas específicos do Brasil a saúde indígena: “A situação se caracteriza por altas taxas de incidência e mortalidade por malária, tuberculose, enfermidades respiratórias e diarreias.”⁴³¹ Outras publicações do mesmo organismo dão conta do aumento da incidência de HIV entre indígenas⁴³².

O Grupo Internacional de Trabalho sobre Assuntos Indígenas – IWGIA (*International Work Group for Indigenous Affairs*), em publicação anual internacionalmente reconhecida, *O Mundo indígena*, tem, com frequência, denunciado as mazelas no sistema brasileiro de saúde indígena. No anuário de 2006, restou registrado:

⁴²⁸ *Política nacional de atenção à saúde dos povos indígenas. cit.*, p. 7 ss.

⁴²⁹ *A saúde no Brasil. cit.*, p. 16. Entre as afecções que acometem diversas comunidades brasileiras, além das infecções respiratórias agudas e as diarreias, consta que também são frequentes os registros de desnutrição, verminoses, anemia, tuberculose e afecções dermatológicas, sobretudo a escabiose. As mudanças de estilos de vida levam ao aumento do alcoolismo e das lesões acidentais e violentas. Na região Amazônica há ocorrência elevada de casos de malária, de leishmaniose cutânea e de hepatite B. Especificamente no território Yanomami, que ocupa área contínua de 9,4 milhões de hectares, com 7.882 indivíduos organizados em 169 comunidades, 17% dos óbitos são devidos a infecções respiratórias agudas e 10% à malária. A primeira causa de morbidade na população Yanomami é a malária (2.142 casos em 1996, 753 causados por *P. falciparum*). A oncocercose (374 casos) é endêmica em toda a região. [*passim*].

⁴³⁰ *Saúde nas Américas 2007*. Washington: Escritório Sanitário Pan-Americano, Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde, 2007, p. 165.

⁴³¹ *PAHO Basic health indicator data base. Specific health problems*. Disponível em: <http://www.paho.org/english/dd/ais/cp_076.htm#problemas>. acesso em 26/12/2008.

⁴³² “El país más grande de América del Sur, Brasil, por su parte, tiene también un grave problema de expansión de estas infecciones. Se cree que es el trabajo sexual de las mujeres indígenas con extraños sin que reciban mayor rechazo social lo que favorece el contagio en escalas preocupantes.” *Promoción de la salud sexual y prevención del VIH-sida y de las ITS en los pueblos indígenas de las Américas. Abya-Yala Kuyarinakui*. Ecuador: OPAS, 2003, p. 15.

“A saúde indígena neste ano foi à bancarrota. Por todo o país há protestos das comunidades indígenas contra a falta de recursos que causou o aumento da desnutrição (no Mato Grosso do Sul) da malária e de enfermidades venéreas e de tuberculose (Terras indígenas Yanomami). São as crianças que mais sofrem. Até maio de 2005, 19 crianças morreram de desnutrição no Mato Grosso do Sul. Entre as crianças indígenas a mortalidade média (55,8 óbitos por mil nascidos vivos) é o dobro da registrada no conjunto da população brasileira.”⁴³³

O informativo (IWGIA) de 2007, por seu turno, de forma concludente assim sinaliza:

“Desde 2005, os escândalos de abandono da atenção à saúde das populações indígenas é uma constante[...]. A epidemia de malária e hepatite ameaça a população do Vale do Javari, Amazonas, podendo atingir 255 índios sobre uma população de 3.500 indígenas. A malária também atinge os yanomami. Somente no primeiro semestre de 2006 foram notificados 2.591 casos, representando um aumento de 470% em relação ao mesmo período do ano anterior. Ademais, o Parque do Xingu está sofrendo uma epidemia de Enfermidades Sexualmente Transmissíveis (EST), causando a morte de mulheres com câncer de útero. Segundo as denúncias das organizações indígenas, entre os 235 povos indígenas com direito ao serviço de saúde ‘a incidência de enfermidades como a malária, a tuberculose e EST tem avançado sobre os povos indígenas de diferentes regiões país, o que revela a decadência da atenção e o desmanche da infraestrutura da saúde’”.⁴³⁴

É ainda mais incisiva a edição de 2008 do anuário *O mundo indígena*:

“Uma grande vergonha é o regresso da epidemia de malária e hepatite B e D no Vale de Javari (Amazonas). A quantidade de vítimas tem crescido de maneira tremenda. Em 2006/07 se constataram 2.883 casos de malária, o qual significa que 90% da população padecia da enfermidade. Uma investigação [...] realizada pela FUNASA descobriu que 56% da população também é portadora do vírus da hepatite B, enquanto a Organização Mundial de Saúde afirma que o limite aceitável de infecção é de 2%. O grande perigo está nas populações indígenas como os zo'ê, que vivem na Unidade de Conservação estadual do norte do Pará, e foram contatados em 1991; em 2006, 80% da população de 239 indígenas contraiu malária. Os matis da bacia do Javari, um povo que estava em processo de extinção por causa de um ciclo de epidemias mortais, agora estão sofrendo uma epidemia de hepatite B. A epidemia de hepatite B e C também se estende entre a população indígena do Polo-Base de Guajará Mirim (Rondônia).”⁴³⁵

⁴³³ *El mundo indígena 2006*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2006, p. 198.

⁴³⁴ *El mundo indígena 2007*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2007, p. 207-208.

⁴³⁵ *El mundo indígena 2008*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2008, p. 193-194.

As falésias na saúde indígena brasileira vieram à tona de modo incontestável no ano de 2005, sendo a desnutrição apontada como principal causa das enfermidades. Em 16 de março de 2005, o jornal *Folha de São Paulo* informou que a mortalidade infantil indígena superava a média nacional em 70% das áreas no Mato Grosso do Sul⁴³⁶, onde 27% das crianças indígenas de até cinco anos de idade apresentavam-se desnutridas⁴³⁷. O mesmo informativo, durante os anos de 2005 e 2006, noticiou a ocorrência de inúmeras mortes de crianças indígenas em distintas regiões brasileiras em decorrência da subnutrição e desatenção médica⁴³⁸.

Em repúdio, manifestando seu inconformismo, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) publicou nota que indica, com precisão, o estado da saúde indígena nos anos referidos:

“No estado do Tocantins, nos últimos cinco meses, morreram 15 crianças do povo Apinajé, em função de diarreia, vômito, gripe e febre. No Mato Grosso do Sul, morreram dezenas de crianças Guarani-Kaiowá devido à desnutrição. No Pará sete crianças do povo, Munduruku morreram vítimas de infecções intestinais. No Amazonas, as organizações indígenas vêm denunciando de forma sistemática o descaso nos serviços de saúde e o alastramento de doenças infecto-contagiosas. Em Roraima, entre os Yanomami, os índices de malária voltam com intensidade, em função do abandono nas ações preventivas em saúde, especificamente nos serviços para o combate ao mosquito transmissor da doença. No Acre, 10 crianças Kaxinawá, do Alto Purus, morreram em consequência da diarreia. Nos estados do Sudeste e do Sul, foram registrados dezenas de casos de desnutrição em crianças Guarani e Kaingang, com casos de mortes em aldeias que, na sua maioria, encontram-se localizadas em pequenas áreas de terras devastadas pelo processo colonizador. No Mato Grosso, o governo assistiu passivamente a morte de crianças Xavante, da terra indígena Marawatsede. Esta área, já demarcada e homologada, continua fora do domínio do povo Xavante, invadida por fazendeiros da região. No estado do Maranhão, 14 crianças da aldeia Bananal morreram em 2005, e em janeiro de 2006, foram registradas mais seis mortes, as

⁴³⁶ MARINHO, Flávia. Mortalidade supera média em 70% de áreas. *Folha de São Paulo*, edição de 06/03/2005, p. A-16.

⁴³⁷ CORRÊA, Hudson. *Folha de São Paulo*, edição de 25/01/2005, p. A-4.

⁴³⁸ Vide CORRÊA, Hudson. Desnutrição já matou 11 crianças índias em MS. *Folha de São Paulo*, edição de 03/03/2005, p. A-14; CORRÊA, Hudson. Desnutrição mata mais duas crianças índias. *Folha de São Paulo*, edição de 25/02/2005, p. A-11; CORRÊA, Hudson. Mortalidade infantil em área amazônica é o triplo da média. *Folha de São Paulo*, edição de 02/03/2005, p. A-9; CORRÊA, Hudson. Cresce a mortalidade infantil indígena. *Folha de São Paulo*, edição de 25/10/2005, p. A-4; CORRÊA, Hudson. Desnutrição também mata 5 crianças índias xavantes. *Folha de São Paulo*, edição de 01/03/2005, p. A-9; CORRÊA, Hudson. Fome mata mais uma criança índia em MS. *Folha de São Paulo*, edição de 22/02/2005, p. A-7; CORRÊA, Hudson. Funasa ‘acha’ mais 4 mortes por fome de janeiro a março. *Folha de São Paulo*, edição de 03/03/2005, p. A-14; CORRÊA, Hudson. Índia de 3 anos morre de desnutrição em MS. *Folha de São Paulo*, edição de 10/02/2005, p. A-3; CORRÊA, Hudson. MS tem 27 crianças desnutridas. *Folha de São Paulo*, edição de 07/01/2006, p. A-10; CORRÊA, Hudson. Mutirão tenta salvar 198 crianças índias desnutridas. *Folha de São Paulo*, edição de 04/03/2005, p. A-10; Lula pede mais atenção à saúde indígena de MS. *Folha de São Paulo*, edição de 23/02/2005, p. A-8; Schiavartche, Fabio. Crianças índias morrem em aldeia de SP. *Folha de São Paulo*, edição de 14/09/2006, p. A-4.

causas foram diarreia e desnutrição. Em Rondônia, a ausência de uma intervenção consistente por parte da Funasa tem causado o alastramento de doenças infecto-contagiosas, a exemplo da hepatite tipos B e C.”⁴³⁹

O CIMI, em seu relatório bienal intitulado “Violência contra os povos indígenas no Brasil”, tem denunciado repetidamente a debilidade da saúde indígena, a inoperância estatal e as vítimas indígenas. Os dados consignados no relatório referente aos anos 2003 – 2005, no tocante à mortalidade indígena infantil, são assustadores. Em 2003, de cada mil crianças nascidas vivas, 56,6 faleciam antes de completar um ano de idade⁴⁴⁰. Em 2004, o índice caiu para 47,71⁴⁴¹, e, em 2005, voltou a subir para 50,85 por mil⁴⁴². No concernente aos casos de mortes por desassistência à saúde, informa o seguinte:

“No ano de 2003, foram levantados 18 casos, com 66 vítimas. Em 2004, os levantamentos apontam 32 casos, com cerca de 186 vítimas,

⁴³⁹ CIMI denuncia abandono na saúde. Informe n. 707, Conselho Indigenista Missionário, 16/03/2006. Nos meses subseqüentes o Cimi continuou retratando violações ao direito à saúde indígena: “Uma epidemia de diarreia associada a vômitos atinge as aldeias indígenas de Guajará-Mirim e mata duas crianças do povo Cujubim da aldeia de Ricardo Franco, Terra Indígena Guaporé, em Rondônia, repetindo o que ocorreu em abril do ano passado. A primeira vítima, uma criança com dois meses de idade, faleceu em agosto. Ela foi removida numa voadeira (lança) da equipe de enfermagem que estava a trabalho na aldeia, entretanto com atraso, visto que a criança foi a óbito no meio da viagem. No dia 6 de setembro, faleceu a segunda criança, aos nove meses de idade. Neste caso, o Agente Indígena de Saúde (AIS) havia telefonado ao Pólo-Base solicitando uma viatura de emergência para encaminhar duas crianças desidratadas. No dia 5 de setembro, a voadeira do Pólo-Base se deslocou de Guajará-mirim e chegou à noite na aldeia. A auxiliar de enfermagem tentou colocar um soro nas crianças, mas não conseguiu um acesso venoso. Antes de amanhecer o dia e da voadeira retornar, uma das crianças tinha falecido. Na terra Guaporé há 5 aldeias e mais de 600 indígenas, sendo Ricardo Franco a maior delas com mais de 400 pessoas pertencendo a 10 povos indígenas. Desde setembro de 1999, quando a FUNASA assumiu a responsabilidade da saúde indígena, as comunidades indígenas de Guaporé e seus conselheiros solicitam a compra de uma voadeira para socorrer as emergências. Constam outras reivindicações como um equipamento radiofônico, materiais (como um aparelho para medir pressão) e a contratação de mais um AIS para a aldeia Ricardo Franco. Reivindicações estas que são aprovadas a cada ano pelos Conselhos Local e Distrital de Saúde Indígena e não são atendidas pela FUNASA que alega a falta de recursos. A maioria das aldeias do Pólo-Base de Guajará-Mirim encontra-se na mesma situação e recebem a ocorrência de óbito por falta de assistência. Epidemia de diarreia e vômito mata duas crianças na terra Guaporé, em Rondônia. Conselho Indigenista Missionário, Notícias, 14/09/2006.

⁴⁴⁰ “O levantamento realizado em 2003 sobre mortalidade infantil possui apenas dados referentes ao Estado do Pará, onde ocorreram 8 casos, sendo 2 de infecção respiratória e 4 por falta de assistência.” *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2003 – 2005. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2006, p. 163.

⁴⁴¹ “Em 2004 foram registrados 156 vítimas de mortalidade infantil, sendo que 80 crianças Xavante (MT) morreram de febre e tuberculose. Faleceram 63 Yanomami (RR/AM): 13 por pneumonia e 50 por doenças infecciosas, provenientes de alimentação por causa de água contaminada por mercúrio. Foram registrados outros 6 casos no Pará, 4 no Amazonas, 2 no Acre e 1 em Rondônia.” *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2003 - 2005, p. 163.

⁴⁴² “No ano de 2005 foram levantados 42 casos de morte infantil, sendo 16 vítimas no Amazonas, 11 por pneumonia e 5 por diarreia; 8 crianças no Mato Grosso do Sul; 7 no Maranhão, sendo 6 por doenças respiratórias e 1 por pneumonia; 6 no Pará, sendo 5 mortes por pneumonia; 2 em São Paulo e em Tocantins, Bahia e Rondônia tendo ocorrido 1 caso em cada estado.” *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2003 - 2005, p. 163.

além de 11 aldeias do Mato Grosso do Sul que enfrentaram o problema de mortes por desnutrição e falta de saneamento. Entre as vítimas, estão 80 crianças Xavante (MatoGrosso) que faleceram por conta de febre e tuberculose. Em 2005, até a metade do ano, foram 11 casos relatados, com pelo menos 122 vítimas. Em um dos casos levantados, 96 Pataxó faleceram devido à falhas na assistência à saúde.”⁴⁴³

O relatório posterior, atinente aos anos de 2006-2007, declara que foram registradas 29 ocorrências de mortalidade infantil em 2006, e 25 em 2007⁴⁴⁴. No concernente às cifras de mortes por desassistência na área da saúde, elenca 51 vítimas em 2006, e 32 em 2007⁴⁴⁵. O mesmo relatório noticia a morte, em outubro de 2006, de MANINHA XUKURU, representante indígena no Conselho Nacional de Saúde, quem, por ironia do destino, faleceu por desassistência à saúde, posto que “ela sofreu uma parada cardíaca e não foi atendida a tempo no hospital.”⁴⁴⁶

O Instituto Socioambiental (ISA), organização com reconhecidos esforços em defesa dos direitos indígenas brasileiros, em reportagem sobre a saúde indígena, destaca que

“alguns casos se tornaram emblemáticos e marcaram regularmente o noticiário em 2005 e 2006: as mortes por desnutrição das crianças Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, a volta da epidemia de malária entre os Yanomami de Roraima e Amazonas, o alto índice de vítimas fatais causados por acidentes ofídicos no Alto Rio Negro, o falecimento de dezenas de crianças Apinajé no Tocantins e Marubo do Vale do Javari, no Amazonas. Nem o Parque Indígena do Xingu, espécie de cartão-postal da política indigenista oficial e que conta há 40 anos com a presença de médicos da Universidade Federal de São Paulo, se vê livre de sérios problemas: atualmente uma epidemia de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) avança sobre a população xinguaná.”⁴⁴⁷

É possível ainda vislumbrar expressa a situação da saúde indígena brasileira em pesquisas acadêmicas, mormente centradas em comunidades e regiões específicas. Nesse quadrante, encontram-se dados informando o aumento dos casos de HIV entre os Macuxi de Roraima⁴⁴⁸, e aumento dos de tuberculose nos índios

⁴⁴³ *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2006 – 2007. Brasília: Conselho Indigenista Missionário, 2008, p. 156.

⁴⁴⁴ *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2006 – 2007, *cit.*, p. 152.

⁴⁴⁵ *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2006 – 2007, *cit.*, p. 131.

⁴⁴⁶ *Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Relatório 2006 – 2007, *cit.*, p. 3.

⁴⁴⁷ Instituto Socioambiental. Notícias. Disponível em:

<<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2272>>, acesso em 20/12/2008.

⁴⁴⁸ “As doenças sexualmente transmissíveis tiveram incidência elevada em algumas regiões, tendo sido diagnosticados onze casos de AIDS nos últimos anos, com três óbitos registrados.” HAYD, R. L. N.; OLIVARES, A. I. O.; FERREIRA, M. L. S.; LUITGARDS-MOURA, J. F. Um olhar sobre a saúde indígena no estado de Roraima. In: *Mens Agitat*, v. 3, n. 1, 2008, p. 89.

Panará (ou Kreen-Akarôre) do Amazonas⁴⁴⁹, bem como os altos índices de prevalência de parasitas intestinais, e a grande quantidade de indivíduos com poliparasitismo em comunidades indígenas no Distrito de Iauaretê (Amazonas)⁴⁵⁰, assim como o içamento dos casos de tuberculose na população indígena do alto rio Negro (Amazonas)⁴⁵¹.

Os números aqui consignados referem-se a anos passados; por óbvio, dados do corrente ano recentes ainda não foram devidamente relacionados por instituições de confiabilidade reconhecida. Não obstante, é possível antever os resultados por meio de investigação em fontes midiáticas, bastando, para tanto, citar uma recente notícia publicada no jornal *O Globo*:

“Aldeia São Sebastião, Vale Do Javari (AM) - A reserva indígena Vale do Javari, área do tamanho de Santa Catarina localizada no Oeste do Amazonas, agoniza com a malária, a hepatite e índices de mortalidade infantil só comparáveis aos do Afeganistão e de países miseráveis e conflagrados na África. [...] A taxa de mortalidade infantil na reserva, no ano passado, foi de 123,07 óbitos de menores de 1 ano para cada mil bebês nascidos vivos, índice cinco vezes maior do que a média nacional entre não-índios (22,6, em 2006) e duas vezes e meia acima da média indígena (48,5). Apenas o Afeganistão e seis países africanos, entre eles Serra Leoa, Angola e Libéria, têm taxas maiores, entre os 194 países

⁴⁴⁹ “Fica demonstrado nos Panará que, a despeito da ampla cobertura vacinal com o BCG intradérmico, a tuberculose pode assumir características epidêmicas na falta de medidas de controle adequadas. No entanto, como pudemos observar nas tribos do PIX, praticamente deixam de ocorrer formas graves da tuberculose: miliar e meníngea na população infantil, como ocorria antes da introdução do BCG intradérmico. A grave situação da tuberculose entre os Panará exige a concentração de esforços por parte dos órgãos assistenciais, com a supervisão do tratamento dos pacientes, observância dos critérios de cura e controle dos comunicantes. No presente inquérito ficou realçada, no trabalho de campo, a importância do exame físico sistemático para o levantamento das condições de saúde-doença da população.” BARUZZI, Roberto Geraldo *et al.* Saúde e doença em índios Panará (Kreen-Akarôre) após vinte e cinco anos de contato com o nosso mundo, com ênfase na ocorrência de tuberculose (Brasil Central). In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar./abr. 2000, p. 411.

⁴⁵⁰ Prevalência de parasitos intestinais e aspectos socioambientais em comunidade indígena no Distrito de Iauaretê, Município de São Gabriel da Cachoeira (AM), Brasil. In: RIOSI, Leonardo *et al.* *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, 2007, p. 82.

⁴⁵¹ “Nesta região, a tuberculose afeta todas as faixas de idade, diferindo, portanto, dos Ianomâmi, população ‘virgem’ até recentemente em relação à tuberculose, entre a qual observa-se prevalência mais elevada em menores de 15 anos (Menegola *et al.*, 1991). A deterioração das condições de vida dos indígenas como consequência da invasão do seu território, da degradação do ambiente, assim como o abandono freqüente pelos doentes dos tratamentos antituberculosos, podem explicar a incidência elevada desta doença. As concepções e práticas locais em matéria de saúde e de doença têm provavelmente repercussões, tanto sobre o acesso aos cuidados de saúde, quanto sobre a observância dos tratamentos. Faz-se necessário criar estratégias mais bem adequadas às características étnicas e culturais do alto rio Negro, como também às condições logísticas locais, visando aumentar a rapidez e a qualidade dos diagnósticos, reforçar a adesão aos tratamentos, contribuindo para a melhoria das condições de vida dessas populações.” BUCHILLET, Dominique; GAZIN, Pierre. A situação da tuberculose na população indígena do alto rio Negro (Estado do Amazonas, Brasil). In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, jan./mar. 1998, p. 184.

e territórios monitorados pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef). Mas nenhum supera a aldeia de Massapê: 277,7.”⁴⁵²

A notícia emula profecia no sentido de que a precariedade da saúde indígena deve, novamente, figurar como apanágio do ano de 2008, quiçá de 2009. Despicienda inspiração divina para essa predição. Os desapossamentos territoriais, a degradação ambiental e o crescente empobrecimento dos povos indígenas são suficientes, por si sós, para anunciar o caos sanitário.

Dentre os fatores referidos, o pauperismo desponta como o principal agravo nas expectativas de resgate e de estabilização da saúde indígena.

É constatação, internacionalmente sedimentada, a pobreza em que vivem os povos indígenas⁴⁵³, especificamente os da América Latina⁴⁵⁴, e, no caso, os brasileiros.

Entre nós, o empobrecimento indígena reflete o processo histórico social em que foram “inseridos na sociedade”, melhor dizendo, conforme se operou o processo civilizatório ou, noutras palavras, o contato com os não-índios e com suas estruturas sociais, processo que deflagrou a miserabilidade indígena, como consequência da transfiguração étnica⁴⁵⁵. Conseqüência, inúmeras tribos brasileiras vivem em avassalador estado de extrema pobreza. Em baluarte, embora não falem exemplos, limitamo-nos a retratar a miserabilidade na qual se encontram algumas comunidades indígenas paranaenses, citando manchetes e excertos de notícias veiculadas pela imprensa desse Estado:

⁴⁵² Reserva indígena: Vale do Javari, no Amazonas, agoniza com malária e hepatite. *O Globo online*, 24/05/2008.

⁴⁵³ Consoante sustentam Alberto D. Cimadamore, Robyn Eversole e John-Andrew McNeish: “Uma característica comum dos povos indígenas é sua situação de desvantagem em relação com os outros setores da sociedade. No mais diversos contextos geográficos é possível observar múltiplos fatores que confluem na configuração de padrão que vincula de maneira completa povos indígenas e pobreza. Este padrão tem sido historicamente construído por fatores políticos, econômicos, sociais, militares e ambientais, que articulam experiências qualitativas e quantitativas de privação material, jurídica e simbólica, e de reprodução de relações de desvantagem[...] As desvantagens que os povos indígenas padecem podem ser registradas em quase todas as áreas da vida social.” *Pueblos indígenas y pobreza*. Uma introducción a los enfoques multidisciplinares. Buenos Aires: Programa CLACSOCROP, 2006, p. 17-18.

⁴⁵⁴ GEORGPES, Acharopoulos; TRINOS, Harry Nthonpya (edit.). *Indigenous people and poverty in Latin America. An Empirical Analysis*. N.W., Washington: The International Bank for Reconstruction and Development –The World Bank, 1994.

⁴⁵⁵ Consoante Darcy Ribeiro, se o grupo sobrevive ao contato “prossegue o processo de aculturação e transfiguração étnica, regido agora pelas compulsões decorrentes da satisfação de necessidades adquiridas que exigem uma interação cada vez mais intensa com o contexto regional e a incorporação progressiva dos indígenas na força de trabalho, como a camada mais miserável dela.” *Os índios e a civilização... cit.*, p. 500.

“Índios paranaenses vivem na miséria absoluta. É o que comprova uma pesquisa nas reservas feita pela Assessoria de Assuntos Indígenas. [...] A escassa produção de alimentos, que começa com a falta de sementes, é a causa da situação de fome para aproximadamente 13 mil indígenas que vivem nas dezenas de reservas existentes e que abrange uma área de pouco mais de 80 mil hectares, delimitada mas não homologada pela União. Além da falta de comida, os índios têm sérios problemas nas áreas de saúde, educação e habitação. Além de não ter o que comer – o que os obriga muitas vezes a fazer algumas concessões aos brancos em troca de dinheiro para sua sobrevivência – os índios sofrem com a falta de moradia, pois grande maioria vivem em condições de total precariedade, morando em barracas de lona, onde inexistem qualquer tipo de saneamento e a água que bebem é de rios que sempre estão contaminados pelos produtos tóxicos usados nas lavouras vizinhas à reserva. A saúde também é outro problema grave vivido pelas comunidades indígenas já que quase totalidade delas não possui posto de assistência médica e também não recebe a visita de um médico.”⁴⁵⁶

“Índios da região vivem em situação de penúria”: “O artesanato continua sendo uma das poucas fontes de renda, obrigando os indígenas a longas viagens.”⁴⁵⁷ (Índios Kaingáng – região de Londrina)

“Índios são explorados como bóias-frias”[...] “A crise econômica e social do País também chegou às aldeias. Foi isso que motivou a saída temporária dos índios da reserva. Sem condições de garantir os alimentos para os seus filhos, viraram bóias-frias forçados.”⁴⁵⁸ (Índios Kaingáng – região de Londrina)

“Mendicância ameaça cultura e luta pela terra caingangues”: “Índígena é flagrada pela reportagem da Folha pedindo e recebendo esmola na rua, ao lado de um supermercado no Centro de Londrina”. (Índios Kaingáng – região de Londrina)

“Miséria obriga índios a deixar as aldeias.”⁴⁵⁹ (Índios Kaingáng – região de Cascavel):

“Tribo luta pra sobreviver em Piraquara: os índios se comunicam em guarani e dependem de doações para sobreviver.”⁴⁶⁰ (Índios Guarani, do município de Piraquara – região de Curitiba):

“Índios reivindicam área para moradia” (Índígenas Kaingáng, Guarani e Xetá, município de Curitiba)⁴⁶¹

“Caingangues pedem socorro para sobreviver”: “Humildes e sem nenhuma escolaridade, eles estão morando em acampamentos improvisados com pedaços de lona e papéis em fundo de vale, logo abaixo do Lago Municipal de Cascavel.”⁴⁶² (Município de Cascavel)

Conjugada de forma indissociável com a pobreza está a “fome”, fator condicionante do estado de saúde. A propósito, preconiza GIOVANNI BERLINGUER:

⁴⁵⁶ *Estado do Paraná*, edição de 15/09/1992, p. 5.

⁴⁵⁷ *Tribunal do Norte*, edição de 08/11/1998, p. 9.

⁴⁵⁸ *Folha de Londrina*, edição de 20/10/1991, p. 6.

⁴⁵⁹ *O Estado do Paraná*, edição de 23/03/2000, p. 3.

⁴⁶⁰ *Gazeta do Povo*, edição de 09/03/2002, p. 12.

⁴⁶¹ *Gazeta do Povo*, edição de 16/03/2007, p. 6.

⁴⁶² *Gazeta do Povo*, edição de 16/03/2007, p. 11.

“A fome. É esta a ‘doença’ mais espalhada no mundo, a causa de morte mais freqüente, seja diretamente, seja associada com doenças infecciosas, metabólicas, do sistema nervoso e dos órgãos dos sentidos. Calculou-se de maneira aproximada (já que a palavra ‘fome’ não figura na Classificação Internacional de Doenças) que cada dia há no mundo entre 50.000 e 100.000 mortes por causa de deficiências alimentares (um morto a cada segundo!).”⁴⁶³

A fome, que acomete milhões de pessoas no mundo, também alcança, no Brasil, os povos indígenas⁴⁶⁴:

“desapropriadas de suas terras, as tribos indígenas perderam a capacidade de produzir o alimento necessário para sua sobrevivência. A imagem romântica de tribos retirando da natureza tudo o que necessita ficou restrita aos livros de história. A realidade atual é de índios vivendo em condições precárias.”⁴⁶⁵

Colacionem-se, novamente, informações referentes à situação dos indígenas paranaenses:

“Índios passam fome na maior reserva do PR”: “Cerca de 500 dos 2.785 caingangues e guaranis vivem em absoluta miséria. A fartura descrita por Pero Vaz de Caminha, em sua carta documental de 500 anos atrás, cedeu lugar à falta de alimento e de dignidade[...]”⁴⁶⁶ (Município de Nova Laranjeiras)

“Itaipu doa comida aos avá-guarani”: “A Itaipu Binacional enviou comida para os 163 índios avá-guarani que estavam passando fome.”⁴⁶⁷ (Município de Diamante D’Oeste – região de Foz do Iguaçu)

“Mangueirinha sofre com a fome”: “Os índios Kaingáng têm poucos motivos para comemorar o Dia do Índio. Na maior reserva de mata de araucária do Estado, com área maior do que muitos municípios, ele passam fome.”⁴⁶⁸ (Município de Mangueirinha – região de Pato Branco)

Consequência lógica da insuficiência de alimentos, a desnutrição emerge como causa nevrálgica do declínio da saúde. Desnecessária uma investigação vertical para concluir-se que o estado nutricional de inúmeras comunidades indígenas brasileiras apresenta-se temerário, sobretudo em relação às crianças indígenas. Corroborando, registre-se a insuficiência alimentar verificada entre crianças

⁴⁶³ *Medicina e política*. 2. ed. Trad. Pe. Bruno Giuliani. São Paulo: CEBES – HUCITEC, 1983, p. 89-90.

⁴⁶⁴ *Op. cit.*, p. 21.

⁴⁶⁵ Índios compõem a população que sofre com a fome no país. *Gazeta do Povo*, edição de 06/04/2003, p. 8.

⁴⁶⁶ *Gazeta do Povo*, edição de 14/06/2002, p. 11.

⁴⁶⁷ *Folha do Paraná*, edição de 28/05/1997, p. 8.

⁴⁶⁸ *Folha de Londrina*, edição de 20/10/1991, p. 10.

indígenas Terena⁴⁶⁹, Kaiowá e Guarani⁴⁷⁰, do Mato Grosso do Sul; Pakaanóva⁴⁷¹, de Rondônia; Xavante⁴⁷², do Mato Grosso; e Ava-guarani⁴⁷³, do Paraná. Cediço que os impactos sanitários da desnutrição são mais severos nos pequenos índios. Repise-se que, além daqueles que registramos, casos de mortes de crianças indígenas por desnutrição são amiúde noticiados.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, está a tese de doutorado de Dulce Lopes Barboza Ribas, apresentada à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo em 2001, sobre a saúde e nutrição das crianças indígenas, na qual, após pesquisa empírica (foram analisadas 354 crianças de zero a cinquenta e nove meses de idade.), a autora concluiu: “Os resultados indicam déficits nutricionais nas crianças indígenas, como reflexo direto da pobreza a que estão submetidas, incluindo condições ambientais e socioeconômicas desfavoráveis e deficiência alimentar continuada. [...] O aporte dietético de cálcio ultrapassa as recomendações na dieta das crianças menores de seis meses, tornando-se insuficiente a partir de um ano de idade. Em todas as idades o aporte dietético de vitamina A e ferro esteve abaixo da quantidades recomendadas.” *Saúde e nutrição de crianças indígenas Terena, Mato Grosso do Sul, Brasil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001, p. 122. Também da autora em comento, “A prevalência de desnutrição infantil é elevada, superior à identificada em comunidade indígena urbana e área rural da região Centro-Oeste, mas inferior às reportadas por grupos indígenas da região amazônica. O estado nutricional mostrou-se influenciado pela renda, sexo e faixa etária, apresentando maior frequência de retardo de crescimento quando pertenciam a família de menor renda per capita, ao sexo masculino e na faixa etária de 6 a 23 meses de idade. A precária condição sócio-econômica das famílias é representada pela alta densidade familiar, baixa renda, baixa escolaridade dos pais, difícil acesso a serviços de saúde e condições domiciliares insalubres.” RIBAS, Dulce Lopes Barboza. Nutrição e saúde infantil em uma comunidade indígena Terena, Mato Grosso do Sul, Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar./abr. 2001, p. 330.

⁴⁷⁰ Após pesquisa sobre os Kaiowá e Guarani, Renata Palópoli Pícoli, Luana Carandina e Dulce Lopes Barboza Ribas assim concluíram: “O presente estudo evidenciou elevada ocorrência de desnutrição e uma preocupante situação de saúde materno-infantil. A evolução e a expansão da oferta de serviços de saúde têm buscado alternativas para reverter esta situação. No entanto, estas ações ainda são incipientes, não chegando a prover melhorias das condições de saúde materno-infantil e de nutrição desse povo.” Saúde materno-infantil e nutrição de crianças Kaiowá e Guarani, Área Indígena de Caarapó, Mato Grosso do Sul, Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, 2006, p. 226.

⁴⁷¹ “Dessa forma, delinea-se para os Pakaanóva uma preocupante situação nutricional, resultante de exposição contínua a fatores adversos de ordem socioeconômica e ambiental. As poucas informações epidemiológicas disponíveis para os Pakaanóva sinalizam para um quadro caracterizado por elevada morbi-mortalidade por doenças infecciosas e parasitárias, sobretudo diarreias, pneumonia, malária e tuberculose. Para o período 1995-1997, as principais causas de óbito na população Pakaanóva foram doenças infecciosas e parasitárias (50% dos óbitos), com 30% do total tendo sido verificado em crianças menores de cinco anos.” ESCOBAR, Ana Lúcia; SANSTOS, Ricardo Ventura; COIMBRA JUNIOR, Carlos. Avaliação nutricional de crianças indígenas Pakaanóva (Wari’), Rondônia, Brasil. In: *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*. Recife, v. 3, n. 4, oct./dec. 2003, p. 450.

⁴⁷² Conforme Maurício Soares Leite *et al.*: “Constatou-se a co-existência, em elevadas prevalências, de desordens nutricionais tão distintas como desnutrição na infância e sobrepeso e obesidade na idade adulta. Crescimento físico e perfil nutricional da população indígena Xavante de Sangradouro-Volta Grande, Mato Grosso, Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 2006, v. 22, n. 2, p. 276.

⁴⁷³ “Na reserva Ava-guarani, de Santa Rosa do Ocoí, em São Miguel do Iguaçu[...] das cerca de 100 crianças da aldeia, 39 estão desnutridas”. Desnutrição afeta índios paranaenses. *Gazeta do Povo*, edição de 29/06/2001, p. 10.

Por outro prisma, a pobreza, para além da desnutrição, infere no acesso aos serviços de saúde, consoante prelecionam ALBERTO D. CIMADAMORE, ROBYN EVERSOLE e JOHN-ANDREW MCNEISH:

“Indicadores chave como de saúde estão vinculados com a situação de pobreza dos povos indígenas. As estatísticas disponíveis mostram que os povos indígenas particularmente as mulheres e as crianças têm menos acesso aos serviços básicos de saúde o que explicaria grande parte da diferença entre os indicadores de saúde da população indígena e não indígena.”⁴⁷⁴

Nesse contexto, não é de se estranhar que, a cada dia, alargue-se o número de óbitos de indígenas em consequência da carência de saúde, situação nefasta que impossibilita, inclusive, o relato preciso de todas as vítimas do abandono e da indiferença.

Ousamos, esgueirando-nos da técnica metodológica, findar este item remetendo o leitor à epígrafe. Trata-se do último caso de carência e desatenção à saúde indígena, resultante em vítima fatal, do qual tomamos conhecimento até o momento em que findamos a redação deste capítulo: a morte da pequena índia, de apenas um ano e seis meses de vida, GLEIDE BAIRRO.

⁴⁷⁴ *Op. cit.*, p. 21.

CAPÍTULO IV - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS

1. Assunção constitucional da saúde à responsabilidade estatal: esboço histórico

O interesse estatal pela saúde surge com a constatação do “(bio)poder” dos “corpos dóceis” como mecanismo de controle e dominação social, sobretudo no campo militar⁴⁷⁵. Nesse quadro, a saúde individual estava para o Estado e não o Estado para a saúde. Afirmção que se traduz na constatação de que as poucas atuações estatais no campo sanitário preocupavam-se muito mais em afirmar os interesses do Estado do que em promover os anseios do indivíduo ou dos grupos sociais.

Até os albores da Revolução Industrial, duas eram as condutas dos órgãos estatais em matéria de saúde: os conhecimentos médicos eram utilizados para preparar soldados para eventuais confrontos militares; ou omitam-se os cuidados em saúde com o propósito de firmar a onipotência do Estado em benefício de grupos sociais privilegiados. Daí, a conclusão de MICHEL FOUCAULT: “A medicina de Estado foi, até metade do século XX, essencialmente orientada para fins, senão raciais, ao menos nacionalistas”⁴⁷⁶.

A superação desse comportamento deu-se com a percepção de que a saúde significava peça essencial ao sucesso do capitalismo. A Revolução Industrial trouxe multidões às cidades e evidenciou a necessidade patronal de dispor de trabalhadores e consumidores saudáveis. Assim, mais por interesses privados que por solidarismo,

⁴⁷⁵ Conforme preleciona Michel Foucault: “Até a segunda metade do século XVIII: o soldado tornou-se algo que se fabrica; de uma massa informe, de um corpo inapto, fez-se a máquina de que se precisa; corrigiram-se aos poucos as posturas; lentamente uma coação calculada percorre cada parte do corpo, se assenhoreia dele, dobra o conjunto, torna-o perpetuamente disponível, e se prolonga em silêncio, no automatismo dos hábitos; em resumo, foi ‘expulso o camponês’ e lhe foi dada a ‘fisionomia de soldado’.” *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 125.

⁴⁷⁶ *A crise atual da medicina*. Transcrição da primeira Conferência de Michel Foucault realizada em novembro de 1974 no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Escola de Saúde Pública, 1974, p. 2.

principia-se a responsabilização do Estado pela saúde dos cidadãos. Nada mais posto do que as palavras de SUELI GANDOLFI DALLARI:

“O Estado passa a ser responsável porque o empresário não quer que o trabalhador falte, não quer perder trabalho especializado. Também não quer ficar doente e por isso o trabalhador não pode ter epidemias que possam atingi-lo e ele tem muita força no Estado. Era o Estado liberal do século XIX. O empresário não queria investir sozinho, pagar pela saúde do trabalhador, mas ele podia fazer com que o Estado pagasse pela saúde do trabalhador, pela manutenção de sua mão-de-obra.”⁴⁷⁷

A salvaguarda da saúde, portanto, importava para os Estados, pois propiciava a segurança de que haveria força bélica, condições de trabalho e de produção, além da garantia de mercado para o consumo dos bens produzidos.

O movimento inaugurado na Revolução Industrial caminhou até a Segunda Guerra Mundial quando, segundo FOUCAULT, ocorreu um giro paradigmático no tratamento dispensado pelas organizações estatais à questão da saúde. Rompeu-se com a orientação de que o sistema sanitário deveria servir para a predominância dos interesses do Estado. Após a Grande Guerra, portanto, a ordem era “não mais o indivíduo em boa saúde para o Estado, mas o Estado para o indivíduo em boa saúde.”⁴⁷⁸

Esse novo modelo, agregado a outros fatores, contribuiu para a constitucionalização do direito à saúde. Atesta o Direito Constitucional Comparado que a saúde, como direito e compromisso estatal, figura na maioria das Constituições contemporâneas – Bélgica (artigo 23 – 2⁴⁷⁹), Espanha (artigo 43 – 1⁴⁸⁰), Finlândia (artigo 19⁴⁸¹), Grécia (artigo 21 – 3⁴⁸²), Hungria (artigo 70/d 1⁴⁸³), Itália (artigo 32⁴⁸⁴), Países Baixos (artigo 22 – 1⁴⁸⁵), Portugal (artigo 64⁴⁸⁶), El Salvador

⁴⁷⁷ Direito à saúde. In: *Direitos humanos no Brasil*. Conferência para educadores. São Paulo: MPA, 1986, p. 13.

⁴⁷⁸ *A crise atual da medicina*. cit., p. 2.

⁴⁷⁹ O artigo assegura que todos têm o direito de viver com dignidade humana, o que compreende: “*El derecho a la seguridad social, a la protección de la salud y a la asistencia social, médica y jurídica*”

⁴⁸⁰ “Se reconoce el derecho a la protección de la salud.[...]”

⁴⁸¹ “El poder público deberá asegurar a todos, de la manera que se regule más precisamente por Ley, servicios sociales y sanitarios suficientes, y promoverá la salud de la población [...]”

⁴⁸² “El Estado velará por la salud de los ciudadanos y tomará medidas especiales para la protección de la juventud, de la ancianidad y de los inválidos, así como para la asistencia a los indigentes [...]”

⁴⁸³ “Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano [...]”

⁴⁸⁴ “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti [...]”

⁴⁸⁵ “Los poderes públicos tomarán medidas para promover la salud pública.”

(artigo 166⁴⁸⁷), Cuba (artigo 43⁴⁸⁸), Honduras (artigo 145⁴⁸⁹), Panamá (artigo 105⁴⁹⁰), Porto Rico (artigo 20 – II, 20⁴⁹¹), República Dominicana (artigo 8 – 17⁴⁹²), México (artigo – 4⁴⁹³), África do Sul (artigo 27 – 1⁴⁹⁴), Bolívia (artigo 7⁴⁹⁵), Chile (artigo 9⁴⁹⁶), Colômbia (artigo 49⁴⁹⁷), Paraguai (artigo 68⁴⁹⁸), Peru (artigo 7⁴⁹⁹) e Venezuela (artigo 83⁵⁰⁰) – dentre as quais, a vigente Carta Política brasileira.

⁴⁸⁶ “Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.”

⁴⁸⁷ “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación [...]”

⁴⁸⁸ “El Estado consagra el derecho conquistado por la Revolución de que los ciudadanos, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana: tienen acceso, [...] reciben asistencia en todas las instituciones de salud [...]”

⁴⁸⁹ “Se reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.”

⁴⁹⁰ “Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como partícipe de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.”

⁴⁹¹ “El Estado Libre Asociado reconoce, además, la existencia de los siguientes derechos humanos: - El derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure para sí y para su familia la salud, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”

⁴⁹² “ El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social, de manera que toda persona llegue a gozar de adecuada protección contra la desocupación, la enfermedad, la incapacidad y la vejez. El Estado prestará su protección y asistencia a los ancianos en la forma que determine la ley, de manera que se preserve su salud y se asegure su bienestar.”

⁴⁹³ “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.”

⁴⁹⁴ “Health care, food, water and social security): Everyone has the right to have access to- a) health care services, including reproductive health care; b) sufficient food and water; and c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependents, appropriate social assistance. 1 The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights. 2 No one may be refused emergency medical treatment.”

⁴⁹⁵ “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales: a) A la vida, la salud, la seguridad e integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad.”

⁴⁹⁶ “El derecho a la protección de la salud; El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud; Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias; Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.”

⁴⁹⁷ “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [...]”

⁴⁹⁸ “El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes... Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.”

⁴⁹⁹ “Todos tienen derecho a la protección de su salud [...]”

⁵⁰⁰ “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como

2. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 concedeu “uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores”⁵⁰¹. Figura inegavelmente no rol desses direitos a proteção à saúde, guarnecida expressamente nos artigos 6º e 196, ambos do Pacto Constitucional, os quais são citados abaixo:

“Artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

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

O fato de ter o constituinte de 1988 incluído de forma expressa o direito à saúde no quadro de direitos fundamentais trouxe ao sistema constitucional atual marcantes consequências jurídicas, em especial no tocante à aplicabilidade deste direito. Sobre esse ponto, preleciona INGO WOLFGANG SARLET:

“A nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pública. Assim a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. [...] Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental.”⁵⁰²

Para além da fundamentabilidade conferida – artigo 6º –, a Carta chancelou, noutras disposições, importantes comandos normativos.

O artigo 196, por seu turno, consagra a universalidade e a igualdade de acesso à saúde, princípios esses que devem imantar toda atuação estatal nessa seara.

partigoe del derecho a la vida [...]”

⁵⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 374.

⁵⁰² Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, 2002, v. 25, n. 56, p. 44-45.

Outrossim, reconhece o dever do Estado (gênero) na promoção do direito à saúde. Encargo que se complementa com o disposto no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, o qual estabelece competência comum a todas as esferas governamentais da federação para a implementação dos serviços e demais atos materiais voltados à concretização desse direito. Em outros termos, significa afirmar que o dever de “cuidar da saúde” constitui obrigação partilhada entre todas as esferas governamentais do Estado federal.

A distribuição de competência assim impressa albergou a responsabilidade solidária de todos os entes da federação, feito que repercute, entre outros aspectos, na acionabilidade judicial a fim de garantir a efetivação do direito à saúde, principalmente diante de atos omissivos (e inconstitucionais) do Poder Público. A depender do teor da demanda, será viável o ajuizamento de ações em defesa do direito à saúde em face de todos os entes autônomos ou, conforme o caso, apenas contra a União, o Estado, o Município ou o Distrito Federal, considerados isoladamente. Por outro norte, a responsabilidade solidária justifica a rejeição da inclusão ou a permanência no processo de outro(s) ente(s) federado(s)⁵⁰³.

Além das competências materiais comuns, o sistema de repartição de competências traz ainda competências legislativas concorrentes no âmbito da proteção e da defesa da saúde. Com efeito, poderão os Poderes Legislativos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, respeitadas as regras de harmonização da atividade legiferante concorrente, editarem normas jurídicas comprometidas com a materialização desse direito social. As competências

⁵⁰³ Nesse sentido, tem decidido tribunais estaduais pátrios: Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul: “Direito público não especificado. Fornecimento de medicação a portadora de retocolite ulcerativa inespecífica e hepatite auto-imune. Responsabilidade do Estado. 1. Preliminar de chamamento ao processo da União e do Município de Santa Maria suscitada pelo Estado afastada, uma vez que é responsável solidário pelo fornecimento do medicamento, podendo a parte postular em juízo o tratamento gratuito da sua doença perante qualquer dos entes da Federação[...]. Apelação Cível. n. 70014203764, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro, *j.* 11/05/2006; Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Agravo de instrumento – fornecimento de medicação para portadora de osteoporose e osteoartrogrose severas – chamamento ao processo da União e do Estado de Santa Catarina – tese rejeitada – exegese dos artigos. 23, II e 198 da Constituição Federal[...].” Agravo de Instrumento n. 2005.038265-3, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, *j.* 28/03/2006; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Obrigação de fornecimento de medicamentos por parte do ente público municipal ao hipossuficiente que deles necessita. Obrigação solidária das unidades federativas que não dá azo ao chamamento ao processo da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro, visto não tratar-se [*sic*] de dívida solidária, mas da execução de uma política de saúde, cuja responsabilidade primária é do ente municipal, a teor da redação do artigo 30, inciso VII da Constituição Federal em regime de cooperação com a União e o Estado.” Apelação Cível n. 2006.001.12069, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, *j.* 29/06/2006.

concorrentes representam, na acepção de RAUL MACHADO HORTA, verdadeiro “condomínio legislativo”.⁵⁰⁴

A despeito do preceito insculpido no *caput* do artigo 24 – dispositivo constitucional que enumera explicitamente as competências concorrentes, também denominadas de competências verticais – não fazer alusão ao município, é equivocado afirmar que este ente federativo está impossibilitado de atuar em conjunto com as demais unidades da Federação na elaboração de leis cujo objeto guarda relação com a promoção do direito à saúde. Necessário é interpretar o referido mandamento constitucional sob o influxo da disposição agasalhada em outro dispositivo da Lei Maior: o art. 30, inciso II, que, por sua vez, autoriza o município a suplementar a legislação federal e estadual⁵⁰⁵.

Destarte, todos os municípios do país, desde que respeitem as disposições consagradas na Constituição Federal e na Constituição do Estado com o qual estejam vinculados, além de estarem autorizados, têm o dever de procederem à atuação normativa em matéria de saúde pública, tanto por meio da promulgação de leis que tenham por objetivo a promoção, a defesa e o cuidado da saúde, quanto pela edição de normas administrativas.

O artigo 197 da Lei Magna traz outro aspecto importante na compreensão da arquitetura constitucional do direito à saúde: atribui que são de “relevância

⁵⁰⁴ *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 366.

⁵⁰⁵ A propósito, esclarece Fernanda Dias Menezes de Almeida: “O próprio art. 30, II, esclarece que a legislação municipal suplementar ocorrerá no que couber. É preciso, pois, verificar quando cabe essa legislação. Preliminarmente, diríamos que só cabe a suplementação em relação a assuntos que digam respeito ao interesse local. Nenhum sentido haveria, por exemplo, em o Município suplementar a legislação federal relativa ao comércio exterior ou relativa à nacionalidade e à naturalização. Da mesma forma, seria sem propósito que a lei municipal suplementasse a legislação estadual atinente ao funcionalismo do Estado ou à organização da Justiça estadual. Partindo dessa premissa, examinaremos a matéria por partes separando as hipóteses em que a legislação municipal suplementar seja necessária para atuar competências materiais privativas do Município ou para atuar competências materiais comuns. Em relação à primeira hipótese, terá cabimento a legislação municipal suplementar quando o exercício da competência material privativa do Município depender da observância de normação heterônoma. Isto poderá ocorrer em relação à legislação federal e à legislação estadual. Quanto à legislação federal, o Município complementar ou suprirá normas gerais da União ao exercer, por exemplo, a competência privativa de instituir os próprios tributos, por qualquer das esferas, se deve pautar pelas normas gerais de Direito Tributário postas pela União. Nesse caso, o Município estabelecerá as normas tributárias específicas (competência complementar) e poderá até mesmo editar normas gerais, admitindo-se, em tese, que a União se omita em expedi-las (competência supletiva). No que se refere à suplementação de legislação estadual pelo Município, será ela possível também quando o exercício de competência material privativa se condicionar à observância de legislação do Estado. O artigo 30, IV, fornece exemplo dessa situação, ao prever que ao Município compete criar, organizar e suprimir distritos, observa a legislação estadual.” *Competências na Constituição de 1988*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 139-140.

pública as ações e serviços de saúde”. Essa redação, conforme estatui SUELI GANDOLFI DALLARI, ultrapassa o sentido de “natureza pública”, termo esse que constava no projeto de Constituição e era postulado por segmentos sociais. O reconhecimento da relevância pública da saúde confere-lhe envergadura muito maior⁵⁰⁶, de modo a fazer com que o seu conceito ultrapasse o campo do interesse individual, alcançando objetivos sociais⁵⁰⁷.

Por sua vez, o regramento estabelecido pelo artigo 198 da Lei Fundamental prevê a estruturação do Sistema Único de Saúde e assoalha importantes diretrizes⁵⁰⁸ para seu funcionamento. Dentre essas orientações gerais, sobressaem-se o princípio do atendimento integral (inciso II) e o princípio da participação da comunidade (inciso III).

Outras disposições constitucionais atestam a preocupação constituinte em prestigiar o direito à saúde, entre essas, a diretriz que determina que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família, inclusive quanto à saúde (artigo 7º); incumbência dos Municípios na prestação, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, de serviços de atendimento à saúde da população (artigo 30, inciso VII); possibilidade de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal (artigo 34, inciso VII, alínea “e”), e dos Estados nos Municípios (artigo 35, inciso III), no caso de não aplicação do mínimo exigido da receita nas ações e nos serviços públicos de saúde. Finalmente, o artigo 227⁵⁰⁹ prevê garantias especiais de atenção à saúde da criança e do adolescente.

⁵⁰⁶ El derecho a salud en la nueva Constitución brasileña. In: *Programa de Desarrollo de Políticas de Salud*. Serie informes técnicos, n. 10, Washington: OPAS, 1992, p. 12.

⁵⁰⁷ A partir dessa perspectiva, é justificável e merecedora de beneplácito a tese também de Sueli Gandolfi Dallari de que o direito à saúde pública é parte integrante do direito administrativo, isso porque, “refere sempre atuações estatais orientadas o mais exaustivamente possível, pela própria sociedade por meio do aparelho legislativo do Estado, em termos práticos o direito da saúde pública assenta perfeitamente o rótulo de direito administrativo porque se trata de disciplina normativa que se caracteriza pelo preenchimento daqueles princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público. Uma nova disciplina: O direito sanitário. In: *Revista Saúde Pública*, v. 22, n. 4, 1988, p. 322. Vide da mesma autora: Direito sanitário. In: *Revista Direito Sanitário e Saúde Pública*, Brasília, v. 1, 2003, p. 40.

⁵⁰⁸ Usaremos diretriz como sinônimo de princípio.

⁵⁰⁹ Artigo 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º– O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil.”

Ante o exposto, perfilhamos a tese de WAGNER BALERA, no sentido de que do “ponto de vista jurídico, a Constituição criou todas as condições para que o direito de todos à saúde venha a se tornar realidade em nosso país.”⁵¹⁰

3. Conceito jurídico constitucional do direito à saúde

Contextualizado seu reconhecimento constitucional, impende definir o que se compreende por “direito à saúde”.

O conceito de “direito à saúde” é demasiado dificultoso, pois pressupõe o enfrentamento, na mesma verga e no mesmo momento, de dois termos plurívocos: “direito” e “saúde”.

Clássica conceituação de “saúde” emana do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1946, na qual está consignado que “saúde é o bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. Trata-se de um conceito abrangente, pois agrega fatores diversos que escapam à medicina, em especial no que concerne às condições sociais. Ademais, essa formulação funda-se em condições de difícil cientificidade e incerta constatação empírica, como é o caso do substantivo composto “bem-estar”.

Esse conceito, dada sua redação aberta, é alvo de severas críticas. ANDRÉ DOEDERIA SCHWARTZ sustenta que o conceito da OMS é “irreal, que não se adapta à realidade fática, afinal, o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado, que se alarga ou diminui de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia, ou, em outras palavras, da autopoiese, da autocriação dos sistemas sociais.”⁵¹¹

De fato, a definição de saúde escapa aos parâmetros médicos e científicos. Mesmo a partir de critérios de padronização nosológicos, a definição dispõe-se como espinhosa, sobretudo porque existe permanente evolução dos conceitos e das acepções das anomalias. Não bastasse a espinhosa tarefa de classificar as mazelas que podem acometer o homem, compreender de modo integral a saúde demanda aprofundados estudos sobre os paradigmas sociais, culturais, valorativos e políticos que se relativizam conforme cada sociedade.

⁵¹⁰ O direito constitucional à saúde. In: *Revista de Previdência Social*, ano XVI, n. 134, 1992, p. 21.

⁵¹¹ Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. In: *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 1, mar. 2001, p. 30.

Em que pesem as críticas, o conceito cunhado pela OMS serve, ao menos, como diretiva para chegar-se a uma definição de “saúde”. É essa conceituação que deve nortear toda investigação e aplicação do direito sanitário, de forma que orientações que se opuserem ou se afastarem do conceito da OMS não poderão ser concebidas como relacionadas à ideia de “saúde”, porque estarão desprovidas das balizas mínimas de concretização desse direito. Nesse compasso, SUELI GANDOLFI DALLARI adverte que, “apesar de muitas restrições feitas, esse conceito tem prevalecido fundamentalmente devido à constatação de que qualquer redução o deformará irremediavelmente.”⁵¹²

Tem-se, assim, um primeiro vetor para a compreensão do conceito jurídico constitucional de saúde. Esse direito não pode ficar circunscrito apenas à proteção contra afecções que debilitam a higidez física dos sujeitos. A conformação da saúde, elevada a valor constitucionalmente assegurado, açambarca também o bem-estar social.

Para além disso, ao serem desvendados o sentido e o alcance do direito à saúde, não se pode descurar dos pressupostos hermenêutico-constitucionais que viabilizam a correta interpretação das normas constitucionais. Dentre esses cânones de exegese, o princípio da unidade da Constituição, (proibição de interpretação isolada – interpretação sistemática) e o princípio da máxima efetividade possível que deve ser conferida às normas constitucionais⁵¹³ desempenham papéis de grande relevo na efetivação do direito fundamental em análise.

O constituinte, como assinalado acima, não se omitiu de buscar instaurar um arcabouço normativo habilitado a garantir ampla proteção à saúde. Esculpiu princípios e regras essenciais, como é caso da fundamentalidade do direito à saúde, da igualdade de acesso, do atendimento integral, da solidariedade dos entes federados no tocante à execução dos atos materiais que permitem a concretização desse direito,

⁵¹² Direito à saúde: responsabilidade e garantias. In: DALLARI, S. G.; TOJAL, S.B. de B.; DALLARI, D, de A; BALERA, W. (orgs.). *O direito sanitário na Constituição brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social*. Série Direito e Saúde, Brasília, OPAS, n. 4, 1994, p. 9-10.

⁵¹³ Significa, conforme Celso Ribeiro Bastos, “que sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia.” *Hermenêutica ... cit.*, p. 104. A máxima eficácia esta associada com a concordância prática assim definida por Virgílio Afonso da Silva “a ideia de concordância prática esta ligada à ideia de proporcionalidade, pois exige que, na solução de problemas constitucionais, deve-se procurar acomodar os direitos fundamentais de forma que todos possam ter eficácia ótima.” *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 127. Aderimos à ideia de eficácia máxima quanto aos direitos fundamentais, mesmo considerando a possibilidade de colisão de direitos que comumente se verifica em torno do direito à saúde.

e ainda do caráter de relevância pública impregnado aos serviços vinculados aos assuntos sanitários.

Esses comandos principiológicos específicos do direito à saúde devem ser concatenados com outras diretrizes constitucionais. Somente será possível extrair o real significado e a precisa delimitação da proteção constitucional atribuída à saúde se forem considerados outros preceitos indissociáveis do direito em tela, tais como a dignidade humana, a redução das desigualdades sociais, a prevalência dos direitos humanos e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, todos esses consagrados na letra da Lei Maior. Acrescente-se ainda que inúmeras disposições consignadas em tratados internacionais de direitos humanos também não podem ser negligenciadas ao se buscar definir a extensão do direito à saúde.

Devem também ser ponderados nessa miscelânea os anseios sociais, pois, como pontua J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, “a Constituição deve ser interpretada de modo a tornar efetiva a intenção do povo, que a adotou”⁵¹⁴. Observação que se complementa com o escólio de PETER HÄBERLE, o qual pondera que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.”⁵¹⁵

Em resenha, é do todo constitucional – aqui incluindo os tratados de direitos humanos – e da vontade do povo que se deve extrair o conceito (amplo) do direito à saúde, sempre buscando assegurar a eficácia das normas constitucionais, principalmente daquelas que disciplinam direitos fundamentais.

4. Direito à saúde indígena: vetores constitucionais

4.1. Necessidade de interpretação sistemática e valoração dos princípios

⁵¹⁴ *Op. cit.*, p. 275.

⁵¹⁵ *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 43.

O “direito à saúde indígena” amalgama duas frentes de normatização constitucional: por um lado, a normativa tocante aos povos indígenas, e, por outro, a atinente ao direito à saúde. Cada qual está embasada em fito e estrutura constitucional própria. Em ambos os casos, a disciplina normativa – como é próprio de todo o texto constitucional de 1988 – constitui-se de regras e princípios.

A bifurcação “saúde” e “indígenas” deve ser diluída pela atividade interpretativa, a qual deve conectar as normativas, para, em conjunto com as demais disposições e princípios constitucionais, determinar os contornos do “direito à saúde indígena”. Nesse contexto, o enquadramento e a compreensão do direito à saúde indígena, bem como seus consectários, pressupõem a reflexão sobre os princípios e sobre a interpretação constitucional.

O retorno aventado à interpretação constitucional justifica-se em razão da necessidade de reviver a importância do pressuposto hermenêutico-constitucional da unidade da Constituição, pois esse recurso interpretativo, por excelência, possibilita que se entrelace racionalmente as normas constitucionais que se ocupam com a saúde – considerada em sua acepção ampla – com as normas da Constituição que versam sobre a proteção dos indígenas. Essa junção resulta em um todo coerente, responsável pela corporificação, no âmbito da Lei Maior, de mandamentos vinculados especificamente à proteção da saúde do índio. Nesse desiderato, calham as palavras de J. J. GOMES CANOTILHO:

“O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”⁵¹⁶

O resgate da discussão acerca dos princípios encontra azo no fato de que o direito à saúde indígena está assentado, em grande porção, em princípios. Decorre daí a imperiosidade de gizar a aplicabilidade das normas principiológicas

⁵¹⁶ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, pp.1.223/1.224

incorporadas no texto da Constituição, ainda que de forma implícita.

Sem ingressar nas celeumas que comumente se travam em torno dos princípios, estamos com aqueles que, como ROBERT ALEXEY, entendem que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”⁵¹⁷, correspondendo a autênticos mandamentos de otimização; que, como RONALD DWORKIN, caminham para a normatividade dos princípios⁵¹⁸; que, como FÁBIO KONDER COMPARATO, sustentam que uma norma de princípio possui “mais importância e, por conseguinte, mais força jurídica que uma simples regra”⁵¹⁹ – ideia também sufragada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵²⁰; que, como PAULO BONAVIDES, defendem que os “princípios são o oxigênio das constituições.”⁵²¹

Ancoradas essas premissas, delinea-se, com mais segurança, o direito indígena à saúde na Constituição Federal de 1988.

4.2. Titularidade indígena ao direito à saúde

⁵¹⁷ *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵¹⁸ Da sua pena: “[...]tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 71. Conforme Oscar Vieira Vilhena, Dworkin defende que: “Os princípios, por sua vez, contam com razões que devem levar o juiz a uma determinada decisão, mas não exigem um única conclusão. Diferentemente das regras, não são razões determinantes, pois pode haver outros princípios que apontem em direção oposta. Quando se diz que um princípio faz parte do Direito o que se pretende é que ele seja levado em conta por aquele que tem a responsabilidade de tomar uma decisão.” *A Constituição e sua reserva de justiça*. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, p. 199.

⁵¹⁹ *Princípios e regras*. Políticas públicas. Material de apoio, Curso de Especialização em Direitos Humanos, Universidade de São Paulo, 2006, p. 1.

⁵²⁰ Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que: “Princípio - já averbado alhures - é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão, inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível ao seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas orçadas”. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 817-8.

⁵²¹ Segue aduzindo o autor: “É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.” *Curso ... cit.*, p. 288.

Inexiste na Carta Política dispositivo guarnecendo especificamente o direito indígena à saúde, todavia esse mote não passou despercebido nos debates da constituinte – 1987/1988. Baseada em dados da Fundação Oswaldo Cruz e nas discussões havidas na VIII Conferência Nacional de Saúde, MANOEL CESÁRIO trouxe a Mesa da Subcomissão do Índio proposta de emenda aos dispositivos reservados aos direitos dos índios, pretensa a proteger a saúde indígena, contendo a seguinte redação:

“No art. 1º: É dever do Estado garantir o acesso das nações indígenas às ações e serviços de saúde, bem como sua participação, na organização, gestão e controle dos mesmos.”⁵²²

A proposição – infelizmente – não restou acolhida. Nesse contexto cumpre investigar a extensão do direito à saúde – previsão geral – aos povos indígenas.

A titularidade desse direito pelos indígenas encontra supedâneo nos preceitos dos artigos 6º e 196, ambos da *Lex Mater*. Embora esses dispositivos não façam referência expressa ao amparo jurídico que deve ser assegurado à saúde do índio, jamais poderão ser interpretados de modo a excluir os povos indígenas de sua área de abrangência.

O artigo 6º não precisou seus titulares; assim sendo, como advertem DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, “devemos entender que são titulares todos aqueles que necessitam de prestações relacionadas”. Nem mesmo uma interpretação restritiva desse artigo, cingindo sua titularidade aos brasileiros, excluiria os indígenas, posto que se trata de “brasileiros” (critério do *ius solis* – artigo 12, da Constituição Federal). Diga-se, nessa quadra, que, inclusive aos estrangeiros não domiciliados no país, mas ingressados em território nacional, tem-se garantido o direito à saúde, conforme já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Sistema único de saúde. Transplante de medula. Tratamento gratuito para estrangeiro. Art. 5º da CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos e garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que

⁵²² *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões), Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, Ata da 11ª Reunião – 2ª Parte (realizada em 5 de maio de 1987)*, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1987, p. 173.

condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais.”⁵²³

A extensão da titularidade aos indígenas ainda deflui da previsão constitucional da universalidade do direito à saúde (artigo 196). No que respeita a esse ponto, é incisivo o magistério de DALMO DE ABREU DALLARI, ao enfatizar que “a Constituição de 1988 consagrou a saúde como direito de todos, que deve ser respeitado por todos.”⁵²⁴

Relembrando as palavras de AFRÂNIO DE MELLO FRANCO dirigidas à Constituinte 1933/34, seria ilógico “que nossa Constituição estabeleça garantia para todo mundo, inclusive aos estrangeiros, e deixe o brasileiro indígena sem garantias”⁵²⁵. Sendo o direito à saúde um direito dotado de incontestável fundamentalidade, não há como negá-lo a nenhum indivíduo que esteja em qualquer parte do território brasileiro, de nada importando a condição social, a nacionalidade, a localização geográfica ou demais rótulos que se imprimam.

4.3. Princípios fundamentais informadores do direito indígena à saúde

Os princípios constitucionais fundamentais ou “normas fundamentais”⁵²⁶ designam, consoante doutrina de J. J. GOMES CANOTILHO, “os princípios constitutivos do ‘núcleo essencial da constituição’, garantindo a esta uma determinada *identidade e estrutura*.”⁵²⁷

A Constituição consegue ser arquitetada de forma coesa e sistêmica porque existem os princípios fundamentais. A função primordial dessa principiologia é, pois, estruturar a obra do poder constituinte, conferindo-lhe harmonização, sentido e

⁵²³ Agravo de Instrumento n. 200504010326106, Terceira Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, j. 29/08/2006.

⁵²⁴ A VIGILÂNCIA sanitária é ... [Editorial]. In: *Revista Brasileira de Vigilância Sanitária*, v. 1, n. 1, jan/mar., 2005, p. 1. Em 1981, Dalmo de Abreu Dallari ressaltava a insuficiência do reconhecimento constitucional no texto vigente à época: “A proteção da saúde, apesar de ser indispensável para a vida normal e a própria sobrevivência das pessoas, só aparece como um direito no capítulo referente aos trabalhadores e ainda assim de modo insuficiente. Embora se diga que existe o direito à higiene e segurança do trabalho e à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, o conjunto dos dispositivos torna muito precários esses direitos.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 57.

⁵²⁵ Capítulo II (epígrafe).

⁵²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso... cit.*, p. 98.

⁵²⁷ *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 348, grifos do original.

sustentabilidade. Os princípios fundamentais dimanam efeitos sobre todas as normas constitucionais, rechaçando, por consequência, as disposições que, não obstante possam estar aderidas à Constituição, não apresentem congruência com os valores mais caros ao sistema constitucional ou – principalmente – não consagrem os valores fundantes do ordenamento jurídico.

A aplicação das normas correlacionadas ao direito indígena à saúde, evidentemente, deve estar em consonância com os princípios fundamentais, sob pena dessas normas não serem reconhecidas como adequadas aos preceitos constitucionais mais elementares do sistema jurídico posto pelo Estado. Assim, fica claro que, do ceto dos mandamentos estruturantes da Constituição Federal de 1988, a disciplina normativa da saúde indígena está profundamente arraigada com a concretização da dignidade da pessoa humana, do princípio da justiça (ou estado) social e do princípio da não-discriminação.

O princípio da dignidade da pessoa humana, plasmado no artigo 1º, inciso III, do Texto Maior, como afirma com propriedade MARIA GARCIA é “o substrato dos direitos humanos fundamentais extravasando, por isso, o território do Estado, para incidir onde quer que se encontre o elemento humano, ínsito que sempre esteve na qualidade do ser-Homem[...].”⁵²⁸

Em virtude de sua singular importância, tem-se conferido valor essencial a esse princípio, que se releva na interpretação e aplicação das normas constitucionais, conforme assevera DANIEL SARMENTO:

“O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.”⁵²⁹

INGO WOLFGANG SARLET enaltece a interdependência que há entre a cláusula geral de dignidade da pessoa humana e o direito constitucional à saúde, declarando que

⁵²⁸ Direitos Humanos e a constitucionalização do Direito Internacional: o direito/dever de ingerência. In. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, n. 8 jan/jun. 2008, p. 89 -90.

⁵²⁹ *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 60.

“todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção [...]. Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade humana não apenas impõe abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos[...]. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.”⁵³⁰

O preâmbulo da Constituição Federal vigente institui, como valor supremo, o “Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais”. Elenca o constituinte ainda que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III), constituem objetivos a serem perseguidos por todos os órgãos e agentes públicos que, de uma forma ou outra, estão inseridos no panorama institucional da República Federativa brasileira. Esses significativos proclames convergem, juntamente com outras disposições constitucionais – sobretudo aquelas que veiculam os direitos sociais –, na máxima de que o constituinte de 1988 optou conscientemente pela adoção do modelo de Estado Social, ou do princípio fundamental da Justiça Social.

Isso importa, conforme KONRAD HESSE,

“não só um reconhecimento forçado de uma realidade que não mais pode ser negada. Senão, isso significa, que as *tarefas do Estado* não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa.”⁵³¹

Consequência lógica da adoção desse enquadramento principiológico é que todos os atos referentes aos direitos subjetivos – dentre os quais está o direito à saúde – deverão ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados do modelo de Estado Social. A esse respeito, elucida PAULO BONAVIDES que “não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Constituição de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais

⁵³⁰ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

⁵³¹ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1988, p. 175, grifos do original.

fundamentais.”⁵³². O paradigma do Estado Social incorporado pelo Pacto Fundamental Republicano deve condicionar também o tratamento jurídico que se dispensa à questão da saúde indígena.

A exemplo, resta configurada patente afronta ao compromisso de se construir um Estado afinado com a diretiva de justiça social a comprovação de que os organismos de governo assistem inertes à pauperização dos povos indígenas e o inaccessos aos serviços básicos de saúde.

A Carta de 1988 alçou o princípio da não-discriminação (artigo 3º, inciso IV) à condição de norma principiológica estruturante do ordenamento constitucional. Esse princípio, na lição de MIGUEL CARBONELL, importa a “variedade do princípio geral da igualdade, muitas vezes acompanhado de uma lista de critérios que se consideram ‘especialmente odiosos’ ou suspeitos de violar esse princípio geral.”⁵³³ Dentre tais critérios, o constituinte brasileiro acolheu, de modo não taxativo – pois a redação empregada na parte final do inciso IV do artigo 3º (“quaisquer outras formas de discriminação”) clarifica que a questão da não-discriminação não se esgota no texto da Constituição –, a origem, a raça, o sexo, a cor e a idade como determinantes para a aferição do respeito a esse valor.

Como medida emergencial que visa a satisfazer o direito à igualdade, a não-discriminação, embora reconhecidamente importante, não é suficiente, por si só, para satisfazer seu objetivo primeiro: a igualdade⁵³⁴. Na linha de argumentação de FLÁVIA PIOVESAN, não basta tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, “faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade.”⁵³⁵

A especificação aqui propugnada autoriza que em seu nome sejam especialmente tratados os desiguais, tal qual ensina NORBERTO BOBBIO, a quem “uma

⁵³² *Curso... cit.*, p. 373.

⁵³³ La igualdad y los derechos humanos. In: _____. (comp.). *El principio constitucional de igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 12.

⁵³⁴ PIOVESAN, Flávia. Implementação do direito à igualdade racial. In: *Revista de Direitos Difusos*, out. 2001, v. 9, p. 1.128. Segue a autora: “Vale dizer, para garantir e assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão – exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quanto o que pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.”

⁵³⁵ Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos. cit.*, p. 49.

desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.”⁵³⁶ Esse magistério se compagina com a doutrina de MARIA GLÓRIA E. P. D. GARCIA:

“Há que discriminar para igualar. Tendo como pressuposto esta idéia, assiste-se a um desvio da atenção da força normativa do princípio do critério-chave que preside aos juízos de igualdade e de desigualdade, para o próprio fim ou axiologia do regime jurídico. O princípio da igualdade adquire uma intenção normativa, corretora das tendências abusivas da liberdade de cada um, apresentando-se quer como programa de ação – realização de uma igualdade social –, quer como expressão da justiça material – realização da ‘idéia de Direito’ – e, em qualquer dos casos, converte-se num limite interno da atividade do poder público.”⁵³⁷

Nesse plano, o princípio se entrecruza com a saúde, pois, em razão de ser parte integrante dos direitos sociais, esse direito objetiva, em essência, “reduzir a desigualdade entre quem tem e quem não tem, ou colocar um número cada vez maior de indivíduos em condições de serem menos desiguais no que diz respeito a indivíduos mais afortunados por nascimento ou condição social.”⁵³⁸

Se os direitos sociais interferem na igualdade, a igualdade, por sua vez, interfere nos direitos sociais. Não é sem motivo que PAULO BONAVIDES afirma ser “o princípio da igualdade a mais valiosa das garantias sociais.”⁵³⁹ Outrossim, grifa FLÁVIA PIOVESAN que

“a implementação do direito à igualdade é tarefa fundamental a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade – a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A busca democrática requer fundamentalmente o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos elementares.”⁵⁴⁰

Ao se estreitar o princípio em comento com o direito indígena à saúde, tem-se, ao menos, duas implicações: por um lado, repele-se a discriminação dos povos indígenas no acesso aos serviços de saúde, o que veda, por exemplo, a destinação de

⁵³⁶ *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2000, p. 32.

⁵³⁷ *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63-64.

⁵³⁸ BOBBIO, Norberto, *Direita e esquerda*. Razões e significados de uma distinção política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1995, p. 109.

⁵³⁹ O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez., 2003, p. 223.

⁵⁴⁰ *Implementação do direito... cit.*, p. 1.131.

verbas em patamares inferiores àqueles despendidos aos demais segmentos populacionais, a não distribuição de determinados medicamentos, a destinação de número inferior de consultas àquelas previstas para os não-índigenas; por outro, considerando-se os condicionantes particulares que se relacionam às populações indígenas, é autorizada a instituição de normas, de políticas de saúde especializadas, e ações governamentais primadas pela diferença ínsita aos indígenas, garantindo-lhes acesso igualitário ao direito à saúde.

4.4. O direito dos índios à saúde nos tratados de direitos humanos, como parte integrante do corpo constitucional: princípios informadores e fundamentalidade da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho

A saúde é Direito (subjetivo) Humano normatizado, configurando, com efeito, na lição de GOFFREDO TELLES JUNIOR, “permissão jurídica para fruição de bens soberanos”⁵⁴¹. Permissão que se estende a todos os “cidadãos do mundo” dentre os quais os indígenas, pois como sustenta FÁBIO KONDER COMPARATO a “titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente a existência do homem, os direitos humanos são, direitos próprios de todos os homens, enquanto homens.”⁵⁴²

Seguindo essa esteira de raciocínio, verifica-se que o direito à saúde resta reconhecido também em tratados internacionais de direitos humanos – tanto do Sistema Global como Regional Interamericano de proteção dos direitos humanos – , já inseridos no sistema interno brasileiro. No caso, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais⁵⁴³, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁵⁴⁴ (5º e – iv), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁵⁴⁵ (artigos 11 (1 – “f”) e 12), na Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 24(1) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos

⁵⁴¹ *Iniciação na ciência ... cit.*, p. 342.

⁵⁴² COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, dez. 2000, ano 4, n. 48, p. 62.

⁵⁴³ Ratificado em 1992; aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226 de 12/12/1991; promulgado pelo Decreto nº 591 de 06/07/1992.

⁵⁴⁴ Ratificada pelo Brasil em 1968; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21/07/1967; promulgada pelo Decreto nº 65.810 de 8/12/1969.

⁵⁴⁵ Ratificada pelo Brasil em 1984; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14/11/1983; promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13/09/2002.

Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁴⁶(artigo 10 (1)).

Conectando à tese retro perfilhada de que os tratados de direitos humanos gozam de *status* constitucional – uma vez que integram o bloco constitucional por força da cláusula aberta dos direitos fundamentais (artigo 5º § 2º da Constituição Federal) –, resta extirpada qualquer dúvida que possa ainda pairar quanto à proteção constitucional brasileira do direito à saúde, inclusive do direito do indígena à saúde, especificamente considerado, dada a expressa previsão constante na Convenção nº 169 da OIT – também consistente em tratado de direitos humanos – a qual assim reconhece:

“Artigo 25 – 1: Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.”

Além de aferrar a garantia, os tratados citados deflagram princípios informadores que devem ser conformados com os princípios escritos na própria Carta Política, na efetivação do direito à saúde. No exato sentido que argui MARIA GARCIA:

“Pode-se conceber o efeito prismático dos direitos humanos, projetando-se em feixes de valores consagrados pela comunidade, os quais imantam os princípios e regras integradores do sistema constitucional, estendendo-se até o último dos seus dispositivos.”⁵⁴⁷

Exemplificativamente, extraem-se da conjugação dos comandos da Convenção sobre os Direitos da Criança com os do artigo 227 da Constituição Federal os seguintes vetores para a questão da saúde das crianças indígenas: *a*) direito à assistência integral (artigo 227 *caput* e CDC – 24(1)) à saúde – aí se incluindo cuidados preventivos e curativos, abrangendo inclusive a assistência pré-natal e pós-natal às mães (artigo 24(2) “*d*” – CDC); *b*) dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar o direito à saúde da criança indígena (artigo 227 *caput* –

⁵⁴⁶ Integrado pelo Decreto nº 3.321 de 1999. Urge grifar, com vista à saúde indígena, que o Protocolo determina o compromisso do estado em adotar medidas para “satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis” (artigo 10 (1) “f”).

⁵⁴⁷ O efeito prismático dos direitos humanos: a expressão circular do Homem Vitruviano e os direitos humanos das vítimas. In: *Revista Mestrado em Direito Osasco*, ano 8, n.1, 2008, p. 260.

CF); c) dever do Estado de, em caráter prioritário (artigo 227 § 1º – CF), adotar medidas apropriadas, inclusive em caráter especial, para “reduzir a mortalidade infantil (artigo 24(2) “a” – CDC) e “combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental” (artigo 24(2) “c” – CDC).

Dada a pertinência material – assuntos indígenas –, para o direito indígena à saúde têm relevância especial os princípios plasmados pela Convenção nº 169 da OIT, dentre os quais se destacam os seguintes: a) o direito de escolha, de escuta do povo indígena em todas as decisões que lhes afetem, inclusive as concernentes à saúde (artigos 6º e 7º(2)); b) administração e planejamento dos serviços de saúde em cooperação com os povos indígenas, levando-se em conta suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais (artigo 25 (2)); c) prioridade nos planos de desenvolvimento da melhoria das condições de saúde indígena (artigo 7º(2)).

A interpretação e a aplicação inter-relacionadas da normativa constitucional e internacional conferem maior amplitude e garantia ao direito dos indígenas à saúde, cumprindo a vontade constitucional de máxima eficácia aos direitos fundamentais, sobretudo se considerada a cláusula da prevalência da norma mais benéfica ao interesse da vítima; e ainda, por outro prisma, afasta qualquer pretensão de responsabilidade internacional pelo descumprimento dos compromissos do Estado.

4.5. *Compreensão do artigo 231 à luz do direito do índio à saúde*

“Quando se faz uma exploração de madeira ou de minerais em terras indígenas coloca-se em risco sua organização social, sua cultura, seus rituais e suas crenças destruindo seus valores e não tem indenização que pague isso.” (CACIQUE DARÃ, guarani da reserva Nhumendaju⁵⁴⁸)

A uniformidade da Constituição atenta para a necessidade de se interpretar o artigo 231 do Pacto Fundamental, amoldando-o ao direito do índio à saúde, o que

⁵⁴⁸ *Jornal Paraná Indígena*, n.1, setembro de 2000, p. 11.

certamente eliminará eventuais contradições aparentes que possam ser vislumbradas no seio do Texto Maior.

O *caput* do artigo 231, além do direito à identidade cultural – direito à diferença –, reconheceu aos povos indígenas o direito à posse permanente da terra, que tradicionalmente ocupam, instituto denominado pela doutrina de “indigenato”. Trata-se de uma criação jurídica, cuja importância para o resguardo dos interesses das comunidades indígenas é impossível de ser precisada, uma vez que representa uma das principais garantias, hoje existentes, a de que a preservação dos indígenas, ao menos no campo fundiário, é dever constitucional expressamente imposto à União. No que concerne a essa peça-chave da proteção constitucional idealizada aos índios, vale considerar os seguintes esclarecimentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seriam sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. Vindo a Lei 601/1850, os grileiros de sempre, ocupando terras indígenas, pretendiam destes a exibição de registro de suas posses. João Mendes Júnior, num texto que bem reflete o sentimento de autêntico jurista que era, rebateu a pretensão nos termos seguintes: ‘Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita a legitimação e registro’.

É que, conforme ele mostra, o *indigenato* não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O *indigenato* é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a *ocupação* é um título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si, ‘não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.’”⁵⁴⁹

Esse direito, para ser integralmente assegurado, necessita, pois, que se proceda à ação demarcatória. Ato incumbido à União, cuja demora em realizá-lo vem fustigando, em diferentes intensidades, o direito à terra sufragado pelo constituinte aos índios. Sob qualquer prisma que se observe, não se encontram justificativas ao descumprimento, por parte do Poder Público Federal, desse dever, sobretudo quando se considera que essa tarefa foi consignada, mais de uma vez, àquele ente federado,

⁵⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso ...cit.*, p. 827-832.

pelo texto da Constituição Federal (artigos 231; 20, inciso XI, ambos da Constituição Federal; e 67 do ADCT).

A concretização do direito à posse da terra encontra franca ressonância na promoção do direito do indígena à saúde. Percebe-se, nessa toada, que o liame entre terra e saúde está fulcrado em dois aspectos: primeiro, que a efetivação do direito à terra muito contribuirá para a minoração dos conflitos territoriais, feito que tem vitimado inúmeros indígenas; segundo, e, principalmente, que a terra é condição de sustentabilidade indígena e exercício de sua cultura. Consequentemente, deve-se reconhecer o acerto da ideia conclusiva lançada por RODOLFO STAVERNENHAGEN, ao afirmar que “a saúde física, a saúde mental e a saúde social do povo indígena estão vinculadas com o conceito de terra”.⁵⁵⁰

O § 3º do artigo 231 da *Lex Mater* permite o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, desde que autorizadas pelo Congresso Nacional, com a oitiva dos povos indígenas diretamente envolvidos pela exploração desses recursos naturais. Ainda quanto ao uso das terras que ocupam, ganha projeção constitucional o direito à participação indígena nas tomadas de decisões que poderão redundar em graves e incontornáveis problemas às comunidades afetadas. Tão importante é a importância dessa consulta – em especial, quando se pondera a saúde dos índios –, que ela não pode ser entendida como mera opinião consultiva, desprovida de qualquer poder condicionante. Em outras palavras, a decisão tomada pela comunidade indígena não pode ser desconsiderada pelo Congresso Nacional. Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“[...] 6. A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto da construção. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do artigo 231 da CF/88 condiciona a autorização à oitiva. 7. As alterações ecológicas, demográficas e econômicas conhecidas decorrentes da exploração de recursos naturais da terra indígena impõem o dever de ouvir as comunidades afetadas nos termos do § 3º do art. 231 da CF/88. 8. Sendo a oitiva das comunidades indígenas afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização para a construção da UHE Belo Monte outorgada no Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional. 9. O impacto do empreendimento deve ser analisado em laudo antropológico e estudo de impacto ambiental prévios à autorização prevista no § 3º, do artigo 231 da CF/88. 10. Antes de

⁵⁵⁰ Extraído do parecer pericial produzido para a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado na Sentença de 31 de agosto de 2001.

autorizar a UHE de Belo Monte o Congresso necessita de dados essenciais para saber a extensão dos danos ambientais e sociais que ocorrerão e as soluções para poder atenuar os problemas que uma hidrelétrica no meio de um grande rio trará.[...]”⁵⁵¹

Tanto os indígenas quanto o Poder Legislativo, ao deliberarem sobre a autorização, não podem fazer tábula rasa das múltiplas implicações que o uso econômico ou científico dos recursos naturais localizados nas áreas onde estão assentadas as comunidades indígenas poderá desencadear no universo da proteção da saúde indígena. É cediço, por exemplo, que a construção de hidrelétricas afeta a situação da saúde dos índios, consoante conclui SÉRGIO KOIFMAN, após investigar as externalidades da transmissão de energia elétrica ao meio ambiente, pontuando que

“a experiência recente das últimas décadas tem revelado a séria ameaça acarretada sobre a perda da biodiversidade, bem como sobre as condições de vida, saúde, cultura e sobrevivência daquelas populações diretamente afetadas, sobretudo das comunidades indígenas.”⁵⁵²

Assim sendo, é necessária a realização de estudos prévios específicos de impactos sanitários. Ponderados os ímpetos nocivos à saúde, se restar justificável a desautorização, esta é a medida que se impõe, pois, como sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA, deve sempre ser observado o princípio da “prevalência dos interesses indígenas.”⁵⁵³ Por outro norte, sendo razoável a autorização, deverão ser instituídos mecanismos para reduzir os efeitos do contato na saúde indígena, pois, conforme atesta a historiografia, a aproximação entre indígenas e não-indígenas é sempre fator de risco ao estado sanitário daqueles.

Por sua vez, o § 5º do analisado artigo 231 do Pacto Fundamental disciplina a remoção compulsória dos grupos indígenas. Além do aspecto protetivo extensivo inclusive ao sujeito indígena⁵⁵⁴ – que se depreende da sujeição da retirada à

⁵⁵¹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quinta Turma, Agravo de instrumento n. 200601000177368, Rel. Des. Selene Maria De Almeida, j. 13/12/2006.

⁵⁵² Geração e transmissão da energia elétrica: impacto sobre os povos indígenas no Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar./abr., 2001, p. 423.

⁵⁵³ *Op. cit.*, p. 831.

⁵⁵⁴ Em precedente jurisprudencial paradigmático, o Supremo Tribunal Federal entendeu com fulcro no artigo em balha, pela impossibilidade de remoção de indígena isoladamente considerado, colacione-se ementa: “Comissão Parlamentar de Inquérito: intimação de indígena para prestar depoimento na condição de testemunha, fora do seu habitat: violação às normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231). A convocação de um índio para prestar depoimento em local diverso de suas terras constrange a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/88, artigo 231, § 5º). A tutela

manifestação do Congresso Nacional e da garantia de posterior e imediato retorno, cessadas as causas ensejadoras dessa movimentação –, vislumbra-se nesse dispositivo constitucional patente preocupação com a saúde indígena. A remoção será possível em duas hipóteses: 1ª) “em caso de catástrofe ou epidemia”, situações em que o Legislativo da União irá emitir pronunciamento “ad referendum” – isto é, em momento posterior à execução da decisão administrativa –; e 2ª) diante de quadros contextuais em que a soberania do país exigirá a movimentação territorial dos aldeamentos indígenas; neste caso, deverá o Congresso Nacional previamente autorizar a remoção.

A leitura atenta do parágrafo em comento indica, ao menos, duas conclusões atinentes à saúde indígena: primeiro, não passou despercebida ao olhar do constituinte a vulnerabilidade indígena, bem como que epidemias são capazes de extinguir ou minorar uma população – tanto é verdade, que o texto constitucional não coloca a medida profilática de remoção dos índios de territórios afetados por endemias como sendo dependente de manifestação do Congresso Nacional, já que, nessa hipótese, a apreciação congressual far-se-á *a posteriori* –; segundo, em nome da promoção da saúde da população indígena, não se pode realizar atos arbitrários de movimentação compulsória de grupos indígenas no território nacional, de modo que os gestores públicos não detém discricionariedade ilimitada para tomar decisões nesse sentido, haja vista que se trata de um ato complexo, que exige complementação por parte do Congresso Nacional, para que se torne totalmente exequível.

Finalmente, o § 7º do artigo 231 obsta a aplicação, no que toca às terras indígenas, dos §§ 3º e 4º do artigo 174 da Lei Maior, o que resulta na vedação de atividades de garimpo, em cooperativa ou não, em territórios indígenas por particulares⁵⁵⁵. Essa objurgação é assaz importante para a saúde indígena, uma vez que ecoa na doutrina o entendimento uníssono de que as atividades de garimpagem são extremamente prejudiciais à higidez corporal e mental dos índios. Ilustra esse entendimento CHRISTIAN GEFFRAY:

constitucional do grupo indígena, que visa a proteger, além da posse e usufruto das terras originariamente dos índios, a respectiva identidade cultural, se estende ao indivíduo que o compõe, quanto à remoção de suas terras, que é sempre ato de opção, de vontade própria, não podendo se apresentar como imposição, salvo hipóteses excepcionais. Ademais, o depoimento do índio, que não incorporou ou compreende as práticas e modos de existência comuns ao ‘homem branco’ pode ocasionar o cometimento pelo silvícola de ato ilícito, passível de comprometimento do seu status libertatis. Donde a necessidade de adoção de cautelas tendentes a assegurar que não haja agressão aos seus usos, costumes e tradições.” HC n. 80.240, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *j.* 20/6/01.

⁵⁵⁵ Cf. SILVA, José Afonso. *Curso... cit.*, p. 831.

“Os garimpeiros contaminaram os índios. Eles trouxeram a malária na bagagem, contraída em outras regiões da Amazônia e desconhecida dos ianomâmis das colinas. As autoridades o sabiam, é claro, mas, no momento mais forte da epidemia, os militares proibiam a Fundação de Saúde de Roraima de intervir: a doença fez quase 1.500 mortos, a população foi dizimada.”⁵⁵⁶

Arrima, esse argumento, ainda paradigmática decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“[...] A garimpagem, com a utilização de mercúrio, constitui atividade que implica a degradação do meio ambiente e risco para a saúde das populações ribeirinhas, indígenas ou não, bem como para os próprios garimpeiros, uma vez que o metal em questão é absorvido pelos peixes, que é uma das principais fontes de alimento na região amazônica (Carta Magna, art. 225, caput; e § 4º).[...]”⁵⁵⁷

Evidencia-se que atender aos interesses das comunidades indígenas requer o enfrentamento desse desafio sob duplo prisma: o da necessidade de interpretação do artigo 231 à luz do direito do indígena à saúde e o do direito à saúde sob a ótica do artigo 231. É fundamental, portanto, que se estabeleça um consistente e ininterrupto diálogo entre as possíveis acepções aplicáveis ao ambiente da proteção da saúde, integrando-se num conjunto harmônico e interdependente a questão da posse das terras, com a preservação da saúde indígena.

4.6. Reconhecimento constitucional da cultura indígena e sua relação com o direito à saúde: medicina indígena, diversidade cultural do paciente indígena e intervenção cultural

⁵⁵⁶ *A opressão paternalista cordialidade e brutalidade no cotidiano Brasileiro*. Rio de Janeiro: EDUCAM, 2007, p. 97-98. “A ausência de caça, afugentada pelo barulho das máquinas, e de pesca pelo revolvimento e poluição dos rios, vem aliar-se ao abandono das roças, fechando o círculo de deterioração social, com o acirramento da dependência do garimpo frente às suas necessidades alimentares, configurando seu grave estado de desnutrição. Além disso, nessas condições de sedentarização rapidamente se instalam, via de regra, a malária, o alcoolismo, a prostituição (troca de alimentos por favores sexuais) e daí a disseminação de doenças sexualmente transmissíveis [...] O garimpo é determinação fundamental da calamidade Yanomami porque representa, em si mesmo, uma calamidade.” SAÚDE Yanomami. Uma discussão. In: ANDAJUR, Cláudia (coord.). *Assistência médica Área 15 (projeto DEMINI) e outras áreas. Janeiro de 1990/maio de 1991*. São Paulo, 1991, p. 24.

⁵⁵⁷ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma, Reo - Remessa Ex Officio nº 199901000923997/AM, Rel. Juiz Federal convocado Leão Aparecido Alves. j. 01/04/2004.

A Constituição Federal de 1988 operou um giro paradigmático em relação aos povos indígenas, ao romper com o ideário integracionista. Fez assim por solidificar o respeito à diferença, manifesto no reconhecimento da cultura indígena (artigo 231) e do compromisso do Estado em sua proteção (artigo 215 § 1º).

Essa ruptura e esse novo enquadramento principiológico têm reflexos sobre o direito à saúde indígena.

A concepção de saúde, doença e cura encontra no universo indígena concepções bastante diversificadas, e na maioria dos casos dissonantes das dos não-índios.

A saúde para o indígena, conforme JORGE MIRANDA,

“é o bem-estar físico e psíquico que significa a harmonia do indivíduo com suas normas religiosas, com seus costumes, tradições e com os membros da comunidade. É também um prêmio a suas qualidades morais, a sua energia na observância dos princípios que seguem o grupo e ao respeito de suas maiores autoridades.”⁵⁵⁸

Sobre as doenças, ORLANDO VILLAS BOAS proclama que “os índios acreditam que os males que os atingem procedem sempre de dois fatores: o material, ou racional; e a ação de entidades espirituais que habitam um espaço que transcende a realidade”.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Lineamientos sobre salud pública para poblaciones indígenas. In: *Anuario Indígena*, México, v. XXXVII, 1978, p. 109.

⁵⁵⁹ *A arte dos pajés. Impressões sobre o universo espiritual do índio xinguano*. São Paulo: Globo, 2000, p. 48. Compartilham deste entendimento: Marcela Marengo Olavarrieta ao sustentar que, para as culturas indígenas, existem três causas para a ocorrência de doenças: “Humanos (voluntarios e involuntarios), sobrenaturales (accidentales e intencionales) y naturales asociados a tres conjuntos de ideas para explicar, prevenir y curar: a) la plaridade frio-caliente, b) la calidad de sangre y c) la calidad del ‘espíritu’ y del ‘cerebro’” (Proceso de masificación de servicios médicos. In: *Revista México Indígena*, México, n. 46, 1981, p. 2); Dorothea C. Leighton (índios Navarro Americanos): “a concepción de los Navaho acerca de la causa de la enfermedad; está es para ellos, el resultado de haber desarmonizado em alguna forma las fuerzas de la naturaleza. Esto puede suceder, por ejemplo, por disparar contra ciertos animales pero sin matarlos, por desobedecer ritos particulares en los cerimoniales, o aún porque los padres hayan atendido un ceremonial o matando a una serpiente preñada. Hay una gran cantidad de animales que pueden causar disturbios en este sentido” (El indio y la medicina. In: *América Indígena*, México, v. 3, n.1, enero, 1943, p. 129.); Ralph Eichenberg, ao prelecionar que os índios “Campa” peruanos crêem que os: “espíritus malignos sueltos en el mundo, los ‘kamaari’ que son los responsables de muchas de las manifestaciones de la enfermedad. Sostienen que el ‘kamaari’ se há introduzido en la mujer, fecundándola, cuando hay un aborto inevitable. De la misma forma, entre los hombres, creen que el varón muere por no tener acceso al exterior el producto de la fecundación. Y en el caso de los niños, cuando tienen la pertusis, es también éste el que les provoca la muerte, ahogándolos. El mal del debilitamiento (tuberculosis o malnutrición) puede ser causado por la pérdida del espíritu al haber aparecido una persona na falecida, o simplemente por la nostalgia por un padre hermano ausente [...] Las enfermedades también pueden ser causadas por las acciones de personas mal intencionadas. La epidemia de saramión fue atribuida y reprochada a un huérfano de quien se sospechaba que era brujo” (Uma filosofia de salud pública para las tribus

Quanto à cura, para os indígenas, vê-se que, na sua busca, “magia”, espiritismo e curandeirismo se espreitam. Nesse diapasão, a antropologia é farta em exemplos⁵⁶⁰, podendo ser citado este excerto de CARMEN JUNQUEIRA:

“Mas os animais são eleitos parceiros do homem não apenas porque compartilham substâncias comuns, mas também por serem, alguns deles, dotados de poder para curar e conceder favores. Pássaros, peixes, veados, entre outros, são donos de conhecimentos superiores. A existência do próprio pajé, enquanto especialista em cura, deve-se à ajuda que os bichos lhe concedem, ensinando-lhe como fumar, como lidar com as doenças e curar. No mais das vezes, sem a ajuda do espírito do animal protetor, é impossível ao pajé acabar com a doença, auxiliar um parto complicado, localizar pessoas extraviadas na mata etc. E o pajé experiente sabe que para contar com tão valiosa ajuda deve obedecer rigorosamente às instruções que recebe e respeitar as interdições impostas, por mais difíceis que possam parecer. Qualquer infração pode acarretar a morte do aprendiz, como ensinam muitos relatos.”⁵⁶¹

Tem-se assim uma rede de colisão cultural relacionada ao direito à saúde, de modo especial no que concerne à diversidade cultural do paciente indígena e ao conflito entre medicina indígena e ocidental.

Outro ponto de embate centra-se nos impactos da medicina na cultura indígena. Essa questão é complexa, pois muitas vezes o próprio tratamento ou mesmo a causa da patologia está diretamente relacionada com a cultura indígena – hábitos indígenas relacionados com aquelas doenças escorreatas da precária higiene⁵⁶², por exemplo. A questão central é delimitar até onde prevenir e curar, sem

indígenas amazônicas. In: *América Indígena*, México, v. 25, n. 2, abr., 1966, p. 120). Essa conclusão se comprova na cultura indígena Araweté (brasileiros), conforme notícia Viveiro de Castro ao afirmar que entre eles a doença geralmente está associada ao descumprimento de certas crenças, por exemplo, a saúde do neonato está relacionada à ingestão de determinados alimentos pelos pais da criança ou às relações sexuais durante o período subsequente ao parto (*covaude*). A relação entre sexo e saúde, ainda descrita pelo autor, é evidenciada no registro de que no período da epidemia de 1982, cessou por dois meses qualquer atividade sexual na aldeia dos Araweté, visto que mesmo os sãos tinham parentes doentes; nas suas palavras, “o desguardo sexual é o protótipo da Doença.” *Araweté: os deuses canibais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: 1986, p. 470.

⁵⁶⁰ A antropologia é farta em exemplos terapêuticos; ilustrando, cita-se a impressionante narrativa de Martius sobre os procedimentos cirúrgicos realizados pelos pajés, hoje certamente não mais realizados, veja-se: “Nas doenças geraes as escarificações são feitas no thorax, e nas locaes, nos logares inflammados. O pagé para isto se utiliza da ponta aguçada do bico do gavião, do tucano ou do ferrão da arraia. A sangria é feita com este ferrão ou com o dente afiado do quati.” [sic]. *Op. cit.*, p. 275.

⁵⁶¹ *Pajés e feiticeiros*. Estudos Avançados, v. 18, n.52, 2004, p. 292.

⁵⁶² Veja-se, ilustrativamente, os costumes Kaapor, relatados por Darcy Ribeiro em seu convívio com um casal, após o nascimento do filho. Diz Ribeiro que não podiam sair da maloca, ali realizando todas as suas necessidades, que se alimentavam de jabutis brancos anteriormente caçados pelo pai e, na carapuça deste animal, depositavam suas fezes, que eram retiradas por uma índia sobrinha do pai. O cordão umbilical, cortado pelo pai em se tratando de filho menino e pela mãe no caso das meninas,

intervir e modificar a cultura. Demonstrando a importância dessa problemática, calha citar algumas das conclusões de JOSÉ ODAIR FERRARI, referentes aos índios Karitiana de Rondônia:

“A medicação das sociedades indígenas, associada ao paternalismo institucionalizado tem levado ao que decidi chamar de hipocondrialização das sociedades indígenas. Em algumas tribos, como a dos Suruis, por exemplo, o consumo de medicamentos é absurdamente elevado e os índios acostumaram-se a pedir remédios para todos os sintomas, especialmente os de origem psicossomática. [...] Muito comumente acontece que quando conseguem obter dinheiro [...] os índios procuram farmácias na cidade e compram remédios de forma indiscriminada [...] A simbologia do medicamento vendido na farmácia tem, para os índios, uma conotação de que “aqueles são bons”.⁵⁶³

Essas questões enaltecem a importância do reconhecimento constitucional da cultura indígena, o que em termos concretos produz os seguintes significados: que a cultura do paciente indígena deve ser considerada, ofertando-se-lhe tratamento diferenciado que respeite suas diferenças, sempre com lastro nos princípios bioéticos, de modo referencial à autonomia da vontade e ao seu consectário direito à informação⁵⁶⁴; que se deve respeitar a medicina tradicional indígena, primando-se sempre pelo diálogo intercultural; que a intervenção médico-sanitária deve coadunar-se com a cultura indígena, visando à sua manutenção, se necessário através de concessões recíprocas, evitando-se intervenções desarrazoadas que impliquem a supressão cultural e, conseqüentemente, descumprimento dos proclames constitucionais.

4.7. Direito indígena de participação na política pública de saúde

era enterrado na própria maloca. *Diários índios*. Os Urubus-Kaapor. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 396.

⁵⁶³ *A saúde dos índios: um desafio sem endereço*. Os Karitiana de Rondônia. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995, p.33-34.

⁵⁶⁴ Esse direito integrante do direito à saúde é muitas vezes olvidado na relação médico-paciente indígena, observe-se a seguinte declaração: “Atualmente tem sido dispensada atenção para explicar aos pacientes índios os procedimentos do período intra e pós-operatório, já que o ambiente de centro cirúrgico, terapia intensiva, presença de tubos torácicos, cateteres e fios de marcapasso exteriorizados constituem num tremendo choque.” GOMES, Walter José; *et al* . Cirurgia cardíaca em índios brasileiros. In: *Arquivo Brasileiro de Cardiologia*, v. 68, n.1, 1997.

O direito dos povos indígenas de participar da política pública de saúde encontra sustentáculo nos princípios constitucionais fundamentais da cidadania⁵⁶⁵ e do Estado Democrático⁵⁶⁶, ainda no inciso III do artigo 198 – ao acolher como diretriz nas ações e nos serviços de saúde a “participação da comunidade” –, outrossim na Convenção nº 169 da OIT que, por sua vez, reconhece aos povos indígenas o direito de serem consultados “cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (artigo 6º (1 – “a”)).

A participação adquire destaque nas deliberações atinentes aos serviços de saúde aos indígenas, ocasião em que o interesse desses povos deve ser aferido, norteando as decisões tomadas pelos gestores públicos e legitimando os programas de saúde traçados pelo governo⁵⁶⁷.

Atento a esses comandos, o Decreto nº 4.878, de 18 de novembro de 2003, garante (artigo 1º, inciso I) a participação de um representante de entidades nacionais de organizações indígenas, na categoria de representantes dos usuários, no Conselho Nacional de Saúde.

4.8. Saúde indígena e meio ambiente

É cediça a indissociabilidade entre meio ambiente e saúde. O liame sedimentado se depreende com clarividência nas palavras de MARIA AUGUSTA FONSECA PAIM, para quem, “numa perspectiva integrada, só é possível viver (direito

⁵⁶⁵ Pontua Jorge Miranda que “cidadania significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. [...] Num mundo em que dominam Estados, participar do Estado é participar da vida jurídica e política que ele propicia e beneficiar da defesa e promoção de direitos que ele concede.” *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 207.

⁵⁶⁶ Consoante ressalva Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, “já não é mais possível falar-se em Estado Democrático de direito sem participação constante da população nas políticas públicas.” *Políticas públicas: Planejamento, desenvolvimento e fiscalização*. Conselhos gestores e democracia participativa. O papel do Ministério Público. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* Direitos humanos e políticas públicas. Cadernos Pólis, n. 2, São Paulo, Instituto Pólis, 2001, p.25.

⁵⁶⁷ Sublinha Sampaio Dória que “a palavra legitimidade, antes do mais, se não é dúbia, é imprecisa. Em sentido inequívoco, se há de entender, aqui, esse termo, por conformidade com as leis do destino humano, o que é, e deve ser. E o que se conforma com as leis do destino humano, em matéria do poder público, é o consentimento com que os governados o instituem e o sustentem. Há mais de vinte séculos, já chamava Aristóteles a atenção dos homens para essa trivialidade: a de que os homens não organizam a sociedade, senão para o bem de si mesmos. Não se institui, num povo, governo, senão para beneficiar os indivíduos que o constituem. Logo, tanto mais responderá cada governo a sua razão de ser, quanto mais benefícios proporcionar aos homens, sobre que se exerça.” *Direito Constitucional: Curso e Comentário à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953, t. II, p. 105.

à vida) com qualidade (direito de viver) e saúde (direito à saúde) se o meio ambiente estiver equilibrado.”⁵⁶⁸

Essa inter-relação se abrange, se assentada sobre a saúde indígena, já que, como nenhuma outra “civilização”, os índios estão diretamente ligados ao meio ambiente.

Nesse diapasão, pode-se perfilar duas linhas de interdependência: primeiro, colocando-se o meio ambiente como condição de sustentabilidade indígena, daí dimanando, entre outros, fatores como nutrição (diversidade biológica, acesso aos alimentos), costumes culturais afetos à saúde (rituais, medicina e espiritualidade indígena) e, numa acepção mais dilatada, o contato e a dependência à sociedade (não-indígena); segundo, pressupondo a inexistência de qualidade ambiental, aspectos atinentes à alteração dos ecossistemas, biodiversidade, contaminação das águas, desflorestamento e seus efeitos sobre a saúde indígena.⁵⁶⁹

Cumprido registrar que HELITA BARREIRA CUSTÓDIO, denunciando “a patente agressividade, temeridade e nocividade das condenáveis condutas, criminosamente lesivas ao patrimônio ambiental e incompatíveis tanto com as condições de existência ou sobrevivência das populações indígenas”⁵⁷⁰, defende a necessidade de tipificação do crime de genocídio de grupos indígenas, quando a causa das mortes resultar de danos ambientais.

A Constituição, em seu artigo 225, garante a todos o direito “ao meio ambiente equilibrado” – “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” – e, ao disciplinar os direitos indígenas, reconhece o direito à terra e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais (artigo 231). Essas disposições, suficientes por si mesmas para garantir o direito indígena ao meio ambiente, são

⁵⁶⁸ Direitos humanos e meio ambiente. In: *Revista Jurídica*, v. 19, n. 1, 2003, p. 65.

⁵⁶⁹ *Em termos concretos, conjugando essas duas linhas de enfrentamento, cumpre citar os dados angariados pelo CIMI, referentes aos anos de 2006-2007: “Muitas terras indígenas sofrem danos ambientais, que prejudicam a vida das pessoas e de comunidades que são dependentes dos recursos naturais. Muitas denúncias referem-se a desmatamento e queimadas da mata nos territórios. Mas há também relatos de retirada ilegal de areia de terra indígena por caçambeiros, que causa erosão, e obras de construção ilegal em terra indígena, que causam desmatamento, poluição, desapropriação dos moradores e desaparecimento de peixes nos rios atingidos. Há ainda poluição por agrotóxicos e poluição causada por mercúrio e outras substâncias usadas no garimpo, o que prejudica a saúde dos indígenas e desrespeita a legislação ambiental brasileira que protege o entorno de territórios indígenas. No ano de 2006 há registro de 19 casos de danos ambientais e biológicos em terras indígenas. Trata-se dos estados de Bahia (2 casos), Ceará (7 casos), Minas Gerais (2), Mato Grosso (3), Pará (2), Paraíba (1), Paraná (1) e Tocantins (1).” Violência contra os povos indígenas no Brasil. Relatório 2006-2007. cit. p. 42.*

⁵⁷⁰ Poluição ambiental e genocídio de grupos indígenas. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 16, n. 59, jan./mar., 1992, p. 89.

complementadas pela normativa internacional, diga-se já integrada no sistema.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 11, assim declara: “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.”

Finalmente, a Convenção nº 169 da OIT – repita-se, destinada especificamente à tutela de direitos indígenas – obriga os governos a adotar medidas para proteger e preservar o meio ambiente indígena (artigo 7(1)) e, de modo especial, os recursos naturais (artigo 15 (1)) a eles pertencentes.

Sob esse enfoque, ganha razão a aproximação do direito do indígena à saúde com o direito ao meio ambiente.

4.9. Competência na implementação do direito do indígena à saúde

Ponto central da organização federativa⁵⁷¹, a distribuição das competências também ingere na concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, dentre os quais está o direito indígena à saúde.

Quanto à repartição de competências, a Constituição Federal de 1988 adotou, como assevera FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, um

“sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.”⁵⁷²

O vocábulo “competência” é aí empregado pela autora em sentido amplo, representando tanto as competências legislativas como as competências materiais (de execução). A competência legislativa emerge diretamente da previsão constitucional (competência legislativa própria), e ainda deriva da competência material.

⁵⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986, p. 18. No mesmo sentido, ensina Celso Ribeiro Bastos: “a repartição de competências que foi estabelecida em 1738 pelo recurso à técnica de competências enunciadas e competências remanescentes permanece até hoje um elemento indispensável à federação[...].” A federação no Brasil. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, número especial, 1987, p. 192.

⁵⁷² *Competências... cit.*, p. 58.

Pois bem, a investigação sobre a saúde indígena deve passar por estas duas esferas de competências: a legislativa e a material.

No vértice da competência legislativa, o debate é deveras dificultoso. O artigo 22, inciso XIV, atribui à alçada da União competência privativa para legislar sobre populações indígenas; por sua vez, o artigo 24, inciso XII, confere competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislarem sobre defesa da saúde; por seu turno, o artigo 23, inciso II, sufraga à competência comum material de todos os entes da federação para “cuidar da saúde”.

Projetando-se esse enquadramento (complexo) para o tema em debate, vislumbram-se algumas intrincadas questões, cujas respostas dependem da instrumentalização dos mandamentos constitucionais que arquitetam o sistema competencial na Constituição brasileira, a saber:

a) A Constituição autoriza os Estados, no exercício do poder constituinte decorrente (artigo 25), a disciplinar em suas Constituições estaduais assuntos indígenas, entre os quais a saúde?

b) Podem os Estados, visando à promoção da saúde – competência material (artigo 23, inciso II) –, e exercendo sua competência legislativa imprópria, elaborar lei estadual versando sobre saúde indígena?

c) Os Estados-membros e o Distrito Federal, no exercício da competência legislativa concorrente complementar e suplementar em matéria de saúde (artigo 24, inciso XII), estão autorizados a elaborar lei estadual ou distrital, cujo objeto seja o tratamento constitucional da saúde indígena?

d) Pode a União, no uso do poder conferido no parágrafo único do artigo 22, observando que determinado Estado possui população indígena superior aos demais Estados, ou, então, que essa população indígena encontra-se em constante risco epidemiológico – ou mesmo que já apresenta estado sanitário significativamente debilitado –, delegar competência a um ou mais dos Estados-membros para legislar sobre saúde indígena?

Salvo a última indagação, os demais questionamentos se resolvem pelo entendimento de que a competência atribuída à União, por força da regra consignada no artigo 22, inciso XIV, da Constituição da República, limita qualquer disciplina legislativa atinente aos povos indígenas por parte dos outros entes da Federação, seja no exercício do poder constituinte decorrente, seja da competência legislativa imprópria, complementar e suplementar.

Considerando a notícia histórica dos infortúnios decorrentes da extensão às províncias do Império de competência para disciplinar matérias específicas ligadas à causa indígena – tal qual aconteceu com o Ato Adicional de 1834 – e, sobretudo, a relevância das questões indígenas para o Estado federal como um todo, patenteia-se que é privativa da União a competência para editar leis que versem sobre o tema em foco. Nesse sentido, é paradigmático o precedente colhido no banco de decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aresto que grifa ser da entidade central o poder-dever para tratar das questões indígenas, uma vez que é apenas da União o interesse de “resguardar a tradição, a cultura e a unidade desses povos”.⁵⁷³

A questão de indígena é com certeza questão de interesse federal. A Constituição de 1988, como ressaltou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, CARLOS BRITTO “afirmou que os índios são parte essencial da realidade política e cultural brasileira, ou seja, da realidade da nação brasileira.”⁵⁷⁴

Exatamente nessa linha de entendimento acena CLÁUDIO PACHECO, autor que, ao anotar os dispositivos da Carta Constitucional de 1946, desenvolve interessante raciocínio justificador à competência privativa da União para cuidar dos assuntos relacionados à vida indígena. Não obstante a superação daquele texto constitucional pelo advento de outras ordens fundantes do Estado nacional, é imperioso admitir que as considerações tecidas por PACHECO continuam sendo plenamente pertinentes nos dias de hoje, uma vez que seus argumentos não se prendem a questões temporais – ao contrário, estão atrelados ao atendimento da necessidade de garantir o máximo possível de proteção aos índios, propósito também manifestado no texto constitucional de 1988. Realizadas as advertências necessárias, cita-se, na sequência, a lição prestada pelo estudioso:

“A atribuição à União Federal da competência para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional ratifica já o antigo encargo de legislação e administração do poder central. Basta dizer que data de 1910 a criação de um serviço de proteção aos índios. Devemos interpretar – ‘incorporação dos silvícolas à comunhão nacional’, pelo menos com a amplitude necessária para abranger todo o conjunto de

⁵⁷³ Recurso em sentido estrito n. 200071040016473/RS, Segunda Turma, Rel. Juiz Élcio Pinheiro de Castro, j. 01/03/2001. Ementa: “A venda de bebida alcóolica para silvícolas em estabelecimento próximo à reserva indígena - ocasionando sérios problemas na estrutura do grupo decorrentes da constante embriaguez de seus membros - é crime que afeta interesse da União, qual seja, o de resguardar a tradição, a cultura e a unidade desses povos.”

⁵⁷⁴ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Demarcação de Terras Indígenas: Raposa/Serra do Sol – 2 , Pet 3388/RR, rel. Min. Carlos Britto, 27.8.2008, Informativo n. 517, Brasília, 25 a 29 de agosto de 2008.

direitos e interesses dos silvícolas, afim de evitar que uma interpretação literal possa subtrair qualquer parcela dessa competência à maior experiência e capacidade da União para a proteção mais larga ao silvícola. Realmente, só a União, por essa mesma experiência, pela maior força de recursos, pelo maior desinteresse e ainda pela sua competência mais eficaz para legislar limitativamente sobre o conjunto dos direitos privados, é que se pode considerar como mais completamente aparelhada para tomar sob a sua regência e assistência todos os silvícolas brasileiros[...]"⁵⁷⁵

Diante das considerações expendidas, defendemos a inconstitucionalidade de lei estadual, distrital e municipal que verse sobre saúde indígena.

Arrima o entendimento agasalhado decisão do Supremo Tribunal Federal que concedeu a medida cautelar pleiteada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendendo dispositivos da Constituição e de Lei Complementar do Estado do Pará que buscavam estabelecer regramentos sobre matéria indígena. Da ementa do referido acórdão, são extraídos os seguintes termos:

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 300 da Constituição do Estado do Pará que dispõe sobre populações indígenas e Lei Complementar estadual paraense nº 31, de 14.2.1996, que institui o Conselho Estadual Indigenista (CONEI), destinado ao atendimento e promoção do índio. 3. Sustenta-se violação do art. 22, XVI, da Constituição Federal, que estabelece competir privadamente à União legislar sobre “populações indígenas”, bem assim ao art. 129, V, conjugado com o art. 231, ambos da Lei Maior. 4. Falta ao Estado-membro competência legislativa para dispor acerca de populações indígenas. A constituição reserva essa competência legislativa à União, de forma privativa. Vício de inconstitucionalidade formal. 5. No que concerne ao funcionamento do Conselho Indigenista, Lei Complementar nº31/96, nada impede haja colaboração do Estado-membro à União, por via de convênio, no que concerne aos interesses das comunidades indígenas existentes no território da Unidade Federada. Não cabe ao Estado editar normas legislativas sobre a espécie. 6. Relevantes os fundamentos da inicial e conveniente a suspensão da vigência dos dispositivos impugnados, em conflito com a Constituição. [...]”⁵⁷⁶

A tese perfilhada não responde, por si, a última indagação suscitada (*d – supra*).

Questão sempre complexa é a delegação de competência legislativa privativa da União para os Estados-membros, prevista no parágrafo único do artigo 22, pois no plano de fundo deste embate encontra-se a simetria dos entes federados, e, conseqüentemente, a manutenção da coesão dos laços que materializam o pacto

⁵⁷⁵ *Tratado das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v.II, p. 310.

⁵⁷⁶ Supremo Tribunal Federal, ADI-MC n. 1499 / PA, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 05/09/1996, DJ 22/10/1999, p. 56.

federativo. Nesse ponto, discute-se a possibilidade de declínio da competência privativa da União a Estado-membro para legislar sobre “populações indígenas” e, em especial, acerca da saúde indígena.

Ponto essencial, mas não decisivo, dessa problemática é a expressão “questões específicas”, constante no parágrafo único do artigo 22. A delegação possível limita-se a tema particularizado da matéria entabulada pelo inciso e não sua generalidade, sua totalidade.⁵⁷⁷ Isso daria a entender ser admissível a delegação para legislar-se sobre saúde indígena, já que se trata de tema específico dentro da matéria “populações indígenas”.

Todavia, além da especificidade da questão, resta investigar se a matéria é delegável, pois, como adverte – acertadamente, ao nosso pensar – IVES GANDRA MARTINS⁵⁷⁸, não são todas as matérias constantes nos incisos do artigo 22 que podem ser delegadas. Entre as indelegáveis estão abarcadas, segundo o autor, as atividades nucleares (inciso XXVI) e a cidadania a estrangeiros (inciso XIII).

Pelos argumentos expostos no enfrentamento das primeiras questões, atribuindo-se grande peso a esclarecedora assertiva cunhada por CLÁUDIO PACHECO no que concerne à titularidade privativa da União para criação de atos normativos primários que tratem dos povos indígenas (conceito que engloba o direito à saúde indígena), ousamos contrariar opiniões como a externada por CAETANO LAGRASTA NETO⁵⁷⁹. O assunto em comento representa, portanto, competência legislativa da União indelegável aos Estados-membros, não sendo aplicável à disposição do inciso XV, do artigo 22 da Lei Maior, o regramento previsto no parágrafo único desse mesmo comando constitucional.

⁵⁷⁷ Em consonância ao que afirma Fernanda Dias de Menezes de Almeida: “A Constituição é clara ao permitir que se delegue competência privativa apenas para legislar sobre ‘questões específicas’ das matérias arroladas no artigo 22, cabendo, assim, à lei complementar autorizadora precisar os pontos sobre os quais os Estados poderão legislar.” *Op. cit.*, p. 93. Nesse sentido, Alexandre de Moraes: “O requisito material determina que somente poderá ser delegado um ponto específico de uma das matérias descritas nos 29 incisos do art. 22 da Constituição Federal, pois a delegação não se reveste de generalidade, mas de particularização de questões específicas, do elenco das matérias incluídas na privatividade legislativa da União. Assim nunca se poderá delegar toda a matéria existente em um dos citados incisos.” *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 697.

⁵⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários a Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 406, v. 3.

⁵⁷⁹ Da sua pena: “nada impede que além da competência delegada (ou autorizada), para legislar especificamente sobre populações indígenas, na forma do parágrafo único do art. 22, se lhes reconheça competência para tratar de assuntos referentes ao empobrecimento e marginalização das Nações indígenas.” *Op. cit.*, p. 48

Em última análise, há de se considerar ainda que, na possibilidade remota de admitir-se como possível a delegação prevista no parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal em questões de direito sanitário indígena, ter-se-ia como obstáculo intransponível a necessidade de se resguardar o tratamento paritário entre os Estados, o que, na prática, significa a vedação de proceder-se à diferenciação dos entes estaduais no momento de operacionalizar essa delegação. Em outros termos, todos os Estados deveriam receber idêntico tratamento nesse ponto, de forma que a delegabilidade competencial não poderia jamais recair somente sobre um ou alguns Estados-membros⁵⁸⁰.

Considerando tratar-se de matéria de “grande relevância social”⁵⁸¹ optou o constituinte de 1988 por descentralizar os encargos de promoção da saúde a todos os entes federativos que, em cooperação devem executar atos atinentes a concretização do direito à saúde.

A determinação da responsabilidade de cada unidade federal na promoção da saúde faz-se mediante norma infraconstitucional ou mesmo pela própria Carta Política. Esse é o caso da saúde indígena. O Pacto Fundamental, no artigo 231, atribui à União – em caráter de exclusividade – a competência não só para demarcar as terras indígenas, mas também de “proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. O alargamento do encargo do poder central a promoção de todos os “bens indígenas”, torna-o responsável pela promoção da saúde, posto tratar-se de bem fundamental.

A vinculação da saúde à responsabilidade da União, inclusive figurou nos debates da constituinte de 1988. O movimento indígena apresentou proposta à “Subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias” postulando a inclusão no anteprojeto do texto constitucional, de disposição específica sobre a responsabilidade pela saúde indígena:

“Artigo 1º: São reconhecidas as comunidades indígenas, seus direitos originários sobre as terras que, ocupam, sua organização social, seus usos e costumes, línguas e tradições.

⁵⁸⁰ Cfr ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 93-95.

⁵⁸¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. In: *Informação Legislativa*, ano 26, n. 101, jan./mar., 1989, p. 100. O autor informa que: “A proteção e a defesa da saúde sofreu uma interpretação largamente restritiva do Supremo Tribunal Federal. São conhecidas suas decisões declarando inconstitucionais, por exemplo, as legislações dos Estados-Membros que pretenderam controlar o uso de agrotóxicos que tantos danos têm causado aos territórios e a população dos Estados-Membros.” (p. 102)

Parágrafo Único. A União garantirá a devida proteção, às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e à educação dos índios.”⁵⁸²

A proposição indígena foi acolhida pela Subcomissão em substitutivo apresentado aos constituintes, conforme se depreende da redação do artigo 10:

“Os índios gozarão dos direitos especiais previstos neste capítulo, sem prejuízo de outros instituídos por lei.

§ 1º Compete a União a proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e a garantia à educação dos índios”⁵⁸³

A interpretação autêntica e sistemática dos artigos constitucionais que disciplinam a matéria em tela deflagra, indubitavelmente, ser da unidade central a competência para promoção da saúde indígena, competindo aos demais entes a colaboração conforme determinar a lei infraconstitucional – por exemplo, através de convênios.

Compartilha com esse entendimento, trazendo ainda outros argumentos, RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE:

“A União é a entidade federativa que se encontra distante do local onde se travam os conflitos e, de modo geral, de suas motivações, a ensejar, portanto, maior isenção em relação a eles. Por isso é a responsável por assegurar a assistência à saúde adequada à garantia de seus direitos constitucionais.”⁵⁸⁴

Julgando feito justamente centrado na questão competencial em saúde indígena também coadunando com a tese ora abraçada, assentou a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em decisão unânime, que “segundo os ditames legais e constitucionais, à União cabe a atribuição de prestar assistência à saúde do índio, enquanto aos Estados, Municípios e organismos governamentais cabe tão-só atuar de forma complementar no custeio e execução de tais atividades, não sendo tal atuação, sequer, obrigatória.”⁵⁸⁵

⁵⁸² *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões), Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, Ata da 3ª Reunião (realizada em 22 de abril de 1987)*, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1987, p. 11.

⁵⁸³ *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Atas de Comissões), Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, Anexo à Ata da 16ª Reunião Ordinária (realizada em 25 de maio de 1987)*, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1987, p. 179.

⁵⁸⁴ Saúde indígena. In: *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, nº 2, jul. 2008, p. 24.

⁵⁸⁵ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Primeira Tuma, Apelação Cível nº 375015, Rel. Des. Fed. Cesar Carvalho, j. 08/03/2007, DJ 27/04/2007, p. 891.

4.10. Eficácia e exigibilidade dos direitos sociais: direito dos indígenas à saúde

Os direitos sociais, entre os quais se insere o direito à saúde, também identificados como direitos de segunda dimensão ou geração, direitos a prestação⁵⁸⁶ ou ainda direitos de redistribuição⁵⁸⁷, encontram largo espaço nas Constituições contemporâneas⁵⁸⁸, entre as quais, a brasileira, de modo que, lembrando NORBERTO BOBBIO⁵⁸⁹, já não se trata de positivá-los, mas de efetivá-los.

No prisma jurídico, a concretização do direito social à saúde e, no caso, à saúde indígena, conduz o debate para o enfrentamento de dois pontos essenciais: primeiro, a natureza das normas assecuratórias, exigibilidade e acionabilidade – aí inserindo-se os aspectos procedimentais: garantias processuais, legitimidade e competência – dos direitos sociais; segundo, as funções e os limites do Poder Judiciário como instância garantidora dos direitos sociais, nesse vertice se incluem questões complexas como a separação de poderes, reserva do possível e “judicialização da política”⁵⁹⁰.

É controvertida a natureza das normas de direitos sociais, pois persistem vozes atribuindo-lhes *status* de meras normas programáticas (programas de ação),

⁵⁸⁶ Conforme Robert Alexy: “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse um oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência, à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.” *Teoria dos direitos fundamentais. cit.*, p. 499.

⁵⁸⁷ Nesse pensar, José Reinaldo Lima Lopes, com lastro em Nancy Fraser: “Os direitos sociais podem ser tratados como direitos de redistribuição...” Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade dignidade e liberdade. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 42, 2000, p. 91.

⁵⁸⁸ A constitucionalização dos direitos sociais, embora já fosse possível a identificação de determinados direitos ditos sociais isoladamente, efetivamente iniciou no período pós-guerra. A doutrina aponta como pioneiras, nesse processo de constitucionalização, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar.

⁵⁸⁹ *A era...cit., passim.*

⁵⁹⁰ Sobre tal assunto, é primoroso o trabalho de Débora Alves Maciel e Andrei Koener. Explicam eles, com base em C. N. Tate e T. Vallinder, que judicializar a política “é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria na ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão do staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juizes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito)”. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002, p. 114.

desprovidas de obrigatoriedade⁵⁹¹. Tese a desconstruir-se, pois conforme doutrina J. GOMES CANOTILHO:

“Pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição.”⁵⁹²

Nesse quadrante, mesmo as normas-programas são aptas para criar direitos subjetivos exigíveis, tal como leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Todas as normas constitucionais pertencentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da própria palavra.”⁵⁹³

Sob o enfoque material, não cabe indagar a natureza constitucional dos direitos sociais, inclusive como norma de direitos fundamentais. Valemo-nos da pena de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Da minha parte, sempre tomei a expressão *direitos fundamentais da pessoa humana* num sentido abrangente dos direitos, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional, mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa

⁵⁹¹ Nesse sentido, José Afonso da Silva: “A questão da natureza dos direitos sociais ainda se põe porque há ainda setores do constitucionalismo, especialmente ligados à doutrina constitucional norte-americana, que repulsam não só a idéia de que tais direitos sejam uma categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas até mesmo que sejam matéria constitucional, ou, quando admitem serem constitucionais, qualificam-nos de meramente programáticos, meras intenções sociais e coisas semelhantes. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003, p. 304.

⁵⁹² *Direito ... cit.*, p. 1.176, grifos do original.

⁵⁹³ Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: *Revista de Direito Público*, n. 57-58, 1981, p. 255.

humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”⁵⁹⁴

A pertença do direito à saúde aos direitos fundamentais, além do já consignado por JOSÉ AFONSO DA SILVA, sobressai da própria estrutura Constitucional de 1988 que, no mesmo título (II), sob a denominação de “Direitos e Garantias Fundamentais”, acolheu tanto os direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), como os direitos sociais (artigo 6º), ou, por outro norte, da expressa ressalva do § 2º do artigo 5º, de que o rol de direitos contemplado neste artigo não exclui outros decorrentes da própria Constituição e dos tratados internacionais, no exato sentido em que preconiza INGO WOLFGANG SARLET, asseverando que,

“em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.”⁵⁹⁵

Contudo, não cabe dúvida de que o direito à saúde é um direito fundamental subjetivo exigível. Palmilha nesse sentido o magistério de VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR:

“A Constituição Federal afiançou que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, cabendo a este promover o acesso universal e igualitário dos indivíduos às ações e serviços de saúde. O dispositivo em causa indica, em primeiro lugar, que o acesso às ações e serviços de saúde constitui um direito público subjetivo, reivindicável, inclusive pela via judicial na perspectiva de eventual omissão do Poder Público.”⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ *Poder constituinte e poder popular*. Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 198.

⁵⁹⁵ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301-2.

⁵⁹⁶ O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. In: *Revista Instituto de Pesquisas e*

Sendo o direito à saúde um direito exigível, judicialmente acionável, cumpre indagar suas garantias judiciais, pois a simples previsão (material) de um direito é estéril para a produção de todos os efeitos pretendidos, se esvaída de percuciente normatização instrumental concretizadora. Nesse norte, é lapidar a assertiva de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO: “As proclamações de Direitos dependem de instrumentos hábeis que as tornam eficazes. A própria palavra garantia é usada como sinônimo de proteção jurídica-política.”⁵⁹⁷

Essa constatação aplica-se ao direito indígena à saúde, sobretudo em face da “vulnerabilidade” sociocultural dos índios, condição que converge para um estado desprivilegiado em relação aos não-indígenas na postulação de direitos, reforçando a necessidade de previsão, também constitucional, de mecanismos que equilatem as diferenças, permitindo o gozo, em plenitude, dos direitos que lhes são reconhecidos.

Nesse diapasão, circunscrito ao aspecto procedimental, a garantia do direito à saúde passa pela leitura dos mecanismos processuais de ação, competência jurisdicional e atribuições do Ministério Público, pontos já enfrentados nesse trabalho, e que agora devem ser entrelaçados com o tema central: saúde indígena.

Inicialmente, deve-se ponderar que a defesa do direito à saúde indígena pode ser demandada por intermédio de inúmeras formas petitorias previstas na legislação processual (constitucional e infraconstitucional), como, por exemplo, através de um mandado de segurança, de uma ação ordinária (declaratória, constitutiva, cominatória), de uma ação civil pública (mais comum) e mesmo de uma ação popular. A roupagem formal faz-se conforme o demandante e, sobretudo, pelo objeto (mediato) da demanda. Qualquer que seja a forma assumida, ponto incandescente de vozearias será a legitimidade indígena para seu aforo.

Defendemos a legitimidade de um índio isoladamente considerado e das comunidades e organizações indígenas – cujo reconhecimento formal não se sujeita aos parâmetros processuais comuns – para defesa, tanto de direitos da coletividade como individuais (de um único índio). Posta nesses termos a questão, tem-se que um índio, individualmente, bem como uma comunidade ou organização indígena, estão

Estudos, 41. ed. set./dez., 2004, p. 30.

⁵⁹⁷ Processo e Constituição: O devido processo legal. In: *Revista de Direito Público*, n. 68, 1983, p. 59. Palmilham no mesmo rumo, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Lauria e Tucci quando advertem que: “imperioso se torna, a todo tempo e em qualquer lugar, a edição de boas leis processuais, plasmadas, sempre, por preceituações constitucionais, e, com elas a garantia inarredável da perfeita e efetiva aplicação do direito aos casos que se afloram no seio da sociedade.” *Constituição de 1988 e processo*. Regramento e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3.

legitimados a propor ação em defesa do direito à saúde, enquanto direito individual divisível – por exemplo, mandado de segurança pleiteando tratamento médico ou medicamento específico – ou coletivo – por exemplo, ação declaratória de nulidade de ato administrativo que designa funcionários responsáveis pelo atendimento médico da comunidade, ação popular que invalida destinação de verba pública para saúde. Ressalve-se, todavia, sob pena de nulidade, a atuação do Ministério Público, na condição de *custos legis* em todos os feitos, conforme impositivo do artigo 232 (segunda parte) da Constituição Federal.

Quanto à competência jurisdicional, insistimos na máxima de que, por força do artigo 109, inciso XI, compete à Justiça Federal o julgamento de todos os casos que envolvam índios. Essa conclusão é suficiente, por si só, para determinar a competência da Justiça Federal para todos os processos referentes à saúde indígena. Não satisfeitos, não podemos perder de vista que processos desse jaez envolvem a União e os órgãos responsáveis pela saúde indígena, no caso a FUNAI e a FUNASA, atraindo, com efeito, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a competência da Justiça Especializada.

A Constituição Federal de 1988, atenta à vulnerabilidade indígena, no afã de dar-lhes maior proteção, inseriu, entre as funções institucionais do Ministério Público, a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (artigo 129, inciso V), ainda determinou a atuação do *parquet*, como fiscal da lei, em todos os atos de processos que envolvam direitos indígenas. Disso deduzimos que o “Ministério Público” possui não só competência como também o dever de propor ações em defesa da saúde indígena; no caso, em termos procedimentais, pode valer-se o Órgão Ministerial, principalmente da ação civil pública (artigo 129, inciso III – Constituição Federal).

Deve-se, todavia, aqui, consignar que a repartição de atribuições, na espécie, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, embora autorizada pela Constituição (Mediante Lei Complementar – artigo 128 § 5º), tem unicamente o propósito organizativo institucional, não justificando que sobre seu pálio sejam tolhidos direitos constitucionais de maior relevância. Assim entendemos que, embora compita ao Ministério Público Federal a atuação junto à Justiça Especializada, se eventualmente uma ação civil pública, visando a garantir o direito à saúde indígena, for aforada perante a Justiça Federal pelo Ministério Estadual, não será caso de ilegitimidade ativa e conseqüente extinção do processo por esse vício,

caso em que o processo prosseguirá, devendo apenas dele passar a fazer parte o Ministério Público Federal, substituindo o Estadual ou mesmo em litisconsórcio (artigo 5º, § 5º da Lei da Ação Civil Pública⁵⁹⁸).

Situação similar deve ocorrer nos casos em que haja declínio de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal. Esse entendimento parece-nos o mais acertado com o texto constitucional, pois, embora a Constituição reconheça que o Ministério Público abrangam o Ministério Público dos Estados e da União, concebe-o como uma instituição una, sobretudo, quando da distribuição das funções institucionais (artigo 129), inclusive quanto à competência esculpida no artigo 109, inciso XI.

Pois bem, é cumpre nesse momento de discutir a segunda linha de enfrentamento, qual seja a função e os limites do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais (direito à saúde).

Indubitavelmente, no contexto contemporâneo, o Poder Judiciário tem papel fundamental⁵⁹⁹ na realização dos direitos sociais, como ressalva LENIO LUIZ STRECK:

“O judiciário através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais. [...]

Do judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há que se limitar a ser apenas, como disse, Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.”⁶⁰⁰

A atuação judicial na promoção em específico do direito indígena à saúde

⁵⁹⁸ Nesse sentido, há um paradigmático julgado no Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil - ação civil pública - litisconsórcio facultativo entre Ministério Público Federal e Estadual - possibilidade - § 5º. do artigo. 5º da lei 7.347/85 - inoportunidade de veto - pleno vigor. 1. O veto presidencial aos artigos. 82, § 3º, e 92, § único, do CDC, não atingiu o § 5º do artigo. 5º da Lei da Ação Civil Pública. Não há veto implícito. 2. Ainda que o dispositivo não estivesse em vigor, o litisconsórcio facultativo seria possível sempre que as circunstâncias do caso o recomendassem (CPC, artigo. 46). O litisconsórcio é instrumento de Economia Processual. 3. O Ministério Público é órgão uno e indivisível, antes de ser evitada, a atuação conjunta deve ser estimulada. As divisões existentes na Instituição não obstam trabalhos coligados. 4. É possível o litisconsórcio facultativo entre órgãos do Ministério Público federal e estadual/distrital. 5. Recurso provido. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 382659, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros *DJ* 19/12/2003, p. 322.

⁵⁹⁹ Conforme Ingo Wolfgang Sarlet: “que a justiça constitucional não é nem responsável pela exclusão social, e nem pelo déficit em eficácia dos direitos sociais nos parece evidente, muito embora, como já anunciado, a Jurisdição constitucional também tenha um relevante e ativo papel a cumprir nessa seara e possa, nesse contexto, contribuir para a maior efetividade de todos os direitos fundamentais.” O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003, p. 364.

⁶⁰⁰ *Jurisdição constitucional... cit.*, p. 34.

pode tomar diferentes feições, pode, por exemplo, declarar a ilegalidade da regulamentação normativa infraconstitucional da saúde indígena, invalidar atos administrativos de destinação de recursos públicos, nulificar programas, convênios em saúde indígena, declarar – como se observará com mais vagar no item seguinte – a inconstitucionalidade da política pública de saúde por descumprimento dos princípios constitucionais e, em última instância, determinar a prestação de serviços concretos de assistência à saúde, tais como construção de centros de saúde, de leitos, destinação de profissionais, consultas, internações, entrega de medicamentos etc.

As ações centradas no plano da ilegalidade não suscitam controvérsias, pois cediço que ao judiciário cumpre zelar pelo fiel cumprimento da lei, diferente é no caso de “sentenças” que impõem ações concretas.

Advoga-se, com lastro na separação dos poderes, em repulsa à exigibilidade do direito à saúde, a impossibilidade do judiciário, através de decisões judiciais, “gerir” a política pública de saúde. É forçoso reconhecer que essa sustentação, em tese, tem fundamento, pois a repetição de decisões condenatórias – sobretudo se versadas sob direitos difusos e coletivos – tende, de fato, a (re)determinar uma decisão política. Todavia, essa alegação facilmente rui à luz da própria competência do Poder Judiciário atribuída pela Constituição e à natureza e finalidade desse texto.

A Constituição, “lei das leis”, não se presta somente à organização do Estado (elementos orgânicos), mas também e, preponderantemente, à defesa dos direitos (elementos limitativos), cuja tutela, de modo primordial, é conferida ao judiciário. Assim sendo, se o Poder Judiciário não puder, no caso concreto, garantir direito claro e aplicável – “São direitos [...]à saúde” (artigo 6º) – declinando sua exigibilidade a outra instância, esvazia-se de sentido sua própria existência, enquanto guardião derradeiro dos direitos fundamentais (individuais e sociais).

Não se trata de gestão de recursos, ou jurisdicionalização da política, mas simples e tão-somente aplicação de direito reconhecido. Advirta-se que não haveria razão para um provimento judicial condenatório se os demais poderes houvessem, no uso de suas atribuições, determinado e executado políticas públicas de saúde eficazes, possibilitando o exercício desse direito sem a necessidade de se recorrer ao judiciário. Na ausência de política pública eficaz em defesa dos direitos, deve agir sempre o Poder Judiciário⁶⁰¹.

⁶⁰¹ Nesse sentido, é o voto da Desembargadora mineira Maria Elza: “A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É

Em resenha, cumpre ao judiciário assumir uma postura intervencionista e substancialista, no exato sentido que lhe dá LENIO LUIZ STRECK:

“Quando falo em ‘intervencionismo substancialista’ refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para concretização dos direitos sociais-fundamentais.”⁶⁰²

Outro argumento comumente lançado em desfavor da exigibilidade dos direitos sociais é a denominada “reserva do possível” que, em resenha, consiste no condicionamento da efetividade dos direitos sociais (prestacionais) à disponibilidade dos recursos estatais. A partir disso, advoga-se, como informa FERNANDO FACURY SCAFF, que “não cabe aos juízes a análise de direitos fundamentais por se tratarem de algo que depende de disponibilidade orçamentária, logo, de uma matéria de interesse público cujo alcance não cabe ao Poder Judiciário, mas apenas ao legislativo e executivo.”⁶⁰³

Não se pode negar que em determinadas situações, de fato, pode-se vislumbrar a inexistência de recursos estatais para efetivação de certos direitos sociais, condição que, inclusive, esvai a possibilidade de execução de uma decisão judicial condenatória; todavia, a falência orçamentária, ou melhor, a reserva do possível, precisa ser vista pelo judiciário sob a perspectiva de “escassez e escolhas” administrativas, o que equivale a dizer o que segue, com base em ANA CAROLINA LOPES OLSEN:

“Se a discricionariedade administrativa for utilizada como ‘válvula de escape’ para o direcionamento de recursos para outros fins que não aqueles impostos pela Constituição Federal como prioritários, ela representará desvio de poder, e estará sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Nesse diapasão, a reserva do possível não poderá ser alegada na medida em que ela não representará uma condição de

certo que, em regra, a implementação de política pública é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto”. [Do corpo do voto] Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apel.Civ., n.1.0686.02.040293-5/001, 12/11/2004.

⁶⁰² A jurisdição constitucional e as possibilidades hemenêuticas de efetivação da Constituição: Um balanço crítico. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003, p. 391.

⁶⁰³ Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006, p. 123.

realidade a ser ponderada para fins de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas será a maquiagem de uma escassez indevidamente ‘produzida’, em desrespeito aos princípios constitucionais.”⁶⁰⁴

Ou, nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET:

“O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º § 1º da CF, cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.”⁶⁰⁵

Feitas essas digressões, mister auscultar a jurisprudência pátria.

Compulsando os arestos do Supremo Tribunal Federal, encontram-se sucessivas decisões⁶⁰⁶ reconhecendo o dever do Estado em proteger concretamente o direito à saúde. Dentre essas, merece desfilarmos a seguinte ementa:

“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. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ *Direitos fundamentais sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 338.

⁶⁰⁵ *A eficácia dos direitos fundamentais*. cit., p. 380.

⁶⁰⁶ RE n. 226.835/RS-1999 (Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão); RE n. 261.268/RS- 2000 (Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves).

⁶⁰⁷ Supremo Tribunal Federal, Re-Agr n. 271286/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000.

Desse entendimento, não se afasta o Superior Tribunal de Justiça⁶⁰⁸, sendo colacionado este paradigmático julgado:

“Como bem assentado na Constituição da República (artigo. 196), o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. [...] CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (artigo. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves[...].”⁶⁰⁹

Palmilham no mesmo sentido julgados dos Tribunais Regionais Federais da 1^a⁶¹⁰, 2^a⁶¹¹, 3^a e 4^a⁶¹² Região, e diversos Tribunais estaduais⁶¹³.

No caso específico da saúde indígena, encontram-se decisões de vanguarda, dignas de aplausos, no Tribunal Regional Federal da 4^a Região. (v.g., Apel.Civ. n. 2003.72.02.004616-5⁶¹⁴). Dentre essas, o julgamento dos Embargos Infringentes nº 1999.04.01.014944-9 (2005) que, no todo, compagina-se com a correta leitura

⁶⁰⁸ REsp 684646/RS-2005 (Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux).

⁶⁰⁹ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp n. 690483/SC, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 19/04/2005.

⁶¹⁰ Agravo de Instrumento n. 2003.01.0000.21.00-2-DF/2003 (Primeira Turma)

⁶¹¹ Agravo de Instrumento n. 115910/ RJ -2004(Primeira turma)

⁶¹² AC. n. 2006.72.00.011189-0/2007 (Terceira Turma, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz).

⁶¹³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal: Apel.Civ. n. 20050110609685/2006, Apel.Civ. n. 20050110841987/2006, Apel.Civ. n. 19990110876575/2006; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: Apel.Civ. n. 2003.025277-0/2004 Rel. Des. Jaime Ramos); Apel.Civ. n. 2004.016459-9/2004; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apel.Civ. n. 2006.009.01331/2006, Apel.Civ. n. 2006.004.00440-2006); Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Apel.Civ. 1.0024.05.698488-3/2006; Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apel. Civ. n. 70016212201, Apel. Civ. n. 70015546039/2006; Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba:MS n. 999.2006.000105-7/2006; Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso: AG. n. 14.287/2002; Tribunal de Justiça do Estado do Acre: MS n. 00.001063-4/2002.

⁶¹⁴ Ementa: “Processual civil. Constitucional. Ação civil pública. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa. Indígenas. Saúde. Prestação de serviço odontológico. É cabível o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de quaisquer direitos individuais homogêneos socialmente relevantes. Ministério Público é parte ativa legítima para a ação, pois seu objeto não é a defesa de apenas um indígena, mas a prestação da devida assistência odontológica a todo indígena, residente ou não na aldeia. Ao garantir aos indígenas tratamento médico especializado, a lei não faz qualquer distinção, nem prevê exclusão da assistência à saúde pela FUNASA, de forma que o direito de serem atendidos por aquele órgão independe de estarem aldeados ou não. Onde o legislador não restringiu não cabe ao intérprete restringir e deve-se dar às normas garantidoras de direitos fundamentais a maior aplicabilidade possível. Cabe ao poder público a tutela das comunidades indígenas, assegurando-lhes o direito à vida saudável.” Tribunais Regional Federal da 4^a Região, AC. n. 2003.72.02.004616-5, Terceira Turma, Rel. José Paulo Baltazar Junior, DJ 05/04/2006.

constitucional da saúde indígena.

O recurso foi interposto com o objetivo de reformar acórdão prolatado em apelação que confirmou sentença singular (10ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul), que indeferiu a inicial proposta pelo Ministério Público Federal, com o objetivo de condenar a FUNAI e a FUNASA à implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena, situada em área no Rio Grande do Sul, sob fundamento de que o pleito implica a substituição do Administrador pelo Juiz e, conseqüentemente, viola o princípio da separação dos poderes. Restou assentado na ementa:

“Administrativo. Constitucional. Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Arts. 6º e 196 Da Cf/88. Eficácia imediata. Mínimo existencial. Reserva do Possível. Inaplicabilidade. 1. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. 2. Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são gravados pela eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. 3. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de eficácia imediata dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial. 4. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. 5. A moderna doutrina, bem como autorizada jurisprudência, retirou força do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, deixando ao Judiciário a faculdade de examinar também a motivação, sob o aspecto da razoabilidade, tomando considerável espaço onde imperava a discricionariedade. 6. Dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, cassando a sentença que havia indeferido a inicial, determinando o retorno dos autos ao R. Juízo de origem para prosseguimento da ação.”⁶¹⁵

⁶¹⁵ Tribunais Regional Federal da 4ª Região, EIAC n. 1999.04.01.014944-9, Segunda Seção, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 11/05/2005.

Importa registrar que contra a decisão foram interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial, reconhecendo a fundamentalidade do direito à saúde (indígena), entendeu que a matéria versada é eminentemente constitucional e, com efeito, vedada ao seu apreço⁶¹⁶. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou a respeito.

Contudo, a análise jurisprudencial demonstra que, em geral, os tribunais pátrios têm assumido uma posição concretista (substancialista), reconhecendo a exigibilidade do direito à saúde.

4.11. Direitos sociais (direito à saúde), finanças e políticas públicas

A efetivação dos direitos sociais e, na espécie, o direito à saúde, imiscui aspectos não só de ordem dogmático-jurídica como também político-estatal. Em sua imbricação com o aspecto político-estatal, o direito à saúde encontra dois fatores fundamentais, os orçamentos e as políticas públicas, fatores também inter-relacionados.

Indubitavelmente, grande óbice na concretização dos direitos sociais são as finanças públicas, cuja insuficiência, em alguns países, cerceia o exercício mesmo de direitos sociais básicos⁶¹⁷. Diferentemente dos direitos civis – embora esses também não prescindam de recursos públicos, todavia em menor proporção –, os direitos sociais requerem do Estado não apenas postura negativa – no sentido de não os violar

⁶¹⁶ Ementa: “Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública Proposta pelo Ministério Público Federal. Implementação de políticas públicas concretas. Direito à saúde (Arts. 6º E 196 da CF/88). Eficácia Imediata. Mínimo existencial. Reserva do possível. Acórdão recorrido que decidiu a controvérsia à luz de interpretação constitucional. Competência do Colendo Supremo Tribunal Federal. Violação do Art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007. 2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais[...].” Superior Tribunal de Justiça. REsp 811608/RS, Primeira Turma, Rel.Min. Luiz Fux, j.15/05/2007.

⁶¹⁷ A esse respeito, Celso Lafer: “A falta de recursos e a crise do Estado intervencionista compromete, em escala universal a possibilidade de os governos nos serem um suporte da realidade para sustentar a dimensão vetorial dos direitos econômicos e sociais.” *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 200.

– mas também e, principalmente, ações positivas⁶¹⁸, ou seja, ações governamentais promotoras; logo, dispêndio de recursos públicos. Eis o que assevera JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE:

“Na realidade certos direitos, como, p. ex., os direitos à habitação, saúde, assistência, cultura, etc., dependem, na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa dispor desses recursos.”⁶¹⁹

A questão orçamentária se abrasa, considerando o alto custo⁶²⁰ monetário requerido para implementação da saúde. Consoante exemplifica RONALD DWORKIN,

“todos concordam que os Estados Unidos atualmente gastam demais com a saúde. Os serviços médicos perfizeram 14 por cento do nosso produto nacional bruto em 1991 – a França e a Alemanha gastaram 9 por cento e o Japão e a Inglaterra gastaram 8 por cento – e os economistas previam que, sem reformas, as despesas médicas chegariam a 18 por cento até o ano 2000.”⁶²¹

A análise fática brasileira, onde os gastos com saúde representam aproximadamente sete (7) por cento da receita bruta⁶²²(2006), demonstra que as falésias estruturais e orçamentárias do Estado têm maculado, em diversos aspectos, o

⁶¹⁸ Nesse sentido, proclama J.J Gomes Canotilho: “A problemática dos direitos sociais que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não exigem a abstenção estatal senão uma intervenção pública estritamente necessária para a realização destes direitos.” *Teoria de la constitución. cit.*, p. 70.

⁶¹⁹ *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 200.

⁶²⁰ Michel Foucault ressalta que, a partir do exemplo inglês, consubstanciado no Plano Beveridge de 1942: “a saúde entra no campo da macroeconomia. Os déficits devidos à saúde, à interrupção do trabalho, e a necessidade de cobrir esses riscos não são mais simplesmente fenômenos que poderiam ser resolvidos com as caixas de pensões, com seguros mais ou menos privados. A partir de então a saúde, sua ausência e o conjunto das condições pelas quais se vai assegurar a saúde dos indivíduos tornam-se uma despesa que, dados os seus custos, se coloca ao nível dos grandes capítulos orçamentários do Estado, qualquer que seja o modo de financiamento. A saúde faz sua entrada nos cálculos da macroeconomia.” *A crise... cit.*, p. 3.

⁶²¹ *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 432.

⁶²² Conforme Centro Brasileiro de Estudos De Saúde – CEBES, Associação Brasileira de Economia Da Saúde –ABRES, Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva – ABRASCO, Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS e Associação Brasileira de Organização Não Governamental – ABONG. Consta na informação para a conclusão conjunta das organizações referidas de que: “todas as evidências apontam para a insuficiência dos gastos em saúde no Brasil, seja em relação ao nosso nível de desenvolvimento quanto às demandas existentes. A sociedade exige, para enfrentar esta questão, o cumprimento e a regulamentação imediata da Emenda Constitucional 29.” *Esclarecimento público*, 11 de Julho de 2006.

direito à saúde da população. É o que se extrai das palavras de ELMA ZOBOLI, ao afirmar que “o abismo entre os com saúde e os sem saúde acentua-se dia a dia. As barreiras de acesso à saúde e à assistência médico-sanitária são ainda muitas e, para os excluídos, um sistema de saúde justo soa como um ideal distante.”⁶²³

Entretanto, a carência de orçamentos não pode servir de álibi ao Estado para negação de direitos. Vale aqui citar o entendimento do Ministro MARCO AURÉLIO, exarado em julgamento justamente versando sobre o exame do direito à saúde: “O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto na Constituição”.⁶²⁴ Noutras palavras, a existência dos direitos sociais não pode condicionar-se aos orçamentos, conforme defende ROBERT ALEXY:

“Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária a sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Direitos individuais podem ter peso maior que razões políticas financeiras.”⁶²⁵

Outrossim, ALESSANDRA GOTTI BONTEMPO afirma que “não é a eficácia dos direitos que deve estar condicionada à existência de recursos orçamentários, mas, pelo contrário, a existência de recursos orçamentários que necessita, por um imperativo constitucional, condicionar-se à implementação dos direitos sociais.”⁶²⁶

Em verdade, mais que orçamentos, a realização dos direitos sociais pressupõe a elaboração e a execução exitosa de políticas públicas⁶²⁷, no sentido que proclama JOSÉ EDUARDO DE FARIA:

“Os direitos sociais não podem simplesmente ser ‘atribuídos’ aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas

⁶²³ Desafios do próximo milênio: bioética e saúde pública. In: CLOTET, Joaquim (org.). *Bioética*. Porto Alegre: PUCRS, 2001, p. 34.

⁶²⁴ [Do voto] Supremo Tribunal Federal, RE n. 195192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000.

⁶²⁵ *Teoria dos direitos fundamentais. cit.*, p. 512.

⁶²⁶ *Direitos sociais. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 242.

⁶²⁷ Acentua Enrique Ricardo Lewandowski que: “Muitos desses direitos [sociais] são meras normas programáticas, cuja função consiste em indicar rumos à atuação dos governantes. A cobrança de tais direitos é, pois, mais política do que estritamente jurídica. A proteção dos direitos humanos no Mercosul. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. Desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 265.

dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com a sua positivação.”⁶²⁸

Políticas públicas, com esteio em MARIA PAULA DALLARI BUCCI, consiste nos “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁶²⁹

Embora não se tratem de realidades distintas, não interdependentes, o afã de concretizar os direitos constitucionalmente assegurados, sobretudo os de natureza social, tem contribuído na aproximação entre o Direito – aqui compreendido como Ciência e também como direito subjetivo – e política pública, criando novos espaços de diálogo, suscitando, no prisma jurídico, questões outrora pouco aventadas, mormente aquelas relacionadas com o controle judicial de políticas públicas.

Ponto fértil em discussões⁶³⁰ é a possibilidade de invalidação judicial de políticas públicas que, a bem de estarem conformatadas dentro das regras atinentes à elaboração e execução, descuram-se de diretrizes constitucionais, ou melhor, não atentam aos objetivos fundamentais impressos na Carta Política.

Uma coisa é dizer que a gestão pública da saúde, por um determinado ente federado, é válida, por exemplo, por atender à destinação mínima de recursos conforme previsto na Constituição, por cumprir os convênios firmados, por não infringir o processo de elaboração legislativa; outra, é dizer que a política adotada cumpriu com a vontade constitucional, que dentro da margem de discricionariedade conferida, firmaram-se decisões afinadas com os anseios da Carta e, sobretudo, que a

⁶²⁸ FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 105. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato: “Com base no princípio da solidariedade, passam a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas destinadas a garantir amparo e proteção social ao mais fracos e pobres; ou seja aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.” *A afirmação... cit.*, p. 52.

⁶²⁹ *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2000, p. 236, grifos do original. Um conceito, também acertado de política pública figura na lição de Maria Garcia: “As diretrizes da Administração Pública de um país refletem a sua filosofia dominante de sociedade e de governo (Samuel H. Jameson). Tais diretrizes constituem o que se denomina políticas públicas, ou seja, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.” *Políticas públicas e atividade administrativa do Estado*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 15, abril/jun., 1996, p. 65.

⁶³⁰ A respeito, *vide* FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo judiciário no Brasil: Uma visão geral. In: *Interesse Público*, ano IX, n. 144, 2007, p. 27-65.

política é eficiente.

A indagação ora suscitada não se confunde com a retro enfrentada, atinente à possibilidade do Judiciário determinar, no caso concreto, a efetivação de um direito judicialmente pugnado em interesse do demandante (direto ou por substituição). Está agora em jogo a possibilidade de invalidar-se uma política pública abstratamente considerada. O ponto diferenciador entre os embates é, por assim dizer, o objeto da demanda trazida ao Judiciário; lá, o direito que se quer ver concretizado; aqui, a política pública que se quer invalidar. Embora sejam questões diversas, comungam o mesmo obstáculo essencial, qual seja, a separação dos poderes.

Ora, a atribuição de salvaguarda da Constituição conferida ao Judiciário não autoriza a invalidação de atos ou omissões que contrariem os próprios objetivos da Carta? O esguio pelo executivo e legislativo dos fins constitucionais está, por força da separação dos poderes e discricionariedade, indene de qualquer ação do judiciário em reprimenda?

Não temos dúvidas que a ausência – inconstitucionalidade por omissão – ou ineficiência de política pública que avilte os objetivos constitucionais deve sujeitar-se à invalidação judicial. Esse entendimento encontra arrimo na doutrina de FÁBIO KONDER COMPARATO em seu artigo seminal *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*⁶³¹, e em sua obra *Afirmção histórica dos direitos humanos*, transcrevemos excerto desta:

“A grande tarefa atual dos profissionais, nessa matéria, consiste em construir tecnicamente garantias públicas, adequadas à realização desses direitos. Como foi visto, os direitos econômicos, sociais e culturais realizam-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental.[...] Seria preciso assim, entre outras medidas, institucionalizar a participação popular na elaboração dos orçamentos públicos, aparelhar uma ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas (e não apenas de leis ou atos normativos da Administração Pública), bem como reconhecer a competência do Judiciário para

⁶³¹ Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun., 1988. “O juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmo inconstitucionais.” p. 45.

invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitem as prioridades sociais estabelecidas na Constituição.”⁶³²

O controle judicial da constitucional da política pública de saúde indígena, com efeito, não pode restringir-se à legalidade dos atos, devendo alcançar também a consonância com os objetivos fundamentais e, por consequência, sua eficiência.

⁶³² *A afirmação...cit.*, p. 339.

CAPÍTULO V – O DIREITO INDÍGENA À SAÚDE NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: AMÉRICA LATINA

“O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um grande regime para as relações da vida internacional.”

(RENÉ DAVID⁶³³)

“A ciência do direito constitucional comparado[...] é uma das ciências jurídicas cujo objeto é o estudo profundo dos ordenamentos constitucionais dos Estados, ao lado das ciências do direito constitucional particular, consideradas como as relativas a um único ordenamento estatal, e do direito constitucional geral que constitui um capítulo específico da teoria geral do direito, destinado a compreender em seus esquemas dogmáticos uma série muito ampla de instituições dos mais diversos ordenamentos positivos.”

(PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA⁶³⁴)

Em essência, com alento nos ensinamentos de GIUSEPPE LUMIA, cabe ao direito comparado o cotejo de “ordenamentos jurídicos vigentes em países diversos para colocar em evidência os elementos de semelhança e de diferença que apresentam em relação à diversidade das condições sociais, econômicas e políticas e também das tradições e das ideologias dominantes em cada país.”⁶³⁵

Dada à incontestada utilidade do Direito Comparado (*lato sensu*) e, especialmente, do Direito Constitucional comparado – que, consoante J. H. TEIXEIRA MEIRELES, consiste “no estudo comparativo de diversas constituições e sistemas jurídicos”, permitindo “a formulação do Direito Constitucional geral, quando se verifica o que neles existe de comum, de essencial”⁶³⁶ –, não é de se estranhar que “os estudos de direito comparado se tenham desenvolvido consideravelmente nos

⁶³³ *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

⁶³⁴ *Introducción al Derecho Constitucional comparado*. Trad. Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 79.

⁶³⁵ *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.14.

⁶³⁶ *Curso de direito constitucional*. Maria Garcia (rev. e atualização). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 8.

últimos tempos”⁶³⁷, a ponto de conduzir MIGUEL REALE a concluir que esta disciplina jurídica “é um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias.”⁶³⁸

Essa afirmação encontra guarida na doutrina de RENÉ DAVID, ao sustentar que “não só o legislador pode utilizar o direito comparado para aperfeiçoar o direito. Idêntica possibilidade está aberta à doutrina e à jurisprudência. A lei pode ter um caráter nacional; o direito jamais se identifica efetivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela própria natureza de ciência, um caráter transnacional”.⁶³⁹

Conjugando os benefícios do direito comparado – que se depreendem com clareza da lição de RENÉ DAVID – com o tema central dessa dissertação, emergem, ao menos, dois contributos do desenvolvimento deste capítulo. A um, o confronto das formas de enfrentamento das querelas indígenas por sistemas jurídicos comparados fomenta o aperfeiçoamento da legislação brasileira no sentido técnico e material. A dois, a comparação contribui para integração dos sistemas, o que é de grande importância no desenvolvimento do direito internacional, particularmente na celebração e cumprimento de tratados de direitos humanos protetivos de direitos indígenas.⁶⁴⁰

O êxito da investigação condiciona-se, todavia a observância de critérios metodológicos próprios do estudo do direito comparado, pois, como ressalta MIGUEL REALE, não basta “o mero confronto de códigos e leis de diversos povos”⁶⁴¹. Na mesma linha argumentativa, P. R. TAVARES PAES destaca que cumpre estudar o “direito” e não simplesmente a legislação comparada, e ainda a jurisprudência, “a menos que se queira correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, poderiam, afinal, ser erradas”.⁶⁴²

⁶³⁷ LATTORE, Angel. *Introdução ao estudo do direito*. 5. reimp. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002, p. 254.

⁶³⁸ *Op. cit.*, p. 305.

⁶³⁹ *Os grandes sistemas do direito contemporâneo. cit.*, p. 8.

⁶⁴⁰ Oportuno citar a lição de René David: “o direito comparado não é menos necessário se se pretende estreitar os elos de cooperação entre diversos países e uni-los no seio da comunidade regional.” *Op. cit.*, p. 10. Nesse norte Paolo Biscaretti di Ruffia, sustenta que uma das finalidades do direito constitucional é a unificação legislativa, tarefa “que recentemente tem se apresentado com maior vigor do que no passado em virtude dos vínculos que tem aproximado numerosos Estados, especialmente os agrupados em uniões regionais [...]. É freqüente que os organismos supranacionais que vêm se estabelecendo no mundo contemporâneo pressuponham, para seu funcionamento eficiente, de certa analogia das normas e instituições constitucionais entre os Estados respectivos.” *Op. cit.*, p. 81.

⁶⁴¹ *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 305.

⁶⁴² *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 202–203.

Considerando a multiplicidade de ordenamentos e as limitações desta pesquisa, sem olvidar a existência de sistemas jurídicos noutros continentes com institutos de proteção de direitos indígenas peculiares (por exemplo, o australiano⁶⁴³), no presente capítulo concentrar-se-á a atenção para a salvaguarda constitucional dos direitos indígenas, mormente o direito à saúde e a recepção da Convenção nº 169 da OIT em alguns países da América Latina.

O corte metodológico dos países tem como parâmetro a subdivisão de CLETUS GREGOR BARIÉ⁶⁴⁴, no sentido de que a proteção constitucional dos direitos dos povos indígenas nos países da América Latina pode ser dividida em três grupos: primeiro, aqueles países que não se preocupam absolutamente com as questões indígenas (Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai); segundo, aqueles que outorgam constitucionalmente alguma proteção pontual a seus grupos étnicos dentro de um marco legal incompleto e pouco articulado e geralmente com enfoque evolucionista e integracionista (Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras); e, terceiro, aqueles países em que se desenvolve uma extensa legislação indigenista no plano constitucional (Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala⁶⁴⁵, México, Nicarágua, Panamá⁶⁴⁶, Paraguai, Peru e Venezuela).

⁶⁴³ Vide: PASADO aborígen: futuro de Australia. In: *Boletín IWGIA*, n.1/2, ene./jul., 1984; CRAWSGAW, Josie. Declaración de las organizaciones aborígenes australianas. In: *Boletín IWGIA*, n. 2, set./out.1992.

⁶⁴⁴ *Pueblos indígenas y derechos... cit.*, p. 87.

⁶⁴⁵ Disposições constitucionais relativas aos indígenas – Constituição da Guatemala (1993): Artigo 66: Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos; Artigo 67: Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema. Artigo 68: Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo; Artigo 76: Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizado y regionalizado.

⁶⁴⁶ Disposições constitucionais relativas aos indígenas: Artigo 84: Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas; Artigo 86: El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada uno de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos. Artigo 104: El Estado desarrollará programas de educación y promoción para grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana. Artigo 123: El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de

Nesse contexto, investigar-se-á, como integrante do “primeiro grupo”, o Chile; do “segundo grupo”, a Costa Rica; do “terceiro”, a Argentina, a Bolívia, a Colômbia, o Equador, o México e a Venezuela.

Importa fazer outras advertências. No objetivo de explanar a unidade do sistema comparado, é oportuno indagar a recepção pelo ordenamento em exame da normativa internacional de proteção dos direitos indígenas, em especial no atinente à Convenção nº 169 da OIT – considerando tratar-se do instrumento internacional vinculante de maior proteção de direitos indígenas – do mesmo modo o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Protocolo Adicional a Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PCADESC) – vez que ambos prevêm o direito à saúde.

No consecução de tais objetivos, é válido iniciar pela exposição do “indigenismo” e do “indianismo” nas constituições da América Latina.

1. Constituição, Indigenismo e Indianismo na América Latina

“O que não nos cabe dúvida é que estamos frente a um dos fenômenos mais expressivos da América Latina do final do século vinte. É um processo em que se debate em profundidade o futuro dos nossos países e que outorga esperanças de que a justiça e os direitos de todos se possam cumprir nestas sociedades açoitadas por vários séculos pelo golpe arbitrário e o castigo do poderoso. Os indígenas emergem como vozes de esperança de um futuro melhor, para eles e para todos nós.”

(JOSÉ BENGOA⁶⁴⁷)

Perquirir as razões que determinam a existência ou não de disposições referentes aos indígenas no bojo de uma Constituição importa em considerar e compreender quais devem ser os objetos e elementos essenciais de uma Constituição, situando-se, por conseguinte, a discussão no enfrentamento de alguns dos mais difíceis e relevantes temas colocados à doutrina constitucional contemporânea.

Conforme advertem GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a definição de quais pontos não podem

las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras.

⁶⁴⁷ *La emergência indígena en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 330.

ser negligenciados no momento de confecção do texto estruturante de um Estado conduz à reflexão de temas altamente complexos, como o são aqueles sobre “que tarefas ou funções devem ser confiadas à Constituição de um determinado país? Que matérias têm ou devem ter dignidade constitucional? Deve a constituição limitar-se a ser uma ordem de competência, uma, simples norma de organização, embora de caráter fundamental? [...]”⁶⁴⁸

Por outro lado, tocaria analisar a própria “técnica constitucional”, por exemplo, quanto aos méritos e deméritos das constituições analíticas e sintéticas, e a distinção confusa – justamente por depender da definição dos elementos essenciais – entre Constituição formal e Constituição material.

Partindo da premissa, a nosso sentir verdadeira – lembre-se a Declaração Francesa de 1789, artigo 16: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição” – de que é componente essencial (“estrutura mínima) de uma Constituição a “Declaração de direitos” – e consistente nos denominados “elementos limitativos” do poder estatal em face dos cidadãos –, pode-se indagar se entre os direitos reconhecidos deve-se incluir expressamente garantias de guarda de grupos sociais “desprivilegiados”, como é o caso dos indígenas, ou, dilatando-se o campo constitucional para além da “declaração de direitos”, se deve a Constituição preocupar-se com a proteção de grupos desfavorecidos, reservando para tanto parte de seu texto.

Respondendo à primeira indagação, LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, em análise da Constituição brasileira de 1988, sustentam que

“encontraremos, na constituição formal, normas que apesar de sua importância, poderiam ser dispensadas do conceito de estrutura mínima do Estado, como o art. 231 da Constituição Federal, que trata dos índios [...] Com efeito, em rápida leitura do dispositivo [...] verifica-se que a norma, não obstante de grande importância, não é essencial à compreensão mínima do Estado brasileiro.”⁶⁴⁹

⁶⁴⁸ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

⁶⁴⁹ *Curso de direito constitucional*. *Op. cit.*, p. 4. Com o respeito devido a nosso ilustre professor a quem confessamos grande influência não só nessa dissertação como em nossa formação, não concordamos com esse entendimento, ao revés indagamos: é possível compreender o Estado Brasileiro sem os povos indígenas? Eles não integram o estado mínimo? Não constituem parte do povo? Não têm contribuição na história do país? A Constituição Democrática pode desconsiderar as diferenças entre os membros da nação?

DALMO DE ABREU DALLARI, em resposta à última interrogação suscitada, preconiza: “É indispensável que a Constituição estabeleça regras e mecanismos que assegurem, para todos o progresso social e impeçam a criação ou a manutenção de classes ou grupos sociais irremediavelmente inferiorizados.”⁶⁵⁰

A essencialidade de disposições referentes aos indígenas nas constituições, pois, pode-se dizer relacionada com o próprio conceito e finalidade da Constituição, o que transpõe as conclusões possíveis para o campo da subjetividade do emitente, ou melhor, para a compreensão pessoal do emissor da ilação, esvaindo, com efeito, a probabilidade de uniformidade de entendimento.

Para nós, considerando o contexto do constitucionalismo moderno – cujos traços essenciais, entre outros, são, no dizer de HORST DIPPEL,⁶⁵¹ a soberania popular, os princípios universais e os direitos humanos –, não resta dúvida de que naqueles países em que há grupos desprivilegiados, entre os quais se incluem os povos indígenas, é imperiosa a proteção em sede constitucional.

Em verdade, afora a questão dogmática da teoria constitucional, indubitavelmente, o conteúdo de uma Constituição condiciona-se, como proclama KARL LOEWENSTEIN, à posse de certas convenções comumente compartilhadas e certas formas de conduta reconhecidas por cada sociedade estatal⁶⁵². São justamente essas convicções que determinam a legitimidade e o valor de uma Constituição⁶⁵³.

Influem na convencionalidade (consenso) da substância constitucional, como em todas as expressões do direito, forças políticas, psicológicas, econômicas, fatores nacionais e raciais e, ainda o determinismo cultural, consonante ensinamentos de EDGAR BODENHEIMER⁶⁵⁴.

Pois bem, à luz do tema em voga, tendo em vista a realidade latino-americana, tem-se que a amplitude do amparo constitucional dos direitos indígenas subordina-se, ao menos, a quatro fatores. Primeiro, com a presença desses povos no território estatal, influenciando, nesse ponto aspectos histórico-coloniais e mesmo

⁶⁵⁰ *Constituição e constituinte*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 27.

⁶⁵¹ *História do constitucionalismo moderno*. Novas perspectivas. Trad. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.10.

⁶⁵² *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1976, p. 149.

⁶⁵³ Nesse sentido, é incisivo Thomas Cooley: “o valor de uma constituição está na razão directa do seu adaptamento às circunstâncias, desejos e aspirações do povo.” *Princípios geraes de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Versão de Alcides Cruz, Porto Alegre: Carlos Echenique – Livraria Universal, 1909, p. 21.

⁶⁵⁴ *Teoría del derecho*. *Op. cit.*, *passim*.

imigratórios; segundo, com o momento em que se elaborou a Constituição e respectivo ordenamento; terceiro, com a participação política dos indígenas no processo decisório; e, finalmente, com o reconhecimento estatal da condição indígena.

A participação política e reconhecimento indígena relacionam-se com os movimentos denominados “indigenismo” e “indianismo” (ou pós-indigenismo).

Na doutrina especializada de HENRI FAVRE, consiste o indigenismo no movimento ideológico de expressão literária e artística, ainda igualmente político e social, que considera o índio no contexto de uma problemática nacional.⁶⁵⁵

Um conceito mais vertical de indigenismo latino-americano se depreende da obra de JOSÉ BENGGOA, no sentido de que

“é um intento de boa-fé, de ‘redimir’ os indígenas da situação de exploração em que se encontram e, ao mesmo tempo, de ‘redimir’ a sociedade crioula de seu passado colonialista. É um movimento cultural que pretende outorgar ao continente um selo particular, construir a partir da crítica uma identidade latino-americana democrática.”⁶⁵⁶

O surgimento do indigenismo latino-americano está relacionado com a dificuldade encontrada pelos países latinos de, após galgarem independência, nacionalizar a sociedade. A propósito, preleciona HENRI FAVRE que “ao mesmo tempo como prova da inexistência da nação, se vê o índio como o único fundamento sobre o qual é possível construí-la.”⁶⁵⁷ Robora essa tese, no caso brasileiro, o indigenismo surgido na literatura manifesto de modo efusivo nos romances indigenistas de JOSÉ DE ALENCAR, “O Guarani”(1857), “Ubirajara”(1874) e “Iracema” (1865).

O contributo artístico reflete-se no pensamento e prática social do indigenismo, ou melhor, na inserção do indigenismo como política nacional. Nesse quadrante, como precursores do movimento institucional, cujo apogeu se situa entre os anos de 1920 e 1970, merece referência as figuras de MANUEL GAMIO no México, JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI no Peru e, “o pai do indigenismo brasileiro” CÂNDIDO RONDON.

⁶⁵⁵ *El indigenismo*. Trad. Glenn Amado Gallardo Jordán. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 8. O indigenismo em sua acepção clássica “equivale à tendência cultural inspirada no reconhecimento e valorização das civilizações aborígenes.” Cf. ENCICLOPÉDIA Jurídica Omeba, t. XV, Buenos Aires: Libreros, s/d., p. 491, verbete “indigenismo”.

⁶⁵⁶ *La emergência indígena en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 199.

⁶⁵⁷ *Op. cit.*, p. 8.

O indigenismo no dizer de JOSÉ BENGUA contém três objetivos essenciais: denúncia à opressão do índio, busca de políticas de superação da situação indígena pelo caminho de sua integração ao conjunto da sociedade e a manifestação do caráter indígena, indoamericano⁶⁵⁸.

É no fito integracionista que se concentram suas maiores críticas ao indigenismo. A esse respeito ALIRIO SANGUINO MADARRIAGA, preleciona que a política nacional indígena integracionista pretende incorporar as populações indígenas à sociedade dominante, proletarizando-as e integrando-as as classes sociais exploradas, proletarização que se traduz num empobrecimento crescente e numa marginalização que afeta todos os níveis sociais⁶⁵⁹.

Nesse contexto, mais que o reconhecimento indígena e de sua diferença o pensamento indigenista reconhecido oficialmente pelos estados latino-americanos em suas “políticas indigenistas”, converteu-se em políticas assimilatórias e paternalistas. A política indigenista e integracionista sente-se, inclusive no âmbito legal, lembre-se a propósito, que o caráter integracionista constou em todas as constituições brasileiras anteriores a de 1988.

Nesse diapasão, calha trazer a lume os ensinamentos de MARGARITA NOLASCO ARMAS:

“A idéia de integração acaba sempre com o suposto de uma total assimilação da população indígena pela nacional o que significa, simplesmente, o momento final do colonialismo: realiza-se um etnocídio para terminar com a situação colonial. A criação do dominado, o ‘indígena’, afortunadamente tem-se oposto por vezes a este verdadeiro genocídio. Nos casos em que tal fenômeno tem-se realizado, a população não tem melhorado consideravelmente: da exploração colonial passa a uma exploração classista.”⁶⁶⁰

Em resposta ao indigenismo oficial integracionista emergiu o “indianismo”. A característica marcante do “indianismo” ou então “pós-ingenuismo”, como preferimos denominar, é a participação e liderança dos próprios indígenas no movimento em busca do reconhecimento de direitos, participação e políticas públicas específicas e efetivas⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ *Op. cit.*, p. 200.

⁶⁵⁹ El indígena ante el derecho penal. Testimonio de una afrenta sócio-cultural. In: *Estudios de Derecho*, Medellín, v. XLVII, n. 115-116, ano L, mar./set., 1990, p. 206.

⁶⁶⁰ A antropologia aplicada no México e seu destino final: o indigenismo. Trad. Edson Passeti. In: JUNQUEIRA, Carmen; CARVALHO, Edgard de A. (orgs.). *Antropologia e indigenismo na América Latina*, São Paulo: Cortez, 1981, p. 81.

⁶⁶¹ Grife-se nessa quadra o surgimento e fortalecimento de “organizações indígenas indianistas”, entre estas, na Argentina a “Organización Nacional de Pueblos Indígenas de Argentina” (ONPIA), no

Pois bem, as reivindicações indígenas latino-americanas (do pós-indigenismo), atinentes a esfera jurídica – necessidade de normatização de direitos – conforme DIEGO A. ITURRALDE podem ser condensadas em cinco temáticas: a) reconhecimento constitucional da existência de povos indígenas como sujeitos específicos no interior da nação; b) estabelecimento do direito dos povos a dispor de meios materiais e culturais necessários para sua reprodução e crescimento, de maneira especial a conservação, recuperação e ampliação das terras tradicionalmente ocupadas e exploração dos recursos naturais; c) instrumentalização do direito ao desenvolvimento material e social dos povos indígenas; d) segurança do direito ao exercício e desenvolvimento das culturas indígenas; e) estabelecimento de condições jurídicas e políticas que tornem possível e seguro o exercício e ampliação dos direitos dentro do estado, garantindo-se, para tanto, a representação direta dos povos indígenas nas instancias governamentais⁶⁶².

A mobilização indígena e êxito das reivindicações oscilam como não poderia deixar de ser, conforme cada Estado. Não obstante, numa perspectiva geral latino-americana pode-se arguir, sem medo de erro, que o pós-indigenismo, marca uma nova perspectiva de nacionalidade e cidadania. Estribam o argüido VIVIAN URQUIDI, VANESSA TEIXEIRA e ELIANA LANA:

“A cidadania étnica em desenvolvimento na América Latina não deve ser compreendida como um fenômeno isolado, mas uma tendência a partir da perspectiva da expansão da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta tendência tem se acentuado nos últimos anos com a maior preocupação de governos latino-americanos em garantir os direitos de cidadania a segmentos até então marginalizados, dentre os quais, os povos indígenas. E isto, por sua vez, deu nova dimensão à cidadania étnica.”⁶⁶³

Equador a “Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador” (CONAIE) e “Confederación de los Pueblos de Nacionalidad Kichua del Ecuador (ECUARUNARI)”, no Brasil a “União das Nações Indígenas do Acre e Sul do Amazonas (UNI)”, na Colômbia a “Autoridades Indígenas de Colombia” (AICO), ainda aquelas transnacionais como a “Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica” (COICA) e o “Consejo Indio de Sud América (CISA).

⁶⁶² Los pueblos indígenas y sus derechos en América Latina. In: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, São José da Costa Rica, v. 15, 1992, p. 24-25. Essas balizas se compaginam, com as peculiares da “emergência indígena na América Latina” identificadas por José Bengoa, veja-se: a) “reconhecimento” como questão fundamental – “a demanda indígena exige fundamentalmente que o Estado e a sociedade os reconheçam como indígenas”; b) identidade cultural; c) “etnoecologismo” ou “ecoetnicidad” sintetizado na busca pelo respeito ao meio ambiente – “discurso verde”; d) “panindigenismo cultural”, neologismo que José Bengoa utiliza para designar a integração de grupos étnicos de diversas localidades e países do continente em busca de ideais comuns; e) reafirmação da autonomia indígena. *Op. cit., passim*.

⁶⁶³ Questão indígena na América Latina: Direito internacional novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas. In: *Cadernos PROLAM/USP*, v. 1, ano 8, 2008, p. 219. Palmilha na mesma vereda José Bengoa, ao afirmar que: “Ao propor uma sociedade multiétnica e

Essa nova roupagem reflete-se na legislação, inclusive constitucional⁶⁶⁴. Escorreiço das reivindicações indígenas, fortalecimento político e reconhecimento das querelas indígenas no âmbito internacional inúmeros países reconhecem o caráter pluriétnico de seus estados e conferem direitos especiais aos povos indígenas, em alguns casos, inclusive para constituição de comunidades indígenas autônomas.

Embora relevantes essas conquistas apenas inauguram o processo, pois há ainda um vasto e áspero caminho a percorrer-se em termos normativos⁶⁶⁵ e, sobretudo no plano fático concreto.

2. Direitos indígenas nas constituições latino-americanas

2.1. Argentina

O processo histórico de enfretamento da questão indígena pelo Estado argentino se assemelha com o brasileiro consoante se deflui da análise da esteira evolutiva traçada por JORGE FAVA em alusão aquele país:

“1. Etapa ofensivo-defensiva; 2. Etapa ‘sometimiento’ /colonização. Na mesma se observa diferenças segundo o predomínio dos modos empregados para a incorporação do indígena a sociedade: a ‘redução’ ou a difusão dos valores próprios da civilização; 3. Etapa de

multicultural os indígenas não só tem questionado a sua própria situação de pobreza e marginalidade, tem questionado também as relações de dominação da sociedade latino-americana baseadas na discriminação racial, na intolerância étnica e na dominação de uma cultura sobre as outras. Os indígenas têm questionado as bases do Estado Republicano Latino-americanos, construído sobre a idéia de ‘um só povo, uma só Nação, um só Estado’. A unidade artificial e colonial de Povo, Nação e Estado, presente em todas as constituições latino-americanas, tem negado a existência de povos indígenas, da diversidade étnica e cultural das sociedades do continente. O racismo latino-americano tem se sustentado nessa ficção. A emergência indígena esta significando uma proposta de democratização fundamental para o conjunto da sociedade e ao Estado Latino-americano.” *Op. cit.*, p. 42.

⁶⁶⁴ Sustenta María Magdalena Gómez Rivera: “As inserções de normas relativas à Direito Indígena na ordem constitucional latino-americano, expressam avanços no terreno das reivindicações dos povos indígenas [...] O processo de juridicidade das demandas dos Povos Indígenas em suas expressões mais avançadas, se reflete nas Constituições do Nicarágua (1986), Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992) e Bolívia (1994)”. *El derecho indígena frente al espejo de América Latina*. In: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, São José da Costa Rica, v. 26, 1997, p. 49.

⁶⁶⁵ O desenvolvimento normativo das relações entre os indígenas e estados como bem ressalta Diego A. Iturralde, “deve apoiar-se nos princípios e práticas dos direitos humanos como um horizonte universal”; deve contar com a participação indígena – “convocar-se os indígenas para que expressem seus interesses e aspirações” – e sensibilização dos governos e desenvolvimento teórico-crítico de alternativas. *Op. cit.*, p.23.

busca de uma política de integração; 4. Etapa de revalorização da cultura indígena.”⁶⁶⁶

A política integracionista – terceira etapa conforme JORGE FAVA, – figurou na Constituição argentina de 1853 (artigo 67⁶⁶⁷). A alternância para o reconhecimento da cultura indígena (quarta etapa) despontou na Lei nº 23.302, de novembro de 1985 – “Política Indígena e Apoio a as Comunidades Aborígenes” – conforme se depreende de seu artigo 1º:

“Declara-se de interesse nacional a atenção e apoio aos aborígenes e às comunidades indígenas existentes no país, e sua defesa e desenvolvimento para sua plena participação no processo socioeconômico e cultural da Nação, respeitando seus valores e modos próprios. Com esta finalidade, serão implementados planos que permitam seu acesso à propriedade de terras e ao fomento de sua produção agropecuária, florestal, mineira, industrial ou artesanal em quaisquer de suas especializações, a preservação de suas pautas culturais nos planos de ensino e a proteção à saúde de seus integrantes.”

Importa registrar que o artigo citado embora possua natureza infraconstitucional, manifesta a preocupação com a saúde indígena, assim o é que disposições posteriores da lei em voga preocuparam-se em disciplinar detalhadamente a questão (artigo 18 a 20).

A “revalorização” indígena, inicialmente infraconstitucional, alcançou o *status* de norma superior na vigente Constituição de 1994, em específico, no artigo 75(17), *verbis*:

“Cabe ao Congresso: [...]17: Reconhecer a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos. Garantir o respeito à sua identidade e o direito a uma educação bilingüe e intercultural; reconhecer a pessoa jurídica de suas comunidades, e a posse e propriedade comunitária das terras que tradicionalmente ocupam; e regular a entrega de outras medidas aptas e suficientes para o desenvolvimento humano; nenhuma destas serão inarredáveis, transferíveis nem suscetíveis de impostos ou embargos. Assegurar sua participação na gestão referida a

⁶⁶⁶ Argentina: Reforma constitucional y política indigenista. In: *Boletín IWGIA*, n.1, jul./ago., 1991, p. 21.

⁶⁶⁷ “Corresponde al Congreso: [15] Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo.” CLAVERO, Bartolomeu. *Pronunciamientos Indígenas de las Constituciones Americanas (American constitutions' provisions on indigenous issues)*. Disponível em: <<http://www.alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>>. acesso em 20/10/2008.

seus recursos naturais e aos demais interesses que os afetem. As províncias podem exercer estas atribuições concorrentemente.”

A análise deste artigo evidencia duas diferenças essenciais com a sistemática constitucional brasileira atinente aos indígenas: a) a técnica remissiva – norma de eficácia limitada – a legislação infraconstitucional e provincial; b) a competência concorrente das províncias para promoção dos direitos assegurados – no caso brasileiro a legislação acerca da questão indígena é competência privativa da União (artigo 22 inciso XIV).

A remissão constitucional à atividade legislativa congressual e provincial desafia fundadas críticas. Nesse sentido é o magistério de CLETUS GREGOR BARIÉ:

“está solução de derivar certas garantias ao poder legislativo – uma prática que na Argentina vem desde o século passado – dificulta sua reclamação e eficácia. Ademais a lei atribui estas competências também as províncias – é dizer, aos governos locais que tendem a estar menos familiarizados com o tema.”⁶⁶⁸

A extensão de competência em matéria indígena à alçada provincial amplia, deveras o campo investigativo. Entre as províncias que lançam mão desta competência, esculpindo em suas constituições provinciais disposições referentes aos indígenas estão às províncias de Buenos Aires (artigo 6⁶⁶⁹), El Chaco (artigo 37⁶⁷⁰), Chubut (artigo 34⁶⁷¹), Formosa (artigo 79⁶⁷²) e Rio Negro (artigo 42⁶⁷³).

⁶⁶⁸ *Op. cit.*, p. 116.

⁶⁶⁹ Artigo 36: La provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales: A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales de los indígenas. La provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan.[...]. Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1994.

⁶⁷⁰ Artigo 37: La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles e intransferibles a terceros.[...]. Constitución de la Provincia de El Chaco, 1994.

⁶⁷¹ La provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural[...].Constitución de la Provincia de Chubut, 1994.

⁶⁷² Artigo 79: La provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos en esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vida provincial y nacional.[...]. Constitución de la Provincia de Formosa, 1957.

⁶⁷³ Artigo 42: El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborigen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece

A Constituição argentina de 1994 em seu artigo 75, inciso 22, reconhece a hierarquia suprallegal dos tratados em geral e confere *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, entre outros, expressamente em relação à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e, aos demais tratados de direitos humanos não referidos no texto desde que submetidos ao processo legislativo similar ao das emendas constitucionais.

A hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos reforça sobretudo a proteção dos direitos indígenas, entre os estes, o direito à saúde. O reconhecimento do *status* constitucional do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é suficiente, por si só, para vincar a conclusão de que o direito à saúde encontra-se garantido, cite-se o artigo 12: “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.”

Essa ilação encontra guarida na afirmação de CHRISTIAN COURTIS de que a Corte argentina tem reconhecido o direito à saúde a partir da outorga de hierarquia constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos⁶⁷⁴.

Do mesmo modo o *status* conferido ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, reveste-se de importância para o tema indígena, bastando referir os artigos 1^o⁶⁷⁵ e 27^o⁶⁷⁶ daquele texto.

las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de la tierra que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual y de su comunidad, y respeta el derecho que le asiste a organizarse.[...]. Constitución de la Provincia de Río Negro, 1988.

⁶⁷⁴ La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. La experiencia de una década. Buenos Aires: CELS, 2006, p. 749.

⁶⁷⁵ Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinar livremente seus estatuto político e assegurar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

⁶⁷⁶ Artigo 27: Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Calha ressaltar que a Constituição argentina prevê a ação de amparo contra todos os atos ou omissões de autoridades públicas ou particulares, atuais ou eminentes, que restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou ilegalidade, direitos e garantias reconhecidos em tratados (artigo 43).

A Argentina reconhece desde 1992 – Lei nº 24.071 (adesão internacional somente em 2000) – a Convenção nº 169 da OIT. Nessa quadra impende informar que o reconhecimento da Convenção foi inclusive objeto de recurso perante Corte Suprema de Justiça Nacional da Argentina, no qual se propugnou pelo estabelecimento de um prazo ao Executivo para ratificação internacional.

Além de confirmar a sentença que determinou o depósito da Convenção nº 169 da OIT a Corte Suprema exarou importante precedente jurisprudencial no sentido de reconhecer a hierarquia privilegiada deste texto no ordenamento interno⁶⁷⁷.

No plano fático, as principais violações de direitos indígenas na Argentina, como noutros países latinos, entre os quais o Brasil, tocam o direito à terra, recursos naturais⁶⁷⁸ e, também saúde indígena.

Em 2007 tornaram-se públicas as mortes de indígenas ocorridas na Província do Chaco⁶⁷⁹ – em especial o óbito da indígena TOMASA JUARES⁶⁸⁰ – por

⁶⁷⁷ Excerto: “os tratados têm primazia sobre as leis (Constituição Nacional, artigo 75, inciso 22). E é atribuição do Poder Executivo assumir para a Nação, por ratificação, obrigações internacionais com o alcance de tal primazia.” Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. F. 284. XXVI, Recurso de hecho, Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Buenos Aires, 4 de diciembre de 1995.

⁶⁷⁸ Em 2006 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu a petição nº 12.094 referente a comunidade indígena Lhaka Honhat, justamente por pretensa violação a seus direitos humanos a propriedade da terra e recursos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº 78/06. Petición 12.094. *Vide*: ZIMMERMAN, Morita Carrasco y Silvina. Argentina: El caso Lhaka Honhat. In: *Informe IWGIA*, n. 1, 2006.

⁶⁷⁹ Intitulando o item de “*Desastre humanitario por abandono y muertes por desnutrición y otras causas evitables*” o anuário “El mundo indígena” de 2008 (IWGIA – Grupo Internacional de Trabajo sobre Assuntos Indígenas) relata que em cinco meses (julho a novembro – 2007) faleceram mais 20 indígenas vítimas de desnutrição e falta de atenção médica na província do Chaco. *El mundo indígena –2008. Op. cit.*, p. 220.

⁶⁸⁰ Consoante denuncia o Centro de Estudios e Investigación Social Nelson Mandela DD. HH: “Na realidade, a enfermidade desta mulher toba foi a pobreza, com nomes de tuberculose e desnutrição. Padeceu de TBC pulmonar, “em tratamento” conforme relatórios médicos. [...] Nos momentos em que a desnutrição a prejudicava com mais intensidade, seu peso era de 36,500kgs; tinha desnutrição de 2º grau. [...] Os governos sabiam que Tomasa necessitava uma dieta especial, rica em proteínas, ferro e cálcio. Também sabiam que os tratamentos de tuberculose fracassam naqueles pacientes que não consomem os alimentos adequados. Além disso, os governos sabiam que a situação de extrema pobreza desta família os impediria de comprar os alimentos que deveriam fazer parte da dieta que deveria “sanar” Tomasa. Portanto, os governos sabiam que deveriam apoiar este grupo familiar, mais especificamente a Tomasa, dando-lhe uma assistência alimentar diferenciada, especial, de acordo com a tuberculose e com a desnutrição que carregava, além da parasitose que já fazia parte dela desde muitos anos. Deveriam ter-lhe administrado uma dieta apropriada, para que dessa forma pudessem recuperar sua saúde. Portanto, os governos são responsáveis por Tomasa não se alimentar através da dieta que garantiria sua recuperação. Como não fizeram o que era necessário, Tomasa faleceu.” *La*

desnutrição e desatenção médica. Em resposta foi proposta perante a Corte Suprema “Ação de Amparo” contra o Estado e a Província visando à condenação dos requeridos a garantir as comunidades indígenas afetadas

“uma real e efetiva qualidade de vida digna, que permita lhes permita o exercício do direito à vida, à saúde, a assistência médico-social, a alimentação, a água potável [...] que tais direitos sejam satisfeitos de maneira contínua e permanente, com a mutua intervenção por parte do Estado Nacional e da Província...”⁶⁸¹

A Corte deferiu à medida cautelar pleiteada ordenando aos demandados o fornecimento de água potável e alimentos as comunidades indígenas.⁶⁸²

Embora a lide penda de decisão definitiva a cautelar deferida indica o reconhecimento, pela mais alta instância judicial argentina do direito indígena à saúde.

Da análise do sistema argentino vislumbram-se dois aspectos favoráveis ao direito indígena à saúde, o primeiro em termos de garantia, especificamente a ação amparo, segundo, em termos materiais, a expressa hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e mesmo a suprallegal dos demais tratados.

2.2. Bolívia

A Constituição boliviana de 1994 além de reconhecer a composição multiétnica e plural do Estado (artigo 1º) perfilhou um quadro expressivo de direitos indígenas, especificamente no artigo 171:

“Artigo 171. I. Se reconhecem, se respeitam e protegem no marco da Lei, os direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas que habitam o território nacional, especialmente no que se refere a suas terras comunitárias de origem, garantindo o uso e aproveitamento sustentável dos recursos naturais, a sua identidade, valores, línguas, costumes e instituições. II. O Estado reconhece a personalidade jurídica das comunidades indígenas e campesinas e das

muerte de Tomasa. Centro de Estudios e Investigación Social Nelson Mandela DD. HH, 2007. Disponível em: < <http://www.centromandela.com.ar/news.html>>. Acesso 22/10/2008.

⁶⁸¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. D. 587. XLIII, Originario. Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento, Buenos Aires, 18 de septiembre de 2007, p. 4.

⁶⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. D. 587. XLIII, ORIGINARIO. Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento, Buenos Aires, 18 de septiembre de 2007, p. 6.

associações e sindicatos campestres. III. As autoridades naturais das comunidades indígenas e campestres poderão exercer funções de administração e aplicação de normas próprias como solução alternativa de conflitos, de acordo com seus costumes e procedimentos, sempre que não sejam contrárias a esta Constituição e as leis.”

O inciso I do artigo citado é suficiente para demonstrar que o direito indígena à saúde está constitucionalmente assegurado na Bolívia.

Recentemente o Congresso boliviano aprovou novo texto constitucional, ainda pendente de referendo popular⁶⁸³ é verdade. Não obstante, sem lançar qualquer juízo de probabilidade quanto à aprovação, a título de pesquisa em direito comparado é válido analisar o novo texto, sobretudo por que, se aprovado for, consistirá na Constituição latino-americana que maior proteção confere aos indígenas, gozando inclusive de disposições específicas sobre direito à saúde indígena.

A Constituição aprovada expressa o sucesso das reivindicações indígenas, o que se diga já se sentia com a eleição, em 2005, de Evo Morales ao cargo máximo do executivo, primeiro Presidente indígena do país.

As conquistas indígenas estão disseminadas por todo o texto constitucional aprovado, pode-se dizer que a estruturação do Estado (Constituição) em todos os seus aspectos considera os povos indígenas em sua arquitetura. Daí que a análise completa de todas as disposições demandaria a interpretação do todo constitucional, razão pela qual, nesse momento, cumpre evidenciar os pontos que se mostram mais peculiares em relação à Constituição Federal brasileira e, é claro, aqueles que guardam pertinência com o direito indígena à saúde.

O texto aprovado garante a participação indígena no Conselho Eleitoral Plurinacional que, em sua composição – cinco membros – contará com pelo menos dois representantes das nações e povos indígenas (artigo 206 II); firma a responsabilidade das universidades públicas com as necessidades dos povos indígenas (artigo 83) abrangendo o dever de promover programas para a recuperação, preservação, desenvolvimento, aprendizagem e divulgação das diferentes línguas indígenas (artigo 96); refere-se ao compromisso do Estado ao celebrar tratados internacionais de respeitar os direitos dos povos indígenas (artigo 256 –4) e fortalecer a integração das nações e povos indígenas bolivianos com os povos indígenas do mundo (artigo 266 –II); atribui competência legislativa a cada

⁶⁸³ O conforme decreto presidencial o referendo deveria realizar-se em 7 de dezembro de 2008 (*MORALES convoca referendo sobre nova Carta boliviana. Folha de São Paulo*. Edição de 29/08/2008, p. A-17.), todavia, por oscilações políticas não foi realizado.

entidade territorial indígena para elaboração de estatuto (artigo 293); acolhe o pluralismo jurídico (artigo 179) que se projeta na criação do “Tribunal Constitucional Plurinacional” cuja composição, poderá as nações indígenas candidatar representante (artigo 200 – III); reconhece a jurisdição indígena em igualdade com a originária (artigo 180 II).

Considerando o tema central dessa pesquisa, calha consignar com veemência que o texto aprovado alberga expressamente o direito à saúde indígena. Embora haja previsão constitucional protetora do direito à saúde em inúmeras constituições que se aplicam aos indígenas, tais disposições não são especificamente destinadas a esses povos. Cite-se o artigo 35, inciso I:

“Artigo 35: I. O Estado, em todos os seus níveis, protegerá o direito à saúde, promovendo políticas públicas orientadas a melhorar a qualidade de vida, o bem estar coletivo e o acesso gratuito da população aos serviços públicos.

Esse modelo boliviano pode inclusive mirar-se o constituinte (reformador ou originário) brasileiro. A técnica boliviana apresenta-se adequada, por concentrar em único dispositivo o compromisso (competência) institucional – todos os níveis – de proteção e promoção; adotar critérios abertos permitindo interpretação (sempre extensiva) e adequação aos casos concretos; e garantir a gratuidade dos serviços.

O direito indígena à saúde ainda é reforçado pelo artigo 30, inciso II, 13:

Artigo 30: [...] II. No marco da unidade do Estado e de acordo com esta Constituição as nações e povos indígenas originário campesinos gozam dos seguintes direitos: [...] 13. Ao sistema de saúde universal e gratuito que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais.

Além dessa disposição, há ainda no texto aprovado a previsão da inclusão da medicina tradicional indígena no sistema único de saúde (artigo 35, inciso II)⁶⁸⁴.

Milita em favor dos povos indígenas bolivianos a Convenção nº 169 da OIT, ratificada em 1991 (Lei nº 1.257 de 11 de julho de 1991). Nessa toada, calha ressaltar que a Bolívia, de modo pioneiro, como o primeiro país do mundo, elevou à condição de lei – Lei nº 1.110 de outubro de 2007 – a recentemente aprovada Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU, exemplo a emular-se o legislador brasileiro.

⁶⁸⁴ Tratou também o constituinte (texto aprovado) da medicina tradicional no artigo 42 I: “Es responsabilidad del Estado promover y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, rescatando los conocimientos y prácticas ancestrales desde el ensamio y valores de todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos.”

A Bolívia é ainda signatária do PIDESC (adesão em 1982) e PCADESC (em 2006).

No tocante a aplicação da Convenção nº 169 da OIT, méritos devem ser atribuídos ao Tribunal Constitucional boliviano por reconhecer a Convenção como tratado de direitos humanos e como parte integrante do “bloco de constitucionalidade”, conforme se afere da Sentença Constitucional nº 0045 de 2006:

“É necessário estabelecer que o Convênio nº 169 da OIT, ratificado pela Bolívia mediante Lei 1257, de 11 de julho de 1991, forma parte do bloco de constitucionalidade boliviano, porque ademais de ser um Convênio sobre direitos humanos, seu objeto é promover nos países do mundo a efetiva aplicação e respeito dos direitos fundamentais das pessoas, assumindo políticas tendentes a evitar a discriminação aos povos indígenas e tribais, para que possam gozar de forma efetiva dos direitos humanos consagrados a toda humanidade; as normas previstas pelo art. 171. I da CPE reconhecem de forma expressa os direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas que habitam o território nacional, por isso os direitos consagrados pelo Convênio 169 da OIT devem ser considerados como uma norma integrante do bloco de constitucionalidade, porquanto consagra direitos dos povos indígenas e tribais, sendo por isso um parâmetro para verificar a constitucionalidade ou não de uma lei.”⁶⁸⁵

Deve-se registrar que o Tribunal Constitucional também exarou decisões paradigmáticas em benefício dos índios, por exemplo, quanto ao direito de exercício de jurisdição indígena (v.g., Sentença Constitucional nº 0295 de 2003 – Recurso de Amparo Constitucional, Expediente nº 2002-04940-10-RAC⁶⁸⁶).

⁶⁸⁵ Tribunal Constitucional de Bolívia. Sentencia Constitucional n. 0045/2006, Expediente: 2005-12440-25-RDI, Distrito de La Paz, Magistrada Relatora Dra. Silvia Salame Farjat, Sucre, 2 de junio de 2006.

⁶⁸⁶ O inconformismo dos recorrentes concentrava-se na decisão (sentença de primeira instância) que, em resenha, rejeitando seu pedido lastreado, mormente no direito ao trabalho, de proteção contra as determinações da autoridade indígena local, inclusive para que desocupassem a comunidade (San Juan del Rosario), determinou sua adequação aos costumes locais concernentes a divisão trabalho, como condição para permanência. O Tribunal expressando que a comunidade indígena ainda conserva um sistema de trabalho pré-hispanico, de importância vital para a comunidade, em que todos os membros devem participar e esforçar-se nos trabalhos que beneficiam a todos, existindo, então, uma obrigação moral de participar e compartilhar as atividades que incluem o trabalho de todos em ajuda de um somente, permanecendo em todas as famílias o dever de retribuir de igual forma o benefício recebido, ainda sopesando a legitimidade das autoridades perante a comunidade, confirmou a sentença vergastada, firmando o entendimento de que a Constituição: “reconoce que Bolivia es un país multiétnico y pluricultural. Una parte de esa pluriculturalidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia - puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas - aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema. La vigencia de dicho pluralismo jurídico tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero al mismo tiempo, la relativa a la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento y evolutivo de homogenización sociocultural. En un país con diversas etnias y culturas como es Bolivia, las comunidades campesinas y pueblos indígenas

2.3. Chile

Integrada por nove povos a população indígena chilena é quase quatro vezes maior que a brasileira⁶⁸⁷. Não obstante o significativo contingente populacional e a participação indígena na construção do estado⁶⁸⁸ o Constituinte chileno (1980) restou silente quanto às questões indígenas⁶⁸⁹.

Compilados sob a rubrica de “reconhecimento constitucional dos povos indígenas” tramitam no legislativo os quatro principais projetos de reforma constitucional, apresentados entre os anos de 1991 e 2006. Cada um dos projetos corresponde a um “boletim legislativo”, especificamente trata-se dos boletins de nº 513/1991⁶⁹⁰, 2360/1999⁶⁹¹, 2534/2000⁶⁹² e 4069/2006⁶⁹³ (essência das propostas em nota de rodapé).

mantienen con mucha fuerza instituciones y prácticas de trabajo, de relaciones humanas, intrafamiliares, de repartición de la tierra y de resolución de conflictos conocidos como ‘Derecho Consuetudinario’, aunque es más adecuado y propio referirlo como ‘Justicia Comunitaria’. Es necesario reconocer que las prácticas socioculturales antedichas perduran gracias a la persistencia de la comunidad en su sentido más amplio, es decir, como estructura social en la que se desarrollan campos de acción en lo político, religioso, económico, laboral y jurídico. [...] El Derecho Consuetudinario es fundamentalmente oral, transmitido por sucesivas generaciones, y mantenido en el tiempo sin la necesidad de que se plasme en un documento escrito para que sea reconocido como válido por los comunarios. Esta característica es la que principalmente dificulta su aceptación dentro de una sociedad en la que es el Derecho Positivo, donde todo debe estar previamente escrito para ser obligatorio, la que regula todos los ámbitos de conducta de las personas. Sin embargo, ello no debe ser óbice para estudiar y considerar casos como el presente, en el que ciertamente se observa la aplicación de normas comunitarias frente a la inconducta de uno de los miembros del grupo humano; empero, necesariamente las referidas normas -que incluyen sanciones- deben también encuadrarse al marco constitucional que rige en nuestro país.” Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente: 2002-04940-10-RAC, Distrito de Potosí, Magistrada Relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 11 de marzo de 2003.

⁶⁸⁷ MELATTI, Julio Cezar. População indígena. In: *Série Antropologia*, Brasília, n. 345, 2004, p. 3. De acordo com a IWGIA, 1.060.786 chilenos se reconhecem como membros de povos indígenas. *El mundo indígena 2008. Op. cit.*, p. 223.

⁶⁸⁸ V.g., Batalha Curalaba, 1598 – indígenas Mapuche versus espanhóis.

⁶⁸⁹ “Apesar das transformações políticas introduzidas nos últimos anos, os povos indígenas seguem sem ser reconhecidos no país como tais. Com efeito, Chile é um dos cinco países da América Latina que não contam com um reconhecimento dos povos indígenas e do caráter pluriétnico e multicultural do estado em sua carta fundamental. Para a Constituição Política vigente [...] o único povo existente é o chileno.” *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: balance del 2004*. Temuco, Chile: Observatorio de derechos de los pueblos indígenas, 2005, p. 3.

⁶⁹⁰ Artículo único. Agrégase el siguiente inciso final al artículo 1º de la Constitución Política de la República de Chile: “El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde.

⁶⁹¹ Artículo 1º: Agréguese al art. 1º el siguiente inciso final: El Estado reconoce a los pueblos indígenas originarios que integran la nación chilena y les garantiza el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y econômico; Artículo 2º: Agréguese al art. 13 el siguiente inciso final: Habrá un Registro Electoral Indígena para los fines que la Constitución y la ley establezcan; Artículo 3º: Modifícase el art. 43 en el siguiente sentido: a) Sustitúyase el guarismo ‘120’ por ‘130’; b) Agréguese un segundo inciso nuevo,

Os percalços da tramitação dos projetos são evidenciados por VÍCTOR TOLEDO LLANCAQUEO em seu trabalho precisamente intitulado de “Trajetória de uma negação”:

“De 1991-2006 foi um largo e esquivo jogo legislativo, marcado pelo temor aos povos indígenas, alojado no inconsciente da elite. [...] O pavor da elite ante as diferenças. É dizer ante boa parte do que será cotidiano do século XXI, tempo das identidades e da pluralidade de povos.”⁶⁹⁴

pasando el actual a ser tercero: 10 de los 130 diputados serán elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, en la forma que determine la ley orgánica respectiva. Estos ciudadanos no podrán participar en la elección del resto de los diputados’. Artigo 4º: Agréguese la siguiente letra g) al art. 45: ‘g) Tres senadores elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, en la forma que determine la ley orgánica respectiva. Estos ciudadanos no podrán participar en la elección de los senadores a que se refiere el inciso primero y segundo de este artículo. Los senadores así elegidos tendrán los mismos derechos, obligaciones y estatuto jurídico Del resto de los senadores’; Artigo 5º: Agréguese en el capítulo V después del art. 59, el siguiente párrafo nuevo: ‘Parlamento Indígena’; Artigo 59 A “El Parlamento Indígena se compone de 30 miembros, elegidos por votación popular por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, en la forma y con las condiciones, requisitos, obligaciones y derechos que establezca una ley de quórum calificado. Los parlamentarios indígenas durarán 4 años en sus cargos y podrán ser reelegidos’; Art. 59 B ‘El Parlamento tendrá las siguientes atribuciones: a) Distribuir anualmente los recursos que asigne la ley de Presupuestos para la aplicación de la Ley Indígena. b) Fiscalizar los actos de los organismos públicos encargados de aplicar las políticas indígenas. c) Dictar los reglamentos e instrucciones para la aplicación de la política indígena que determinen las leyes, sin perjuicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. d) Dar su aprobación a la propuesta del Presidente de la República que designe el Director Nacional del máximo organismo encargado de las políticas indígenas del Estado. e) Las demás atribuciones que le encargan las leyes’;Artigo 6º: Agréguese el siguiente inciso segundo al art. 102, pasando el actual segundo a ser tercero: “También deberá integrarse por miembros de los pueblos indígenas, en la forma que la propia ley lo determine’; Artigo 7º: Agréguese el siguiente inciso final al art. 107: ‘Sin perjuicio de lo anterior, las comunas o agrupación de comunas deberán elegir un concejal más por cada 5% de habitantes indígenas que posean, en la forma, condiciones y limitaciones que esta misma ley establezca. El o los concejales serán elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, quienes no podrán participar en la elección de los concejales a que se refieren los incisos anteriores.

⁶⁹² Artigo 1º: Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República: 1.- Modifícase el artículo 1º en los siguientes términos: a) Intercálase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto a ser quinto, sexto y séptimo, respectivamente: “La Nación chilena es una e indivisible.”; b) Substitúyese el inciso sexto, que ha pasado a ser séptimo, por el siguiente:

“Es deber del Estado resguardar la seguridad de la Nación, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena.”

⁶⁹³ Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 1º de la Constitución Política de la República: a) Intercálase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto a ser cuarto, quinto y sexto, respectivamente: “La Nación chilena es una e indivisible. “b) Agrégase en el inciso quinto que ha pasado a ser sexto, el siguiente párrafo final: “Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena.”

⁶⁹⁴ AYLWIN, José. Trayectoria de una negacion. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. 1989 – 2006. Proyectos de reforma constitucional presentados por el ejecutivo y parlamentarios. In: *Serie Aportes al Balance de Políticas Indígenas 1990-2006*, Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, Santiago–Chile, 2006, p. 4.

Nesse contexto não assusta que após as discussões parlamentares – rechaços, modificações e aprovações – atualmente reste apenas a seguinte proposta de reforma:

“Artigo único: Intercala-se no artigo 1º da Constituição Política da República o seguinte inciso terceiro, novo, passando os atuais incisos terceiro, quarto e quinto a ser quarto, quinto e sexto, respectivamente: ‘A Nação chilena é una e indivisível’.”

Conforme se vê a reforma no estado atual, sobretudo se comparada com a amplitude dos projetos originais pouco, ou quase nada, significa para os povos indígenas.

Na ausência de previsão constitucional os direitos indígenas especificamente considerados encontram, em termos de legislação nacional, guarida apenas em leis infraconstitucionais, na espécie na Lei nº 19.253 de 1993 – Lei sobre Proteção, Fomento e Desenvolvimento dos Indígenas. As falésias dessa lei sobressaem da lição de JOSÉ AYLWIN:

“Esta lei [...] não reconheceu os povos indígenas como tais, somente como ‘etnias’, nem suas organizações tradicionais. Tampouco lhes reconheceu direitos políticos – como a autonomia e os sistemas de justiça indígenas – nem direitos territoriais – tais como aqueles sobre os recursos naturais. Por isso seus conteúdos estão muito abaixo dos padrões estabelecidos em instrumentos internacionais que lhes são aplicáveis, entre eles, o Convênio 169.”⁶⁹⁵

O descaso político em normatizar devidamente os direitos indígenas repercute na admoestação dos organismos internacionais de direitos humanos. Em 2003 o Chile recebeu a visita oficial do Relator Especial – Organização das Nações Unidas, no informe apresentado a então Comissão de Direitos Humanos (atualmente Conselho de Direitos Humanos), o relator designado, RODOLFO STAVERNAGEN, recomendou a reforma da Constituição e ratificação da Convenção nº 169 da OIT⁶⁹⁶, do mesmo modo que o fez o Comitê sobre os Direitos da Criança (Convenção sobre os Direitos da Criança – ONU)⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ AYLWIN, José. *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile...*, cit., p. 2.

⁶⁹⁶ *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas sobre su visita a Chile*. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

⁶⁹⁷ O Comitê “lamenta que ainda não sido incorporado na Constituição disposições específicas que reconheçam aos povos indígenas seus direitos; expressa sua preocupação com o alto grau de correlação entre a pobreza e a origem indígena e a discriminação que seguem sofrendo as crianças

Apesar das recomendações internacionais retro referidas somente em setembro de 2008 o Chile ratificou a Convenção nº 169 da OIT. Urge mencionar que previamente a ratificação o Tribunal Constitucional chileno foi instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade de seus artigos 6º (1 e 2) e 7º (1), disposições estas que, em essência, concentram-se em torno do direito de participação (consulta e decisão), declarando-os constitucionais.⁶⁹⁸

Malgrado o silêncio constitucional a respeito dos direitos indígenas, o direito à saúde encontra-se albergado no artigo 9º⁶⁹⁹ da Constituição chilena.

Ademais o Chile é signatário deste 1972 do PIDESC⁷⁰⁰. Os tratados de direitos humanos no Chile, consoante informa ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE: pela reforma constitucional havida em 1989 equiparam-se hierarquicamente a Constituição⁷⁰¹

A par dessas informações conclui-se que apesar da ausência de disposições sobre os indígenas na Constituição seu direito à saúde está amparado constitucionalmente pelo artigo 9º que reconhece a “igualdade de acesso” a todos e, ainda pela Convenção nº 169 da OIT – recentemente ratificada – e PIDESC.

2.4. Colômbia

indígenas em particular na educação e na saúde [...] Preocupa o Comitê a informação de que jovens indígenas tem sido vítimas de maus-tratos a mando da polícia.” Comité de los Derechos del Niño, 44º período de Sesiones, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007. Por seu turno o Comitê de Direitos Humanos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) ao examinar o informe apresentado (artigo 40 do Pacto), após manifestar preocupações com o não atendimento pelo estado dos reclames indígenas (em especial do povo Mapuche) em face da lenta demarcação de suas terras tradicionais, e que estas continuam sob perigo decorrente de megaprojetos de infra-estrutura e energia, recomendou ao estado chileno a realização de todos os esforços para que suas negociações com as comunidades indígenas leve efetivamente a uma solução que respeite os direitos sobre as terras, de conformidade com os artigos 1º e 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e agilizar o processo de reconhecimento das terras ancestrais, ainda consultar as comunidades indígenas antes de conceder licenças para a exploração econômica das terras. Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Examen de los Informes Presentados por los Estados, 89º Período de Sesiones, CCPR/C/CHL/CO/5, 12-30 de Marzo de 2007.

⁶⁹⁸ Tribunal Constitucional do Chile. Sentencia Rol. 1050, 3 de Abril de 2008.

⁶⁹⁹ “O direito a proteção da saúde: O Estado protege o livre e igualitário acesso as ações de promoção e proteção e recuperação da saúde e de reabilitação do indivíduo [...]”

⁷⁰⁰ Quanto a PCADESC, o Chile apenas assinou ainda não manifestando sua ratificação (adesão).

⁷⁰¹ “Pela nova reforma constitucional, de 1989; agregou-se ao final do artigo 5(II) da Constituição Chilena a seguinte disposição: - “É dever dos órgãos dos Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes.” Desse modo, os direitos garantidos por aqueles tratados passaram a equiparar-se hierarquicamente aos garantidos pela Constituição Chilena reformada.” *Tratado...cit.*, p. 406.

A revogada Constituição colombiana, de 1863, expressa a política indigenista ingracionista inicialmente preponderante na América Latina (artigo 18⁷⁰²). Todavia, como noutros países latinos paulatinamente os povos indígenas galgaram importantes conquistas político-constitucionais, no caso colombiano, puderam inclusive paricipar da Assembléia Constituinte da vigente Constituição de 1991, escoreito a Constituição da Colômbia, como proclama CLAUDIA LEONOR LÓPEZ-GARCÉS, “constitui um marco jurídico na vida política do País, devido ao reconhecimento da multietnicidade e da pluriculturalidade da nação colombiana que deu impulso para a consolidação de políticas étnicas diferenciadas para os povos indígenas.”⁷⁰³

Entre as normas constitucionais da vigente Carta colombiana, especificamente dirigidas aos indígenas merece referência, por sua peculiaridade, a garantia expressa de dupla nacionalidade conferida aos indígenas que compartilham territórios fronteiriços (artigo 96 – c) e, sobretudo a preocupação com participação política dos povos indígenas, garantindo-se-lhes, dois cargos no Senado para representantes indígenas (artigo 171⁷⁰⁴).

Ainda no bojo constitucional estão reconhecidos como entidade territorial os territórios indígenas (artigo 286⁷⁰⁵). Aos territórios indígenas é conferida autonomia para gestão de seus interesses (dentro dos limites da Constituição e da lei – artigo 287) e exercício da jurisdição indígena (artigo 246⁷⁰⁶).

⁷⁰² “Son de la competencia, aunque no exclusiva, del Gobierno general, los objetos siguientes: 4º. La civilización de los indígenas.”

⁷⁰³ A questão indígena na Colômbia: movimentos indígenas, políticas indigenistas e conflito armado. In: *I Reunión de Estudios: Ascensión de Movimientos Indigenistas na América do Sul e Possíveis Reflexos para o Brasil*. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004, p. 7.

⁷⁰⁴ “El Senado de la República estará integrado por ochenta y tres (83) senadores, elegidos de la siguiente manera: setenta y ocho (78) elegidos, en circunscripción nacional, dos (2) elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, y tres (3) en circunscripción nacional especial de minorías políticas.[...] Los representantes de las comunidades indígenas, que aspiren a integrar el Senado de la República, deben haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad, o haber sido líderes de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministerio del Interior.”

⁷⁰⁵ “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”

⁷⁰⁶ “A autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, em conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários a Constituição e leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.” Sobre o cumprimento da determinação ao legislador infraconstitucional para integração do sistema, informa Esther Sánchez Botero que “até hoje essa coordenação da justiça especial indígena com o sistema judicial nacional não se concretizou.” *Justicia...cit.*, p. 101.

No que concerte ao direito à saúde a Constituição colombiana em seu artigo 49 garante a todos o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, com base nos princípios da eficiência, universalidade e solidariedade.

No âmbito internacional a Colômbia é signatária desde 1991 – incorporação, Lei nº 21 de 1991 – da Convenção nº 169 da OIT, PIDESC (1969) e PCADESC (1997).

A Convenção nº 169 da OIT encontra farta aplicação na jurisprudência colombiana. Em supedâneo, registre-se que recentemente (janeiro de 2008) a Corte Constitucional colombiana declarou inconstitucional “lei florestal” – Lei nº 1.021 de 2006 – por esgueirar da exigência instituída na Convenção nº 169 de consulta as comunidades indígenas nas decisões administrativas e legislativas que possam afetá-las (artigo 6º da Convenção). No fundamento do *decisum* consta expressamente, em vários excertos inclusive com indicação de jurisprudência anteriormente prolatada, o entendimento da Corte Constitucional da “pertença *in genere* do Convênio 169 da OIT ao bloco de Constitucionalidade.”⁷⁰⁷

De fato, como sustenta FRANK SEMPER a Corte Constitucional da Colômbia, “com sua jurisprudência tem contribuído para concretizar e fortalecer os direitos indígenas consagrados constitucionalmente”⁷⁰⁸ inclusive ao direito à saúde, campo que, diga-se tem se mostrado vanguardista.

Julgando o pleito da comunidade indígena “*Nukak-Maku*” a Corte Constitucional, com fundamento no princípio da eficiência (artigo 49 – Constituição colombiana) determinou ao Governo do Departamento de Guaviare e ao Ministério da Saúde que adotassem medidas necessárias para proteger a saúde indígena⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-030/08, Expediente D-6837, Demanda de inconstitucionalidad, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008).

⁷⁰⁸ *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 777. Preconiza, ainda Frank Semper que a Corte Constitucional define as “comunidades indígenas” como sujeitos de direitos fundamentais (coletivos) enumerando expresamente tais direitos que lhes são devidos: “el derecho a la subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP); el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP), en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada; el derecho a la propiedad de tierra comunitaria; el derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios según el artículo 6.15 de la ley n.o 21 de 1991, artículo 330 de la CP.” p. 776.

⁷⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-030/08, Expediente D-6837, Demanda de inconstitucionalidad, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008).

No mesmo sentido reconhecendo a situação precária que se encontravam os indígenas *Embera-Katio* do Alto Sinú em relação aos cuidados básicos e seu direito a uma proteção especial à saúde, que não lhes foi ofertada, a Corte ordenou a Prefeitura de Tierralta que procedesse a inscrição dos membros do povo *Embera-Katio* do Município no Sistema Geral de Seguridad Social em Saúde e velasse pelo devido atendimento e aquisição gratuita de medicamentos⁷¹⁰.

Deitadas essas informações merecem guarida as conclusões de ESTHER SÁNCHEZ BOTERO e JAIRO IVÁN PEÑA quando, após análise da jurisprudência da Corte atinente aos direitos indígenas, sustentam que: “As sentenças falam por si mesmas, as argumentações em cada uma são dignas de reunir e trabalhar, são observáveis reflexões a partir da filosofia do direito, da antropologia e da filosofia prática, que definem por que e como se proteger um direito de modo particular de um povo indígena.”⁷¹¹

Contudo verifica-se que o direito indígena à saúde se encontra albergado na Colômbia pela Convenção nº 169 da OIT, tratados de direitos humanos recepcionados e pela própria Constituição (artigo 49). Além do aspecto normativo merece menção a jurisprudência da Corte Constitucional no reconhecimento da Convenção nº 169 com parte integrante do bloco de constitucionalidade e, mormente por assumir posição concretizadora do direito à saúde indígena.

2.5. Costa Rica

A Costa Rica onde a população indígena representa 1,7 % do contingente populacional inclui-se naqueles países que conforme CLETUS GREGOR BARIÉ outorgam constitucionalmente alguma proteção pontual a seus grupos étnicos dentro de um marco legal incompleto e pouco articulado e geralmente com enfoque evolucionista e integracionista.

De fato compulsando a Constituição da Costa Rica (1949) encontra-se apenas uma disposição referente aos indígenas, na espécie, versando sobre a proteção

⁷¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-652/98, Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245, Acciones de tutela, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, Santafé de Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

⁷¹¹ *Op. cit.*, p. 81.

as línguas indígenas, precisamente o artigo 76: “O espanhol é o idioma oficial da Nação, o Estado velará pela manutenção e cultivo das línguas indígenas nacionais.”

Nesse diapasão cumpre investigar a legislação infraconstitucional.

Em 1973 foi criada – Lei nº 5.251 de Julio 9 de 1973 – a “Comissão Nacional de Assuntos *Indígenas*” – CONAI, com objetivo precípua de “promover o melhoramento social, econômico e cultural da população indígena visando elevar suas condições de vida e integrar as comunidades no processo de desenvolvimento”.

Adiante foi editada a “Lei indígena” – Lei nº 6.172/1977. Essa lei em seus exíguos artigos (doze) reconhece a capacidade jurídica das comunidades indígenas, todavia expressamente ressalva que “não são entidades estatais” (artigo 2º) e declara a existência de “reservas indígenas” (discriminadas no artigo 1º) conferindo aos indígenas sua propriedade (artigo 3º⁷¹²). Nas reservas indígenas a lei reconhece autonomia indígena, condicionando-a, todavia a coordenação da CONAI (artigo 4º); proíbe a execução de atividades comerciais ligadas ao consumo de bebidas e a administração de estabelecimentos comerciais, construção de casas e exploração de recursos naturais por não indígenas (artigo 6º) no interior das reservas.

A debilidade da legislação interna não se reflete na adesão aos tratados internacionais protetivos de direitos indígenas. A Costa Rica reconhece a Convenção nº 169 da OIT – Lei 5594, de 21 de outubro de 1974 – e inúmeros tratados de direitos humanos, grife-se, entre esses, por sua relação com o direito à saúde⁷¹³ o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – Lei nº 4229 de 11 de dezembro de 1968 – e o Protocolo Adicional a Convenção Americana Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Lei nº 7007, de 3 de setembro de 1999.

⁷¹² Artigo 3º: “Las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Los no indígenas no podrán alquilar, arrendar, comprar o de cualquier otra manera adquirir terrenos o fincas comprendidas dentro de estas reservas. Los indígenas sólo podrán negociar sus tierras con otros indios. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo, con las consecuencias legales del caso. Las tierras y sus mejoras y los productos de las reservas indígenas estarán exentos de toda clase de impuestos nacionales o municipales, presentes o futuros.”

⁷¹³ Além dos tratados de direitos humanos referidos a Costa Rica é signatária do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – Lei nº 4229 de 11 de dezembro de 1968; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial – Lei nº 3844, de 5 de janeiro de 1967; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher – Lei nº 6968, de 2 de outubro de 1984; Convenção sobre Direitos da Criança – Lei nº 7148, de 18 de julho de 1990; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Lei nº 4534, de 23 de fevereiro de 1970.

A omissão constitucional enaltece-se a importância dos tratados e, mormente da atividade judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que a jurisprudência constitucional costarriquenha é favorável aos indígenas.

Em 1992 o legislativo, em consulta prévia, desafiou a Corte Suprema de Justiça da Costa Rica a dizer a constitucionalidade da Convenção nº 169, em resposta a Corte decidiu que “o Convênio cumpre com os requisitos constitucionais de forma e de fundo e por isso pode ser aprovado pela Assembléia Legislativa”, consignando ainda:

“O Convênio consultado, dentro do âmbito general das matérias confiadas a Organização Internacional do Trabalho (OIT) cria um instrumento internacional juridicamente exigível, uma série de direitos, liberdades e condições econômicas, sociais e culturais tendentes, não só a fortalecer a dignidade e atributos essenciais aos indígenas como seres humanos, mas também, principalmente, a prover meios específicos para que sua condição de seres humanos se realize plenamente em vista da situação rebaixada, às vezes inclusive explorada e maltratada, que vivem os indígenas de muitas nações; situação que não se isenta o Continente Americano, onde as minorias, e às vezes maiorias indígenas se encontram praticamente marginalizadas da civilização predominante, muitas, por outra parte, sofrem a depreciação e o abandono de suas próprias tradições e culturas. Hoje, no campo dos direitos humanos, se reconhece, em resumo: a) Que é necessário reconhecer os indígenas, a plenitude de seus direitos e liberdades como seres humanos, outras condições juridicamente garantidoras, mediante as quais se consiga compensar a desigualdade e discriminação que estão submetidos, com o propósito de garantir sua real e efetiva igualdade em todos os aspectos da vida social: b) Que é também necessário garantir o respeito à conservação dos valores históricos e culturais das populações indígenas, reconhecendo sua peculiaridade, sem outra limitação que a necessidade de preservar, ao mesmo tempo, a dignidade e valores fundamentais de todo ser humano reconhecidos hoje pelo mundo civilizado, o que implica que o respeito às tradições, língua, religião e em geral cultura desses os povos [...].”⁷¹⁴

Após a adoção da Convenção (1992) a Corte Suprema de Justiça, reiterando sua posição firmada na consulta prévia, reconheceu em várias decisões sua aplicação.

No julgamento de ação em que se questionavam disposições da Lei nº 5.251/73 – lei de criação da CONAI retro referida – que, em suma, violavam o direito de participação dos indígenas na composição da CONAI, a Corte declarou a inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a lei vergastada era contrária a Constituição “por violar os ar 6, 7, 8, 12 e 33 do Convênio nº 169 de OIT”.⁷¹⁵

⁷¹⁴ Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Sentencia: 03003, Expediente: 92-003003-0007-CO , Redactor: Piza Escalante Rodolfo, Clase de asunto: Consulta legislativa, 07/10/1992.

⁷¹⁵ Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Expediente: 92-004320-0007-CO, Redactor: Piza Escalante Rodolfo, Clase de asunto: Acción de inconstitucionalidad, 14/05/1996.

Da decisão apresentada, além da aplicação, se depreende outro aspecto relevante, qual seja, o reconhecimento da Convenção nº 169 como parâmetro de controle de constitucionalidade o que permite arguir que Corte reconhece a supremacia da Convenção as demais leis internas.⁷¹⁶

2.6. Equador

Destaca-se na história latino-americana a atuação do movimento indígena equatoriano⁷¹⁷ por sua organização e significativa influência⁷¹⁸, nesse sentido, há que se evidenciar a atuação da *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador* – CONAIE⁷¹⁹.

Entre os méritos da CONAIE está à composição, em conjunto com outras organizações sociais, do partido *Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País*, em 1995. Além de outras conquistas políticas⁷²⁰ o *Pachakutik* como é denominado contribuiu na ampliação dos direitos indígenas na Constituição equatoriana de 1998.

⁷¹⁶ Nesse sentido é o entendimento de Bartolomé Clavero. *Ley nacional y costumbre indígena: enseñanza de Costa Rica*. In: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 102, Oct./Dic., 1998, p.190.

⁷¹⁷ A população indígena do Equador é composta por 830.418 pessoas – censo de 2001 – representa 6,8 % da população total do país Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*. Santiago: ONU, 2006.

⁷¹⁸ Nesse sentido a lição de Esther Sánchez Botero e Jairo Iván Peña: “Equador tem uma extraordinária bagagem de resistência étnica e cultural com importantes êxitos no campo político. Tem logrado como povo, penetrar na estrutura política em defesa não só do interesse destas ‘nações’ como internamente se chamam a si mesmos os povos, senão a todos os equatorianos”. *Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador*. In: GALVÁN, Jorge Alberto González (Coord.) *Constitución y Derechos Indígenas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 85.

⁷¹⁹ Vide BARRERA, Augusto. *El movimiento indígena ecuatoriano: entre los actores sociales y el sistema olítico*. *Revista Nueva Sociedad*, n.182, p. 90-105, 2002.

⁷²⁰ Os êxitos do partido *Pachakutik* figuram nas lições Vivian Urquidi, Vanessa Teixeira e Eliana Lana: “[Pachakutik] constituiu o primeiro instrumento político indígena equatoriano, [...], servindo de imediato para a fratura do bloco hegemônico e arenúncia de Abdalá Bucaram da presidência do país; em 1998, pressionando para a criação de uma Assembléia Constituinte, o movimento conseguiu a ampliação dos direitos dos povos indígenas (embora ainda não fosse admitida a plurinacionalidade do Estado); em 1999, três revoltas indígenas desmontaram as políticas de ajuste estrutural do governo; em 2002, já reconhecido como sujeito político legitimado, o movimento Pachakutik elegeu Lucio Gutierrez e chegou a fazer parte do governo, mas três anos mais tarde, pressionou para sua renúncia ao constatar que Gutierrez retomara alianças com o bloco político conservador do Equador (GUERRERO, 1996; GALLEGOS, 2001; GARCÍA SERRANO, 2001). Finalmente em janeiro de 2007, o movimento constituiu a base de uma nova aliança popular que garantiu a Rafael Correa a presidência do país, iniciando no mesmo ano um processo constituinte cuja missão seria, entre outros aspectos, colocar as bases da plurinacionalidade do Estado.” *Op. cit.*, p. 208.

Esse texto recepcionou em um único artigo (84) um extensivo rol de direitos indígenas. Ainda constou na Constituição equatoriana de 1998 disposições específicas aos indígenas relacionadas com o governo e administração dos territórios – artigos 228 e 241.

Todavia o povo equatoriano em referendo realizado em 28 de setembro de 2008 aprovou nova Constituição⁷²¹ derrogando, com efeito, a Constituição de 1998.

Nessa quadra, insta realçar novamente a efetiva participação da CONAIE junto a Assembléia Constituinte, apresentando, inclusive proposta (integral) de Constituição⁷²².

A nova Constituição equatoriana firmando a natureza plurinacional, unidade e indivisibilidade do estado reconheceu as comunidades, povos e nacionalidade indígenas como partes integrantes do Estado (artigo 56), conferindo aos indígenas a nacionalidade e a titularidade dos direitos estabelecidos na Constituição (artigo 6º⁷²³) e, em normas específicas, repetindo a sistemática da Constituição anterior, referendou em artigo isolado, qual seja, artigo 57 um rol ampliado – em relação à Constituição de 1998 – de direitos. Entre esses merece referência o resguardo do direito de manter, proteger e desenvolver a medicina tradicional (12); direito de participar junto aos Órgãos Oficiais na definição das políticas públicas, bem como na definição de suas prioridades, planos e projetos do Estado (16); direito de consulta antes da adoção de qualquer medida legislativa que possa afetar qualquer direito coletivo (16); vedação de qualquer atividade extrativa nos territórios de povos isolados (21); compromisso estatal de adotar medidas para garantir a vida dos

⁷²¹ Antecedentes da Constituição: “El 15 de abril del 2007 se realizó la consulta popular que aprobó la conformación de una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el Estatuto Electoral; El 30 de septiembre del 2007 se eligieron 130 asambleístas; El 29 de noviembre del 2007 se instaló la Asamblea Nacional Constituyente; El 25 de julio del 2008 la Asamblea Constituyente entregó el texto del proyecto de nueva Constitución; El 7 de agosto del 2008 el Tribunal Supremo Electoral realizó la convocatoria al Referéndum Aprobatorio; El 28 de septiembre del 2008 se realizó el Referéndum Aprobatorio.” Disponível em: <<http://www.asambleaecuador.org/>>, 20.10.2008.

⁷²² CONSTITUCION del Estado Plurinacional de la Republica del Ecuador. Propuesta de la Confederación de Nacionalidades del Ecuador – CONAIE. Apresentada a Assembléia Constituinte em outubro de 2007. Disponível em: <http://www.asambleaecuador.org/files/Propuesta%20Conaie.pdf>. Conforme Marlon Santi, presidente CONAIE, a proposta foi bastante criticada sob o argumento de estar centrada apenas no indígena, apesar de se tratar de uma proposta a nível nacional. Entrevista a Marlon Santi. 19.09.2008, por Sergio de Castro, Mayka de Castro y Marc Delcan. Disponível em: <<http://www.kaosenlared.net>>. Acesso em 20/10/2008.

⁷²³ Artigo 6: “Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador lurinacional.”

indígenas; previsão expressa de igualdade entre homens e mulheres indígenas no exercício dos direitos recepcionados; finalmente a previsão de que a violação dos direitos acolhidos no artigo 57 configura etnocídio, com a ressalva de que este crime será tipificado por lei.

Além desses direitos a Constituição equatoriana de 2008 reconhece os idiomas ancestrais (artigo 2º) e autonomia das comunidades indígenas (artigos 60 e 257), inclusive quanto à aplicação do direito consuetudinário indígena – “justiça indígena” conforme título da seção – ressaltando, neste ponto, a observância das normas constitucionais e dos direitos humanos salvaguardados em instrumentos internacionais (artigo 171⁷²⁴).

No âmbito internacional o Equador ratificou a Convenção nº 169 da OIT em 1998, além desse tratado é signatário do PIDESC (deste 1969) e PCADESC (1993). A Nova Constituição prevê em seu artigo 424 que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Equador que reconhecem direitos mais favoráveis aos contidos na Constituição, prevalecem sobre qualquer outra norma jurídica ou ato do poder público.

Posta nesses termos a questão, entendemos que a nova Constituição equatoriana, recepciona de forma expressa o direito indígena à saúde, especificamente ao reconhecer a competência do Estado para adotar medidas para garantir suas vidas (57 – 21), além desse ponto há se evidenciar o reconhecimento constitucional do direito de participação indígena na definição de políticas públicas, estabelecimento de prioridades e elaboração legislativa, feito que pode contribuir para o fortalecimento do direito à saúde. Ademais da Carta o direito indígena à saúde ainda encontra proteção nos tratados internacionais recepcionados, que, como evidenciado possuem hierarquia constitucional.

2.7. México

⁷²⁴ Artigo 171: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

A questão indígena está entrelaçada com a própria história do México – conforme se verá no capítulo seguinte a exploração e massacre do indígena mexicano pelo colonizador espanhol motivou as discussões (Las Casas, Francisco de Vitória e Sepulveda) iniciais acerca da condição indígena e seus direitos, as quais, segundo sólida doutrina, fomentaram o surgimento do “direito internacional” – malgrado, os indígenas ascenderam na Constituição mexicana de 1917 somente com a reforma de 1992 (artigo 27).

Em 2001 o constituinte mexicano operou profundas reformas constitucionais concernentes aos direitos indígenas. As principais alterações se concentram na nova redação do artigo 2º, cite-se fragmento do *caput*:

“A Nação Mexicana é única e indivisível. A Nação tem uma composição pluricultural sustentada originalmente em seus povos indígenas [...]. A consciência de sua identidade indígena deverá ser critério fundamental para determinar a quem se aplicam as disposições sobre povos indígenas.”

Interessa a parte “B” do artigo 2º⁷²⁵, também incluída na reforma de 2001. Com objetivo de “promover a igualdade de oportunidades dos indígenas e eliminar qualquer prática discriminatória e garantir a vigência dos direitos indígenas e desenvolvimento integral de seus povos e comunidades, atribuiu-se a “Federação”, estados e municípios a obrigação de, mediante políticas públicas, promover os direitos indígenas de natureza coletiva, tais como o desenvolvimento regional das zonas indígenas (I); educação bilíngüe e respeito à cultura indígena (II); serviços sociais básicos (IV); incorporação das mulheres indígenas, protegendo sua saúde, educação e participação nas decisões. Ainda nesse campo encontra-se disposição específica sobre a saúde indígena

“III. Assegurar o acesso efetivo aos serviços de saúde mediante a ampliação da cobertura do sistema nacional, aproveitando devidamente a medicina tradicional, assim como apoiar a nutrição dos indígenas mediante programas de alimentação especialmente para a população infantil.”

⁷²⁵ Anota a respeito Miguel Carbonell que nessas disposições “se enlistan una serie de medidas de carácter positivo que deberán llevar a cabo las autoridades federales, las locales y las municipales para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas”. *Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001*. In: CARBONELL, Miguel; PORTILLA, Karla Pérez (coords.). *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*. México: IJ-UNAM, 2002, p. 25.

Conforme se vê a Constituição mexicana expressamente reconhece o direito à saúde indígena. Merece destaque o compromisso conjugado a saúde de assistência alimentar aos indígenas, ainda o reconhecimento do respeito à medicina tradicional.

O México ratificou a Convenção nº 169 da OIT em 1990, PIDESC em 1981 e PCADESC em 1996.

Após as mudanças constitucionais de 2001, inúmeras ações foram propostas por comunidades indígenas perante a Corte Constitucional, discutindo a inconstitucionalidade das reformas por infração a Convenção nº 169 da OIT, principalmente no tocante ao direito a consulta indígena (artigo 6º da Convenção).

Todavia, a Corte Constitucional não se manifestou a respeito, quando certamente definiria o *status* da Convenção no sistema mexicano, emitindo resolução no sentido de que escapa a sua competência a revisão das reformas, ao assim fazê-lo manteve omissa a jurisprudência constitucional mexicana acerca das questões indígenas.

A resolução da Corte na concepção de ISIDRO OLVERA JIMÉNEZ significa “um precedente negativo e não contribui [...] no estabelecimento de uma nova relação entre o Estado, a sociedade e os povos indígenas, necessária para impulsionar o projeto de nação e o desenvolvimento integral do nosso país.”⁷²⁶

Em termos comparativos, as principais discrepâncias entre as constituições do Brasil e do México que demonstram relevo para a presente pesquisa, concentram-se na expressa previsão do direito à saúde indígena.

2.8. Venezuela

Diferentemente do Brasil a Venezuela desde sua primeira Constituição (1811) reconheceu aos indígenas a cidadania e igualdade de direitos com os não-indígenas, ainda o direito à terra e proibição da escravidão.

Na Constituição de 1999 os indígenas venezuelanos galgaram significativas conquistas junto à Constituinte⁷²⁷. A Constituição destaca que os povos indígenas são

⁷²⁶ Controversias constitucionales y declaración de incompetencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. In: *Publicación trimestral del Instituto Nacional Indigenista*, v. 1, n. 2, noviembre de 2002, s/p.

⁷²⁷ Lecionam Juan Carlos Morales Manzur e Lucrecia Morales García: “Para relatar a Nova Constituição Venezuelana, se elegeram, entre as Associações e Organismos Indígenas Nacionais três

membros da nação (artigo 126), reconhece as comunidades indígenas o direito de organização política e à terra (artigos 119 e 120⁷²⁸); traz disposições específicas sobre a proteção cultural, educação (artigo 121), trabalho (artigo 123), propriedade intelectual (artigo 124), participação política (artigo 125⁷²⁹, 186⁷³⁰ e disposição transitória 7^a⁷³¹) e jurisdição indígena (artigo 260⁷³²). No entanto impende relevar a previsão constitucional específica de proteção à saúde indígena, artigo 122:

representantes indígenas como membros da assembléia Nacional Constituinte, eles foram Guillermo Guevara da etnia Jibi, José Luis González da etnia Pemón e a dirigente Wayuu Noelí Pocaterra. Basicamente, as propostas dos indígenas venezuelanos para a nova Constituição se podem resumir em: reconhecimento da Venezuela como uma sociedade plural (pluricultural e multilíngüe)[...]; respeito a identidade cultural dos indígenas venezuelanos; etnodesenvolvimento, entendido este como crescimento das comunidades indígenas e fortalecimento da cultura destes povos. Assim mesmo esse desenvolvimento deve ser adequado a estrutura organizativa própria de cada comunidade indígena; Reconhecimento de um território próprio e outorga da autonomia aos grupos indígenas ali estabelecidos com base em suas normas e particularidades [...]; proteção de seu habitat. Ao ler a nova Carta Magna, pode observar-se que todas as propostas aparecem refletidas nesse texto constitucional e reafirmam a vontade do Estado Venezuelano de trabalhar para a consecução dos ideais de igualdade jurídica, social, cultural, econômica e política. El Derecho a la participación de las minorías indígenas venezolanas dentro del marco legal de 1999. In: Frónesis, v.10, n.2, Caracas, ago. 2003, p.12.

⁷²⁸ Artigo 120: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.”

⁷²⁹ Artigo 125: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.”

⁷³⁰ Artigo 186: “La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país. Cada entidad federal elegirá ,además, três diputados o diputadas. Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela

elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres. Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso.”

⁷³¹ “A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los representantes indígenas a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos Estatales y Municipales se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos: Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas. Es requisito indispensable para ser candidato o candidata hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones: 1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad. 2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural. 3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas. 4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento. Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre. Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá um representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción. Los candidatos y las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado los podrán votar. Para los efectos de la representación indígena al Consejo Legislativo y a los Consejos Municipales con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática, y las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos. El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos indigenistas y

“Os povos indígenas tem direito a uma saúde integral que considere suas práticas e culturas. O Estado reconhecerá sua medicina tradicional e as terapias complementares, com sujeição aos princípios bioéticos.”

No plano normativo internacional a Venezuela ratificou a Convenção nº 169 da OIT em 2003, PIDESC em 1978⁷³³.

A Constituição venezuelana reconhece em seu artigo 23 que:

“Os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, tem hierarquia constitucional e prevalecem no ordenamento interno, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis as estabelecidas por esta Constituição e a lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público”.

Compulsando a jurisprudência constitucional⁷³⁴ venezuelana encontra-se decisão do Tribunal Supremo de Justiça afeta aos direitos indígenas quando da construção de linha de transmissão de energia elétrica Brasil – Venezuela⁷³⁵. Em sua petição (Ação de Amparo) os requerentes, representando o povo indígena Pemón, invocam, além da Constituição venezuelana – violação dos artigos 119, 120, 121, 123 e 129 –, disposições das Convenções 107 e 169 da OIT, essa, à época ainda não ratificada pela Venezuela, para requerer a suspensão imediata dos trabalhos de construção da linha de transmissão até que se realizassem os estudos de impacto sociocultural para determinar a viabilidade ou não da obra.

O Tribunal Supremo de Justiça decidindo o conflito ordenou ao Ministério dos Recursos Naturais a realização, em conjunto com a Defensoria do Povo e das comunidades indígenas requerentes a elaboração de um plano destinado a garantir, reduzir e controlar as autorizações concedidas a empresa de energia para ocupação

organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.”

⁷³² Artigo 260: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

⁷³³ Assim como o Chile a Venezuela apenas assinou a PCADESC. Conforme informações OEA, disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif.htm, acesso em 20/01/2009.

⁷³⁴ Vide *Jurisprudencia Nacional Venezuela Compilación de Legislación sobre Asuntos Indígenas. Banco Interamericano de Desarrollo*. Noruega: NORLAT, 2004.

⁷³⁵ “Convenio de Amistad y Cooperación entre la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil, del 17 de noviembre de 1977”.

dos territórios e afetação dos recursos naturais. Entre os fundamentos da decisão figura a proteção e relevância do direito indígena à saúde cite-se:

“Por outra parte, na medida dos princípios consagrados nos artigos 2 e 3 da Constituição, deve-se referir que é dever do Estado a promoção do bem-estar do povo e, no caso dos povos indígenas, é dever especialmente relevante a promoção de seus direitos à educação e à saúde, com objetivo de melhorar suas condições básicas de vida.”⁷³⁶

Além dessa disposição peculiar à saúde indígena, similar aquela existente na Constituição mexicana, a Constituição venezuelana defere-se da brasileira, principalmente por reconhecer as jurisdições indígenas e garantir sua participação política na Assembléia Nacional (reserva de três vagas), ainda pela expressa previsão da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

3. Conclusão parcial

De modo geral, escoreito dos esforços indígenas – do indigenismo e pós-indigenismo –, pode-se dizer que os direitos dos povos indígenas paulatinamente têm se fortalecido nas Constituições latino-americanas. Em supedâneo merece nota o rompimento, em todos os Estados examinados, da política integracionista.

Comparando a Carta Política brasileira com as examinadas, com foco na questão indígena, as principais diferenças encontradas concentram-se em torno do reconhecimento dos idiomas indígenas como oficiais; da autonomia as comunidades indígenas – inexistente qualquer previsão na Constituição de 1988 quanto a aplicação do direito consuetudinário indígena; de garantias de participação política indígena.

O esforço comparado demonstrou que o direito indígena à saúde encontra-se protegido em todas as Constituições examinadas. Alguns Estados reconhecem expressamente em suas Constituições o direito à saúde indígena, como, por exemplo,

⁷³⁶ Tribunal Supremo de Justicia da Venezuela. Expediente nº.00-164, Sala Constitucional. Magistrado Ponente: Moisés A. Troconis, Villarreal, Caracas 20 de dezembro de 2000. Apesar da decisão do Tribunal Supremo, de certa forma favorável aos indígenas, a situação fática atenta para a persistência de violação de direitos indígenas. Conforme a Anistia Internacional “la comunidad indígena pemón de Venezuela está pagando un alto precio por oponerse a que en sus tierras se instalen las torres y cables de alta tensión de una red de suministro eléctrico en construcción. Miembros de esta comunidad han sido amenazados de muerte varias veces y uno de sus jefes, Silvano Castro, fue brutalmente golpeado y detenido en marzo de este año cuando intentaba filmar la carga del ejército con gases lacrimógenos y balas de goma contra manifestantes pemón no violentos.” AI: AMR 01/008/2001/s, 9 de agosto de 2001.

ocorre na Bolívia, onde o texto constitucional vigente reconhece os direitos sociais dos povos indígenas – o que inelutavelmente abarca o direito à saúde. Por sua vez, a Constituição mexicana assegura aos indígenas o acesso aos serviços de saúde com respeito à medicina tradicional e incumbe ao Estado o dever de instituir programas de alimentação voltados aos índios daquele país – em especial, para a população indígena infantil –, além da tarefa de se criar programas específicos voltados à proteção da saúde da mulher indígena. A Constituição venezuelana, por sua vez, inseriu no texto constitucional a previsão de que os povos indígenas têm direito à saúde integral.

Registre-se que todos os países investigados são signatários da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Cumpre informar, nessa toada, que a jurisprudência constitucional boliviana e colombiana reconhece a Convenção como parte integrante do bloco de constitucionalidade.

Ainda no campo internacional, deve-se ressaltar que a Bolívia – em posição digna de aplausos – acolheu a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (2007) como lei interna. Exemplo a mirar o Legislativo pátrio.

CAPÍTULO VI – SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

1. O ingresso dos povos indígenas na agenda do direito internacional e internacional dos direitos humanos

No âmbito do direito internacional, as discussões acerca dos direitos dos povos indígenas associam-se com a própria história e afirmação desse ramo do direito, pois entre os precedentes consolidadores de sua autonomia – em especial do Direito Internacional Público⁷³⁷ – estão os conflitos oriundos da “descoberta” dos novos continentes (colonização) e do encontro do colonizador com os povos que neles habitavam.

Os conflitos iniciais concentraram-se em torno da legitimidade, ou melhor, do direito de ocupar e colonizar os territórios, seja em face dos habitantes já existentes, seja em relação aos demais Estados (europeus)⁷³⁸.

O embate entre direito do colonizados e direitos dos habitantes originários envolveu juristas e teólogos. Refletindo o sólido elo que à época existia entre a Igreja e os Estados (Direito) europeus, o fundamento que legitimava a ocupação das terras então descobertas – inicialmente abraçado por alguns Estados colonizadores — foi de cunho religioso. Note-se fragmento da bula *Romanus Pontifex*, de 8 de janeiro de 1454, do papa NICOLAU V:

“[...] por isso nós, tudo pensando com devida ponderação, concedemos ao dito rei Afonso a plena e livre faculdade, entre outras, de invadir,

⁷³⁷ “Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público – ou *direito das gentes*, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento. Os povos – assim compreendidas as comunidades nacionais, e acaso, ao sabor da história, conjunto ou frações de tais comunidades – propendem, naturalmente, à autodeterminação.” REZEK, Francisco. *Direito internacional público... cit.*, p. 3.

⁷³⁸ Lembre-se, ilustrativamente, da “partilha do novo mundo” empreendida pelo Tratado de Tordesilhas, firmado entre Portugal e Castela (Espanha) em 7 de julho de 1494.

conquistar, subjugar a quaisquer sarracenos e pagãos, inimigos de Cristo, suas terras e bens, a todos reduzir à servidão e tudo praticar em utilidade própria e dos seus descendentes. Tudo declaramos pertencer de direito *in perpetuum* aos mesmos d. Afonso e seus sucessores, e ao infante. Se alguém, indivíduo ou coletividade, infringir essas determinações, seja excomungado.”⁷³⁹

Assim também a bula *Inter Coetera*, de 4 de maio de 1493:

“[...] pela autoridade do Deus onipotente a nós concedida em S. Pedro, assim como do vicariado Jesus Cristo, a qual exercemos na terra, para sempre, no teor das presentes, vô-las doamos, concedendo e entregamos com todos os domínios, cidades, fortalezas, lugares, vilas, direitos, jurisdições e todas as pertenças. E a vós e aos sobreditos herdeiros e sucessores, vos fazemos, constituímos e deputamos por senhores das mesmas, com pleno, livre e onímono poder, autoridade e jurisdição. [...] sujeitar a vós, por favor da Divina Clemência, as terras firmes e ilhas sobreditas, e os moradores e habitantes delas, e reduzi-los à Fé Católica.”⁷⁴⁰

As bulas acima citadas refletem-se, por exemplo, no teor do Decreto de 1519, do Rei da Espanha: “Senhor das Índias Ocidentais, ilhas e Terra Firme do Oceano descobertas e a descobrir, por doação da Santa Sé Apostólica e outros títulos justo e legítimos [...]”.⁷⁴¹

O argumento religioso, fundado na premissa de que o Papa, como autoridade maior da Igreja Católica e representante de Cristo, poderia legitimar a ocupação territorial, sustentava-se, entre outros, na doutrina do Cardeal-Arcebispo de Ostia, HENRIQUE SUSA, autor da *Summa Aurea. A Doutrina do Ostiene* afirmava que os “gentios” tiveram “soberania” somente até a vinda de Jesus Cristo, que delegou poderes ao Pontífice. O Papa estava, pois, legitimado a destituir os infiéis, a solver os conflitos entre os cristãos e, inclusive, a dispor sobre as terras do “Senhor”.⁷⁴²

Do ponto de vista teológico, a justificativa religiosa encontrava limitações no fato de que as disposições papais somente eram recebidas e destinadas àqueles Estados que mantinham vínculo com a Igreja. A esse respeito, BEATRIZ PERRONE-

⁷³⁹ *Apud* RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro... cit.*, p. 36.

⁷⁴⁰ *Apud* RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro... cit.*, p. 36-37.

⁷⁴¹ *Apud* MENCK, José Theodoro Mascarenhas. *Op. cit.*, p. 99.

⁷⁴² Contra a doutrina de Ostiene proclamaram-se, por exemplo, Gerson, João Maior e Cayetano. Ensina Manuela Carneiro da Cunha que Cayetano sustentou nos seus comentários a *Secundae* de São Tomás (Questão 66, art. 8), que os infiéis podiam gozar de direitos e “soberania”, também que Cayetano propôs a distinção entre os infiéis inimigos dos cristãos, tais como os mouros, e os que não os hostilizavam, como era o caso dos índios. Conforme se vê nos argumentos de Cayetano, as discussões em torno da ocupação territorial fundem-se com a condição jurídica dos indígenas. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos... cit.*, p. 53.

MOISÉS faz referência ao monarca francês, Rei FRANCISCO I, que, diante das reivindicações territoriais de Portugal relativas ao Brasil, pedia para ver a cláusula do *Testamento de Adão* que o excluía da partilha do mundo⁷⁴³. Note-se ainda que a Inglaterra, a qual já dava os primeiros passos rumo ao laicismo estatal nesse período, utilizou-se de outros argumentos para justificar a ocupação colonizadora, de modo que “seus direitos se baseavam exclusivamente em um ‘ius inventionis’”, conforme sustenta JOSÉ THEODORO MASCARENHAS MENCK.⁷⁴⁴

No âmbito jurídico, por sua vez, a legitimidade da ocupação territorial trouxe à tona o debate acerca do “*status*” dos indivíduos e povos originários, seja como estados ou como sujeitos de direito. É justamente nesse viés que os direitos dos povos indígenas ingressam no direito internacional, contribuindo para sua consolidação e definição.

Sobre o “*status*” (condição) do índio nos idos da colonização, na acepção do colonizador e do incipiente direito internacional, é oportuno realizar um resgate histórico dos primeiros contatos, sobre o que escreveu CLAUDE LÉVI-STRAUSS:

“O céu fuliginoso da Calmaria, sua atmosfera pesada não são apenas o sinal evidente da linha equatorial. Resumem o clima em que dois mundos se defrontam. Esse elemento sombrio que os separa, essa bonança onde as forças maléficas parecem apenas se recobrar, são a última barreira mística entre o que constituía, ainda ontem, dois planetas opostos por condições tão diversas que as primeiras testemunhas não puderam acreditar que fossem igualmente humanos. Um continente apenas aflorado pelo homem oferecia-se a homens cuja avidez já não os deixava se contentar com o seu. Tudo seria questionado, de forma tão simultânea quanto contraditória, verificado de fato, revogado de direito. Verificados, o Éden da Bíblia, a Idade de Ouro dos antigos, a Fonte da Juventude, a Atlântida, as Hespérides, as Pastorais e as Ilhas Afortunadas; mas também sujeitos à dúvida pelo espetáculo de uma humanidade mais pura e mais feliz (que decerto não o era de fato, mas que um secreto remorso já apresentava como se fosse), a revelação, a salvação, os costumes e o direito. Nunca a humanidade conhecera provocação tão dilacerante, e nunca mais conhecerá outra igual, a não ser que um dia, a milhões de quilômetros do nosso, outro globo se revele, habitado por pensantes”.⁷⁴⁵

Além de territórios, as conquistas marítimas apresentaram aos colonizadores alguns povos até então desconhecidos, com características e culturas distintas dos

⁷⁴³ *Terras indígenas e legislação colonial... cit.*, p. 107.

⁷⁴⁴ “A Inglaterra que na época das grandes descobertas não mais se submetia à autoridade da Santa Sé Apostólica de Roma, se arrogava, do mesmo modo e por autoridade própria, a soberania sobre os territórios americanos do norte, alegando, como base de seu direito, que os ingleses foram os primeiros a ali aportarem.” MENCK, José Theodoro Mascarenhas. *Op. cit.*, p. 99.

⁷⁴⁵ *Tristes Trópicos. cit.*, p. 70.

habitantes do “Velho Mundo”. No caso luso, o “espanto” imediato deu-se em face da beleza natural, inocente e desnuda, tal como indica fragmento da Carta de PERO VAZ DE CAMINHA: “Pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas”⁷⁴⁶.

Denuncia PINTO FERREIRA que “foi grande o vislumbamento dos portugueses recém-chegados com as nações indígenas, com a beleza de suas índias nuas, de olhos oblíquos e ajaponesados, cabelos lisos, longos e pretos, a tez bronzeada, e com costumes destoantes da civilização portuguesa”⁷⁴⁷.

O assombro é reiterado em relato que consta do trabalho intitulado – não por acaso – *Deus e diabo na fronteira com os gentios*, de MOACYR FLORES: “O piedoso padre Antonio Sepp ao encontrar pela primeira vez uma mulher iaró, comparou-a com uma bruxa infernal, verdadeira megera, sanguinária tigresa de rosto feio, colo e peitos desnudos, achando improvável que haja uma mulher bela entre estas fúrias infernais.”⁷⁴⁸ Também de MOACYR FLORES é a conclusão de que, para os colonizadores portugueses, “o espaço dos gentios era o reino do demônio, do pecado, dos vícios da desorganização, do canibalismo, dos feiticeiros e do pecado gerado pela sensualidade desenfreada das índias”⁷⁴⁹.

Nesse contexto, imersos no conservadorismo europeu da época – derivado principalmente do catolicismo –, “seguramente a idéia que se fazia [dos índios] na Europa era de homens e mulheres selvagens, violentos e desumanos, praticamente animais”⁷⁵⁰.

Essas idéias também encontram guarida na lição precisa de CARMEN JUNQUEIRA, para quem “o nativo só não podia ser concebido como bicho porque afinal falava, embora uma língua sem sentido, incompreensível; por outro lado, era difícil também encontrar nele os requisitos necessários para ser considerado humano”⁷⁵¹.

Sob essa concepção euro-etnocêntrica, não é de se estranhar que os colonizadores, particularmente os espanhóis, tenham negado desde o início a

⁷⁴⁶ *Op. cit.*, s/p.

⁷⁴⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira. cit.*, p. 440.

⁷⁴⁸ FLORES, Moacyr. *Deus e diabo na fronteira com os gentios*. In: *Estudos Ibero-Americanos*. Porto Alegre, 2000, v. 1, p. 61. (Edição especial)

⁷⁴⁹ *Op. cit.*, p. 61.

⁷⁵⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer ... cit.*, p. 27.

⁷⁵¹ Símbolos e imagens da ordem na comunidade indígena. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (Orgs.). *Conversações Abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/ PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997, p. 22.

condição de igualdade aos índios, reservando-lhes a guerra e, não raro, o genocídio de tribos.

Justamente nesse cenário BARTOLOMÉ DE LAS CASAS (1474-1566) e FRANCISCO DE VITÓRIA (1486-1512) consagram-se por suas atuações em defesa dos (direitos) indígenas, repercutidas não só na proteção desses povos, como também na consolidação do direito internacional, e mesmo dos direitos humanos.

BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, denunciou em sua obra *Brevíssima relação da destruição das Índias*, de 1552, o massacre dos indígenas pelo colonizador espanhol:

“Com seus cavalos, suas espadas e lanças começaram a praticar crueldades estranhas; entravam nas vilas, burgos e aldeias, não poupando nem as crianças e os homens velhos, nem as mulheres grávidas e parturientes e lhes abriam o ventre e as faziam em pedaços como se estivessem golpeando cordeiros fechados em seu redil. Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou quem, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria as entranhas de um homem com um só golpe. Arrancavam os filhos dos seios da mãe e lhes esfregavam a cabeça contra os rochedos [...] Faziam certas forcas longas e baixas, de modo que os pés tocavam quase a terra, um para cada treze, em honra e reverência de Nosso Senhor e de seus doze Apóstolos (como diziam) e deitando-lhes fogo, queimavam vivos todos os que ali estavam presos. Outros, a quem quiseram deixar vivos, cortaram-lhes as duas mãos e assim os deixavam.”⁷⁵²

Feitas as queixas, LAS CASAS guerreou pelo reconhecimento da igualdade dos indígenas e repudiou a guerra, utilizando argumentos religiosos⁷⁵³, jurídicos e antropológicos.

“A posição jurídico-teológica de Las Casas – aponta CARLOS F. MARÉS DE SOUZA FILHO – era no sentido de que todos os povos foram criados por Deus e cumpre aos católicos apenas levarem a boa nova da revelação, sem interferir na vida, organização social, direito e propriedade dos povos”⁷⁵⁴.

⁷⁵² LAS CASAS, Bartolomé de. *O paraíso destruído: brevíssima relação da destruição das Índias*. 6. ed. Porto Alegre: L&PM, 1996, p. 30.

⁷⁵³ Da doutrina de Las Casas, Rafael Ruiz extrai: “a) separação entre o religioso-eclesiástico e o político civil: o fato de aceitarem a fé cristã obriga os índios a aceitar o Papa como senhor no foro da consciência, em tudo o relativo a fé crista, mas não os obriga a aceitar as determinações pontifícias em questões políticas e temporais e, menos ainda, evidentemente, se essas questões se relacionam com um terceiro – como é o caso da doação das terras americanas à Espanha – sem terem sido consultados previamente os próprios índios; b) absoluta subordinação do fim aos meios: de maneira que a evangelização só pode ser entendida através de uma forma pacífica onde sejam respeitados e figurem garantidos os direitos básicos fundamentais dos índios: liberdade, autonomia da vontade, direito de resistência, liberdade de consciência, etc.” *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos*. A evolução da legislação indígena casteliana no século XVI. Porto Alegre: PUCRS, 2002, p. 95.

⁷⁵⁴ *O renascer ... cit.*, p. 48.

A seu turno, segundo BOLÍVAR BELTRÁN, a tese de LAS CASAS consistiria, em suma, em que “os índios eram humanos e que por isso possuíam a faculdade da razão, tinham suas próprias leis e governo (e o direito a estes) os quais deveriam ser respeitados pela coroa espanhola.”⁷⁵⁵

No célebre “Debate de Valladolid”, em suas sessões realizadas entre 1500 e 1551, LAS CASAS combateu as ideias de JUAN GINES DE SEPÚLVEDA, que pugnavam pela desigualdade (inferioridade) dos índios, justificando, com efeito, sua dominação. Sustentava SEPÚLVEDA:

“É justo e útil que [os índios] sejam servos, e vemos que isso é sancionado pela própria lei divina, pois está escrito no livro dos provérbios: ‘o tolo servirá aos sábios’. Assim são as nações bárbaras e desumanas, estranhas à vida civil e aos costumes pacíficos. E sempre será justo e de acordo com o direito natural que essas pessoas sejam submetidas ao império de príncipes e de nações mais cultivadas e humanas, de modo que graças à virtude dos últimos e à prudência de suas leis, eles abandonam a barbárie e se adaptam a uma vida mais humana e ao culto da virtude. E se recusam esse império, é permissível impô-lo por meio das armas e tal guerra será justa, assim como declara o direito natural [...]. Concluindo: é justo, normal e de acordo com a lei natural que todos os homens probos, inteligentes, virtuosos e humanos dominem todos os que não possuem essas virtudes”.⁷⁵⁶

Em contraposição, importa reproduzir breve fragmento dos argumentos de LAS CASAS:

“Se a opinião de Sepúlveda (de que as campanhas contra os índios são legítimas) for aprovada, a mais sagrada fé de Cristo, para vergonha do nome cristão, será odiosa e detestável a todos os povos do mundo que tiverem conhecimento dos crimes desumanos que os espanhóis infligem a essa raça infeliz, de modo que nem no presente nem no futuro irão aceitar nossa fé sob qualquer condição, pois vêem que seus primeiros arautos não são pastores mas saqueadores, não são pais mas tiranos, e que aqueles que a professam são ímpios, cruéis e impiedosos em sua inclemente selvageria [...]”⁷⁵⁷

Embora no “Debate de Valladolid” não se tenha atingido consenso, culminando em decisão formal, sobre essa discussão manifestou-se FRANCISCO DE VITÓRIA, emitindo parecer favorável a LAS CASAS – parecer que, conforme SÉRGIO

⁷⁵⁵ BELTRÁN, Bolívar. Sistema legal indígena. In: *Revista Yachaykuna*, n. 2, 2001, p. 12.

⁷⁵⁶ *Apud* PIRES, Sérgio Luiz Fernandez. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América Indígena. cit.*, p. 70.

⁷⁵⁷ Em defesa dos índios. In: ISHAY, Micheline R. (org.). *Direitos humanos: Uma antologia*. Principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a Bíblia até o presente. Trad. Fábio Duarte Joly. São Paulo: EDUSP, 2006, p. 137.

LUIZ FERNÁNDEZ PIRES, influenciou profundamente as decisões da Coroa Espanhola⁷⁵⁸. O debate teria sido, assim, segundo JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO, um divisor de águas contra a ação espanhola⁷⁵⁹.

Nesse contexto, não sem razões, LAS CASAS é intitulado “apóstolo dos índios”, pois “não só influenciou a formação de uma legislação mais humana e protetora [...], como lutou pela garantia dos direitos dos índios, amenizando seu sofrimento e libertando-os das injustiças e até da escravidão.”⁷⁶⁰

Ainda sobre LAS CASAS, não se pode deixar de reconhecer sua contribuição também para a afirmação dos “direitos humanos”. A propósito, é incisivo ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO:

“A doutrina de Bartolomé de Las Casas teve uma importância relevante na conformação do clima, intelectual e institucional, que marca o trânsito desde os direitos estamentais medievais aos modernos direitos humanos. Três são os aspectos em que, basicamente, se resume tal mudança:

1) No plano da fundamentação o abandono gradual da justificação consuetudinária e histórica das liberdades ocorre, ao mesmo tempo que reforça sua legitimação racionalista;

2) Com respeito a titularidade, as liberdades perdem sua vinculação às determinadas categorias ou propriedades dos povos, para apresentar-se como direitos de todos os homens pelo mero fato de sê-lo;

3) Finalmente, com respeito a sua natureza jurídica, os modernos direitos humanos não são formuladas como pactos ou contratos de direito privado, mas como os instrumentos fundadores do direito público. As reflexões que precedem permitem observar que, apesar de determinadas contradições e imprecisões, a teoria de Las Casas aponta para aqueles sinais que definem os direitos humanos da modernidade.”⁷⁶¹

Discorrendo sobre FRANCISCO DE VITÓRIA, GUIDO F. S. SOARES chega a sustentar que “o direito internacional público nasceu de uma preocupação da proteção dos direitos humanos, a partir da vigorosa manifestação do Frei Francisco de Vitória”⁷⁶². Defende LUIGI FERRAJOLI que VITÓRIA teria reelaborado “as velhas doutrinas desde suas raízes, lançando os alicerces do direito internacional moderno e, simultaneamente, do conceito moderno do Estado como sujeito soberano”, por meio

⁷⁵⁸ PIRES, Sérgio Luiz Fernández. *Op. cit.*, p. 71.

⁷⁵⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 279.

⁷⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade jurídica na América Luso-Hispânica. In: _____ (org.). *Direito ...cit.*, p.85.

⁷⁶¹ *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Valladolid: Trotta, 1992, p. 184.

⁷⁶² Prefácio da obra: RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos. A evolução da legislação indígena casteliana no século XVI*. Porto Alegre: PUCRS, 2002, p. 9.

das seguintes idéias basilares: “a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da teoria cristã da ‘guerra justa’”.⁷⁶³ Por sua vez, em monografia voltada a esse tema, RAFAEL RUIZ indica com precisão o fundamento “revolucionário” da doutrina vitoriana:

“Ele não fundamenta a legitimidade da ação espanhola na superioridade universal do Papa, a quem estariam submetidos todos os príncipes da terra [...] nem no poder supremo do imperador, como defendeu Marsílio de Pádua. E muito menos fundamentou-se na condição servil dos naturais das Índias, como muitos juristas e filósofos alegavam, apoiando-se na doutrina aristotélica. O fundamento para Vitória é o Direito Natural e o de Gentes com suas amplas virtudes. Dessa maneira, encerra-se definitivamente a visão medievalista do Direito e começa uma nova perspectiva, abrindo horizontes largos – todo um Novo Mundo – para a especulação e a prática do Direito Internacional Moderno.”⁷⁶⁴

No que toca especificamente à causa indígena, BOLIVAR BELTRÁN ressalta que VITÓRIA defendeu a posição de que “os índios, havendo desenvolvido suas próprias sociedades, teriam direito a preservar suas próprias instituições.”⁷⁶⁵

Consoante se vê, figura na tese de VITÓRIA o reconhecimento do indígena, atribuindo-lhe “*status*” de humano, de igualdade. Em suma, os índios tinham direitos em virtude de sua natureza humana⁷⁶⁶.

A teoria de VITÓRIA relacionada com os direitos indígenas teve, de fato, grande relevo no direito internacional. Nesse sentido, S. JAMES ANAYA ressalta que as idéias de VITÓRIA foram propugnadas “por outros importantes teóricos europeus do período associado à origem do direito internacional como Francisco Suárez (1548

⁷⁶³ *A soberania no mundo moderno. cit.*, p. 6-7.

⁷⁶⁴ *Op. cit.*, p. 194.

⁷⁶⁵ *Op. cit.*, p. 15.

⁷⁶⁶ Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento assim sustentam: “Aspecto novo do pensamento vitoriano é a preocupação humanitária, que transparece dos tratados escritos no século XVI e nos seguintes, opondo-se ao espírito vigorante da Idade Média, no campo das guerras, segundo o qual dever-se-ia fazer tanto mal quanto possível aos inimigos, matando, torturando, massacrando, violando, destruindo, queimando, roubando, traindo a palavra empenhada, apesar dos esforços da igreja em humanizar a guerra. Francisco adota posição totalmente diferente. A guerra deve ser praticada como mal necessário para reparar a injúria grave, mas visando ao restabelecimento da paz e praticando o menor mal possível, evitando dano desnecessário, ou que ultrapasse os limites estritamente indispensáveis.” Direitos dos povos indígenas: Releitura de Francisco de Vitória enfatizando os 500 anos do descobrimento. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2000, v. 95, p. 124-5.

– 1617), Domingo de Soto (1494 – 1560), Baltazar Ayala (1548 – 1584) e Alberico Gentilis (1552 – 1608)”⁷⁶⁷, e ainda por Hugo Grocio.

Não obstante as contribuições de BARTOLOMÉ DE LAS CASAS e FRANCISCO DE VITÓRIA, nos anos subsequentes, os povos indígenas não lograram ingresso no direito internacional como sujeitos de direito.

Com a releitura do pensamento jusnaturalista havida no século XVII, principalmente após a “Paz de Vestfália”, o “direito das gentes”, “inicialmente concebido como um código universal para a humanidade”, passou a ser concebido como um “regime bicéfalo que compreendia os direitos naturais dos indivíduos e os direitos naturais dos estados.”⁷⁶⁸

Nesse novo paradigma, influenciado, sobretudo, pela doutrina de EMMERICH VATTEL – no sentido de que o “direito das gentes” era “a ciência do direito que se mantém entre as nações ou estados, e as obrigações que lhe correspondem” – os povos indígenas acabaram sendo enfeitados no âmbito do direito internacional, pois, consoante bem observa S. JAMES ANAYA, “a idéia do estado-nação dificultaria sempre aos povos indígenas não europeus a possibilidade de ser qualificados como tais.”⁷⁶⁹

Essas dificuldades se agravam nos séculos seguintes, na era do positivismo. Sob a concepção de direito internacional como um direito entre Estados e para Estados, e sob a idéia de que os povos indígenas não eram capazes de dispor de um estatuto soberano, nem de possuir direitos em termos jurídico-internacionais, “os direitos dos povos indígenas simplesmente não tinham lugar na discussão.”⁷⁷⁰ Ao longo do primeiro quarto do século XX, importantes juspublicistas reiteraram a posição de que os indígenas careciam de direitos dentro do direito internacional.

Essa concepção centrada na figura do Estado começou a ruir com o fortalecimento dos direitos humanos e da mobilização indígena. Nessa perspectiva, merece referência a atuação de Levi General – também conhecido como Deskaheh –, representante dos índios Iroqui canadenses, que, em 1923, foi a Genebra reclamar os

⁷⁶⁷ ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trad. Luis Rodríguez-Piñero Royo; Pablo G. Vega e Bartolomé Clavero. Madri: Trotta, 2005, p. 45.

⁷⁶⁸ ANAYA, S. James. *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁶⁹ *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁷⁰ ANAYA, S. James. *Op. cit.*, p. 64.

direitos indígenas na Sociedade das Nações. Essa reclamação é considerada a primeira demanda judicial internacional dos povos indígenas⁷⁷¹.

A afirmação internacional dos direitos humanos, pois, significou uma ruptura na participação e no reconhecimento dos indígenas no âmbito do direito internacional. Seguindo essa premissa, é válido, ainda que brevemente, deter-se sobre o processo de afirmação histórica dos direitos humanos, seu conceito e sua titularidade, para que possam ser compreendidas as razões justificadoras dos direitos humanos dos povos indígenas.

A afirmação dos direitos humanos é resultado de um processo histórico⁷⁷² de “construção e reconstrução”, segundo HANNAH ARENDT⁷⁷³. Nesse extenso período, é possível colher “legados históricos irradiadores de feixes axiológicos”, conforme CELSO LAFER⁷⁷⁴, os quais alavancaram o reconhecimento internacional dos direitos humanos.

Com lastro na tridimensionalidade do direito, em termos de valores, merece menção a contribuição do jusnaturalismo e do iluminismo⁷⁷⁵, além do reconhecimento paulatino da igualdade e da “liberdade como valor”⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ Conforme prelecionam Warren Allmand, Kenneth Deer e Isabel Madariaga Cuneo: “La première démarche formelle effectuée par les peuples autochtones dans le but de faire reconnaître leurs droits collectifs par la communauté internationale remonte à 1923, lorsque le chef Cayuga Deskaheh s’est pré-senté devant la Société des Nations à titre de représentant des six nations iroquoises de l’Ontario. Il est demeuré un an à Genève, à travailler pour faire reconnaître le bien-fondé de sa cause, mais en bout de ligne la Société ne l’a pas entendu. Cette tentative a été suivie, en 1924 et en 1925, par l’initiative de T.W. Ratana, un chef maori de Nouvelle-Zélande qui s’est rendu à Londres et à Genève afin de protester contre la révocation du Traité de Waitangi – dont l’adoption remontait à 1840 –, qui garantissait aux autochtones maoris un droit de propriété sur leurs terres. À l’instar du chef Deskaheh, Ratana n’a été reçu devant aucune des instances sollicitées”. *Les droits des autochtones entre deux décennies*. Montreal: Droits et Démocratie- Centre International des Droits de la Personne et du Développement Démocratique, 2005, p. 16.

⁷⁷² Preleciona Celso Lafer: “A objetivação histórica do valor da pessoa humana, na relação política-jurídica governantes-governados, exprime-se através da afirmação da perspectiva ‘ex parte populi’ por meio do reconhecimento pelo direito positivo dos direitos humanos. Esta positivação expressa um processo histórico de integração de valores percebidos como fundamentais para a boa convivência coletiva”. *Comércio... cit.*, p. 82. Essa mesma concepção é ventilada por J. A. Lindgren Alves: “Numa fase histórica em que o poder apenas se justifica *ex parte populi*, não mais *ex parte principis*, somente a garantia dos direitos humanos da população confere legitimidade efetiva aos governantes”. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994, p. 43.

⁷⁷³ *Apud* PIOVESAN, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. In: BUGLIONE, Samanta (org.). *Reprodução e sexualidade uma questão de justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 62.

⁷⁷⁴ *Comércio...cit.*, p.182-183.

⁷⁷⁵ Analisando a questão de forma aprofundada, Enrique Ricardo Lewandowski faz a seguinte sustentação: “A partir desses movimentos intelectuais, firmou-se a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado”. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 1.

No atinente a documentos legislativos de direitos humanos (fundamentais) que antecedem a Declaração Universal, merecem referência a *Magna Carta Libertatum* (João Sem Terra, 1215), a *Bill of Rigts* (Inglaterra, 1689), a *Declaração de Direitos da Virgínia*⁷⁷⁷ (1776), a *Declaração de Independência dos Estados Unidos* (1776) e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*⁷⁷⁸ (França, 1789).

Dentre os fatos históricos, indubitavelmente, a Segunda Guerra Mundial foi o acontecimento que trouxe à tona, de modo inafastável, a necessidade da proteção internacional dos Direitos Humanos⁷⁷⁹.

Como reflexo dos pandemônios da guerra – do “horror *erga omnes* da descartabilidade do ser humano no período nazista”⁷⁸⁰ –, foi instituída, em 1945, a *Carta das Nações Unidas*, vocacionada a promover e encorajar o respeito aos direitos humanos. Para esse fim, foi instituída a Comissão de Direitos Humanos, órgão que trabalhou na elaboração da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada em 1948, e que constitui marco histórico no reconhecimento dos Direitos Humanos.

Na lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, a Declaração “representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade

⁷⁷⁶ Dalmo de Abreu Dallari, com a maestria que lhe é peculiar, trançando a afirmação dos direitos humanos no curso histórico, inicia pela Grécia antiga, citando o clássico *Antígona* de Sófocles; adiante, na Idade Média, reconhece a importância de Tomás de Aquino, e nos fins desde período destaca o surgimento da burguesia e sua contribuição no fortalecimento dos direitos humanos, asseverando que “foi o burguês associado aos pensadores liberais, quem levantou modernamente a liberdade como um valor”. Viver em sociedade: Direito à vida. In: *Jovens lideranças comunitárias e Direitos Humanos*. São Paulo: Conectas, CHH, 2004, *passim*.

⁷⁷⁷ José Afonso da Silva preleciona que a Declaração de Virgínia foi a primeira declaração de direitos fundamentais. *Curso de direito constitucional ... cit.*, p. 158.

⁷⁷⁸ Dalmo de Abreu Dallari ensina que “essa Declaração, cuja influência na vida constitucional dos povos, não só do Ocidente como também do Oriente, ainda hoje é marcante, representou um considerável progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana.” *Teoria geral do estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

⁷⁷⁹ Corroborar Flávia Piovesan ao doutrinar que “a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial.” *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.. cit.*, p. 117.

⁷⁸⁰ Cf. LAFER, Celso. Resistência e realizabilidade da tutela dos direitos humanos no plano internacional no limiar do século XXI. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, p. 446. Ressalta ainda o professor Celso Lafer que a segunda guerra “representou uma ruptura inédita em relação à tradicional preocupação com o bom governo dos Estados soberanos, instigou um alargamento e um aprofundamento da temática dos direitos humanos no plano internacional”(p. 446).

entre os homens.”⁷⁸¹ Por sua vez, CELSO LAFER assevera que a “Declaração consagrou, pelo consenso de 171 Estados, vivificado pela atuação da sociedade civil através da presença de organizações não-governamentais, uma leitura kantiana das formas de conceber a vida em sociedade – ou seja, uma nova releitura do papel dos direitos humanos como expressão da convivência coletiva.”⁷⁸²

Em que pesem as discussões quanto à obrigatoriedade da Declaração Universal⁷⁸³, tais não são suficientes para ofuscar a importância dessa conquista histórica. Ademais, a Declaração, como “inspiração para o futuro” – relembrando NORBERTO BOBBIO⁷⁸⁴ –, serviu como esteio e meandro para a elaboração (1969) e a vigência posterior (1976) do *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos* e do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1976)⁷⁸⁵, os quais, em conjunto com a Declaração, formam a “Carta Internacional de Direitos Humanos” da ONU.

A partir desses postulados desenvolveram-se tratados específicos voltados “fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial”⁷⁸⁶, dentre os quais destaca-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ *A afirmação... cit.*, p. 209.

⁷⁸² *Comércio... cit.*, p. 93.

⁷⁸³ A esse respeito, esclarece J. A. Lindgren Alves: “Encarada como uma interpretação autorizada dos artigos da Carta das Nações Unidas relativos aos direitos humanos, a Declaração teria para alguns intérpretes, os efeitos legais de um tratado internacional. Para a maioria dos estudiosos do assunto, a força da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como a de qualquer documento congênere, advém de sua conversão gradativa em norma consuetudinária.” *Op. cit.*, p. 48. Segundo Fábio Konder Comparato, “a Declaração é uma ‘recomendação’ todavia reconhece-se hoje, em toda a parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana [...]”. *A afirmação... Op. cit.*, p. 210.

⁷⁸⁴ *A era... cit.*, p. 34.

⁷⁸⁵ Estabelecidos os direitos básicos (“mínimos éticos irredutíveis”) na Declaração Universal, viu-se a necessidade de elaboração de um novo documento destinado a discriminar e regulamentar a aplicação dos direitos então reconhecidos. O que deveria ser realizado imediatamente, demorou mais de trinta anos. Somente em 1976 entraram em vigor o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A mora na entrada em vigor dos pactos reflete a heterogeneidade internacional e as tormentosas discussões travadas pelos Estados em sua elaboração, entre estas, J. A. Lindgren Alves refere-se às celeumas acerca da divisão da matéria em dois textos, sobre questões atinentes ao direito de propriedade, direito à autodeterminação dos povos e liberdade de expressão, e ainda acerca da criação de um órgão para supervisão e implementação dos pactos. *Op. cit.*, p. 215.

⁷⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional... cit.*, p. 184.

⁷⁸⁷ No âmbito da ONU, entre outros, citamos: Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Exposta a afirmação internacional dos direitos humanos, insta refletir sobre seu conceito e sua titularidade.

Embora haja grande esforço doutrinário voltado a precisar no consistem os direitos humanos⁷⁸⁸ – tarefa essa reputada por alguns desnecessária (v.g., NORBERTO BOBBIO⁷⁸⁹) ou até mesmo indesejável (v.g., MICHEL VILLEY⁷⁹⁰) – inexistente, ao nosso sentir, uma conceituação precisa e suficiente de “direitos humanos”⁷⁹¹. Essa observação faz-se particularmente presente se se reconhece que o conceito de direitos humanos funde-se com seu próprio fundamento, qual seja a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente que é impossível identificar e delimitar quais e em que dimensões os direitos humanos devem ser tutelados, por serem imprevisíveis as formas de violação ao seu valor fundante.

Para este trabalho, não obstante, adotar-se-á para fins operatórios o conceito de CARLOS SANTIAGO NINO – exposto por FLÁVIA PIOVESAN –, segundo o qual “os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade da pessoa humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana.”⁷⁹²

A despeito da imprecisão conceitual, é possível identificar características que se agregam ao conceito de direitos humanos, entre as quais a universalidade, a interdependência e a inter-relação⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Como o fazem, por exemplo, Joaquín Herrera Flores, asseverando que “os direitos humanos constituem os bens sociais e jurídicos dotados do maior grau de conteúdo axiológico” (*Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 123), e, numa acepção mais voltada ao plano empírico, John Rawls, no sentido de que os direitos humanos “são um subconjunto adequado de direitos possuídos pelos cidadãos em um regime democrático constitucional liberal ou dos direitos dos membros de uma sociedade hierárquica decente” (*O direito dos povos*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 106).

⁷⁸⁹ “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁹⁰ Após indagar no capítulo introdutório “se seria possível, sem contradição, proceder a mescla dessas duas idéias: o homem no singular, a natureza genérica do homem, e a noção de direito, Michel Villey conclui sua obra no sentido de que “o aparecimento dos direitos humanos atesta a decomposição do conceito de direito [...]. Assim os filósofos modernos nos gratificam com uma linguagem cujo resultado mais claro é um mergulho na névoa. Linguagem indistinta, perigosamente imprecisa, geradora de ilusões e de falsas reivindicações impossíveis de satisfazer. *Os direitos e os direitos humanos*. Trad. Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.163.

⁷⁹¹ Na lição de Dalmo de Abreu Dallari, “Direito Humano” é “uma forma sintética de nos referirmos aos direitos fundamentais da pessoa humana, aqueles que são essenciais à pessoa humana e que precisa ser respeitada como pessoa. São aqueles necessários para a satisfação das necessidades humanas fundamentais”. *Viver em sociedade: Direto à vida*. *Op. cit.*, p. 15.

⁷⁹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

⁷⁹³ Os direitos humanos são universais porque a condição humana é pressuposto único para titularidade destes direitos, são interdependentes e inter-relacionados porque não é possível dissociar os direitos civis e políticos dos direitos sociais, econômicos e culturais. A realização destes é

Quanto à titularidade dos direitos humanos, como o próprio termo faz entender, são titulares todos os seres humanos. Conforme bem ensina MARIA GARCIA: “O homem – na sua condição humana – é um ser universal. Os direitos humanos decorrem da condição humana; são, portanto, de caráter universal, aplicando-se ao ser humano, onde se encontre, bem como a tudo que detiver a qualidade humana.”⁷⁹⁴

Incontestemente o reconhecimento internacional dos direitos humanos, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana. E fixada a condição humana como pressuposto único para a titularidade, defluem, de plano, as razões que fazem dos direitos humanos a clareira para o efetivo ingresso dos povos indígenas na arena do direito internacional.

As justificativas específicas para tal inserção figuram na lição de S. JAMES ANAYA, no sentido de que o discurso (movimento) contemporâneo sobre a paz e os direitos humanos tem, entre outras, as seguintes consequências: a) modera o positivismo do direito internacional⁷⁹⁵; b) contribui para o abandono dos vínculos históricos do direito internacional com a dicotomia perceptiva indivíduo/estado⁷⁹⁶; e c) gera um discurso alternativo ao discurso estatocêntrico da “soberania” histórica⁷⁹⁷.

Nessa conjuntura, enfim, importa notar que a “abertura, impulsionada pelo moderno movimento de direitos humanos, tem permitido que o direito internacional revitalize a questão dos povos indígenas, convertendo-se paulatinamente numa força que defende as aspirações e desígnios destes povos.”⁷⁹⁸

pressuposto para concretização daqueles e vice-versa. Esta características são, inclusive, reconhecidas no § 5.º da Declaração de Viena de 1993. Eis o que diz Fábio Konder Comparato: “Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engedrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais”. *A afirmação... cit.*, p. 305.

⁷⁹⁴ *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 211.

⁷⁹⁵ *Op. cit.*, p. 80.

⁷⁹⁶ *Op. cit.*, p. 83. Nesse sentido veja-se o conceito contemporâneo de Direito internacional público acolhido por Hildebrando Accioly: “O direito internacional público ou direito das gentes é o conjunto de princípios ou regras destinadas a reger os direitos e deveres internacionais, tanto dos Estados ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos”. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

⁷⁹⁷ *Op. cit.*, p. 30.

⁷⁹⁸ *Id.*, *Op. cit.*, p. 84.

2. Os direitos humanos dos povos indígenas no sistema global de proteção dos direitos humanos

Adotando-se a Declaração Universal (1948) como marco inaugural dos direitos humanos dos povos indígenas, há que se reconhecer a importância desse texto normativo, embora não tenha trazido em seu bojo alguma manifestação expressa e específica aos índios, conforme destaca por RODOLFO STAVENHAGEN:

“Os povos indígenas do mundo – cujos direitos humanos continuam sendo prejudicados persistentemente – encontram na Declaração Universal um instrumento de defesa e de luta, que podem usar ao fazer patentes suas demandas e reivindicações frente aos estados que têm sido cúmplices por ação ou omissão das violações aos seus direitos humanos”.⁷⁹⁹

CLETUS GREGOR BARIÉ, por sua vez, afirma que “o mérito principal da Declaração em relação aos habitantes aborígenes consiste, sem dúvida, em levantar (mais como sugestão do que como um postulado consequente) a existência de direitos fundamentais universais.”⁸⁰⁰

Adiante, as reivindicações indígenas encontram amparo no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em especial, no artigo 27, *in verbis*:

“Art. 27: Nos estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

Os tratados referidos podem ser classificados como “normas gerais”, pois não possuem destinação específica aos povos indígenas. Todavia, respondendo aos paradigmas contemporâneos dos direitos humanos e até mesmo do direito internacional – transformação do “direito das ‘gentes’[...] em direito também dos ‘indivíduos’, dos indivíduos singulares”, conforme NORBERTO BOBBIO⁸⁰¹ –, normas específicas e mecanismos próprios de monitoramento dos direitos humanos dos povos indígenas têm sido instituídos, paulatinamente, no âmbito da ONU.

⁷⁹⁹ Derecho internacional y derechos indígenas. In: AYLAWIN José O. *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas... cit.*, p. 16.

⁸⁰⁰ *Op. cit.*, p. 54.

⁸⁰¹ *A era... cit.*, p. 68.

Essas conquistas estão associadas, de modo significativo, à atuação da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Em 1953, a OIT realizou um importante estudo sobre as condições dos povos indígenas, que culminou na adoção, em 1957, da Convenção nº 107 – “Convenção sobre Populações Indígenas e Tribais”. Em que pese as críticas, essa Convenção colocou na agenda do sistema internacional a questão dos povos considerados indígenas e gerou um maior interesse internacional em torno desses.

Ainda no bojo da OIT, em 1989, foi erigida a Convenção nº 169⁸⁰², considerada por muitos doutrinadores o marco legal no reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direito internacional.

Segundo ESTHER SANCHES BOTERO, da Convenção nº 169 sobressaem cinco pontos fundamentais: 1º) o reconhecimento dos indígenas frente à normativa internacional; 2º) o reconhecimento dos povos indígenas como membros de uma comunidade nacional; 3º) o reconhecimento dos indígenas como destinatários de políticas e sujeitos ativos com autonomia e voluntariedade para participar das políticas que lhes afetem; 4º) o reconhecimento da estreita relação indígena com o meio ambiente; e 5º) o direito à terra e aos territórios dos povos indígenas⁸⁰³.

Incontestavelmente, a Convenção nº 169 contribuiu para a afirmação dos direitos humanos dos povos indígenas, o que justifica sua análise, ainda que perfunctória.

O artigo primeiro dessa Convenção preocupou-se com a definição daqueles a quem é destinada. Nessa tarefa, diferentemente da Convenção nº 107 e atendendo à solicitação de organizações indígenas, a Convenção nº 169 adotou o termo “povos” em vez de “populações”.⁸⁰⁴ Outro ponto importante, ainda referente à definição de

⁸⁰² Além dos países referidos no capítulo III, a Convenção 169 foi ratificada, entre outros países, pela Dinamarca, Ilhas Fidji (1998), Países Baixos (1998), Noruega (1990), Peru (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996). Lembre-se que somente em 19 de abril de 2004 (Decreto n. 5.051) a Convenção 169 integrou o sistema interno brasileiro.

⁸⁰³ *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. 2. ed. Bogotá: Unijus, 2004, p. 44.

⁸⁰⁴ Refutando qualquer possibilidade de insurgência dos povos indígenas pela sua autodeterminação com base na terminologia adotada, a Convenção expressamente assim adverte: “A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional” (Artigo 1 -3). É oportuno citar o trabalho de Denise Maldí, De confederados a bárbaros: a representação da territorialidade e da fronteira indígenas nos séculos XVIII e XIX, no qual a autora tece considerações sobre os termos “confederados” e “nações” indígenas presentes no discurso colonial português para designar grupos indígenas. “A crônica oficial lusitana e mesmo nos relatos dos viajantes do século XVIII, dificilmente aparece a palavra ‘tribo’ para designar sociedades indígenas. São chamadas nações e, em alguns casos, confederados. Mas existia uma nítida diferença entre as nações bárbaras e mansas. [...] A idéia de confederado estava associada à idéia de liga,

povos indígenas lançada na Convenção nº 169, é a substituição de expressões presentes na Convenção nº 107 que sugeriam atrasos por parte dos indígenas, tal como ensina MIDORI PAPADOPOLO:

“O Convênio 107 indica como característica definitiva dos povos tribais, aquele que se encontra em um estágio menos avançado do que o alcançado por outras seções da comunidade nacional, o convênio 169 indica que suas circunstâncias sociais, culturais e econômicas lhes distinguem de outros setores enquanto povos indígenas; o Convênio 107 indica que vivem mais em conformidade com as instituições sociais, culturais e econômicas dessa época (se refere à conquista), o convênio 169 se limita a assinalar que conservam todas as suas instituições sociais, econômicas, culturais, e políticas, ou parte delas.”⁸⁰⁵

Adiante, a Convenção nº 169 fixou a responsabilidade dos Estados na proteção dos direitos assegurados (artigo 2º), com a participação indígena – através de medidas, inclusive especiais (artigo 4º), com o objetivo de assegurar: a) igualdade de direitos e oportunidades entre indígenas e demais membros da população (artigo 2º – “a”); b) plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais com respeito à identidade e cultura (artigo 2º – “b”); c) eliminação das desigualdades socioeconômicas (artigo 2º – “c”).

Também merecem referência as disposições da Convenção que asseguram a participação indígena nas deliberações sobre as políticas públicas a eles destinadas (artigo 6º – “b”) e a necessidade de consideração dos costumes e religiões na aplicação das leis nacionais (artigo 8º); as regras de natureza processual; o reconhecimento do direito à propriedade da terra e à exploração dos recursos naturais (importância do meio ambiente e de sua conservação), bem a garantia à seguridade social, à saúde e à educação.

Além da afirmação desses direitos, a Convenção nº 169 reconheceu a necessidade da adoção de normas internacionais sobre a temática indígena e declarou expressamente a contribuição indígena para a humanidade, bem como as dificuldades que os indígenas têm enfrentado em muitos países para gozarem, plenamente, dos direitos fundamentais.

As ações realizadas na OIT repercutiram em outros órgãos da ONU. Em 1971, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) autorizou a Subcomissão de

aliança, confederação, para designar laços formados em função de tratados de soberania, para propósitos militares ou econômicos”. *Revista de Antropologia*. São Paulo, 1997, v. 40, n. 2, p. 200.

⁸⁰⁵ *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Colección IDIES, Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 1995, p. 17. (Serie Jurídica)

Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias das Nações Unidas a realizar um estudo sobre a discriminação contra as “populações indígenas”, o qual foi realizado pelo relator especial MARTINEZ COBO⁸⁰⁶ e divulgado entre 1981 e 1983⁸⁰⁷.

Consoante S. JAMES ANAYA, esse estudo se converteu num “standard” (padrão) de referência para a discussão em matéria dos povos indígenas dentro do sistema das Nações Unidas, servindo ainda como pauta para trabalhos de recopilação e análise de informações sobre o tema⁸⁰⁸.

Com base nesse relatório, o ECOSOC criou o Grupo de Trabalho sobre Populações (povos) Indígenas, como órgão subsidiário da Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos.

Composto por cinco *experts* de direitos humanos e sediado em Genebra, o Grupo realiza, entre outras, as seguintes ações: prepara estudos temáticos sobre direitos humanos dos povos indígenas, incluídos estudos realizados em cooperação com organizações indígenas; discute assuntos contemporâneos de direitos humanos dos povos indígenas e identifica as tendências na matéria; apresenta informes anuais à Subcomissão, nos quais sintetiza as discussões e faz recomendações; elabora diretrizes, em particular acerca da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁸⁰⁹.

Entretanto, após as reformas do sistema da ONU, o Conselho de Direitos Humanos, pela Resolução 6/16, solicitou à Oficina do Alto Comissariado das Nações a discussão sobre mecanismos mais apropriados para continuidade do Grupo. Ao final dos debates, o Conselho de Direitos Humanos, em dezembro de 2007, optou por instituir o Mecanismo de *Experts* sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que passou a realizar os trabalhos do agora extinto Grupo de Trabalho sobre Povos Indígenas.

Entre as atividades inicialmente atribuídas ao Grupo estava a de elaboração de um projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ “El estudio [...] consistente en cinco volúmenes presentados de 1981 a 1984, fue decisivo. Hizo un llamamiento elocuente a la comunidad internacional para que actuara con decisión en nombre de los pueblos indígenas”. *EL LARGO camino hacia el Foro Permanente*. [obtido via internet]. Disponível em: <<http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/indigenas>> acesso em 20 de julho de 2006.

⁸⁰⁷ E/CN.4/Sob.2/1985/21/add8 – 30 de setembro de 1983.

⁸⁰⁸ ANAYA, S. James. *Op. cit.*, p. 108.

⁸⁰⁹ IMWGIP/2007/CRP.1. *Matriz sobre los mecanismos y órganos das Nações Unidas relativos aos povos indígenas*. Genebra, 7 de dezembro de 2007.

⁸¹⁰ Cf. Robert T. Coulter. The Draft UN Declaration on the Rights of indigenous People: What is it? What does it mean? In: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1995, v. 13, n. 2.

O processo de elaboração da Declaração foi intensificado em 1995, quando a Comissão de Direitos Humanos criou o Grupo de Trabalho para Elaboração de uma Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas (Resolução 1995/32).

Os pontos sensíveis da Declaração, e que retardaram a sua aprovação, concentraram-se, principalmente, em torno da definição de povos indígenas e do direito à autodeterminação.

As dificuldades consensuais se estabeleceram principalmente na aceitação da Declaração pelo grupo africano. Botsuana, por exemplo, sustentou, entre outros argumentos, que a Declaração causaria a insurreição e a divisão da África, região em que a maioria da população é indígena. Desse modo, a Declaração era uma ameaça porque não definia o termo “povos indígenas” e porque considerava a autodeterminação como um direito de secessão.⁸¹¹

Após intensas negociações, nas quais se destacaram a atuação de diversas organizações em prol dos interesses indígenas e de vários Estados favoráveis, em especial do mexicano, a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas foi formalmente adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, com 144 votos a favor, 4 contra e 11 abstenções⁸¹².

A adoção da Declaração é, sem dúvida, um fato relevante na proteção dos direitos humanos dos povos indígenas. Além de sua importância simbólica, no sentido de atestar a existência de direitos específicos dos povos indígenas e a preocupação universal em sua proteção, ela reconhece expressamente os direitos indígenas postulados e guerreados ao longo de muitos séculos.

Consoante preconiza ELIJAH HARPER, “cada artigo da Declaração representa uma resposta a infrações dos direitos substantivos de pessoas indígenas, praticadas em algum lugar do mundo”⁸¹³. Palmilhando no mesmo sentido, assim declara MARCO ANTONIO BARBOSA: “As disposições do Projeto de Declaração dos Direitos dos Povos Autóctones, são para muitos, certamente, uma utopia. Trata-se, no entanto, de princípios mínimos sem os quais, conforme ela própria dispõe, não poderão os povos autóctones sobreviver, ter dignidade e bem estar.”⁸¹⁴

⁸¹¹ *El mundo indígena 2008. Op. cit.*, p. 551.

⁸¹² A/61/L.67, 13 de setembro de 2007.

⁸¹³ Perspectiva aborígine: Canadá. Trad. Manuela Maria Corrêa Frazão. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Orgs.). *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: IPRI/Fundação Alexandre de Gusmão, 2002, p. 469.

⁸¹⁴ BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação direito à diferença*. São Paulo: Plêiade, FAPESP, 2001, p. 422.

Em relação aos demais instrumentos de proteção, a Declaração se distingue por quatro elementos, assim apontados por RÜDGER WOLFRUM: “o reconhecimento de personalidade jurídica de povos indígenas, sua segurança territorial, a responsabilidade internacional em se assegurar o seu respeito e, em especial, o exercício de direitos coletivos ou direitos individuais das pessoas enquanto tal”.⁸¹⁵

Dos 46 artigos perfilhados pela Declaração, cumpre destacar o reconhecimento de que os indígenas como povo ou indivíduos têm direito ao exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (artigo 1º), entre esses direitos: à igualdade e não discriminação (art. 2º); à “livre determinação” (art. 3º com as ressalvas do artigo 46 – 1); à autonomia nas questões relacionadas com seus assuntos internos (artigo 4º); ao direito de conservar e reforçar suas próprias instituições e participar, se desejarem, da vida política, econômica, social e cultural dos estados (art. 5º); à nacionalidade (artigo 6º); à liberdade (como direito coletivo, artigo 7º – 2); a não sofrer a assimilação forçada ou destituição de sua cultura (artigo 8º); à transmissão da cultura (artigo 12); à participação nas decisões das questões que afetem seus direitos (art. 18); ao melhoramento de suas condições econômicas e sociais (artigo 20) com o compromisso dos estados na sua promoção (artigo 20 – 2); à saúde (artigo 24); à conservação e proteção do meio ambiente (artigo 29); ao reconhecimento dos tratados, acordos coletivos por eles celebrados com estados (artigo 36); à igualdade entre homens e mulheres indígenas (artigo 44). Finalmente, vale observar que a Declaração, afastando a taxatividade dos direitos, também manifestamente (artigo 43) não ignora que “os direitos reconhecidos na [...] Declaração constituem as normas mínimas”.

Ainda no seio da ONU, insta citar a criação (Resolução 2000/22), em 2000⁸¹⁶, do Foro Permanente sobre Questões Indígenas (UNPFII – *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues*). Estruturado como um órgão assessor do ECOSOC com características excepcionais dentro do sistema da ONU⁸¹⁷, tem a

⁸¹⁵ A proteção dos povos indígenas no direito internacional. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 605.

⁸¹⁶ As discussões sobre a criação do foro tiveram início em 1980. Em 1993, na Conferência de Viena, tratou-se deste tema, figurando na Declaração e Programa de Ação de Viena uma recomendação para instituição do foro permanente sobre questões indígenas. Em 1995, foi realizada, em Copenhague, uma reunião das Nações Unidas que tratou especificamente da criação. Cf. ALLMAND, Warren. *The International Recognition of Indigenous Rights. Indigenous peoples rights have been on the agendas of international bodies for some time. Yet progress has been slow, explains*. *Mmcgill International Review*, 2005, p. 34.

⁸¹⁷ “Es un órgano de alto nivel en el sistema de las Naciones Unidas, en paridad con la Comisión

função precípua de ocupar-se das questões indígenas relacionadas ao desenvolvimento econômico, social, cultural, e à educação, à saúde e ao meio ambiente.

Composto por 16 membros, sendo 8 nomeados pelos Estados e 8 *experts* independentes, o Foro Permanente desempenha, entre outras, as seguintes atividades: discute questões indígenas dentro do ECOSOC, prestando-lhe assessoria sobre direitos econômicos e sociais relativos aos povos indígenas; coordena a implementação dos objetivos do segundo decênio sobre povos indígenas do mundo; organiza reuniões (sessões) especiais; apresenta relatórios anuais ao ECOSOC, incluindo recomendações e assuntos para consideração do sistema das Nações Unidas⁸¹⁸.

Cumpra ainda referir o mecanismo de Relatoria Especial para questões indígenas, outrora agregada à extinta Comissão de Direitos Humanos e ora vinculada ao novo Conselho de Direitos Humanos.

Esse sistema consiste na nomeação de relator especial para investigação (*in loco*) de casos especiais com objetivo de promover os direitos indígenas estabelecidos nos instrumentos internacionais. Cabe ao Relator: solicitar e receber informações e comunicações de todas as fontes pertinentes, incluindo os Governos e os próprios indígenas, suas comunidades e organizações; formular recomendações e propostas sobre medidas e atividades apropriadas para prevenir e remediar as violações de direitos humanos e liberdades fundamentais dos indígenas; e trabalhar em estreita relação com outros relatores especiais, representantes especiais, grupos de trabalho e *experts* independentes da Comissão de Direitos Humanos (agora Conselho de Direitos Humanos)⁸¹⁹.

de Derechos Humanos. b) En el sistema de las Naciones Unidas es el único órgano que se ocupa exclusivamente de las cuestiones indígenas. El Foro tratará de una amplia variedad de cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas: no sólo los derechos humanos, sino también la educación, la cultura, el medio ambiente y la salud. El Foro abordará estas cuestiones desde perspectivas generales. c) Gracias a la creación del Foro, los pueblos indígenas han pasado a ser miembros de un órgano de las Naciones Unidas y, en estas condiciones, contribuirán a fijar el programa del Foro y a determinar sus actividades. No hay precedentes en el sistema de las Naciones Unidas. d) Mediante la aprobación de procedimientos para la participación del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, el Foro ofrece a los pueblos indígenas la posibilidad de colaborar plena y totalmente". *EL FORO Permanente para las Poblaciones Indígenas*. Folleto n.º 6. [obtido via internet]. Disponível em <http://www.unhchr.ch/spanish/html/racism/indileaflet6_sp.doc>. Acesso em: 20/06/2006.

⁸¹⁸ IMWGIP/2007/CRP.1. *Matriz...cit.*

⁸¹⁹ *El relator especial. Los derechos de los pueblos indígenas. Experiencias e desafíos*. Copenhague: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Fundación Tebtebba, Canadian Friends Service Committee, 2007, p. 8.

Desde 2001, pela Resolução 57-2001 da Comissão de Direitos Humanos, e com mandato renovado em 2007, pela Resolução 6/12-2007, atuou como Relator Especial o mexicano RODOLFO STAVERNAGEM.

Até 2006, esse relator havia realizado visitas oficiais em 10 países, a saber: Guatemala e Filipinas (2002); México e Chile (2003); Colômbia e Canadá (2004); Nova Zelândia e Sudáfrica (2005); Equador e Quênia (2006)⁸²⁰.

Em março de 2008, o Conselho de Direitos Humanos nomeou o professor americano S. JAMES ANAYA como novo relator especial, que iniciou o seu mandato em maio de 2008⁸²¹.

Merece ainda referência a proclamação, pela Assembléia Geral da ONU, do ano de 1993 como o “Ano Internacional das Populações Indígenas”, e a década de 1995-2004 como o “Decênio das Populações Indígenas do Mundo”⁸²², prática que foi reiterada em dezembro de 2004, estabelecendo-se o segundo decênio (2005-2014) pela Resolução 59⁸²³.

Essas “proclamações” repercutem, por exemplo, nos organismos e órgãos especializados, tais como o Grupo de Trabalho das Nações Unidas para o

⁸²⁰ *El relator especial. Los derechos de los pueblos indígenas. Experiencias e desafios. Op. cit.*, p. 32.

⁸²¹ UNHCHR. *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*. [obtido.via.internet]. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/mandate.htm>>. Acesso em: 31.07.2008.

⁸²² Resolução 48/163, de 21 de dezembro de 1993.

⁸²³ A/RES/59/174, 24 de febrero de 2005: “[...]1. Proclama el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, que comenzará el 1º de enero de 2005; 2. *Decide* que la meta del Segundo Decenio sea continuar fortaleciendo la cooperación internacional para la solución de los problemas a que se enfrentan los pueblos indígenas en esferas tales como la cultura, la educación, la salud, los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo social y económico, por medio de programas orientados a la acción y proyectos específicos, una mayor asistencia técnica y las actividades normativas pertinentes;[...]”. A proclamação do segundo decênio tem como objetivos: “Los cinco objetivos sugeridos para el Decenio son los siguientes: i) El fomento de la no discriminación y de la inclusión de los pueblos indígenas en la elaboración, aplicación y evaluación de los procesos internacionales, regionales y nacionales relativos a la legislación, las políticas, los recursos, los programas y los proyectos; ii) El fomento de la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan directa o indirectamente a sus estilos de vida, tierras tradicionales y territorios, a su integridad cultural como pueblos indígenas que poseen derechos colectivos o a cualquier otro aspecto de sus vidas, teniendo en cuenta el principio del consentimiento libre, previo e informado; iii) La redefinición de las políticas de desarrollo para que incluyan una visión de equidad y sean culturalmente adecuadas, con inclusión del respeto de la diversidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas; iv) La adopción de políticas, programas, proyectos y presupuestos que tengan objetivos específicos para el desarrollo de los pueblos indígenas, con inclusión de parámetros concretos, e insistiendo en particular en las mujeres, los niños y los jóvenes indígenas; v) La creación de mecanismos de supervisión estrictos y la mejora de la rendición de cuentas a nivel internacional y regional y particularmente a nivel nacional, en lo tocante a la aplicación de los marcos jurídicos, normativos y operacionales para la protección de los pueblos indígenas y el mejoramiento de sus vidas.” *Proyecto de programa de acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo*, A/60/270, 18 de agosto de 2005.

Desenvolvimento (v.g., as Diretrizes sobre os assuntos indígenas dos povos indígenas, de fevereiro de 2008⁸²⁴), a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)⁸²⁵ e a Organização Mundial da Saúde (OMS), intensificando a atuação na promoção dos direitos humanos dos povos indígenas.

Feitas essas considerações, tem-se que os direitos dos povos indígenas, paulatinamente, ingressaram na agenda do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, figurando como foco de atenção especial.

Essa inserção não autoriza, todavia, concluir que os direitos indígenas encontram, no sistema global, suficiente proteção (legislativa, sobretudo) e mecanismos profícuos de monitoramento. Não obstante a magnitude da conquista – ao menos como símbolo e como meio capaz de produzir sanções morais –, a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas (2007) não possui força vinculante, sendo, portanto, destituída de obrigatoriedade e, com efeito, de mecanismos coercitivos de aplicação.

Cumpre ainda grifar que, apesar dos instrumentos *supra* perfilados, permanecem ocorrendo, em grandes proporções, violações aos direitos humanos dos povos indígenas, principalmente no concernente ao direito à saúde, mesmo em países membros da ONU, signatários de tratados protetivos de direitos indígenas.

A inclusão das questões indígenas no bojo da ONU, contudo, deve ser concebida como um ponto de partida, como um marco para a intensificação do processo de consolidação da efetiva proteção efetiva dos direitos humanos dos povos indígenas.

⁸²⁴ “O propósito das Diretrizes é ajudar o sistema das Nações Unidas a integrar e transversalizar os assuntos dos povos indígenas e processos para atividades operativas e programas a nível nacional. As Diretrizes enunciam um marco normativo, político e operativo amplo para a implementação de um enfoque de desenvolvimento para com os povos indígenas baseado nos direitos humanos que seja culturalmente sensível. As Diretrizes oferecem estratégias e linhas de ação para planejamento, implementação e evolução de programas que envolvam povos indígenas. As Diretrizes brindam um marco para a devida integração dos princípios da diversidade cultural nos programas dos países da ONU”.

⁸²⁵ “La proclamación Del Segundo Decenio pone de manifesto la toma de conciencia acerca de la injusticia que representa la precaria situación económica y social que siguen padeciendo los pueblos indígenas en muchas partes del mundo. Además, reafirma la necesidad apremiante de reconocer, promover y proteger más eficazmente los derechos y libertades de esos pueblos. La resolución recuerda la expectativa de que se logre adoptar una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas dentro del Decenio Internacional. *La UNESCO y los pueblos indígenas. Una alianza para promover la diversidad cultural*. UNESCO, 2006, p. 71.

3. Proteção e mecanismos de supervisão do direito dos povos indígenas à saúde

3.1. Proteção do direito à saúde indígena

O direito à saúde figura nos três textos da Carta Internacional dos Direitos Humanos do ONU: na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no artigo 25 (“Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde”); no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 12 (“Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”); e finalmente no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pela interpretação do artigo 6º(1)⁸²⁶, que assegura o direito à vida e 7º⁸²⁷ proíbe a submissão da pessoa humana a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Esses diplomas, conforme já ressaltado, integram o sistema geral de proteção que, acrescido do sistema especial – tratados especializados –, formam o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos.

Também no bojo do sistema especial encontram-se normas assecuratórias do direito à saúde e, em especial, da saúde indígena.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965⁸²⁸, em seu artigo 5º (e – iv)⁸²⁹ compromete os Estados-partes em garantir o direito à igualdade no gozo do direito à saúde pública e ao tratamento médico.

Por sua vez, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979⁸³⁰, firma o compromisso dos Estados-partes

⁸²⁶ Artigo 6º (1): O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pelas leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

⁸²⁷ Artigo 7º: Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

⁸²⁸ Ratificada pelo Brasil em 1968; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21/07/1967; promulgada pelo Decreto nº 65.810 de 8/12/1969.

⁸²⁹ Artigo 5º: Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: [...] iv) direitos à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais.

⁸³⁰ Ratificada pelo Brasil em 1984; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14/11/1983;

de adotar medidas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera de cuidados médicos a fim de assegurar a igualdade de acesso entre homens e mulheres aos serviços médicos (artigos 11 (1 – “f”⁸³¹) e 12⁸³²).

Por seu turno, na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, os Estados signatários reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde (artigo 24(1)⁸³³).

Todos esses tratados desde que haja pertinência entre o caso e a especialidade normativa se aplicam aos povos indígenas. Entretanto, a saúde indígena, especificamente considerada, encontra-se guarnecida pela Convenção nº 169 da OIT (artigo 25) e, de modo inequívoco, na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, nos seguintes artigos:

“Artigo 17 (2): Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou que possa ser prejudicial à saúde ou ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança, tendo em conta sua especial vulnerabilidade e a importância da educação para o pleno exercício dos seus direitos.”

Artigo 21(1): Os povos indígenas têm direito, sem qualquer discriminação, à melhora de suas condições econômicas e sociais, especialmente nas áreas da educação, emprego, capacitação e reconversão profissionais, habitação, saneamento, saúde e seguridade social

Artigo 23: Os povos indígenas têm o direito de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições.

promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

⁸³¹ Artigo 11. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:[...]f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

⁸³² Artigo 12: Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1o, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.

⁸³³ Artigo 24(1): Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

Artigo 24(1): Os povos indígenas têm direito a seus medicamentos tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais de interesse vital do ponto de vista médico. As pessoas indígenas têm também direito ao acesso, sem qualquer discriminação, a todos os serviços sociais e de saúde.

Artigo 24 (2): Os indígenas têm o direito de usufruir, por igual, do mais alto nível possível de saúde física e mental. Os Estados tomarão as medidas que forem necessárias para alcançar progressivamente a plena realização deste direito.

Observa-se que a Declaração disciplinou exaustivamente o direito à saúde indígena, reconhecendo importantes diretrizes, como a igualdade de acesso, participação política, reconhecimento da medicina tradicional e, sobretudo, a proteção integral.

A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas vinca definitivamente no âmbito internacional a importância do direito à saúde indígena. Embora desprovido de obrigatoriedade, esse texto pode estimular o desenvolvimento da legislação e ações no âmbito interno e, mormente encorajar vindicações concretas através da pressão da opinião pública internacional⁸³⁴.

3.2. Proteção internacional dos direitos sociais: exigibilidade do direito à saúde

Diferentemente das normas assecuratórias dos direitos civis – destinadas ao indivíduo – as normas protetoras dos direitos sociais, de regra, são destinadas aos Estados e esculpidas na forma de compromissos estatais na implementação progressiva dos direitos assegurados, desencadeando, com efeito, também no âmbito internacional, discussões quanto à exigibilidade e, logo, judiciabilidade destes direitos⁸³⁵.

⁸³⁴ Conforme Gustav Radbruch a pressão da opinião pública internacional “consegue até que violações de direito internacional sejam bem mais raras que as do direito interno, e, mais ainda, que violações não se declarem abertamente como tais, mas precisem justificar-se canhestamente diante do direito internacional.” *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 195.

⁸³⁵ Flávia Piovesan, Alessandra Passos Gotti e Janaina Senne Martins advertem: “Sob a ótica normativa internacional está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais.” A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: PIOVESAN, Flávia (org.) *Temas de direitos humanos. cit.*, p. 80.

A compreensão desse problema deve-se fazer a partir da indivisibilidade⁸³⁶ (inter-relação e interdependência) entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais (econômicos e culturais), consoante balizado na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993:

“5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”

A indivisibilidade é inconteste no caso específico da saúde, pois “se constitui direito fundamental para o gozo e exercício de todos os demais direitos e como direito depende ao mesmo tempo de outros direitos, entre esses, o direito a alimentação, direito à moradia, ao trabalho, a educação, a vida.”⁸³⁷

Por consequência, a saúde pode ser concebida tanto como direito individual como direito social, tal como doutrina ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:

“pertencendo como o direito à vida, ao domínio dos direitos básicos ou fundamentais, o direito à saúde é um direito individual no sentido de que requer a proteção da integridade física e mental do indivíduo e de sua dignidade; e é também um direito social no sentido de que impõe ao Estado e à sociedade a responsabilidade coletiva pela proteção da saúde dos cidadãos e pela prevenção e tratamentos das doenças.”⁸³⁸

⁸³⁶ Consoante Flávia Piovesan: “ante a indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito e outra (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao contrário, não. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade, generosidade ou compaixão.” Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 1, n. 1, 2004, p. 26.

⁸³⁷ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales e culturales*. Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José – Costa Rica, 2008, p. 158. No mesmo norte é a Observação Geral nº 14 (2000) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

⁸³⁸ *Direitos humanos e meio-ambiente*. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto

Nessa perspectiva, o direito à saúde é direito humano fundamental que, concebido no prisma da indivisibilidade, goza de exigibilidade e acionabilidade.

A ótica da indivisibilidade e exigibilidade deve nortear todos os órgãos de supervisão, mormente em face da ineficiência dos mecanismos particularizados de monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais, revelando-se, nesse diapasão, um viés para efetivação dos direitos sociais.

3.3. Mecanismos de monitoramento do direito à saúde (indígena)

Os mecanismos podem ser subdivididos em convencionais e não-convencionais⁸³⁹: aqueles atinem aos procedimentos especificamente previstos em cada tratado de direitos humanos para a implementação dos direitos neles albergados; estes, entre os quais figuram o Foro Permanente sobre questões Indígenas e a Relatoria Especial, tratam-se de mecanismos instituídos pela própria ONU – no caso, pelo ECOSOC (Conselho de Direitos Humanos) – sem vinculação específica ao cumprimento de algum tratado.

3.3.1 Mecanismos convencionais

a) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 84. O elo que se estabelece entre saúde e direitos humanos é bem demonstrado por Jonathan Mann através de três relações: a primeira se destina mais aos profissionais da saúde, no sentido de que a saúde pública (serviços, programas etc.) não pode violar direitos humanos; a segunda está na necessidade de se avaliar os impactos da violação de direitos humanos sobre a saúde, por fim, a terceira relação, para o autor a mais complicada, se situa no ponto em que a proteção a saúde está relacionada à promoção e proteção dos direitos humanos. Saúde pública e direitos humanos. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 6, 1996, *passim*.

⁸³⁹ A propósito destes mecanismos José Augusto Lindgren Alves: “É preciso ter em mente que os mecanismos de controle da CDH não se confundem com os órgãos de monitoramento dos Pactos e Convenções. Estes últimos supervisionam apenas os Estados-partes de cada instrumento jurídico, seja pelo exame dos respectivos relatórios, sejam em ações mais diretas que dependerão sempre do consentimento expreso do Governo envolvido (para a acolhida de queixa individuais e interestaduais e para missão de investigação). Os mecanismos da CDH, não-convencionais, estabelecidos por simples resoluções da Comissão, exercem seu mandato sobre qualquer país, seja ele parte ou não dos instrumentos jurídicos.” *Op. cit.*, p. 62.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é, por excelência, o principal solo protetor dos direitos sociais e, em particular, do direito à saúde (artigo 12).

Malgrado os Pactos internacionais – PIDCP e PIDESC – formarem “um conjunto uno e indissociável”⁸⁴⁰ de direitos, a supervisão do PIDESC, diferentemente do PIDCP, cinge-se à apresentação pelos Estados-partes de relatórios (informes) acerca do cumprimento do Pacto. Entretanto, recentemente – 28 de novembro de 2008 – a Assembléia Geral das Nações Unidas⁸⁴¹ aprovou o Protocolo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrindo a possibilidade de monitoramento também através do sistema de petições, isso a partir da vigência internacional do Protocolo.

Os relatórios são examinados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR – *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*) – Órgão instituído pelo ECOSOC⁸⁴² – que, posteriormente, manifesta sugestões e recomendações aos Estados-partes.

Em relação ao direito à saúde indígena, o CESCR, em sua Observação Geral nº 14 (2000) – atinente ao artigo 12 do PIDESC – reconhece que

“os povos indígenas tem direito a medidas específicas que lhes permitam melhorar seu acesso aos serviços de saúde e a atenção à saúde. Os serviços de saúde devem ser apropriados do ponto de vista cultural, é dizer, tendo em conta os cuidados preventivos, as práticas curativas e a medicina tradicional. Os Estados devem proporcionar recursos para que os povos indígenas estabeleçam, organizem e controlem esses serviços de sorte que possam desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental. Também deverão proteger as plantas medicinais, os animais e os minerais que necessários para o pleno desfrute da saúde dos povos indígenas. O Comitê observa que, nas comunidades indígenas, a saúde do indivíduo esta vinculada com a saúde da sociedade em conjunto e apresenta uma dimensão coletiva. A esse respeito, o Comitê considera que as atividades relacionadas com o desenvolvimento que induzem ao deslocamento de populações indígenas, contra sua vontade, de seus territórios e ambientes tradicionais, com a conseqüente perda por essas populações de seus recursos alimentícios e a ruptura de sua relação

⁸⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação... cit.*, p. 335. Segue o autor: “A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho da abóbada de todo o sistema de direitos humanos. (p. 335).

⁸⁴¹ A/63/435, 28 November 2008.

⁸⁴² Nesse ponto se difere o CESCR dos demais órgãos de supervisão dos tratados especializados, pois estes de regra são instituídos pelos próprios tratados. Cf PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional...cit.*, p. 177.

simbiótica com a terra, exercem um efeito prejudicial sobre a saúde dessas populações.⁸⁴³

A partir dessa diretriz, o CDESCR tem examinado os relatórios periódicos manifestando reiteradamente preocupações e, por conseguinte, recomendações aos Estados atinentes ao direito indígena à saúde.

No exame (2004) do relatório apresentado pela Bolívia, o CDESCR expressou inquietação especial quanto ao acesso insuficiente pelas comunidades indígenas aos serviços de saúde e desnutrição das crianças indígenas⁸⁴⁴.

A seu turno, após análise do relatório brasileiro, em 2003, recomendou a adoção de medidas para garantir o acesso de oportunidades aos povos indígenas, especialmente em matéria de saúde.⁸⁴⁵

Apreciando o relatório mexicano em 1999, o CDESCR também assinalou preocupações com direito à saúde indígena, recomendando a adoção de providências eficazes para prestar a todas as crianças indígenas atenção básica a saúde e cuidados com a desnutrição. Recentemente, na trigésima sexta sessão, realizada em 2007, o CDESCR, apreciando novo relatório apresentado pelo México, exortou esse Estado à observância do direito de consulta, reconhecido na Convenção nº 169 da OIT, e adoção de medidas para garantir a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas afetadas pela construção da hidrelétrica La Parota, com o objetivo de proteger os direitos econômicos, sociais e culturais, entre esses, o direito ao mais elevado padrão atingível da saúde (art. 12).⁸⁴⁶

No caso venezuelano – analisado em 2001 – o CDESCR registrou particular inquietação com a discriminação dos povos indígenas no acesso aos serviços de saúde e especial preocupação com os efeitos da exploração de recursos naturais – mineradoras na reserva florestal Imataca e minas de carbono na serra do Perijá – na saúde e modo de vida das populações indígenas, solicitando, com efeito, ao Estado a apresentação no próximo informe de informações detalhadas sobre o “sistema de

⁸⁴³ E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

⁸⁴⁴ *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2006, p. 49.

⁸⁴⁵ *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...cit.*, p. 59.

⁸⁴⁶ E/2007/22, E/C.12/2006/1. *Report on the thirty-sixth and thirty-seventh sessions*, Official records, 2007.

seguridade social, privatização do sistema de assistência sanitária e a integração dos grupos vulneráveis, entre esses, os indígenas, no sistema de saúde”.⁸⁴⁷

b) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo órgão de guarda é o Comitê de Direitos Humanos (CDH), adota o seguinte sistema de monitoramento: a) a submissão periódica ao Comitê pelos Estados signatários do Pacto de “relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias” por eles adotadas⁸⁴⁸; b) comunicações interestaduais, pela qual um Estado-parte pode informar a violação de direitos humanos por outro Estado (artigo 41 do Pacto); c) petições individuais (Protocolo facultativo).

Sem olvidar a proteção individual de cada indígena, enquanto pessoa humana, em qualquer tratado de direitos humanos que repercute, de certa forma, na esfera coletiva dos direitos indígenas, os mecanismos convencionais em que se afere maior relação com as principais demandas indígenas são os embasados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), razão pela qual é oportuno estender a explanação para além do direito à saúde.

Os artigos que fundamentam as demandas dos povos indígenas, com fundamento no sistema do PIDCP, são especialmente o 1º⁸⁴⁹ e 27.

O embate circunscrito à violação do artigo primeiro, em prol do direito à autodeterminação dos povos indígenas é, de longa data, uma questão deveras complexa (lembre-se que obteve a aprovação da Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas), que, sem dúvida, é uma das maiores aspirações indígenas⁸⁵⁰. Esses desentendimentos, conforme RÜDGER WOLFRUM, podem ser assim justificados:

⁸⁴⁷ *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...cit.*, p. 273.

⁸⁴⁸ Conforme Flávia Piovesan: “Esses relatórios são apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e devem ser encaminhados em um ano a contar da ratificação do Pacto e sempre que solicitado pelo Comitê. Ao Comitê cabe examinar e estudar o relatório, tecendo comentários e observações gerais a respeito; posteriormente, cabe a esse órgão encaminhar relatório, com os comentários aduzidos, ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas”. *Direitos humanos e o direito constitucional...cit.*, p. 165.

⁸⁴⁹ “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinar livremente seu estatuto político e assegurar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

⁸⁵⁰ Nesse norte Marco Antônio Barbosa: “A autodeterminação é a principal reivindicação dos

“O direito à autodeterminação contém dois aspectos – autodeterminação dentro das fronteiras de um dado Estado que possibilite autonomia e o direito de secessão. Este último aspecto colide com o direito dos Estados a terem sua integridade territorial preservada.”⁸⁵¹

Apesar das discussões, o Comitê de Direitos Humanos, segundo S. JAMES ANAYA, tem reconhecido que o princípio e o direito à autodeterminação se aplicam, em alguma medida, aos povos indígenas.⁸⁵²

No atinente à demanda internacional pelos povos indígenas junto ao Comitê de Direitos Humanos, com arrimo no artigo 27, adverte DANIELA IKAWA a existência de três questões relevantes: “Se os povos indígenas compõem minorias; se o direito do artigo 27 é individual ou coletivo; e se há alguma peculiaridade no artigo 27 frente a outros direitos individuais”⁸⁵³.

Sobre a primeira questão, reconhecendo tratar-se de tema bastante controverso, DANIELA IKAWA sustenta que “embora explicitamente afastando a identificação entre povos indígenas e minorias, o Comitê de Direitos Humanos [...], reconheceu em ao menos três casos os direitos dos povos indígenas com base no artigo 27 do Pacto que versa sobre direitos de minorias: *Lubicon Lake Indian Band*, *Lovelace* e *Kitok*”⁸⁵⁴.

Prosseguindo sobre o caráter individual ou coletivo do artigo 27, DANIELA IKAWA informa que há certo consenso em se interpretar o direito a minorias aplicado aos povos indígenas como um direito individual de fruição coletiva, o qual pode ser demandado apenas individualmente.⁸⁵⁵

A reclamação do direito à saúde junto ao CDH pode ser intentada com base no direito à vida (artigo 6º (1) e 7º). É nesse ponto que se fortalece a importância do CDH na efetivação, também, dos direitos sociais e, no caso, do direito à saúde,

povos indígenas no plano internacional”, p. 313.

⁸⁵¹ *Op. cit.*, p. 613.

⁸⁵² Declara o autor em comentário que o Comitê de Direitos Humanos, em seus comentários ao quarto informe canadense, afirmou que o direito à autodeterminação, reconhecido no artigo 1º do PIDCP, protege os povos indígenas em relação, *inter alia*, com o gozo e desfrute de suas terras e recursos tradicionais. *Op. cit.*, p. 168.

⁸⁵³ Direito dos povos indígenas. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Op. cit.*, p. 503.

⁸⁵⁴ *Op. cit.*, p. 504. No mesmo sentido, Rüdiger Wolfrum, ressalta que os “povos indígenas não se consideram minorias, pois acreditam que este status seja inapropriado e não proveja o *status* e a proteção que eles merecem. Entretanto o Comitê de Direitos Humanos protege indivíduos integrantes de povos indígenas pelo artigo 27 do PIDCP”. Proteção dos povos indígenas no direito internacional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *Op. cit.*, p. 602.

⁸⁵⁵ *Op. cit.*, p. 505-506.

sobretudo em face do Protocolo facultativo do PIDC que viabiliza a apresentação de petições individuais – em face, por certo, somente dos Estados signatários do Pacto e Protocolo. Nesse sentido, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:

“Outros direitos consagrados em tratados de direitos humanos, tais como o direito a privacidade e a vida familiar, e o próprio direito fundamental à vida, podem igualmente abrir caminho para uma proteção mais ampla dos direitos econômicos e sociais.[...]. Considerando devidamente o próprio direito à vida em sua ampla dimensão, como abrangendo não só o direito a não ser privado arbitrariamente da própria vida, mas também o direito de viver em condições dignas de vida, resulta claro que esse direito fundamental não se limita a proibição de execuções sumárias ou arbitrárias; também compreende a proibição de omissões por parte de Estados que dotados de recursos, fazem pouco ou nada para reduzir a mortalidade infantil, ou combater ou impedir as epidemias. O reconhecimento da dimensão social dos direitos humanos, a partir do próprio direito fundamental à vida, abre amplas possibilidades no combate da pobreza extrema mediante a afirmação da vigência dos direitos humanos.”⁸⁵⁶

Aponta no mesmo sentido VICTOR ABRAMOVICH: “O uso do direito à vida para proteger interesses amparados por direitos sociais é outra estratégia de proteção indireta de direitos econômicos, sociais e culturais, adotada no nível doméstico, mas que poderia ser aplicada também aos mecanismos de proteção internacional de direitos humanos.”⁸⁵⁷

Nesse norte parece se orientar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na interpretação do direito à vida albergado nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No julgamento do caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, a Corte IDH expressamente reconheceu que:

“O Estado tem responsabilidade internacional por descumprir, neste caso, seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde, os quais constituem deveres especiais decorrentes da obrigação de garantir os direitos consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.”⁸⁵⁸

⁸⁵⁶ *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2001, 127.

⁸⁵⁷ Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. In: *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2005, p. 193.

⁸⁵⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006, p. 56.

Esse entendimento tem se estendido inclusive às demandas indígenas. Em sentença paradigmática prolatada no caso da Comunidade indígena Sawhoyamaxa *versus* Paraguai – cujo pleito principal fundava-se na falta de saúde e acesso aos serviços médicos – a Corte IDH reconheceu que o direito à vida abrange obrigações negativas e positivas⁸⁵⁹, condenando o Estado pela omissão quanto à adoção de medidas positivas para evitar o risco à vida decorrente da ausência de condições sanitárias dos membros da Comunidade Sawhoyamaxa⁸⁶⁰.

Ante ao exposto tem-se, não obstante a inexistência de caso no CDH a respeito deste enfoque, que é possível informar a violação do direito à saúde indígena (e em geral) perante esse órgão com supedâneo no direito à vida (digna).

c) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial estabelece o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR) que, de forma similar ao Comitê de Direitos Humanos, adota também a sistemática de monitoramento dos relatórios, comunicações por Estado-parte e individuais (Cláusula facultativa – artigo 14).

A aplicação da não-discriminação pelo CEDR, e no caso da igualdade de acesso à saúde (artigo 5º da Convenção), pode revelar-se também um instrumento profícuo na promoção desse direito⁸⁶¹.

Os grupos discriminados e marginalizados – como é caso dos indígenas – frequentemente apresentam maiores deficiências na saúde, gozam de inferiores

⁸⁵⁹ Excerto: “En este sentido, la Corte ha señalado en su jurisprudencia constante que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.”

⁸⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

⁸⁶¹ Consoante assevera A. A. Cançado Trindade: “o princípio da não discriminação, com todo seu potencial, em relação com todos os direitos humanos, revela um caminho amplo e fértil na atual busca de uma proteção mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais.” *El derecho internacional de los derechos humanos ...cit.*, p.125, grifos do original.

serviços sanitários e apresentam taxas de mortalidade mais elevadas que a população geral. Nesse contexto, a não-discriminação e a igualdade implicam que os Estados devem reconhecer as diferenças e as necessidades específicas de certos grupos em face dos desafios pertinentes à saúde, tais como uma mortalidade mais elevada ou vulnerabilidade às doenças específicas⁸⁶².

Nesse diapasão, em 2004, o CEDR ao apreciar o informe conjugado (referente aos anos de 1996, 1998, 2000 e 2002) apresentado pelo Brasil, inseriu entre os principais motivos de preocupação a discriminação dos povos indígenas no acesso aos serviços de saúde⁸⁶³.

d) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

A supervisão da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e, no caso, de seus artigos 11 e 12, incumbe ao Comitê próprio (CEDAW – *Committee on the Elimination of Discrimination against Women*), isso faz-se pelo mecanismo de análise de relatórios, petições individuais e procedimento investigativo⁸⁶⁴ – esses últimos acrescentados pelo Protocolo Facultativo à Convenção de 2001.

Após análise do Relatório apresentado pela Bolívia o CEDAW, em 2008, recomendou ao Estado a integração de

“uma perspectiva de gênero em sua política nacional de saúde em consonância com a recomendação geral 24 e melhorias no acesso aos serviços de saúde para os grupos mais vulneráveis de mulheres, especialmente as das zonas rurais e as indígenas.”⁸⁶⁵

Essa recomendação demonstra a preocupação do CEDAW com a saúde da mulher indígena, encorajando, conforme o caso, comunicação individual.

⁸⁶² *The Right to Health*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, New York, 2008, p. 7.

⁸⁶³ *Compilación de observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre países de América Latina y el Caribe (1970-2006)*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2006, p. 100.

⁸⁶⁴ Esse mecanismo na lição de Flávia Piovesan “habilita o Comitê a investigar existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres.” *Direitos humanos e o direito constitucional... cit.*, p. 200.

⁸⁶⁵ CEDAW/C/BOL/2-4, 8 de abril de 2008.

e) Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o direito da criança (indígena, inclusive) ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 24(1)). Sua supervisão, todavia, realiza-se tão-somente pelo sistema de exames de relatórios pelo Comitê sobre os Direitos da Criança (Comitê CDC).

O Comitê CDC tem despendido especial atenção à saúde da criança indígena. Com fulcro no artigo 30⁸⁶⁶ da Convenção, o Comitê em Recomendação Geral sobre os informes periódicos estabelece a necessidade de apresentação pelos Estados-partes em seus informes de dados que permitam aferir a igualdade de acesso aos serviços de saúde pelas crianças indígenas⁸⁶⁷.

Examinando o relatório apresentado pelo Brasil, o Comitê CDC, em 2004, manifestou “profunda preocupação com o exíguo nível de vida das crianças indígenas, escassez de oportunidades e qualidade dos serviços sanitários, e má nutrição.”⁸⁶⁸

f) Convenção nº 169 Organização Internacional do Trabalho

Finalmente, na seara da OIT, a supervisão da Convenção nº 169 realiza-se através dos informes dos Estados-partes à Comissão de *Experts* em Aplicação e Recomendações Internacionais do Trabalho da OIT, bem como mediante reclamações.

O artigo 24 da Constituição da OIT reconhece a possibilidade de reclamações por associações de trabalhadores ou empregadores, e o artigo 26 admite a viabilidade de queixas por Estado-membro da OIT ou delegados da Conferência

⁸⁶⁶ Artigo 30: Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.

⁸⁶⁷ CRC/C/58, *General guidelines for periodic reports*, 20/11/96.

⁸⁶⁸ CRC/C/15/Add.241, 3 de novembro de 2004.

Internacional do Trabalho por violações dos Convênios celebrados, as quais serão analisadas pelo Conselho de Administração da OIT⁸⁶⁹.

A Comissão de *Experts* recentemente se manifestou acerca de violação da Convenção nº 169 centrada na alegação da prática de esterilizações forçadas – vasectomias em homens e dispositivos intra em mulheres – em indígenas pelo Estado mexicano, ocasião em que, com base no artigo 25 e outros dispositivos, solicitou ao México a promoção de serviços de saúde para as comunidades indígenas com participação e informação destes povos.⁸⁷⁰

3.3.2 Mecanismos não-convencionais

a) Foro Permanente sobre Questões Indígenas

O Foro Permanente sobre Questões Indígenas (UNPFII), conforme mencionado preocupa-se com as questões indígenas afetas ao desenvolvimento econômico, social, cultural, e à educação, à saúde e ao meio ambiente, difundindo informações através do ECOSOC para todo o sistema da ONU.

O trabalho do UNPFII (análise de informações, as discussões, conclusões e recomendações) é realizado durante suas sessões anuais⁸⁷¹. Nestas sessões a saúde dos povos indígenas tem sido mote de atenção especial do Foro.

Durante o quinto período de sessões, relativo ao ano de 2006, o Foro Permanente deu atenção particular à melhoria das práticas de prevenção de HIV nas comunidades indígenas, à incidência de diabetes e à prestação de serviços de saúde reprodutiva das mulheres indígenas – com ênfase nos cuidados de obstetrícia – para a

⁸⁶⁹ Consoante S. James Anaya, há um bom número de reclamações com base no artigo 24, relativas ao descumprimento da Convenção nº 169, e entre essas, refere-se ao caso do povo *u'wa* da Colômbia, em que se decidiu pela violação dos artigos 6 e 15 do Convênio 169, decorrente da insuficiência da consulta ao povo indígena na concessão de permissão de exploração de recursos naturais no território da comunidade. *Op. cit.*, p. 330.

⁸⁷⁰ CEACR, 062008MEX169, Outubro de 2008.

⁸⁷¹ O sexto período de sessões do Foro, ocorrido de 14 a de março de 2007, teve como tema central os “territórios, terras e recursos naturais”. Ao findar dos trabalhos, o Foro “incentivou os Estados a tomar medidas para deter a usurpação de terras e territórios indígenas, por exemplo, mediante uma moratória sobre a venda e o registro da terra, incluindo que não se outorgue permissões a terra, nem outras concessões nas zonas habitadas por povos indígenas”, e ainda “reafirmou o papel central dos povos indígenas nas decisões a respeito de suas terras e recursos” *El mundo indígena 2008. cit.*, p. 562.

redução da mortalidade materna, recomendando a adoção de políticas, programas e projetos apropriados⁸⁷².

O sexto período de sessões do Foro, ocorrido em março de 2007, teve como tema central os “territórios, terras e recursos naturais”. Ao findar dos trabalhos, no tocante à saúde, o Foro permanente: a) solicitou à OMS a apresentação de um informe sobre as estratégias, programas, projetos e outras iniciativas em curso em matéria de saúde indígena; b) reconhecendo a desnutrição generalizada que existe nos povos indígenas, incentivou a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO) e o Programa Mundial de Alimentos (PMA) a velar para que todas as intervenções das organizações tenham por finalidade reduzir esse problema das comunidades indígenas; c) sinalizando as altas taxas de suicídio dos jovens indígenas em alguns países, exortou os Estados e órgãos nacionais em matéria de saúde indígena, bem como a UNICEF e OMS para que organizem reuniões para avaliar as causas desse problema e elaboração de estratégias preventivas; d) destacando as mudanças radicais na forma de vida dos povos indígenas e conseqüente deterioração da saúde, devido à desnutrição e a obesidade, e as taxas sem precedentes de diabetes e enfermidades conexas como a hipertensão, os infartos de miocárdio, insuficiência renal e cegueira, incentivou a UNICEF, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Banco Mundial, o PMA e a FAO a elaborar estratégias conjuntas para fazer frente a esses malefícios⁸⁷³.

A última sessão, correspondente ao sétimo período, foi realizada em Nova Iorque, de 21 de abril a 2 de maio de 2008, e teve como tema especial “as mudanças climáticas, a diversidade cultural, biocultural e os meios de vida: a proteção pelos povos indígenas”. Em suas conclusões, o Foro expressou preocupações com os efeitos das mudanças climáticas sobre a saúde dos povos indígenas (particularmente quanto ao aumento da vulnerabilidade frente às enfermidades) e a crescente incidência de tuberculose entre os indígenas – taxas entre 20 e 30 vezes superiores as comunidades não-indígenas –, solicitando, em suas recomendações gerais, ao Conselho Econômico e Social e a Assembléia Geral juntamente com demais órgãos e organismos a adoção medidas urgentes⁸⁷⁴.

⁸⁷² E/2006/43, E/C.19/2006/11. *Informe sobre el quinto período de sesiones*. 15 a 26 de mayo de 2006.

⁸⁷³ E/2007/43, E/C.19/2007/12. *Informe sobre el sexto período de sesiones*. 14 a 25 de mayo de 2007.

⁸⁷⁴ E/2008/43, E/C.19/2008/13. *Informe sobre el séptimo período de sesiones*. 21 de abril a 2 de

b) Relatoria Especial

O Relator Especial designado – à época pela Comissão de Direitos Humanos – RODOLFO STAVENTHAGEN em suas visitas realizadas e informes apresentados tem despendido, também, atenção para a saúde indígena.

No informe referente à situação dos povos indígenas no Equador, o Relator anotou que os povos indígenas, em termos de desenvolvimento social e humano, seguem abaixo da média nacional, concluindo que “o acesso dos povos indígenas aos serviços básicos sociais como são a educação e a saúde é limitado”⁸⁷⁵. Especificamente quanto à questão da saúde indígena, sinalizou: a afetação da saúde da comunidade indígena Sarayaku pela contaminação de seus rios pela atividade petrolífera; a degradação ambiental por insumos agrícolas (glifosato) com reflexos (água e alimentação) na saúde indígena de várias comunidades; a mortalidade infantil dos indígenas, superior em 50% (51 por 1.000 nascidos vivos) da média nacional (35 por 1.000 nascidos vivos); a desnutrição crônica entre as crianças indígenas (46,7%), mais que o dobro que a das crianças mestiças (21,2%); o reconhecimento da própria Direção Nacional de Saúde dos Povos Indígenas de que a saúde indígena não tem recebido a atenção que merece dentro da política general do Governo⁸⁷⁶.

Após sua visita ao Quênia, o Relator informou que “os serviços sociais de infra-estrutura nas áreas indígenas são ineficientes, e em muitos casos simplesmente inexistentes, colocando-as abaixo dos índices de pobreza nacional, observando que a falta de acesso aos serviços sociais em pé de igualdade com a população majoritária, tem implicações especialmente para a infância e mulheres indígenas. Estas são também objeto de discriminação no âmbito dos direitos de propriedade, e vítimas de práticas tradicionais danosas, como a mutilação genital feminina.”⁸⁷⁷

A última missão realizada por STAVENTHAGEN concentrou-se na situação dos povos indígenas na Bolívia. No informe apresentado, o relator observou, entre outros pontos, a grave persistência de racismo e discriminação contra pessoas indígenas, em especial contra as mulheres; a negação ao acesso à terra e aos

mayo de 2008.

⁸⁷⁵ A/HRC/4/32, 20 de março de 2007.

⁸⁷⁶ A/HRC/4/32, 20 de março de 2007.

⁸⁷⁷ A/HRC/4/32, 20 de março de 2007.

territórios, principal preocupação das comunidades indígenas do país e derradeira fonte de abusos aos seus direitos; os patentes riscos ambientais em função da contaminação ambiental derivada das indústrias extrativistas, com efeitos altamente nocivos a saúde indígena⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ A/HRC/6/15, 11 de dezembro de 2007.

CONCLUSÃO

A análise do tema proposto ensejou, ao longo da exposição, uma série de conclusões acerca do direito à saúde indígena. A título conclusivo, passa-se a destacar as principais idéias apresentadas.

1. Conceito jurídico de índio-indígenas

Ponto fundamental no enfrentamento das questões jurídicas relacionadas aos direitos indígenas é a definição de quem são considerados índios-indígenas. Em outras palavras, é necessário precisar os destinatários das normas. Demonstrou-se que, na transposição de obstáculos hermenêuticos, é profícua a aproximação do direito com outras áreas do conhecimento – especialmente com a semiótica e a antropologia.

A dimensão sintática da semiose, delimitada à análise etiológica, informou que o signo “índio” está associado a equívoco havido na história da descoberta, fato que não influenciou na adesão social do termo. Embora os vocábulos índios, indígenas, aborígenes, nativos e autóctones tenham natureza sinonímica – reconhecida, inclusive, pelos lexicógrafos –, é mais acertada a utilização do termo índio-indígenas para designar os “indígenas” da América. O vocábulo “silvícola”, ainda largamente utilizado, apresenta eiva de inferioridade indígena que, com efeito, recomenda que seu rechaço.

Conjugado à antropologia, o aporte semântico da semiose indica que, dentre os vários critérios antropológicos utilizados para definição dos indígenas, o mais adequado é o critério identitário.

A relação pragmática da semiose, cuja investigação fez-se sob prisma jurídico, evidenciou a importância do intérprete e a possibilidade deste ingerir na definição jurídica dos indígenas por meio da interpretação do texto normativo. Nesse quadro, releva-se o papel do exegeta, a quem incumbe despir-se de pré-conceitos relacionados aos indígenas, interpretando a norma conforme o novo paradigma constitucional de 1988 no tocante aos indígenas.

A Constituição não trouxe um conceito de índio ou qualquer critério que se possa usar como identificador, conduzindo o debate para além de seu texto. O Estatuto do Índio acolheu como critérios de identificação o étnico-racial, o cultural e o de identidade (artigo 3º), distinguindo, ainda, os indígenas conforme seu grau de integração com a sociedade (artigo 4º). A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e incorporada à legislação interna, por sua vez, reconhece a primazia do critério identitário e nada dispõe quanto à integração.

Independentemente do *status* que se atribua à Convenção, ela prevalece sobre o Estatuto do Índio. Assim sendo, em termos jurídicos, a definição de quem é indígena faz-se mediante a identidade do sujeito com a condição indígena. O condicionamento do exercício de direitos com o nível de integração, enfim, deve ser interpretado com ressalvas e conforme o caso concreto.

Registre-se que não há tal condicionamento na Constituição Federal, o que impossibilita sua imposição pela ordem infraconstitucional. Em termos mais claros, os parâmetros adotados pelo Estatuto do Índio em seu artigo quarto não podem cercear direitos constitucionalmente atribuídos aos “índios”, ainda que integrados ou em vias de integração.

Ademais, a subdivisão conforme a integração social é tecnicamente suscetível de equívocos, sobretudo quando se considera a dinamicidade da condição fática em que se fundamenta.

2. História constitucional dos direitos indígenas

A teia histórica dos direitos dos povos indígenas, sob pena de etnocentrismo, deve ser iniciada pela investigação dos sistemas jurídicos indígenas. O surgimento do direito, com efeito, não se confunde com o nascimento do Estado.

A história revela a existência de sistemas consuetudinários (jurídicos) indígenas pré-coloniais dotados de características próprias. Destaque-se o valor atribuído à natureza cosmológica, à solidariedade, à oralidade e, mormente, ao caráter coletivo do direito indígena. Essas manifestações jurídicas ainda existentes – ignoradas pelo colonizador eurocêntrico ligado ao positivismo jurídico – integram o

direito à diferença e o direito à cultura, fomentando, no contexto contemporâneo, diálogos multiculturais em favor do pluralismo jurídico.

A legislação colonial no tocante aos indígenas, consubstanciada em leis de diferentes naturezas (e.g., forais, ordenações, regimentos), mostra-se oscilante e contraditória em razão da colisão de interesses dos atores da colonização: metrópole, colonos (donatários) e missionários. De modo geral, as leis contribuíram para escravizar os indígenas e desapossá-los de suas terras, mostrando-se insuficientes para impedir o uso da força, da guerra e do massacre indígena. Conceitos jurídicos imprecisos como o de “guerra justa” e fatores sociais determinantes da ineficácia de leis concorreram para tal.

Inaugurada a fase constitucional, a primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, silenciou quanto aos indígenas – omissão repetida na Constituição republicana de 1891.

O tema indígena ingressou no Pacto Fundamental somente na Constituição de 1934. Esse texto reconheceu o direito indígena à terra e limitou a competência legislativa atinente à “incorporação dos silvícolas [indígenas] na sociedade nacional” à União, a qual era, por força do Ato Adicional de 1834 e do Decreto nº 7, de 1889, estendida também às províncias (posteriormente estados).

Poucas inovações fizeram-se sentir com as Constituições de 1937 e 1946. A Constituição Getulista de 1937 (“Polaca”) praticamente reproduziu a disciplina anterior, enquanto a Carta de 1946 apenas operou alterações terminológicas quanto ao direito à terra pouco sentidas na prática, mantendo-se a política integracionista.

Adiante, a Carta de 1967 manteve o regime de competências, inovando, todavia, ao incluir as terras indígenas entre os bens da União e excluir a proibição de transferência – vedação posteriormente restabelecida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

3. Índios na Constituição Federal de 1988

A Constituição Cidadã de 1988 é também considerada a Constituição dos Índios. A vigente Carta Fundamental rompeu com a política integracionista (assimilacionista) presente nas Constituições anteriores, operando, com efeito, um giro paradigmático na natureza da relação estabelecida entre Estado e indígenas. A

questão antes tratada com base na noção de integração, a partir de 1998, passa a ser apreciada como uma relação de interação, sintetizada no reconhecimento do direito à diferença.

Feito esse que se espraia na guarida constitucional de outros direitos e garantias, dentre estes merecem referência: o direito à terra – cujo exercício é, em alguns casos, cerceado por ineficácia do procedimento demarcatório competido à União Federal; condicionamento da autorização para exploração de minérios e recursos hídricos em territórios indígenas à manifestação do Congresso Nacional e, sobretudo, a consulta aos indígenas (princípio do interesse indígena); competência da Justiça Federal para julgar as disputas envolvendo direitos indígenas, em todos os casos; atribuição ao Ministério Público da função de defender em juízo os direitos indígenas e atuar como *custos legis* em ações envolvam esses povos; e, finalmente, a capacidade conferida ao índio, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo buscando a defesa de seus direitos e interesses.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a capacidade alcança o índio isoladamente considerado, que a partir da Constituição de 1988 está individualmente autorizado a litigar na promoção do respeito de direito próprio ou da comunidade. As comunidades e organizações indígenas – também legitimadas pela Carta a defender os direitos de um único índio ou da coletividade – devem ser distintamente tratadas das “pessoas jurídicas” em geral, quanto aos critérios formais de composição e reconhecimento de personalidade para efeitos processuais.

4. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho

Além da Constituição de 1988, milita na defesa dos interesses indígenas a Convenção nº 169 – Sobre Povos Indígenas e Tribais – da Organização Internacional do Trabalho, a qual, por sua vez, constitui tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico interno.

A Convenção nº 169 deve ser considerada tratado de direitos humanos. Por essa razão, sua vigência interna operou-se a partir do momento que entrou em vigor internacional para o Brasil, especificamente em 25 de julho de 2003, ou seja, antes do Decreto Executivo – Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004 – de promulgação

do tratado. Isso, por força da interpretação conjugada dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

No âmbito interno, sendo tratado de direitos humanos, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho goza de *status* constitucional, em face do disposto no § 2º do artigo 5º da Carta Maior. Independe, ademais, essa assertiva da inclusão do § 3º no artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A Convenção é, pois, tratado de direitos humanos materialmente constitucional. Integrada ao bloco constitucional pela cláusula aberta dos direitos fundamentais (§ 2º do artigo 5º), a Convenção é também parâmetro de constitucionalidade das leis.

Nesse compasso, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho apresenta-se como o principal instrumento de guarida dos direitos indígenas. Malgrado, sua aplicação pelos Tribunais revela-se ínfima.

É necessário insistir na aproximação do direito constitucional ao direito internacional, não só como uma providência legitimadora das ações estatais (consequência inarredável da globalização) como principalmente eficaz instrumento de proteção dos direitos humanos universais. Esse processo, entre outros fatores, envolve a correta compreensão de alguns conceitos clássicos como é o caso, por exemplo, de “soberania”, além da erradicação de posicionamentos repelentes aos tratados internacionais. Um bom norte nessa superação é o princípio da norma mais benéfica à vítima.

5. Saúde indígena: contexto

A descoberta (“achamento” ou “invasão”) e posterior colonização representam um agravo imensurável na situação da saúde do indígena brasileiro. O colonizador trouxe consigo agentes patológicos, estranhos à imunologia dos índios que, difundidos pela obra colonizadora, não encontraram resistência, redundando em inúmeras vítimas. A história atesta casos de epidemias que reduziram e dizimaram várias comunidades. Somadas as patologias, como fator de debilidade da saúde, sobrevieram as alterações comportamentais dos povos indígenas operadas pelo contato interétnico.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, é certo que o estado sanitário das populações indígenas está condicionado à intensidade do contato com não-

indígenas. Nesse diapasão, a saúde – ou melhor, a doença – tornou-se também um componente importante, senão essencial, de subjugação indígena.

No contexto contemporâneo, permanecem os indígenas brasileiros em condições sanitárias pouco satisfatórias. Agem em malefício da saúde indígena, entre outros fatores, a intensificação do contato, a degradação ambiental e, mormente, o empobrecimento dos povos indígenas. Condicionantes que exigem, para serem corrigidas, intensa atenção dos órgãos governamentais e, principalmente, a elaboração de consistentes políticas públicas.

Dados indicam altos índices de acometimento de indígenas por patologias como tuberculose, hepatite e malária. Recentemente tem sido verificado no cenário indígena brasileiro o vertiginoso crescimento dos casos de afecção por doenças sexualmente transmissíveis, como HIV e sífilis. Dado atualmente notório – e diga-se inadmissível – é mortalidade infantil indígena, em grande parte dos casos, por desnutrição.

Não obstante as ocorrências e consciência nacional da caótica situação, a maioria dos povos indígenas permanece sem acesso aos serviços básicos de saúde.

6. Direito à saúde indígena no Pacto Fundamental de 1988

Fatos sociais como a Revolução Industrial e a Grande Guerra impulsionaram a consagração do direito à saúde como responsabilidade estatal alçando-o à condição de direito subjetivo albergado em inúmeras Constituições.

A Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito à saúde (artigo 196) aferrando-o, inclusive com *status* de direito fundamental (artigo 6º). Além disso, fixa importantes princípios aplicáveis na execução dos serviços de saúde, atribuindo incontestável ênfase à responsabilidade solidária de todos os entes da federação, universalidade, igualdade e participação popular na consecução desse direito constitucional.

Além da normativa constitucional, o direito à saúde ainda encontra amparo em tratados internacionais de direitos humanos, integrados no sistema interno. Cite-se, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (artigo 12) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 10). Além desses textos, chancela

especificamente o direito à saúde indígena a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Tanto a Convenção quanto os demais tratados referidos são materialmente constitucionais.

7. Saúde indígena: vetores constitucionais

A compreensão do direito à saúde indígena pressupõe a conjunção de dois motes normativos: “saúde” e “indígenas” – ambos tecnicamente disciplinados por meio de regras e princípios, fomentando a necessidade de interpretação que confira unidade à Constituição e a devida aplicação dos princípios constitucionais.

Ingerem de modo determinante na questão da saúde indígena os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, justiça ou Estado Social e igualdade. Destaque-se que, com base no princípio da igualdade, não se justifica o acesso dispar aos serviços de saúde pelos índios e não-índigenas. Por outro prisma, com base na igualdade substancial, legitima-se a prestação de serviços especializados para os povos indígenas, considerando-se suas diferenças, tal como preconiza o artigo 25(2) da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

A interpretação do artigo 231 da Constituição da República em sintonia com os valores incrustados à efetivação do direito à saúde reforça ainda a necessidade de se garantir o direito indígena à terra e assegurar-se, mediante o reconhecimento cultural indígena, o direito ao respeito à medicina tradicional e à autonomia do paciente índio.

Por outro norte – ainda desse artigo –, extrai-se a imperiosidade da análise dos impactos sanitários e respeito à oitiva indígena pelo Congresso Nacional quando da autorização para o exercício de atividades de mineração e exploração de recursos hídricos em territórios indígenas. É certo que atividades dessa natureza influenciam decisivamente na saúde indígena. Nesse quadrante, a proteção à saúde indígena deve figurar como importante fundamento para rejeição da autorização. Em outros termos, significa dizer que deve ser observado invariavelmente o princípio do interesse indígena.

Ao disciplinar a remoção dos povos indígenas no artigo 231 (§ 5º), o Constituinte deixou assentado sua preocupação com a saúde indígena, reconhecendo

a possibilidade de remoção de grupos indígenas em caso de epidemias. Essa norma precisa ser devidamente interpretada, haja vista que a remoção somente se justifica diante de quadro fático que atesta a imprescindibilidade de tal prática. Compete ao Congresso Nacional proceder à investigação desses fatores, assegurando-se, quando cessados os motivos ensejadores do deslocamento do indígena, o imediato retorno desses às terras de origem. A remoção deve ser admitida como recurso excepcional, utilizado sempre na preservação dos interesses indígenas, carecendo de estudos específicos que a justifique e torne possível delimitar a duração e as condições de execução dessa medida.

Percebe-se, ademais, que a saúde indígena está indissociavelmente relacionada com o meio ambiente. Com efeito, a proteção do direito à saúde está intimamente relacionada com a eficácia do direito ao meio ambiente – previsto no artigo 225 da Constituição Federal, no artigo 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – e, especificamente, do direito indígena ao meio ambiente, consignado no artigo 15 (1) da Convenção nº 169 da OIT.

Em matéria de competência, material e legislativa, a análise da Constituição, ao nosso entender, limita a competência legislativa em matéria de saúde indígena à esfera da União, viciando de inconstitucionalidade qualquer disciplina normativa dos demais entes federados nesse sentido – seja no exercício do poder constituinte decorrente, legislativo concorrente complementar e suplementar, ou ainda na expressão da competência legislativa imprópria. Não se admite a delegação da competência privativa da União para legislar sobre “populações indígenas” aos Estados-membros, na forma do parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal, ainda que para especificamente legislar sobre saúde indígena. A responsabilidade pela promoção (competência material) da saúde indígena, por força dos comandos constantes no artigo 231 e 23, inciso II da Carta Magna, é também da União, podendo, em cooperação, participar os demais entes.

O direito à saúde (direito social, direito de segunda dimensão ou geração, direito prestacional ou direito de redistribuição) é um direito subjetivo exigível, judicialmente acionável, fato que sublinha a importância do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.

É incumbida ao Poder Judiciário a competência para efetivar a Constituição – Constituição do Estado Social – assumindo postura intervencionista

(substancialista) em relação aos direitos sociais. Nesse labor, devem ser afastados argumentos desprovidos de coesão, como a “judicialização da política” e a “reserva do possível”. Ao determinar ações concretas para satisfação do direito à saúde, o Judiciário não afronta o dogma constitucional da separação dos poderes, apenas cumpre suas atribuições de guardião de direitos constitucionalmente assegurados. Além disso, enfatiza-se que a insuficiência de recursos para dar cabo a essa tarefa somente pode ser alegada caso comprovada a devida destinação (escolha) das finanças arrecadas.

Em termos procedimentais, a acionabilidade do direito indígena à saúde encontra na Constituição as seguintes diretrizes: compete à Justiça Federal julgar todas as ações envolvendo direito à saúde indígena; compete ao Ministério Público a propositura de ações em defesa da saúde indígena; tanto o índio isoladamente como as comunidades e organizações indígenas podem propor ações em defesa da saúde, indiferentemente da natureza do interesse envolvido.

Não é demais ressaltar que a concretização dos direitos sociais (dentre os quais, a saúde indígena) depende diretamente do êxito das políticas públicas planejadas e executadas pelo Estado – fato que não desonera o Judiciário, haja vista que cumpre aos juízes não apenas analisar a legalidade das políticas públicas, mas também apreciar o cumprimento dos objetivos e fins traçados pela Constituição, o que açambarca a apreciação da eficiência da política pública realizada.

8. Contribuição do direito comparado (América Latina)

O direito comparado revela-se como ferramenta profícua no desenvolvimento do direito interno e na formação de relações internacionais.

A essencialidade de previsão constitucional acerca de direitos indígenas, em termos dogmáticos, está relacionada com a concepção individual de “Constituição”, sua forma, seus propósitos e com o reconhecimento da condição dos povos indígenas. Não só pela contribuição histórica na formação dos Estados, mas também por sua condição desprivilegiada, entendemos que nos países em que há indígenas é imprescindível a instituição de normas constitucionais garantidoras dos interesses capitaneados pelos índios.

As Constituições latino-americanas analisadas – exceção da chilena – incorporam, com maior ou menor intensidade, as principais reivindicações indígenas. Em supedâneo merece nota o fim da política integracionista – pode-se dizer, em todas as constituições investigadas – e o reconhecimento da autonomia das comunidades indígenas (e.g., Equador e México); do direito consuetudinário indígena (e.g., Constituição da Colômbia); do direito à terra; do direito de participação política, por exemplo, com a reserva de vagas no legislativo (e.g., Venezuela).

Dos países analisados, todos ratificaram a Convenção nº 169 da OIT – principal documento internacional vinculante de proteção dos direitos indígenas. A interpretação das disposições constitucionais atinentes à incorporação dos tratados internacionais em cada sistema e, sobretudo, a pesquisa na jurisprudência constitucional, demonstrou que, em alguns Estados – coadunando com a tese que nos filiamos – a Convenção é concebida como tratado de direitos humanos, gozando de *status* privilegiado e integrando, com efeito, o bloco de constitucionalidade.

Dentre os pontos relacionados com o direito à saúde indígena que se sobressaem dos modelos comparados investigados, merece destaque a inscrição no texto constitucional de dispositivos especificamente destinados a saúde indígena, tal como se verifica nas constituições da Bolívia (aprovada em 2008, aguardando referendo popular), México e Venezuela. Além da chancela ao direito subjetivo à saúde, os textos trazem normas protetoras da medicina tradicional indígena; mecanismos de viabilização da promoção do direito (e.g., o auxílio alimentar); preocupações com a qualidade e eticidade dos serviços prestados; previsão específica quanto à saúde da mulher indígena.

Finalmente, vale referir julgados na Corte Constitucional argentina e na Corte Suprema de Justiça Nacional da Colômbia que concretizam o direito à saúde indígena por meio da imposição ao Estado de ações que incluem a distribuição gratuita de medicamentos, inclusão de indígenas em plano de saúde e auxílio-alimentação.

9. Direitos indígenas nos Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

A afirmação internacional dos direitos humanos marca uma releitura do Direito Internacional ao dilatar o âmbito das relações internacionais, antes concebidas somente como relações entre Estados, passando a alcançar as relações entre Estados e sujeitos. Esse panorama abre fenda para ingresso das questões indígenas no direito internacional.

As querelas indígenas ingressaram especificamente no seio da Organização das Nações Unidas com a atuação da Organização Internacional do Trabalho, espalhando-se paulatinamente para todos os órgãos e agências daquela organização internacional.

O Conselho Econômico e Social, em 1971, criou o Grupo de Trabalho sobre Populações (povos) Indígenas. Mais adiante, em 2000, foi criado o Foro Permanente sobre questões indígenas. O Grupo de Trabalho, recentemente extinto, laborou em conjunto com o “Grupo de Trabalho para Elaboração de uma Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas”, instituído em 1995, com o objetivo de viabilizar a preparação da Declaração da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

A sobredita Declaração, juntamente com a proclamação, por parte da Assembléia Geral da ONU, do ano de 1993 como o “Ano Internacional das Populações Indígenas”, e a década de 1995-2004 como o “Decênio das Populações Indígenas do Mundo” – bem como sua reiteração, em 2004 (segundo decênio: 2005 – 2014) – evidenciam inegavelmente que o tema indígena está na agenda do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos.

Em termos normativos, ressalte-se que todos os tratados de direitos humanos da ONU aplicam-se aos indígenas simplesmente pela condição de “cidadãos do mundo”, de seres humanos, dando suporte às principais querelas indígenas. Além da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas – texto não vinculante, porém não desprovido de importância, frisando-se que é lei interna na Bolívia –, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e, mormente, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho figuram

como documentos de grande valor para a consecução da proteção à saúde indígena na órbita internacional.

O progresso angariado pelos povos indígenas junto ao Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, apesar de considerável, deve ser concebido como um impulso inicial num processo não findo. Destaque-se a necessidade de se conferir força vinculante à Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e de desenvolver os mecanismos de monitoramento já existentes e, nesse eito, considerando a especificidade normativa e vinculatoriedade da Convenção nº 169, a importância do aperfeiçoamento de seu mecanismo de supervisão e, mormente, o desenvolvimento de estratégias de atuação e adaptação procedimental da militância em favor dos índios junto a Organização Internacional do Trabalho.

10. Proteção do direito indígena à saúde no Sistema Global de Proteção dos direitos humanos

O direito à saúde – direito humano fundamental – cuja titularidade alcança os povos indígenas, está amplamente recepcionado pelos principais instrumentos normativos do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos – Declaração Universal dos Direitos do Homem; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção sobre os Direitos da Criança.

O direito indígena à saúde particularmente considerado está previsto na Convenção nº 169 da OIT e na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas.

A supervisão do direito indígena à saúde faz-se conforme os mecanismos instituídos pelos próprios tratados – mecanismos convencionais – ou pela Organização das Nações Unidas. A análise desses procedimentos demonstrou inequívoca preocupação dos organismos responsáveis pelo monitoramento para com a saúde indígena, a despeito de a supervisão ainda ser ineficaz para conter as violações desse direito, sufragando a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos.

11. Direito à saúde indígena: desafios e perspectivas

A despeito de o direito indígena à saúde encontrar sólido amparo normativo – constitucional e internacional –, ainda é precária a saúde indígena. Esse paradoxal contexto entre norma e realidade tende a avultar-se em razão de fatos sociais da contemporaneidade, tais como o empobrecimento indígena, a degradação ambiental e a intensificação do contato interétnico.

O desafio atual do direito indígena à saúde é a compreensão precisa dos institutos jurídicos constitucionais e internacionais pertinentes e, sobretudo, a busca pela concretização desse direito.

Nessa tarefa, deve-se considerar que embora inexista norma específica, a Constituição Federal de 1988 consagra o direito à saúde – extensivo aos indígenas – como direito fundamental exigível, e, ademais, a interpretação sistemática do Texto Maior fornece importantes vetores constitucionais para sua promoção.

O reconhecimento constitucional da prevalência dos direitos humanos e sua inclusão no rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º da Constituição Federal) amplia a proteção constitucional do direito indígena à saúde, haja vista sua farta guarida pelos principais tratados de direitos humanos. Nesse diapasão, faz-se necessário interpretar e aplicar as disposições constitucionais de forma coerente com os princípios e regras existentes nos tratados internacionais de direitos humanos, sempre primando-se pela máxima eficácia e prevalência do interesse da vítima.

O esforço concretizador, sob o prisma interno pátrio, reforça o papel do Judiciário na efetivação do direito à saúde indígena. Os desafios que se apresentam à atuação do Poder Judiciário concentram-se em dois pontos principais: repelir teses estéreis como a reserva do possível, a judicialização da política, a inexigibilidade e a impossibilidade de acionamento dos direitos sociais; e integrar a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, de modo a permitir a conexão entre o direito interno e internacional.

Ainda sob o prisma interno, a concretização pressupõe ações governamentais na determinação, elaboração e execução de política pública de saúde indígena apta a satisfação em plenitude do direito indígena à saúde.

Finalmente, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, o desafio principal na promoção do direito indígena à saúde assenta-se, igualmente,

na exigibilidade e efetivação dos direitos sociais, o que conduz a reflexão para a necessidade de reforço dos mecanismos de monitoramento dos instrumentos normativos e reconhecimento da indivisibilidade entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. In: *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 2, n. 2, 2005.
- ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. La experiência de una década. Buenos Aires: CELS, 2006.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. 9. tir. São Paulo: Saraiva, 1991.
- AIRES, M. A.; SALZANO, F. M. Health status of brasilian cayapo indians. In: *Tropical Geographical Medicine*, n. 24, 1972.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALFOSIN, Jacques Távora. Índios e negros. Exemplos de um direito popular de obediência, hoje refletido nas “invasões” de terra. In: *Estudos Jurídicos*, v. 21, n. 52, mai./ago., 1988.
- ALLMAND, Warren. The International Recognition of Indigenous Rights. Indigenous peoples rights have been on the agendas of international bodies for some time. Yet progress has been slow, explains. In: *Mmcgill International Review*, 2005.
- ALLMAND, Warren; DEER, Kenneth; CUNEO, Isabel Madariaga. *Les droits des autochtones entre deux décennies*. Montreal: Droits et Démocratie, Centre International des Droits de la Personne et du Développement Démocratique, 2005.
- ALMEIDA, Fernanda Dias de Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- ALVES, Alaôr Caffé; et. al. *O que é a filosofia do direito?* São Paulo: Manole, 2004.
- ALVES, Francisco de Assis. Constituições do Brasil. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Número Especial, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994.

- ANAYA, S. James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trad. Luis Rodríguez-Piñero Royo; Pablo G. Vega e Bartolomé Clavero. Madri: Editorial Trotta, S.A, 2005.
- ANDAJUR, Cláudia (Coord.). *Saúde Yanomami*. Uma discussão. Assistência médica Área 15 (projeto DEMINI) e outras áreas. Janeiro de 1990/maio de 1991. São Paulo, 1991.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ANDRADE, Orlando Aragon. Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano XL, n. 118, ene./abr., 2007.
- APEL, Karl-Otto. *La transformación de la Filosofía*. Madrid: Taurus, 1985, v. 2.
- ARANTES, Rui. *Saúde bucal de uma comunidade indígena Xavante do Brasil central: Uma abordagem epidemiológica e bioantropológica*. Dissertação de Mestrado, Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1998.
- ARAÚJO, Ana Valéria. Povos indígenas e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Orgs.). *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ARMAS, Margarita Nolasco. A antropologia aplicada no México e seu destino final: o indigenismo. Trad. Edson Passeti. In: JUNQUEIRA, Carmen; CARVALHO, Edgard de A. (orgs.). *Antropologia e indigenismo na América Latina*. São Paulo: Cortez, 1981.
- ASCENSÃO, José Eduardo. *O direito. Introdução e teoria geral*. Uma perspectiva Luso-Brasileira. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1978.
- AYLAWIN José O. (Editor). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera, 2004.
- AYLWIN, José. *Trayectoria de una negacion. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. 1989 – 2006*. Proyectos de reforma constitucional presentados por el ejecutivo y parlamentarios. Serie Aportes al Balance de Políticas Indígenas 1990-2006, Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, Santiago, 2006.

- AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
- BALERA, Wagner. O direito constitucional à saúde. In: *Revista de Previdência Social*, ano XVI, n. 134, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 16. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: *Revista de Direito Público*, n. 57-58, 1981.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: O devido processo legal. In: *Revista de Direito Público*, n. 68, 1983.
- BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação direito à diferença*. São Paulo: Plêiade – FAPESP, 2001.
- BARIÉ, Cletus Gregor. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. 2. ed. México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2003.
- BARRERA, Augusto. El movimiento indígena ecuatoriano: entre los actores sociales y el sistema olítico. In: *Revista Nueva Sociedad*, n.182, 2002.
- BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas. Vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- _____. As disputas sobre os direitos indígenas. In: *Revista do CEJ*, Brasília, n. 22, jul./set., 2003.
- BARROSO Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano I, n. 2, out., 2006.
- BARUZZI, Roberto Geraldo; *et. al.* Saúde e doença em índios Panará (Kreen-Akarôre) após vinte e cinco anos de contato com o nosso mundo, com ênfase na ocorrência de tuberculose (Brasil Central). In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar./abr., 2000.
- BASTOS, Aurélio Wander. As terras indígenas no direito constitucional brasileiro na jurisprudência do STF. In: SANTOS, Silvio Coelho (org.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: Editora da UFSC/CNPQ, 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. arts. 5º a 17, São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

- BASTOS, Celso Ribeiro. A federação no Brasil. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, número especial, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2, t. I.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v.3.
- BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva 1982.
- BELTRÁN, Bolívar. Sistema legal indígena. In: *Revista Yachaykuna*, n. 2, 2001.
- BENGOA, José. *La emergência indígena en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BERLINGUER, Giovanni. *Medicina e política*. 2. ed. Trad. Pe. Bruno Giuliani. São Paulo: CEBES – HUCITEC, 1983.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Obra filosófica*. Filosofia Social e Jurídica. São Paulo: EDUSP/Editorial Grijalbo LTDA, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Teoria geral do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Direita e esquerda*. Razões e significados de uma distinção política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 1995.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v.14, n. 40, set./dez., 2000.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da Constituição e recolonização pelo golpe de Estado institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *O princípio da igualdade como limitação à atuação do estado*. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez., 2003.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

- BONFIN, Marcelo. *O Brasil na América*. Características da formação brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: TopBooks, 1997.
- BONIFÁCIO, José. *Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil*. Assembléia Geral Constituinte, 1º de junho de 1823. Disponível em: http://www.camara.gov.br/aldorebelo/bonifacio/vo_apontamentos.htm. acesso em 22 julho 2007.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BOTELHO, Pero de. Aristóteles: A categoria do ente humano na “Ethica Nicomachea”. In: *Kriterion, Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais*, n. 17/18, jun./dez., 1951.
- BOTERO, Esther Sanches. *Justicia y pueblos indígenas de Colômbia*. 2. ed. Bogotá: Unijus, 2004.
- BOTERO, Esther Sánchez; PEÑA, Jairo Iván. In: GALVÁN, Jorge Alberto González (Coord.) *Constitución y Derechos Indígenas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- BOUTIN, Leônidas. Colônias indígenas do Paraná. In: *Separata do Boletim do IHGE Paranaense*, n. 36, 1979.
- BOUVIERS, Jon. *Bouviere Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, Kansas: Vernon Law Book Company- St. Paul: West Publishing Company, 1914, v.1.
- BRASIL, *Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Atas de Plenário*, Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1987.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2000.
- BUCHILLET, Dominique. Tuberculose, cultura e saúde pública. *Série Antropologia*, Brasília, n. 273, 2000.
- _____. Contas de vidro, enfeites de branco e ‘potes de malária’. *Série Antropologia*, Brasília, n. 187, 1995.
- BUCHILLET, Dominique; GAZIN, Pierre. A situação da tuberculose na população indígena do alto Rio Negro (Estado do Amazonas, Brasil). *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 14, jan./mar., 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1.

- CAMPANHA difamatória procura implodir direitos indígenas na Constituição. In: *Povos Indígenas no Brasil*. Política Indigenista. São Paulo: Centro Ecumênico de Documentação e Informação, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Direito constitucional*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Teoría de la constitución*. Trad. Carla Lema Añón. Cuadernos Bartolomé de Las Casas, Madrid: Dykinson, 2003.
- CARBONELL, Miguel. *La igualdad y los derechos humanos*. In: _____. (comp.). *El principio constitucional de igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- CARBONELL, Miguel; PORTILLA, Karla Pérez (coords.). *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*. México: IIJ-UNAM, 2002.
- CARIELLO, Rafael. Relato de um novo mundo. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais, Especial Triste Trópicos faz 50 anos, edição de 23 de maio de 2005.
- CARVALHO, Maria Lúcia Brant de. *Saúde das populações indígenas*. Tendências após o contato. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. A visão semiótica na interpretação do direito. In: *Revista da Associação dos Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, ano VI, n. 2, Especial Direito, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, Guilherme Figueiredo. Direitos dos povos indígenas: Releitura de Francisco de Vitória enfatizando os 500 anos do descobrimento. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, 2000.
- CASSIRER, Ernst. *Filosofía de las formas simbólicas*. Trad. Armando Morones México: Fondo de Cultura Económica, 1998, v. 1.
- CASTIGLIONE, Teodolindo. *A eugenia no direito de família*. O código civil brasileiro e a lei sobre a organização e proteção da família perante a eugenia. A eugenia entre os índios brasileiros. São Paulo, Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia, 1942.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Processo civil e igualdade étnico-racial*. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Orgs.). *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- CIMADAMORE, Alberto D.; EVERSOLE, Robyn; MCNEISH, John-Andrew. *Pueblos indígenas y pobreza. Uma introducción a los enfoques multidisciplinares*. Buenos Aires: Programa CLACSOCROP, 2006.
- CISNEROS, Isidro H. *Derechos humanos de los pueblos indígenas en México. Contribución para una ciencia política de los derechos colectivos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2004.
- CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: CosacNaify, 2003.
- _____. *Crônicas dos índios guayaki. O que sabem os Aché caçadores nômades do Paraguai*. Trad. Tânia Stolze Lima e Janice Caiafa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995.
- CLAVERO, Bartolomé. Ley nacional y costumbre indígena: enseñanza de Costa Rica. *Revista de Estudios Políticos*, n. 102, oct./dic., 1998.
- COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun., 1988.
- _____. Fundamentos dos direitos humanos. In: *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 4, n. 48, dez., 2000.
- COMPILACIÓN de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2006.
- COMPILACIÓN de observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre países de América Latina y el Caribe (1970-2006). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2006.
- CÓNDOR, Jorge. Sistema de indicadores de las nacionalidades y pueblos del Ecuador (SIDENPE). In: *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el*

- Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*. Santiago: CEPAL-ONU, 2006.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO *Violência contra os povos indígenas no Brasil. Relatório 2006/2007*, Brasília: 2008.
- CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Violência contra os povos indígenas no Brasil. Relatório 2003/2005*. Brasília: 2006.
- COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Versão de Alcides Cruz, Porto Alegre: Carlos Echenique – Livraria Universal, 1909.
- COULTER, Robert T. The Draft UN Declaration on the Rights of indigenous People: What is it? What does it mean? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 13, n. 2, 1995.
- COURTIS, Christian. La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; _____. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. La experiencia de una década. Buenos Aires: CELS, 2006.
- CRAWSGAW, Josie. Declaración de las organizaciones aborígenes australianas. In: Boletín IWGIA, n. 2, set/out., 1992.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v.8.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. Ensaios e documentos. Editora Brasiliense, 1987.
- _____. *O futuro da questão indígena*. Revista de Estudos Avançados, n. 8, 1994.
- CUNHA, Manuela Carneiro da(org.). *História dos índios do Brasil*. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Poluição ambiental e genocídio de grupos indígenas. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 16, n. 59, jan./mar., 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria geral do estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Viver em sociedade: Direito à vida. In: *Jovens lideranças comunitárias e Direitos Humanos*. São Paulo: Conectas, CHH, 2004.

- _____. Argumento antropológico e linguagem jurídica. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lúcia; HELM, Cecília M.V. (Orgs.) *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Editora UFSC, 1994.
- _____. *Constituição e constituinte*. 3. ed., 2. tir., São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986
- _____. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- _____. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. In: *Revista Informação Legislativa*, ano. 28, n. 111, jul./set., 1991.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. _____. Direito à saúde: responsabilidade e garantias. In: _____.; TOJAL, S.B. de B.; DALLARI, D, de A; BALERA, W. (orgs.). *O direito sanitário na constituição brasileira de 1998: normatividade, garantias e seguridade social*. Serie Direito e Saúde, n. 4, Brasília: OPAS, 1994
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Os Estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: HUCITEC, 1995.
- _____. Direito à saúde. In: *Direitos humanos no Brasil*. Conferência para educadores. São Paulo: MPA, 1986.
- _____. El derecho a salud en la nueva Constitución brasileña. In: *Serie informes técnicos*, Programa de Desarrollo de Políticas de Salud, n. 10, Washington: OPAS, 1992.
- _____. Uma nova disciplina: O direito sanitário. In: *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, 1988.
- _____. Direito sanitário. In: *Revista Direito Sanitário e Saúde Pública*, Brasília, v. 1, 2003.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DE CASTRO, Viveiro. *Arauweté: os deuses canibais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: 1986.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil Platôs. Capitalismo e esquizofrenia*. Trans. Ana Lúcia de Oliveira e Lúcia Cláudia Leão. Rio de Janeiro: Ed.34, 1995, v. 2.
- DI RUFFI, Biscaretti. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Héctor Fix-Zamudio (trad.). México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DICIONÁRIO Aurélio Eletrônico. Século XXI. Versão 3.0, novembro de 1999.
- DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão Multiusuário, Junho, 2003.

- DICTIONAIRE Le Robert. Le Rober micro. Alain Rey, redação e direção, 1998.
- Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*. Novas perspectivas. António Manuel Hespanha, Cristina Nogueira da Silva (trads.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DIREITOS Humanos no cotidiano*. 2. ed. Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, UNESCO, Universidade de São Paulo, 2001.
- DIZIONARIO Enciclopédico Moderno. 7. ed., Milão: Edizioni Labor, s/d., v. 3.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira. Saúde indígena. In: *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 2, jul. 2008.
- DÓRIA, A. de Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960, v.4.
- _____. *Direito Constitucional: Curso e Comentário à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1953, t. II.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ECO, Umberto. Entrevista. In: *Revista Observaciones Filosóficas*, n. 4, 2007.
- _____. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- EL MUNDO indígena 2006*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2006.
- EL MUNDO indígena 2007*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2007.
- EL MUNDO indígena 2008*. Copenhague: International Work Group for Indigenous Affairs, 2008.
- EL RELATOR especial. Los derechos de los pueblos indígenas. Experiencias e desafios*. Copenhague: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, Fundación Tebtebba, Canadian Friends Service Committee, 2007.

- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Trad. J. Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, abr./jun., 1988.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Editorial Civitas S. A., 1994.
- ESCOBAR, Ana Lúcia; SANSTOS, Ricardo Ventura; COIMBRA JUNIOR, Carlos. Avaliação nutricional de crianças indígenas Pakaanóva (Wari'), Rondônia, Brasil. In: *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, v. 3, n. 4, oct./dec., 2003.
- FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte a legitimidade recuperada*. 5. ed., Brasília: Editora Brasiliense, 1989.
- FARAGE, Nadia. *As muralhas dos sertões. Os povos indígenas no rio Branco e a colonização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FAVA, Jorge. Argentina: Reforma constitucional y política indigenista. In. *Boletín IWGIA*, n.1, jul./ago., 1991.
- FAVRE, Henri. *El indigenismo*. Trad. Glenn Amado Gallardo Jordán. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRARA, Francisco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1978.
- FERRARI, José Odair. *A saúde dos índios: um desafio sem endereço. Os Karitiana de Rondônia*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira. Emenda Constitucional n° 1, de 17-10-1969*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.
- _____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.1.

- _____, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, v.7.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo judiciário no Brasil: Uma visão geral. In: *Interesse Público*, ano IX, n. 144, 2007.
- FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos S.A., 1989.
- FLORES, Moacyr. Deus e diabo na fronteira com os gentios. *Estudos Ibero-Americanos*. Porto Alegre, Ed. Especial, n.1, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Trad. Luiz. F. Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- _____. *A crise atual da medicina*. Texto de apoio PESESPEPPE. Rio de Janeiro: Escola de Saúde Pública – transcrição da primeira conferência de Michel Foucault realizada em novembro de 1974 no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro –, 1974.
- _____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FRATUCCI, Maristela Vilas Boas. *Alguns aspectos das condições de saúde bucal de uma população indígena Guarani Mbyá no município de São Paulo*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, 2000.
- FRIKEL, Probst. *Dez anos de aculturação Tiryó: 1960 – 70*. Mudanças e problemas. Publicações avulsas n. 16, Belém: Conselho Nacional de Pesquisas, Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia, Museu Paraense Emílio Goeldi, 1973.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: Planejamento, desenvolvimento e fiscalização. Conselhos gestores e democracia participativa. O papel do Ministério Público. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* *Direitos humanos e políticas públicas*. Cadernos Pólis, n. 2. São Paulo: Instituto Pólis, 2001.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE DEPARTAMENTO DE SAÚDE INDÍGENA. *POLÍTICA Nacional de atenção à saúde dos povos indígenas*. Brasília: 2000.
- GAGLIARDI, José Mauro. *O índio e a República*. São Paulo: Heducitec/EDUSP, 1989.
- GALVÁN, Jorge Alberto González (Coord.) *Constitución y Derechos Indígenas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

- GALVÁN, Jorge Alberto González. Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano XXX, n. 89, may./ago., 1997.
- GAMBINI, Roberto. *Espelho índio. A formação da alma brasileira*. 2. ed. São Paulo: Axis Mundi – Terceiro Nome, 2000.
- GARCIA, Maria Glória E. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra, Almedina, 2005.
- GARCIA, Maria. Limites da ciência. A dignidade da pessoa humana a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Direitos Humanos e a constitucionalização do Direito Internacional: o direito/dever de ingerência. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, n. 8, jan/jun., 2008.
- _____. O efeito prismático dos direitos humanos: a expressão circular do Homem Vitruviano e os direitos humanos das vítimas. In: *Revista Mestrado em Direito Osasco*, ano 8, n.1, 2008.
- _____. A Constituição e os tratados: a integração constitucional dos direitos humanos. In: *Revista de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 9, n. 37, out/dez., 2001.
- GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, São Paulo, abril/jun., 1996.
- GARNELO, Luiza; BUCHILLET, Dominique. Taxonomias das doenças entre os índios Baniwa (arawak) e desana (tukano oriental) do alto rio negro (Brasil). In: *Horizontes Antropológico*, Porto Alegre, v.12, n. 26, jul./dez., 2006.
- GEFFRAY, Christian. *A opressão paternalista cordialidade e brutalidade no cotidiano Brasileiro*. Rio de Janeiro: EDUCAM, 2007.
- GEORGPES Acharopoulos; TRINOS, Harry Nthonpya (edit.). *Indigenous people and poverty in Latin America. An Empirical Analysis*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development –The World Bank, 1994.
- GIL, Hernandez. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas S.A., 1981.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1979.
- GOODENOUGH, Ward H. Cultura, linguagem y sociedad. In: KAHN, J.S. (Org.). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Barcelona: Editorial Angra, 1975.

- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HARPER, Elijah. *Perspectiva aborígine: Canadá*. Trad. Manuela Maria Corrêa Frazão. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (orgs.). *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: IPRI/ Fundação Alexandre de Gusmão, 2002.
- HAUBERT, Maxime. *Índios e jesuítas no tempo das missões*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- HAYD, R. L. N.; OLIVARES, A. I. O.; FERREIRA, M. L. S.; LUITGARDS-MOURA, J. F. Um olhar sobre a saúde indígena no estado de Roraima. In: *Mens Agitat*, v. 3, n. 1, 2008.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey 1995.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales e culturales*. Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José – Costa Rica, 2008.
- ITURRALDE, Diego A. Los pueblos indígenas y sus derechos en América Latina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, São José da Costa Rica, v. 15, 1992.
- JASPERS, Karl. *Iniciação filosófica*. Trad. Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Guimarães Editores, 1961.
- JUNQUEIRA, Carmen. *Antropologia indígena. Uma (nova) introdução*. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2008.
- _____. Pajés e feiticeiros. *Estudos Avançados*, vol. 18, n.52, 2004.
- _____. Símbolos e imagens da ordem na comunidade indígena. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (Orgs.). *Conversações Abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim/ PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A, Fabris Editor, 1986.

- KOIFMAN, Sérgio. Geração e transmissão da energia elétrica: impacto sobre os povos indígenas no Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar./abr., 2001,
- LA UNESCO y los pueblos indígenas*. Una alianza para promover la diversidad cultural. UNESCO, 2006.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. *Comércio, desarmamento e direitos humanos*. Reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. Resistência e realizabilidade da tutela dos direitos humanos no plano internacional no limiar do século XXI. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.
- _____. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- LAGRASTA NETO, Caetano. Breves anotações a Constituição sobre o direito indígena. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 648, 1989.
- LANDI, Omar; SIQUEIRA, Edmilson. *Coisas de índios*. São Paulo: Ícone, 1985.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Em defesa dos índios*. In: ISHAY, Micheline R. (org.); Fábio Duarte Joly (trad.). *Direitos humanos: Uma antologia*. Principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a Bíblia até presente. São Paulo: Edusp, 2006.
- _____. *O paraíso destruído: brevíssima relação da destruição das Índias*. 6. ed., Porto Alegre: L&PM, 1996.
- LATTORE, Angel. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. reimp. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 2002.
- LAUROSSE. *Trois Volumes en coulers*. Paris: Librairie Laurosse, 1965.
- LEIGHTON, Dorothea C. El indio y la medicina. In: *América Indígena*, México, v. III, n.1, enero, 1943.
- LEITE, Maurício Soares Leite *et.al.* Crescimento físico e perfil nutricional da população indígena Xavante de Sangradouro-Volta Grande, Mato Grosso, Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, 2006.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras: 1996.

- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. A proteção dos direitos humanos no Mercosul. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. Desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LIMA FILHO, Francisco das C. A questão do direito indígena. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 37, jan./jun., 2004.
- LIMA, Mário Franzen. *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. In: *Informação Legislativa*, ano 26, n. 101, jan./mar., 1989.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1976.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed.34/Edesp, 2004.
- _____. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade dignidade e liberdade. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 42, 2000.
- LOS PUEBLOS indígenas de Brasil: *Tierras y vidas amenazadas*. Anistia Internacional. AMR 19/027/2006, 1 de agosto de 2006.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACIEL, Débora Alves; KOENER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002.
- MADARRIAGA, Alirio Sanguino. *El indígena ante el derecho penal*. Testimonio de una afrenta sócio-cultural. *Estudios de Derecho*, v. XLVII, n. 115-116, ano L, mar./set., Medelin, 1990.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora UnB, 2003.
- MALLOL, Vicente Cabedo Mallol. De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena. In: *Política e Cultura*, México, n. 21, 2004.
- MALUF, Sahid. *Curso de direito constitucional*. Bauru: Tipografia e Livrarias Brasil S. A., 1956.
- MAMAM, Jannete Antonios. Língua e linguagem: os artifícios e a verdade jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, 2003.

- MANIFESTO indígena. V Fórum Social Mundial. In: *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 215, jan./fev., 2005.
- MANN, Jonathan . Saúde pública e direitos humanos. In: *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 6, 1996.
- MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. *Antropologia. Uma introdução*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARTINS JUNIOR, Izidoro. *Compêndio de história geral do direito*. Pernambuco: Ramiro M. Costa & C. Editores, 1898.
- MARTINS, Edilson. *Nossos índios nossos mortos*: São Paulo: Circuito do Livro S.A., 1978.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELATTI, Júlio Cezar. *Índios do Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2007.
- _____. População indígena. *Série Antropologia*, n. 345, 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MELLO, Dalva A. Malária entre populações indígenas do Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1985.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v.2.
- MENCK, José Theodoro Mascarenhas. O problema indígena perante o ordenamento jurídico das Américas. In: *Revista da OAB*, ano XXII, v. XX, n. 55, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge Miranda. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Systema de Sciencia positiva do Direito*. Introdução à ciência do Direito. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922, v.1.

- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, t.2.
- _____. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.
- MOLINA, Aldo Olmos; SERRA, Olympto José Trinidad. La asistencia médico sanitaria en las poblaciones indígenas. In: *América Indígena*, México, v. 37, n. 1, ener./mar., 1977.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 27. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MORRIS, Charles. *Fundamentos da Teoria dos signos*. Trad. António Fidalgo. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 1978.
- MOTA, Lúcio Tadeu. *As colônias indígenas no Paraná Provincial*. Curitiba: Aos quatro ventos, 2000.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos*, 41. ed. set./dez., 2004.
- NUTINI, Hugo G. Sobre los conceptos de orden epistemológico y definiciones coordinativas. In: DLOBERA, José R.(Comp.). *La antropología como ciencia*. Barcelona: Editorial Granada, 1975.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *A saúde no Brasil*. Brasília, 1998.
- PAES, P. R. Tavares. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PAIM, Maria Augusta Fonseca. Direitos humanos e meio ambiente. In: *Revista Jurídica*, v. 19, n. 1, 2003.

- PAPADOPOLO, Midori. El nuevo enfoque internacional en matéria de derechos de los pueblos indígenas. In: *Serie Jurídica*, Colección IDIES, Guatemala, Universidad Rafael Landivar, 1995.
- PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução axiológica ao direito: apêndice à introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Valladolid: Editorial Trotta, 1992.
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: princípios da legislação indigenista do período colonial: (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da(org.). *História dos índios do Brasil*. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- _____. Terras indígenas e legislação colonial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, 2000.
- PÍCOLI, Renata Palópoli; CARANDINA, Luana; RIBAS, Dulce Lopes Barboza. Saúde materno-infantil e nutrição de crianças Kaiowá e Guaraní, Área Indígena de Caarapó, Mato Grosso do Sul, Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n.1, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In: *Revista Direito Constitucional*, São Paulo, ano 11, n. 45, out./dez., 2003.
- _____. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena (Coods.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. *Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; _____. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- _____. Implementação do direito à igualdade racial. In: *Revista de Direitos Difusos*, v. 9, out., 2001.
- _____. *Os direitos reprodutivos como direitos humanos*. In: BUGLIONE, Samanta (org.). *Reprodução e sexualidade uma questão de justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

- _____. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. In: TAVARES, André R.; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de J. L. (Coords.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- _____. *Temas de direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIRES, Sérgio Luiz Fernandez. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- PROMOCIÓN de la salud sexual y prevención del VIH-sida y de las ITS en los pueblos indígenas de las Américas. Abya-Yala Kuyarinakui*. Equador: OPAS, 2003.
- QUADROS, Jânio; ARINOS, Afonso. *História do povo brasileiro*. São Paulo: J. Quadros Editores Culturais S. A., 1967, v.1.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2004.
- RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. Curso elementar, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RIBAS, Dulce Lopes Barboza. *Saúde e nutrição de crianças indígenas Terena, Mato Grosso do Sul, Brasil*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. São Paulo, 2001.
- _____. Nutrição e saúde infantil em uma comunidade indígena Terena, Mato Grosso do Sul, Brasil. In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, mar./abr., 2001.
- RIBEIRO SÀ, Daniella. *Malária em terras indígenas habitadas pelos Pakaanóva (Wari'), Estado de Rondônia, Brasil. Estudo epidemiológico e entomológico*. Dissertação de Mestrado, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2003.
- RIBEIRO, Berta Gleiber. *O índio na história do Brasil*. São Paulo: Global, 1983.

- RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- _____. *A política indigenista brasileira*. Rio de Janeiro: Edições SAI, 1962.
- _____. *Diários índios*. Os Urubus-Kaapor. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- _____. *O povo brasileiro*. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- RIOSI, Leonardo; *et. al.* Prevalência de parasitos intestinais e aspectos socioambientais em comunidade indígena no Distrito de Iauaretê, Município de São Gabriel da Cachoeira (AM), Brasil. In: *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, 2007.
- RIVERA, María Magdalena Gómez. El derecho indígena frente al espejo de América Latina. In: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, São José da Costa Rica, v. 26, 1997.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Madrid: Editorial Tecnos, 1961.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos. A evolução da legislação indígena casteliana no século XVI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1968.
- SANTILLI, Márcio. *Os direitos indígenas na Constituição brasileira*. In: Povos Indígenas no Brasil – Legislação, São Paulo: Centro Ecumênico de Documentação e Informação, 1990.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. Índios, convenção 169 da OIT e meio ambiente. In: *Revista do CEJ*, Brasília, n. 22, jul./set., 2003.
- SANTOS, Silvio Coelho dos. *Povos indígenas na constituinte*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- _____. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, 2002.

- _____. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003.
- SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SAÚDE nas Américas 2007. Washington: Escritório Sanitário Pan-Americano, Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde, 2007.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Orgs.) *Princípios de direito financeiro e tributário. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006.
- SCHWARTZ, André Doederia. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. In: *Revista Direito Sanitário e Saúde Pública*, Brasília, v. 2, n. 1, mar., 2001.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudência de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006.
- SHIRLEY, Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SILVA, Alcionilio Brüzzi Alves da. *A civilização indígena Uaupés*. São Paulo: Centro de Pesquisas do Iauaraté, 1962.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003.
- _____. *Poder constituinte e poder popular*. Estudos sobre a Constituição. Malheiros: 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, v.1.

- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SOUSA, Márcio; *et. al.* *Os índios vão à luta*. Rio de Janeiro: Marco Zero LTDA, 1981.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999.
- _____. A cidadania e os índios. In: *O índio e a cidadania*. Comissão Pró-Índio. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- _____. *O direito de ser povo*. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de (Orgs.). *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. Índios e direito: O jogo duro do Estado. In: *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 17, dez. 1988.
- SOUZA, Maria Tereza Sadek R. de. Os índios e os ‘custos’ da cidadania. In: *O índio e a cidadania*. Comissão Pró-Índio/SP. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho internacional y derechos indígenas*. In: AYLAWIN José O. (Editor). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: Um balanço crítico. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Maria Garcia (rev. e atualização). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- _____. A propósito do Direito Primitivo, na obra de Radcliffe-Brown. *Separada da Revista Sociologia*, v. VII, mar./mai., 1945.
- THE CAMBRIDGE Thesaurus of American English. Cambridge University Press, 1994.
- THE OXFORD English Dictionary. H-K, Oxford: Clarendon Press, 1933, v. V.
- THE RIGHT to Health*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, World Health Organization, New York, 2008.

- TIERNEY, Patrick, *Trevas no Eldorado: como cientistas e jornalistas devastaram a Amazônia e violentaram a cultura ianomâmi*. Trad. Betto de Lima. Rio de Janeiro: Edioro, 2002.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, v.1.
- _____. *O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do homem*. São Paulo: EdUSP, 1999.
- _____. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: UnB, 1981.
- _____. *Direitos humanos e meio-ambiente*. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- _____. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Lauria e. *Constituição de 1988 e processo*. Regramento e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.
- UNICEF *LOS PUEBLOS indígenas en Colombia derechos, políticas y desafíos*. Oficina de área para Colombia y Venezuela, Bogotá-Colômbia, 2006.
- URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. *Questão Indígena na América Latina: Direito internacional novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas*. In: *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, v. 1, ano 8, 2008.
- VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo: Scpione, 1997.
- VILHENA, Oscar Vieira. *A Constituição e sua reserva de justiça*. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VILLAS BOAS, Orlando. *A arte dos pajés*. Impressões sobre o universo espiritual do índio xinguano. São Paulo: Globo, 2000.
- VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Claudio. *Xingu*. Os índios, seus mitos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.
- VINOGRADOFF, Paul. *Normas sociales y normas jurídicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

- VON MARTIUS, Carlos F. P. *Natureza, doenças medicina e remédios dos índios brasileiros (1844)*. Trad. Pirajá da Silva. São Paulo: BPB- Companhia Editora Nacional, 1939.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WOLFRUM, Rüdger. *A proteção dos povos indígenas no direito internacional*. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e justiça na América Indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.
- ZIMMERMAN, Morita Carrasco. *Argentina: El caso Lhaka Honhat*. Informe 1, IWGIA, 2006.