

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

Roberta Maria Fattori

**A proteção social dos povos indígenas: um olhar especial à proteção da maternidade**

**Mestrado em Direito Previdenciário**

São Paulo

2016

**Roberta Maria Fattori**

**A proteção social dos povos indígenas: um olhar especial à proteção da maternidade.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração de Direito Previdenciário.

**Orientação: Professor Doutor Miguel Horvath Júnior**

São Paulo

2016

FATTORI, Roberta Maria 2016. **A proteção social dos povos indígenas: um olhar especial à proteção da maternidade.** Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração de Direito Previdenciário, sob a orientação do Prof. Dr. Miguel Horvath Júnior.

Aprovada em

**Banca Examinadora**

---

---

---

## **DEDICATÓRIA**

Dedico o presente trabalho ao CNPQ/CAPES pela bolsa concedida e aos meus pais, Rosa e Roberto, fontes de inspiração, coragem, carinho, amor e apoio durante toda esta jornada;

Aos meus irmãos, Alexandre e Ricardo;

Ao meu namorado, Thiago, pelo incentivo incessante;

E a Deus, pela saúde, fé e força para vencer esta caminhada.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Doutor Miguel Horvath Júnior, Mestre e Orientador ímpar, condutor nos ensinamentos do Direito Previdenciário;

À Professora Doutora Roberta Alves Barbosa, pelo apoio despendido nesta jornada e por ser fonte de inspiração como Mestre, pessoa de boa-fé e grande coração;

Aos meus amigos de mestrado, Carla, Dani, Cris, Juliana, Sérgio e Amilson, os quais, durante os dias e as noites de estudos, bem como durante todo o curso, me proporcionaram momentos de apoio, felizes e proveitosos. Certamente não conseguiria alcançar esta etapa sem a ajuda de vocês! Agradeço a Deus pela amizade de todos!

À Professora Mestre e Doutoranda Zélia Montal, grande amiga, pelos conselhos, apoio e atenção;

Aos funcionários da Coordenação da PUC/SP, por todo auxílio prestado;

Ao CNPQ/CAPES, pela bolsa de mestrado concedida, qual foi fundamental para o desenvolvimento deste trabalho;

Enfim, agradeço a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para esta conquista.

*“Posso ser o que você é sem deixar de ser quem sou.”*

Mariano Marcos Terena\*\*

\*\*É uma frase simples, mas a simplicidade é enganadora: Quem sou eu? Quem é você? Que significa “*ser como*” outra pessoa? Alguém pode deixar de ser o que é? Como? Por que e para quê? Quais são e quais poderiam ser as consequências políticas e filosóficas dessa reivindicação tão enigmática?

O autor dessa frase, que ora se epigrafa, **Mariano Marcos Terena, nasceu na aldeia indígena de Taunay (MS) em 1954.** Entrou na esfera pública ao final da década de 70 como um dos fundadores da União das Nações Indígenas (UNI) – *uma organização que marcou o início de uma reforma crítica da política indigenista que atingiu o auge uma década depois, em 1988.* Nesse mesmo ano, pela primeira vez na história do Brasil republicano, uma nova Constituição daria aos povos nativos o direito de serem brasileiros e indígenas ao mesmo tempo. Mas como também é conhecido, esse direito existia (e ainda existe) em conflito com o **Estatuto do Índio – aprovado em 1973 sob o governo de Médici** – segundo o qual os povos indígenas ainda ocupam um espaço de subalternidade relativa onde estão sempre sujeitos ao poder tutelar do estado.

**Após trinta anos de trabalho a favor não apenas do povo Terena, mas também dos indígenas da sua região, do Brasil, das Américas e do mundo, M. Marcos Terena conseguiu figurar na chapa do Partido Popular Socialista para eleger-se deputado federal por Mato Grosso do Sul.** Sua eleição, no dia 3 de outubro de 2010, o teria feito o segundo congressista indígena na história do país. Porém, **como os outros quinze candidatos indígenas nessas eleições, Terena não conseguiu a votação suficiente para tomar assento** no Palácio Nereu Ramos.

Sua frase **“posso ser o que você é sem deixar de ser o quem sou” formulou-se em plena ditadura militar.** *Foi e ainda é uma afirmação de identidade indígena; um apelo ao direito de uma cidadania diferenciada; e uma chamada aos mais de 215 povos originários do país para unir-se em função de um interesse compartilhado. Não se trata simplesmente da “sobrevivência”, mas também da autorrevitalização como povos indígenas.*

*Tracy Devine Guzmán, Doutora em Literatura e Estudos Culturais da América Latina pela Duke University (2002) e Professora da University of Miami. RETS\_Autorepresentacao\_indigena\_e\_a\_reformulao\_da\_poltica\_nacional\_-\_2011-12-14*

FATTORI, Roberta Maria (2016). **A proteção social dos povos indígenas: um olhar especial à proteção da maternidade**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais: Direito Previdenciário, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP, São Paulo.

## **RESUMO**

O presente trabalho de dissertação tem como principal objetivo a identificação das tutelas de proteção e da autonomia dos povos indígenas constantes na Constituição Federal de 1988, bem como nas normas infraconstitucionais e internacionais. Para tanto, parte da detalhada pesquisa consiste nos Direitos Sociais e na história da legislação relativa aos direitos dos índios brasileiros, desde o período colonial até a promulgação do atual texto constitucional. Dessa forma, seguiu-se o estudo sobre a soberania do Estado sobre os povos indígenas, tendo como foco a polêmica quanto à recepção da figura da tutela estatal aos índios pela vigente Carta Magna e, também, quanto ao Sistema de Seguridade Social, em especial a Previdência Social, utilizando como paradigma o benefício do salário maternidade à índia menor de dezesseis anos.

**Palavras-chaves:** Proteção Social. Soberania do Estado. Direitos dos Índios. Constituição Federal de 1988. Previdência Social. Salário Maternidade.

FATTORI, Roberta Maria (2016). *Social protection of indigenous peoples: a special look at the maternity protection*. Dissertation in Social Relations Law, Social Security Law, Catholic University of São Paulo-PUC-SP, São Paulo.

#### **ABSTRACT**

*This dissertation work has as main objective the identification of protective guardianship and autonomy of indigenous peoples present in the Federal Constitution of 1988 and the infra-constitutional norms and international standards. To this end, part of the detailed research on Social Rights and historic legislation on the rights of Brazilian Indians, from the colonial period to the enactment of the current Constitution. That way, followed by the study of state sovereignty on indigenous peoples, focusing on the controversy regarding the reception of the figure the government framework to the Indians by the current Constitution as well as the social security system, especially Social Security Social, using as a model the wage maternity benefit the least Indian of sixteen.*

**Keywords:** *Social Protection. State sovereignty. Rights of Indians. Federal Constitution of 1988. Social Security. Maternity Pay.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>I OS DIREITOS SOCIAIS: UMA VISÃO PANORÂMICA.....</b>	<b>13</b>
<b>I.1 Os Direitos Fundamentais: notas propedêuticas.....</b>	<b>19</b>
<b>I.2 A evolução dos Direitos Sociais.....</b>	<b>27</b>
<b>I.3 Instrumentos Internacionais aplicáveis aos povos indígenas.....</b>	<b>30</b>
<b>I.3.1 <i>Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos</i>” e o “<i>Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais</i>”.....</b>	<b>32</b>
<b>I.3.2 “Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio” e a “Convenção Americana dos Direitos Humanos” (Pacto de São José da Costa Rica).....</b>	<b>47</b>
<b>I.3.3 As Convenções da Organização Internacional do Trabalho: Convenção 107 e 169.....</b>	<b>51</b>
<b>I.3.4 Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.....</b>	<b>53</b>
<b>II O DIREITO E OS POVOS INDÍGENAS: UMA VISÃO INTEGRATIVA.....</b>	<b>56</b>
<b>II.1 A soberania do Estado e o Índio.....</b>	<b>60</b>
<b>II.2 Sistemas jurídicos dos povos indígenas.....</b>	<b>65</b>
<b>II.3 Críticas ao Estatuto do Índio.....</b>	<b>69</b>
<b>III A PROTEÇÃO SOCIAL E A SUA TRAJETÓRIA RUMO A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>80</b>
<b>III.1 A Ordem Social: Sistema de Seguridade Social.....</b>	<b>83</b>
<b>III.2 A Seguridade Social e os Povos Indígenas.....</b>	<b>90</b>
<b>III.3 A Previdência Social no Brasil.....</b>	<b>93</b>
<b>III.4 O Índio como segurado especial da Previdência Social.....</b>	<b>95</b>
<b>IV O SALÁRIO MATERNIDADE NO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL – NORMA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>102</b>
<b>IV.1 Breve histórico sobre o salário maternidade.....</b>	<b>103</b>
<b>IV.2 O salário maternidade e as alterações advindas da Lei nº 12.873/13.....</b>	<b>108</b>

<b>IV.3 O salário maternidade para a Indígena menor de dezesseis anos: parâmetros mínimos para observância da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas.....</b>	<b>114</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>129</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca descrever a relação do Direito e dos povos indígenas, na qual a problematização busca a análise do instituto jurídico previdenciário com aplicação de regras gerais a uma população, cuja cultura e costumes são diferentes, acarretando afrontamento direto entre a tradição e o ordenamento brasileiro atual, utilizando como paradigma o benefício previdenciário de salário maternidade a índia menor de dezesseis anos.

Todavia, insta mencionar que dentro do contexto de proteção social, as políticas de Previdência e Assistência Social no Brasil foram responsáveis pela criação de uma ideia de cidadania, associada a uma política de reposição de renda e de garantia mínima de renda, embora ainda longe de suprirem todas as necessidades da população indígena.

A partir do dispositivo constitucional que vinculou os valores mínimos dos benefícios previdenciários, o valor dos benefícios assistenciais ao salário mínimo e com a regulamentação do direito à aposentadoria rural, uma parcela significativa dos ocupados brasileiros foi inserida no Sistema da Previdência Social. Esse é o caso dos segurados especiais, como os que vivem em regime de agricultura familiar e também dos povos indígenas, que sobrevivem de atividades agrícolas, artesanais ou extrativistas vegetais.

Ademais, poderá ser verificado que a Constituição de 1988 representa um marco no tratamento dos direitos dos índios no Brasil. Além de ser o primeiro texto constitucional a ter reservado um capítulo específico para o tema, a atual Carta ampliou significativamente o grau de proteção, ao reconhecer expressamente *"sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"* (art. 231, *caput*), rompendo definitivamente com o paradigma que até então norteara a atuação estatal.

Desde os primeiros contatos entre a civilização e os índios brasileiros, as políticas oficiais sempre se pautaram no paradigma da integração, pelo qual o fato de ser índio era considerado como transitória e a associação dos indivíduos indígenas a sociedade como um processo natural e inexorável. Tal paradigma, positivado expressamente no Estatuto do Índio

(Lei nº 6.001/73), perdurou durante os períodos colonial, imperial e republicano, até a promulgação do atual texto constitucional.

A Constituição de 1988, portanto, instituiu um novo patamar para a relação entre o Estado, a sociedade e os índios que habitam o território, abandonando definitivamente o fim da sua integração e estabelecendo o que pode ser denominado paradigma da interação.

A preocupação com os povos indígenas vem ocupando um importante espaço em nível internacional desde 1989, com o advento da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre os povos indígenas e tribais, o qual consiste no instrumento internacional vinculante mais antigo de que trata especificamente os direitos desses povos.

No Brasil, o Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, promulgou a Convenção nº 169, estabelecendo um novo patamar nas relações com os povos indígenas, por meio do reconhecimento do direito à diversidade dos povos originários e assinalando o direito dos povos indígenas e tribais às políticas sociais do Estado Nacional. O artigo 24 da Convenção nº 169 dispõe sobre os direitos dos povos indígenas e tribais à seguridade social.

A proteção social em relação aos povos indígenas é de difícil mensuração, uma vez que seus direitos se confundem com aqueles da população em geral, diluída nos diferentes Sistemas da Assistência Social e no da Previdência Social. Entretanto, a sistematização, análise e apresentação desses Sistemas continuam pouco acessíveis ao público em geral e às populações indígenas.

Os objetivos específicos deste estudo visam a observar como é integrada a cobertura previdenciária da população indígena, e a aplicação do sistema de Seguridade Social dentro do contexto indígena, sob o enfoque de proteção social, tendo uma visão especial quanto ao benefício previdenciário do salário maternidade à índia gestante menor de dezesseis anos.

Insta mencionar que, no que toca ao enquadramento do indígena como segurado da Previdência Social, cabe, desde já, destacar que não existe uma categoria separada para os povos indígenas, tanto que existem relatórios apontando que os próprios índios acreditam ter direito a benefícios previdenciários pelo fato de serem índios, sendo que, na verdade, ele é

considerado segurado especial, mas somente terá seu direito reconhecido se for enquadrado na forma estabelecida pela lei previdenciária (Lei nº 8.213/91, alterada pela Lei nº 11.718/2008).

Vale destacar que a discussão versará sobre a cobertura da seguridade social dos povos indígenas, sob o ponto de proteção social, com base nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Cumprir mencionar, com a finalidade de justificativa do presente trabalho, a importância e a gravidade do tema, haja vista que, a cada período, a sociedade se inova e, com ela, deve haver toda uma estrutura necessária ao seu crescimento e desenvolvimento.

A metodologia utilizada compreendeu o levantamento de pesquisa teórico-bibliográfico, utilizando como referencial os autores Luiz Fernando Villares, Frederico Amado, Miguel Horvath Junior, Wagner Balera, dentre outros. Contudo, diante da escassez acerca do tema abordado, foi realizada uma pesquisa em campo na FUNAI de Itanhaém e na Aldeia Siqueira, na qual, atualmente, vivem cerca de 120 (cento e vinte) famílias, com aproximadamente 600 (seiscentos) índios Tupi Guarani.

Diante disso, no Primeiro Capítulo, serão tratados os Direitos Sociais, que são os direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes e visando à concretização da igualdade social, consagrando os fundamentos do Estado Democrático.

Assim, no referido Capítulo, serão abordados os direitos fundamentais, bem como a evolução dos direitos sociais e as normas de proteção indígena no âmbito internacional, pois abordará a obrigação estatal de tomar as providências necessárias, inclusive de natureza legislativa, para garantir a todos os indivíduos, incluindo os povos indígenas que se encontram em território brasileiro e estejam sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos pela Constituição Federal.

Já o Capítulo Segundo tratará dos Direitos dos Indígenas, no qual serão destacados nos respectivos subitens diversas considerações sobre a população indígena, bem como sua

relação com o Estado, além de críticas quanto ao Estatuto dos Índios, pelo fato de nele terem diversos artigos contrários aos costumes indígenas, o seu surgimento e, por fim, a questão do índio como trabalhador rural, sendo esse ponto de extrema relevância para fins de enquadramento perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

Logo, esse Capítulo trará minuciosa pesquisa histórica acerca da legislação, desde os primórdios do período colonial até o advento da Constituição de 1988, e também de aspectos das políticas indigenistas adotadas oficialmente no período da formação e desenvolvimento dos órgãos estatais, encarregados da gestão da questão indígena. O estudo histórico visa, principalmente, a identificação das normas que regeram o tratamento legal e oficial dos direitos dos índios ao longo dos séculos.

Nesse contexto, a história demonstra que a legislação sempre reconheceu os direitos dos índios às próprias terras e a tutela de suas peculiaridades culturais – *o que não impediu que tais direitos fossem reiteradamente desrespeitados.*

Dessa maneira, a trajetória histórica da legislação e a formação dos órgãos estatais encarregados do governo dos índios são fenômenos convergentes, revelando a forma como se deu a conciliação entre os direitos dos indígenas e os interesses estratégicos do Estado, relativos à ocupação do território, sua exploração econômica e defesa militar.

A partir de então, no Capítulo Terceiro, será tratada a problemática do presente trabalho, qual seja, a proteção social dos povos indígenas, apontando, em cada subcapítulo, o quanto a norma brasileira previdenciária é contrária aos costumes indígenas, utilizando como parâmetro decisões judiciais acerca do tema, considerando a ausência de obras doutrinárias sobre a problemática em comento, oportunidade em que se remete ao Capítulo Quarto, cuja discussão será sobre o salário maternidade para a índia menor de dezesseis anos, defendendo que a cultura indígena tem particularidades que a diferem dos costumes e concepções do homem branco, principalmente em questões relacionadas ao trabalho e à reprodução.

## I OS DIREITOS SOCIAIS: UMA VISÃO PANORÂMICA

Os Direitos Sociais refletem a preocupação do Constituinte com a integridade da pessoa e estão relacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, que visam alcançar a justiça social.

A história do surgimento dos direitos sociais remonta ao século XX, no período pós-guerra, o qual é fruto da reflexão antiliberal e da ascensão do Estado de Bem-Estar Social, predominante na Europa e disciplinado nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Suas características, conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais, em direitos de segunda geração, consistia em uma política social por meio da qual o Estado era o responsável pelo atendimento das demandas da população, regulando serviços, bem como fornecendo-os à sociedade, como forma de garantir melhor qualidade de vida.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar do tema foi a de 1934, na qual, em seu Preâmbulo, assegurava a finalidade de *“organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”*, sendo, também, a primeira a instituir um título específico (Título IV) disciplinando a ordem econômica e social.

Todavia, vigorou por apenas 03 (três) anos, o menor tempo de uma Constituição em vigor no Brasil até os dias atuais, posteriormente sendo outorgada a Constituição Brasileira de 1937, por Getúlio Vargas, baseada no regime autoritário da Polônia:

Dada sua condição de perseguido por aquele regime, e noutros momentos da vida nacional, o testemunho de Hermes Lima adquire especial valor quando sintetiza muito bem: *“Do ponto de vista formal, possuía o Estado Nova Constituição que, embora rígida e agressivamente fortalecedora do Executivo, dotada de asfixiante tendência centralista, apresentava traços de um pensamento político organizador sobre o qual a opinião pública, por intermédio de órgãos representativos, poderia exercer influências e pressões. Havia fortes reflexos da realidade nacional nessa Carta, embora a informasse um espírito de legalidade democrática. Trágico, porém, que esse ordenamento constitucional jamais houvesse sido acionado pelo presidente da República. A experiência poderia produzir frutos interessantes. Mas a Constituição de 1937 não se incorporou à nossa cultura política”*. Assim, a Carta de 1937 acabou entrando na história como o paradoxo de uma Constituição de fato, embora não de direito, e isso por conta dos seus próprios artigos.

(Centro de pesquisa e documentação de História Contemporânea do Brasil. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas)<sup>1</sup>.

Nesse passo, após a queda de Getúlio Vargas, surge um período de redemocratização, culminando na promulgação da Constituição de 1946, a qual restaurou os direitos e garantias individuais, reduzindo as atribuições do Poder Executivo e restabelecendo equilíbrio entre os poderes, cujo artigo 5º, inciso XV, alínea “b”, prescrevia que era competência da União estabelecer normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva ou complementar (art. 6º).

Em seu artigo 157, inciso XV, dispunha que as legislações do trabalho e da previdência social obedeceriam, entre outros preceitos, à melhoria das condições dos trabalhadores, à assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante, repetindo as regras das Constituições de 1934 e 1937.

No mais, inseriu em seu corpo o mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e ação popular (artigo 141) e a propriedade foi condicionada à sua função social, possibilitando a desapropriação por interesse social (artigo 141, §16º). Seu artigo 145 (Título V: Da Ordem Econômica e Social) estabelecia que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Por sua vez, a Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano, quando o Marechal Arthur da Costa e Silva assumiu a Presidência. Em seu artigo 8º, inciso XV, afirmava ser competência da União estabelecer planos nacionais de saúde e, no inciso XVII, alínea “c”, estatuiu a competência para legislar sobre a defesa e a proteção da saúde, permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva (§2º). No artigo 158, inciso XV, assegurava aos trabalhadores, nos termos da lei, a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, entre outros direitos que visassem à melhoria de sua condição social.

---

<sup>1</sup>Comentário extraído do seguinte sítio eletrônico, disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>, acesso em 29/04/2015.

De resto, a forma federalista do Estado foi mantida, no entanto, com a expansão da União. O princípio da separação dos poderes foi novamente afetado, eis que foi dada maior ênfase ao Poder Executivo, que passou a ser eleito indiretamente por um colégio eleitoral, mantendo-se as linhas básicas dos demais poderes.

Ademais, com relação aos direitos sociais na Constituição de 1967 destaca Adriano dos Santos Iurcovite<sup>2</sup>:

Quanto aos direitos sociais, a Constituição de 1967 apresentou dois tipos de inovações, positiva e negativa.

Negativamente, a Constituição de 1967 reduziu para 12 anos a idade mínima de permissão do trabalho (art. 158, X); a supressão da estabilidade e o estabelecimento do regime de fundo de garantia como alternativa (art. 158, XIII); e, restrições ao direito de greve (art. 158, XXI).

De forma positiva, a Constituição de 1967 inseriu modestas inovações, como a inclusão do direito ao salário-família aos dependentes do empregador (art. 158, II); proibição de diferença de salários também por motivo de etnia (art. 158, III); participação do trabalhador na gestão da empresa (art. 158, V); e, aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX).

Assim, a Constituição de 1967 sofreu 27 (vinte e sete) emendas até a respectiva promulgação da atual Constituição Federal em 1988, a qual foi chamada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de Constituição Cidadã.

Quanto aos direitos sociais, Alexandre de Moraes os conceitua da seguinte maneira:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.<sup>3</sup>

Os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Dessa forma, possibilita ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos.

<sup>2</sup>A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã. <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7417](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417)>, acesso em 16/04/2015.

<sup>3</sup>MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 202.

Cumpra mencionar que Direitos a Prestações Positivas vinculam a ideia de que é incumbência do Estado disponibilizar os meios materiais e os implementos das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício das liberdades. Esses direitos têm como principal objetivo assegurar tanto aos indivíduos, quanto aos grupos em que se inserem a participação na vida política, econômica, social e cultural<sup>4</sup>.

Entretanto, apesar de atenderem as necessidades individuais do ser humano, os referidos direitos possuem nítido caráter social, vez que, não atendidas as necessidades de cada um, seus efeitos recaem sobre toda a sociedade.

Nesse sentido, Celso Barroso Leite explica:

A proteção social se preocupa, sobretudo, com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, têm reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade. A sociedade então, por intermédio de seu agente natural, o Estado, se antecipa a esses problemas, adotando, para resolvê-los, principalmente medidas de proteção social.<sup>5</sup>

Ainda quanto aos direitos sociais:

[...] além de serem reconhecidos como direitos fundamentais, ainda receberam título próprio. Por isso, os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade dos comandos constitucionais.<sup>6</sup>

Já em seu início, mais precisamente em seu Preâmbulo, a Constituição Federal institui que são valores supremos da sociedade o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade. Portanto, esses valores são direitos de todos os cidadãos.

Em seu artigo 1º, inciso IV, a Constituição instituiu os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. No artigo 3º, prescreve que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a solidariedade (inciso I), o

<sup>4</sup>LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6 ed., Madrid: Tecnos, 1999, p. 48.

<sup>5</sup>LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972, p. 21.

<sup>6</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Crítica Jurídica, Curitiba, v. 22, 2003. p. 19.

desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (inciso III). Busca-se, como se nota, promover uma verdadeira igualdade, agindo de forma a minorar as desigualdades sociais, de forma que a Constituição Federal disciplinou, em seu Capítulo II do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), os direitos sociais<sup>7</sup>.

A Constituição da República, em seu artigo 6º, estabelece que todos os cidadãos têm direito à “*educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados*”. A esse rol de direitos, a Carta Magna intitula como direitos sociais.

José Afonso da Silva agrupa os direitos sociais em seis classes:

(a) direitos sociais relativos ao trabalhador; (b) direitos sociais relativos à seguridade; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; e (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.<sup>8</sup>

Devido à enorme amplitude dos temas inscritos no artigo 6º da Constituição Federal, não há como se olvidar de que os direitos sociais não estão somente enumerados nos artigos subsequentes, ou seja, nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11, podendo ser encontrados, também, no Título VIII, Da Ordem Social, sendo este apresentado em oito capítulos, quais sejam:

- Capítulo I (Disposição Geral, artigo 193);
- Capítulo II (Da Seguridade Social, artigos 194 a 204);
- Capítulo III (Da Educação e do Desporto, artigo 205 a 217);
- Capítulo IV (Da Ciência e da Tecnologia, artigos 218 e 219);
- Capítulo V (Da Comunicação Social (artigos 220 a 224);
- Capítulo VI (Do Meio Ambiente, artigo 225);
- Capítulo VII (Da família, da criança, do adolescente e do idoso, artigos 226 a 230); e
- Capítulo VIII (Dos Índios, artigos 231 e 232).

<sup>7</sup>IURCOVITE, Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7417](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417)>. Acessado em 16 abril de 2015.

<sup>8</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 286.

Assim, além desses, os direitos sociais também estão ligados às políticas urbana e agrária, expressas nos artigos 182 a 191 (Título VII, Capítulo II), as quais “*têm inteira vinculação com o ideal de busca do pleno desenvolvimento e do bem-estar da população, consagrados no preâmbulo atual da Constituição*”<sup>9</sup>.

Destaca Alexandre de Moraes:

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista no §1º, do art. 5º, e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.<sup>10</sup>

Logo, após essa breve análise sobre os Direitos Sociais, verifica-se que o Estado tem como dever a entrega de prestação material para atender os fins constitucionalmente previstos, destacadamente aqueles que buscam erradicar as desigualdades sociais mediante a outorga de direitos relacionados, pelo menos, ao mínimo vital.

Dessa maneira, o Estado não atua de forma veemente na proteção social à população indígena, mesmo após os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, pois a permanente disputa sobre a demarcação de terras, a recente ampliação do reconhecimento dos direitos indígenas, o respeito a suas culturas e modos de vida, de um lado, e, de outro, os interesses do agronegócio e do modelo de desenvolvimento vigentes no país têm levado a inúmeros conflitos.

Portanto, a fim de justificar a assertiva acima, passa-se à análise dos Direitos Fundamentais e a sua importância na questão indígena, tendo em vista que, no território brasileiro habitam cerca de 305 (trezentas e cinco) etnias, que falam 274 (duzentas e setenta e quatro) línguas diferentes e somam aproximadamente 896.917 (oitocentas e noventa e seis mil, novecentas e dezessete) pessoas, distribuídas em 505 (quinhentas e cinco) Terras

---

<sup>9</sup>LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

<sup>10</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 194.

Indígenas e algumas áreas urbanas<sup>11</sup> - *uma realidade desconhecida pela maior parte da sociedade brasileira, haja vista que tais dados reforçam a necessidade de dar visibilidade às lutas dos povos indígenas de modo a contribuir para tornar efetivos seus direitos.*

## I.1 Os direitos fundamentais: notas propedêuticas

Primeiramente, importante mencionar que os direitos humanos são o resultado de um processo histórico de lutas contra o poder e a busca de um sentido para a humanidade. Já os direitos fundamentais decorrem do processo de positivação desses direitos.

Nesse sentido, Canotilho, em sua obra *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*, destaca:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>12</sup>

Do mesmo modo, assevera Ingo Wolfgang Sarlet, em *“Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”*, que:

[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup>Censo 2010, IBGE. Disponível em < [http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena\\_censo2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf)>.

<sup>12</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 259.

<sup>13</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 35 e 36.

Assim, é possível afirmar que a sociedade, ao longo do tempo, atravessou por mutações de ordem social, política, religiosa e econômica, surgindo direitos essenciais, que nascem justamente da luta contra o poder.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, em sua obra “*A Era dos Direitos*”, afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas<sup>14</sup>.

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a respeito dos direitos fundamentais, frisa que:

A evolução dos direitos fundamentais é lenta e gradual. Entretanto, alguns marcos nessa trajetória são evidentes. A Magna Carta de 1215, de certa forma, pode ser considerada um registro de direitos a serem opostos ao Monarca. Ainda na Inglaterra, outras referências são importantes. A Petição de Direitos de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689. Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e, alguns anos antes, a Declaração de Virgínia deram mostras de que a consagração dos direitos fundamentais continuava em marcha que avançou, ainda mais significativamente, no século XX, sendo exemplar desse século a Declaração Universal de Direitos do Homem (1948).<sup>15</sup>

Classificam-se os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidas.

Dessa forma, na primeira fase de evolução da Declaração Universal dos Direitos Humanos, predomina o ideário liberal, ou seja, era imposto ao Estado o reconhecimento desses direitos ou limites de atuação, que implicam garantias que salvaguardam as pessoas contra o poder estatal institucionalizado.

Diante disso, o Ministro José Celso de Mello Filho, em sua obra “*Constituição Federal Anotada*”, destaca acerca das liberdades públicas e a limitação estatal:

---

<sup>14</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 5.

<sup>15</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 27/31.

As liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Pertinam ao homem:

- a) enquanto pessoa humana (são as leis clássicas/negativas);
  - b) enquanto pessoa política (é a liberdade – participação, fundamento da ordem democrática); e
  - c) enquanto pessoa social (são as liberdades positivas, também denominadas liberdades reais/concretas).
- São 3 (três), portanto, as dimensões em que projetam as liberdades públicas:
- 1) dimensão civil (liberdade clássica);
  - 2) dimensão política (liberdade – participação); e
  - 3) liberdade social (liberdades concretas: direitos econômicos e sociais).<sup>16</sup>

Nesse contexto, verifica-se que tais direitos fundamentais privam o Estado com relação às liberdades em sentido estrito e concedem ao indivíduo o direito de requerer a prestação positiva do Estado.

Acerca dos direitos fundamentais e a relação do Estado com o indivíduo, destacam Dimitri Dimoutis e Leonardo Martins, na Obra “*Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*”,

Sejam os direitos fundamentais encarados como direitos subjetivos, sejam como princípios objetivos da ordem constitucional, decorrente da condição social da pessoa, sua atual fase de evolução, permite identificar três características elementares: o primeiro é o Estado, pois, sem a existência de uma estrutura de poder capaz de controlar determinado território e impor suas decisões, os direitos fundamentais careceriam de relevância prática, tornando-se inexigível qualquer rol de direito; o segundo, o indivíduo, considerado como elemento próprio, protagonista do arranjo político, e não como mero membro de uma coletividade, no contexto social do grupo; e o terceiro, a presença do texto escrito e vigente no território do Estado, como texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declarada determinados direitos fundamentais.<sup>17</sup>

Nesse passo, os primeiros direitos fundamentais foram os de caráter negativo, que emergiram no Estado liberal. Sobre o assunto, menciona Fábio Konder Comparato, na obra “*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*”,

No Estado de Virgínia, no ano da declaração da independência das treze colônias americanas da Inglaterra, mais precisamente em 12 de junho de 1776, a “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*) reconheceu direito como liberdade, à igualdade, à propriedade, à liberdade de religião e de imprensa, entre outros direitos individuais, marcadamente liberais. Entretanto, a própria Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 não tratava, na origem, desses direitos, o que apenas em 15 de dezembro de 1791 ocorreu, com a ratificação das primeiras Emendas

<sup>16</sup>MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada**, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1986, p. 320.

<sup>17</sup>DIMOUTIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010, p. 21.

Constitucionais, quando, então, estavam proclamados direitos à liberdade religiosa, à segurança, à propriedade individual, à livre manifestação do pensamento<sup>18</sup>.

Ressalto que, nessa época, na Europa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada em 02 de outubro de 1789, também reconheceu o direito à liberdade, igualdade, propriedade, segurança, resistência, opressão e outras garantias.

Nesse diapasão, importante mencionar que, a partir dos fatos políticos e históricos, consolidaram-se nesses ambientes os direitos de liberdades civis e políticas. Como afirma Flávia Piovesan<sup>19</sup>, os direitos civis e políticos são uma herança liberal patrocinada pelos EUA.

Todavia, os direitos fundamentais de Segunda Geração referem-se aos direitos sociais, que são relacionados com os direitos econômicos, cuja finalidade é a garantia dos meios materiais necessários à efetivação dos direitos individuais, colocando o Estado na condição de satisfazer certos direitos ou necessidades da coletividade.

Sobre o tema, afirma André Ramos Tavares<sup>20</sup>:

O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais nitidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades, se o indivíduo não dispõe de condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitado os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares.

Por fim, os direitos fundamentais de Terceira Geração são direitos com função coletiva ou difusa, não destinados à satisfação de necessidades do indivíduo ou mesmo de uma determinada coletividade, sendo voltada à preservação do ambiente saudável, da proteção do patrimônio comum dos povos e ultrapassam os limites territoriais do Estado para tutelar interesses da humanidade.

---

<sup>18</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118.

<sup>19</sup>PIOVESAN, Flávia. **Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. In Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. Walter de Moura Agra(coordenador), São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

<sup>20</sup>TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 429.

Ressalta-se que é a partir desses direitos fundamentais de terceira geração que se nota o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos como circunstância necessária à efetiva salvaguarda por ela pretendida.<sup>21</sup>

Paulo Bonavides<sup>22</sup> ainda faz referência a direitos humanos da Quarta Geração, caracterizados pela ideia da globalização política e direito à democracia, ao pluralismo político.

Nesse diapasão, não resta dúvida de que os direitos fundamentais, como integrantes do conjunto normativo positivado em determinado Estado, encerram valores jurídicos. Sobre o tema, reconhece Pietro Arlacón, na obra *“Ciência Política, Estado e Direito Público: Uma introdução ao direito público da contemporaneidade”*:

Admita-se, então, que o Direito é um fenômeno com memória – *a que se entrelaça a fatos e episódios marcantes da Humanidade* – construído em um momento determinado da vida social, na perspectiva de resolver conflitos e melhorar as condições existenciais do ser humano, conduzindo-o a seu bem-estar.

O sentido atual e atuante do Direito deriva da aliança entre essa historicidade que lhe é própria e a reprodução dos valores sociais. Com efeito, as suas modificações valorativas com relação ao que deve ou não ser aceito socialmente podem tornar supérfluo todo ou parte de um conjunto normativo por meio do qual se revele ou apresente o Direito.<sup>23</sup>

Dessa forma, não obstante a percepção que se desenvolveram e permanecem a evoluir em gerações, dimensões, espécies ou categorias, o que interessa como objeto específico deste trabalho é o direito fundamental de Segunda Geração, ou seja, os Direitos Sociais especificamente marcados com o rótulo de direitos sociais positivos, na qual exige do Estado o oferecimento de prestações aos destinatários credores, onde se destaca os direitos fundamentais indígenas.

Assim, referente aos direitos sociais positivos, podemos mencionar que a tutela jurídica brasileira conferida aos direitos indígenas fundamentais iniciou-se no sistema de cunho exterminacionista, caracterizado pela completa omissão de se proteger tais direitos,

---

<sup>21</sup>TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1., pp. 434/436.

<sup>22</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., 2001, São Paulo: Malheiros, pp. 524/525.

<sup>23</sup>LORA, Pietro de Jesús Alarcón. **Ciência Política, Estado e direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 35.

perpassando-se pelo procedimento integracionista, que ainda perdura em certos textos legais vigentes, alcançando o nível de reconhecimento de direitos originários que esteve presente em algumas Constituições Federais. Entretanto, somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que a tutela indígena, que até então se baseava no mero reconhecimento de sua existência, foi ampliada para garantia do direito à diferença e preservação de suas identidades.

Acerca dos direitos indígenas fundamentais, destaca Manoel Nascimento de Souza e Erivaldo Moreira Barbosa, no artigo “*Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira*”:

Assim, os direitos indígenas fundamentais têm a função não apenas de reconhecer a existência das comunidades nativas, mas, sobretudo, assegurar o respeito ao seu modo de interação com o mundo, sua organização social, sua identidade cultural. Sobre o tema preleciona SILVA (2006) que esses grupos sociais reivindicam direitos de caráter coletivo, como a garantia do direito a terra, aos recursos naturais e principalmente à autodeterminação política e à cultura própria, dos quais o resguardo passa pela efetividade de seus direitos fundamentais.

Entre esses direitos reconhecidos aos indígenas existem os de primeira ordem como estabelecido no artigo 5º da CF/88, dentre eles, o direito à vida, a igualdade, a liberdade, a segurança, e propriedade, sendo o cumprimento destes de incumbência da União Federal. Alinhando-se a estes e constituindo um arcabouço específico, a legislação infraconstitucional brasileira elenca diversos outros direitos, a exemplo do Estatuto do Índio que apesar das deficiências apontadas apresenta uma política de tutela do direito às terras indígenas, o Projeto de Lei (n. 2.057/91) que se encontra em tramitação amplia os direitos indígenas legalizando o direito autoral, a proteção ao conhecimento tradicional, a representação segundo seus usos e costumes, direito de participação em instâncias oficiais relativas à questão indígena, proteção aos recursos naturais dentre outros, dos quais em razão de serem indispensáveis para o cumprimento de uma proteção integral das populações indígenas, destaca-se o direito a saúde, a educação e o direito sobre as terras consideradas indígenas.<sup>24</sup>

Todavia, é persistente o descaso com a saúde das comunidades tradicionais fadadas ao abandono, pobreza e decadência física, agravados pelas invasões de áreas indígenas e a respectiva omissão governamental em relação a esta realidade, como se pode atestar pela análise do seguinte entendimento jurisprudencial:

CONSTITUCIONAL. TURBAÇÃO DE TERRA INDÍGENA POR MADEIREIROS, GRILEIROS E GARIMPEIROS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA RETIRADA DOS INVASORES DAS ÁREAS INDÍGENAS ZORÓ E SURUÍ. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-SANITÁRIA EM RAZÃO

<sup>24</sup>SOUZA, Manuel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9)>, Acesso em 05 maio de 2015.

DA PRESENÇA DE SITUAÇÃO DE SAÚDE CALAMITOSA: ATROFIA NUTRICIONAL, TURBECULOSE, NANISMO.

1. Dispõe o artigo o artigo 231, *caput*, da Constituição Federal que compete à União proteger as terras indígenas e fazer respeitar todos os seus bens.
2. É omissa a União em não repassar recursos para os órgãos criados para a proteção do meio ambiente, das comunidades indígenas e sua saúde (IBAMA, FUNAI, FUNASA), de forma a permitir que indivíduos de nações indígenas Zoró e Suruí estejam sendo vítimas de contaminações e doenças graves, causadoras de morte e de exploração ilegal de suas áreas localizadas em Cacoal e Espigão D'Oeste (RO) por madeireiros, garimpeiros e posseiros.
3. Conforme estudos da Fundação Osvaldo Cruz, foram detectados anticorpos antirrotavírus produzidos entre os grupos Suruí e Karitiana, soropositividade elevada, atrofia nutricional, nanismo entre crianças, além de casos de tuberculose seguida de morte.
4. Agrava a situação caótica da saúde das referidas comunidades a invasão das reservas e a exploração ilegal nas áreas do Espigão D'Oeste, Cacoal e município de Aripuanã, compreendendo as comunidades Cintra-larga, Suruí e Zoró.
5. A ausência de fiscalização permite a derrubada indiscriminada de madeira. A retirada dos invasores e a vigilância das áreas indígenas Zoró e Suruí são necessárias para se evitar as contaminações e moléstias graves a que se acham cometidas nos indivíduos dessas comunidades e também para que não haja devastação dos meios de subsistência consistentes na fauna e flora nativas.
6. A destruição do meio ambiente das populações indígenas conduz a escassez de alimentos (pesca, caça, vegetais) e o consequente estado de desnutrição mórbido de adultos e crianças que passam a depender, para sobreviver, de cestas básicas fornecidas pelo governo federal.
7. É omissa o IBAMA no seu dever de evitar a destruição das áreas de preservação permanente, merecendo reparos a r. sentença.
8. Dispõe o artigo 1º do Decreto 3.156.90 que *'a atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição e com a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, objetivando a universalidade, a integralidade dos serviços de saúde'*. Compete à FUNASA adotar as providências para a recuperação da saúde do ÍNDIO, devendo a FUNAI comunicar a existência de grupos que necessitam de atendimento específico (art. 3º, § único).
9. O Poder Judiciário não elabora nem promove políticas públicas, contudo, tem o dever, em caso concreto, de determinar que os órgãos públicos realizam seus fins institucionais, em especial quando está em juízo o direito à vida.
10. Apelação do MPF parcialmente provida.  
(TRF- 1ª Região. Quinta Turma. Apelação Cível 1998.01.00.053400-2 RO. Rel. Des. João Batista Moreira. Julgamento de 12.03.2007)

Do mesmo modo, demonstra o gráfico abaixo do IBGE, relativo ao Censo 2000<sup>25</sup>, acerca da mortalidade infantil indígena em comparação com as demais crianças brasileiras.

<sup>25</sup>Censo 2000. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000008473104122012315727483985.p>>  
Acessado em 04 de março de 2016.

51,4	Mortalidade infantil indígena (/mil)
30,1	Mortalidade infantil brasileira (/mil)

Fonte: IBGE - Censo 2000

A Organização Mundial de Saúde classifica as taxas de mortalidade infantil da seguinte forma:

<b>Baixas:</b> menos de 20/mil	<b>Médias:</b> de 20 a 49/mil	<b>Altas:</b> 50/mil ou mais
--------------------------------------	-------------------------------------	------------------------------------

Nesse passo, é mister destacar a deficiência do sistema de informações referente a saúde, pois, não contempla, entre outros dados, a identificação étnica e o domicílio do paciente indígena, dificultando a construção do perfil epidemiológico e criando dificuldades para a sistematização de ações voltadas para à saúde dos povos indígenas.

Outro direito de fundamental importância é a educação das comunidades indígenas, as quais, no processo histórico de integração do índio, sempre estiveram expostas à imposição de valores alheios e a negação de sua identidade e cultura.

Como reação a essa situação, o legislador constitucional estabeleceu no artigo 210, §2º, da CF/88, que o ensino fundamental regular nessas comunidades será ministrado em língua portuguesa, sendo assegurada, também, a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, sobre os quais LENZA tece o seguinte esclarecimento:

O acréscimo dos mecanismos próprios indígenas fortalece a ideia de preservação dos costumes, línguas, crenças e tradições dos silvícolas, indispensável em razão da inegável diferença cultural entre o homem civilizado e a comunidade indígena.<sup>26</sup>

A competência para executar a política de educação escolar indígena passou a ser responsabilidade do Ministério da Educação, tendo como atribuição o desenvolvimento de uma educação diferenciada, específica, intercultural e bilíngue.

Em relação a esta política, destaca a inexistência de um programa específico para a escola indígena em termos de material didático, alimentação e infraestrutura, além da aplicação insuficiente dos recursos financeiros<sup>27</sup>.

<sup>26</sup>LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 884.

Dessa forma, conclui-se que, embora existentes os direitos garantidos, ainda há uma insuficiência nos atendimentos relativos aos direitos sociais referentes aos indígenas, sendo necessária uma efetiva atuação do Estado com políticas públicas eficazes, mas sem contrariar os costumes e crenças dos povos originários.

Assim, para demonstrar tal afirmação passaremos a analisar a evolução história dos direitos sociais e a consequente efetivação das prestações pelo Estado.

## I.2 Evolução dos direitos sociais

Conforme mencionado no tópico anterior, os direitos sociais podem ser denominados como aqueles que exigem do Estado uma atuação positiva, sendo esta necessária à implementação dos valores fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, razão pela qual o constitucionalismo social incorporou ao longo da evolução das sociedades organizadas e de suas constituições, cláusulas programáticas com conteúdo econômico e social.

Carlos Miguel Herrera<sup>28</sup> destaca que a “*Constituição Mexicana de 1917 é o antecedente fundamental nesse quadro, como uma verdadeira certidão de nascimento da constitucionalização social*”.

Após um período, a constitucionalização do Estado Social é desenvolvida na Assembleia de Weimar e na Constituição Alemã de 1919, com a consagração de direitos de alguns grupos sociais, como família, juventude, menores, mães e funcionários públicos, com a expressa menção aos direitos à educação e moradia e o respeito a um conjunto de direitos econômicos dos trabalhadores.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup>WELLEN, Aloys I. **O Regresso: O difícil regresso à mãe natureza; O caso do povo Xukuru do Ororubá**. João Pessoa: Manufatura, 2002, p. 44.

<sup>28</sup>HERRERA, Carlos Miguel. **Estado, Constituição e Direitos Sociais in Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 13.

<sup>29</sup>TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1, p. 26.

No entanto, uma nova onda de constitucionalização social surge com o advento da Segunda Guerra Mundial, com o modelo de Estado intervencionista. A Constituição Italiana de 1947, por exemplo, contemplou amplamente os direitos sociais, incluindo um “direito ao trabalhador” (artigo 4º). Já a Lei Fundamental consagrou a proteção da família (artigo 6º) e, nos artigos 20 e 28, ao princípio do “Estado Social” condicionado à interpretação dos direitos individuais à luz produzida pelo princípio da igualdade.

Também a Constituição Francesa de 1946, em seu preâmbulo, fez referência aos direitos sociais por meio dos “*princípios particularmente necessários a nosso tempo*” e, embora inicialmente refratário, o Conselho Constitucional Francês acabou por evoluir para o reconhecimento da força normativa dos direitos sociais mencionados no respectivo preâmbulo da Constituição.<sup>30</sup>

Com a Constituição de 1976, Portugal é um exemplo ávido na constitucionalização dos direitos sociais e, após, em 1978, a Constituição Espanhola, um pouco mais sutil, faz referência aos “*princípios rectores*”, sendo que o artigo 1º, inciso I, destaca que a “*Espanha é um Estado Social e Democrático de Direito*”.

Vale mencionar que, na Constituição Portuguesa de 1976, é notável a identificação dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, distinguindo o legislador constituinte, claramente, os direitos, liberdades e garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de ter previsto um “*regime jurídico*” próprio para o direito de liberdade. Cristina Queiroz<sup>31</sup>, tratando do tema, destaca:

Um dos problemas com que se defronta o constitucionalismo actual, no plano nacional, tem a ver com a dicotomia entre '*direito, liberdade e garantia*' e os '*direitos económicos, sociais e culturais*'. Essa dicotomia ou dualismo, que encontra apoio implícito no texto constitucional, posto que os direitos económicos, sociais e culturais, ou genericamente, '*os direitos fundamentais*', ainda que expressamente qualificados de direitos fundamentais, beneficiam do regime jurídico geral do direito fundamental, mas não do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdade e garantias, basicamente o disposto no artigo 18º da Lei Fundamental.

---

<sup>30</sup>TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1, p. 26.

<sup>31</sup>QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra, ed. 2006, p. 5.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, a Colombiana de 1991 e a Paraguaia de 1992 mantiveram o mesmo critério, consagrando, em seus textos, os direitos sociais, o que resultou na necessidade de rever o posicionamento do Estado diante dessas novas exigências e de levá-lo a efetivar essas pautas sociais que tratam de um novo modo de ação estatal.

Verifica-se que não se trata apenas de garantir a liberdade das pessoas, mas também da preocupação com o arbítrio do Estado para alcançar, como destacado pelos Professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “*um patamar mais evoluído*”<sup>32</sup>.

Diante disso, é correto afirmar que são direitos tendentes à melhoria das condições de vida digna na sociedade juridicamente organizada que, consagrados pelo positivismo constitucional, podem ser exigidos do Estado, na qual tem a obrigação de planejamento, criação e desenvolvimento de políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades sociais e ao resgate das mínimas condições de vida digna, conforme se verifica na expressão utilizada por Sarlet: “*Os direitos sociais podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social*”<sup>33</sup>.

Nesse passo, é possível afirmar que o Estado, em relação aos direitos sociais, não está apenas na contingência ou não de intervir na esfera do domínio jurídico dos indivíduos, mas também de criar condições materiais e normativas para o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

J.J. Gomes Canotilho, sobre o tema, ressalta:

O mesmo objectivo era recortar uma posição jurídico-prestacional com a mesma densidade jurídico-subjectiva dos direitos de defesa. No entanto, e embora tenha sido reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçam uma posição cada vez mais conservadora:

- (i) as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna;
- (ii) são consideradas mais como dimensões de direito, liberdade e garantia (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais;

<sup>32</sup>ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

<sup>33</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10ª ed., 2009, p. 48.

(iii) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objectivos, *prima facie* do Estado, e não tem direito subjectivo prestaçionais derivados directamente da Constituição.<sup>34</sup>

Nesse passo, verifica-se que a instituição dos direitos sociais, no Brasil, sofreu forte influência dos fundamentos políticos elaborados pelos teóricos da Revolução Francesa e norte-americana, que assentavam, em sua primeira fase, na garantia dos direitos individuais, civis e políticos, integrativos do direito à cidadania.

Assim, o relevante fato das Constituições consagrarem referidos direitos não implica, necessariamente, na efetivação de todas as condições para a efetividade. E muitos desses direitos exigem mais do que normas constitucionais – *como o caso da proteção indígena, a qual será verificada no decorrer deste trabalho* –, vez que exigem a atuação política e jurídica do Estado no sentido apontado pela Constituição.

Nesse contexto, a análise dos direitos indígenas sob a ótica constitucional dos direitos humanos é deveras relevante, de sorte a garantir aos povos indígenas o gozo pleno dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal e por Acordos e Convenções Internacionais.

### **I.3 Instrumentos Internacionais aplicáveis aos Povos Indígenas**

Os povos indígenas, além de estarem protegidos especificamente por normas de carácter constitucional, também são abrangidos pelas normas de direito internacional que visam a tutela dos direitos humanos.

Muito embora existam diversos instrumentos internacionais objetivando à proteção dos povos indígenas, a abordagem, neste tópico, ficará restrita aos tratados e convenções que vieram a ser ratificados pelo Brasil e, de acordo com Helder Girão<sup>35</sup>, “*aqueles que*

---

<sup>34</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **O direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da sociedade contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”** in direitos fundamentais sociais. J.J. Gomes Canotilho, Marcos Orione Gonçalves Costa e Érica Paula B. Correia (coord), São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

<sup>35</sup>BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 71.

*ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro segundo o procedimento dos arts. 49, I c/c 84, VIII, ambos da CF/88”.*

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, ao acrescentar o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, equiparou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, às emendas constitucionais, porém, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos respectivos membros.

A questão acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos, ainda é objeto de discussão na seara jurídica, principalmente, quando se depara com aqueles tratados aos quais o Brasil havia aderido antes da introdução do citado §3º ao artigo 5º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

A doutrina aponta quatro posicionamentos acerca da hierarquia dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: hierarquia supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional (mas supralegal) e paridade entre tratado e lei federal.<sup>36</sup>

Após a entrada em vigor do preceito expresso no §3º do artigo 5º da Constituição Federal e cumprido os requisitos exigidos, o *status* normativo dos tratados e convenções resta equiparado às emendas constitucionais. Porém, algumas situações devem ser distinguidas, como aquelas consideradas pelo Ministro Celso de Mello<sup>37</sup>: a) tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas incorporados à ordem interna após a Carta Maior; b) tratados ratificados na vigência da Constituição Federal de 1988, mas antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal; c) tratados ratificados após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

No primeiro caso, o Ministro valendo-se dos ensinamentos de Celso Lafer diz que *“tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente*

---

<sup>36</sup>PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e Reforma do Poder Judiciário**. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino (orgs.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 417.

<sup>37</sup>Fundamentação do voto proferido no HC 87.585/TO (STF, j. 03.12.2008), no qual o Min. Celso de Mello se apoiou nos ensinamentos de Celso Lafer, Flávia Piovesan, Antonio Augusto Cançado Trindade, entre outros.

*recebidos nessa condição, pelo §2º da Constituição*”. Na segunda hipótese, assevera que “*essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o ‘inter’ procedimental estabelecido pelo §3º do artigo 5º da Constituição*”. E, finalmente, na terceira hipótese, “*referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhe é atribuída por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade*”. (STF, HC 87.585/TO)

Por outro lado, no julgamento do RE 466.343/SP<sup>38</sup>, o Supremo Tribunal Federal, apesar dos votos divergentes de seus ministros, posicionou-se no sentido de considerar a suprallegalidade dos tratados já vigentes no Brasil, afastando-se a tese sustentada pelo Ministro Celso de Mello, segundo o qual os tratados têm valor constitucional.

Assim, prevaleceu a tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas em face do caráter especial em relação aos demais atos normativos de nível constitucional, seriam dotados de um atributo de suprallegalidade, ou seja, inferiores à Constituição Federal, mas superiores às leis ordinárias.<sup>39</sup>

De qualquer forma, deve ser observado que em se tratando de instrumentos internacionais aplicáveis aos povos indígenas, inexistente incompatibilidade entre estes e as normas de direito interno, na qual alguns desses merecem considerações, conforme analisaremos a seguir.

### ***L.3.1 “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos” e o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”***

Pelo exposto no item acima, não restam dúvidas de que os direitos das comunidades indígenas nada mais são que direitos humanos, razão pela qual se faz necessária sua análise, eis que já deveriam ser respeitados independentemente da existência de legislação específica interna, o que já obrigaria o Estado a garanti-los.

---

<sup>38</sup>Julgamento em 03.12.2008.

<sup>39</sup>CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 60-65.

Nesse passo, cumpre salientar que os direitos humanos surgem quando devem e podem nascer, conforme destaca Norberto Bobbio, em sua obra “*A Era dos Direitos*”, não nascendo todos de uma vez nem uma vez por todas<sup>40</sup>. Já Hannah Arendt, em sua obra “*As Origens do Totalitarismo*”, menciona que os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.<sup>41</sup>

Dessa forma, levando-se em consideração a historicidade desse direito, é possível afirmar que a definição de direitos humanos tem diversos significados, entre eles, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Sobre o tema, destaca Flávia Piovesan:

Tal concepção é fruto de um movimento extremamente reveste de intensidade de direitos humanos, surgido no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo regime nazista. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana que resultou no Enio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça plena ariana. No dizer de Ignacy Sachs (1998, p. 149), o século 20 foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.<sup>42</sup>

Assim, conforme destacado pela mesma autora, é por meio desse cenário que se reconstroem os “*direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea*”.

E prossegue afirmando:

Se a segunda guerra significou uma ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. Como marco maior desse esforço, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é aprovada em 10 de dezembro de 1948. Introduz

---

<sup>40</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

<sup>41</sup>ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p. 441.

<sup>42</sup>PIOVESAN, Flávia. **Revista Internacional de Direitos Humanos. Direito Social, econômico e culturais e direitos civis e políticos**. Disponível em: [HTTP://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003](http://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003). Acessado em 27 de maio de 2015.

ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade desses direitos.

Universalidade, porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade individual, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Consagra-se, desse modo, a visão integral dos direitos humanos.<sup>43</sup>

Desse modo, a motivação para se elaborar um documento universal sobre direitos humanos acompanha aquela que inspirou a criação da Organização das Nações Unidas, bem sistematizado no preâmbulo da Declaração Universal de 1948, tendo em vista que o *“desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrapassam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença, de liberdade de viverem sem temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”*.

Entretanto, havia necessidade de criar concreção aos direitos humanos e liberdades fundamentais previstas na Carta da ONU, haja vista que também se tratava do propósito das Nações Unidas (artigos 1º e 3º): *“Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”*.

Ressalta Flávia Piovesan:

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de parâmetros mínimos de proteção (o *“mínimo ético irreduzível”*). Nesse sentido, cabe destacar que, até agosto de 2002, conforme dados do *Human Development Report* (UNDP, 2002), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 148 Estados-países; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com 145 Estados-países; a Convenção contra Tortura, com 130 Estados-países; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, com 162 Estados-países; a Convenção sobre a Eliminação da

<sup>43</sup>PIOVESAN, Flávia. **Revista Internacional de Direitos Humanos. Direito Social, econômico e culturais e direitos civis e políticos**. Disponível em: [HTTP://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003](http://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003), Acessado em 27 de maio de 2015.

Discriminação contra a Mulher com 170 Estados-países; e a Convenção sobre Direito da Criança apresentava as mais ampla adesão, com 191 Estados-países.<sup>44</sup>

Diante disso, como explanado, a ideia inicial existente nas Nações Unidas era a da construção de uma Carta Internacional de Direitos Humanos composta pela Declaração Universal e um pacto internacional com natureza obrigacional para os Estados signatários. Todavia, as divergências entre os blocos mundiais soviéticos e “ocidental” levaram a adoção de dois tratados distintos.

Relata Lindgren Alves<sup>45</sup> que a proposta da formulação de um pacto apenas abrangente, defendido pelos países alinhados à União Soviética foi desolada pelo entendimento de que os direitos civis e políticos se diferenciam dos direitos econômicos, sociais e culturais no que tange à sua natureza, especialmente porque os primeiros seriam de aplicação imediata e, portanto, passíveis de cobrança, enquanto que os segundos seriam realizáveis progressivamente, sem que se pudesse exigir do Estado sua concretização.

Outro segmento prevalectante foi a diferença entre os mecanismos de supervisão: como os direitos civis e políticos deveriam ser implementados imediatamente, dizendo respeito fundamentalmente às leis individuais, sua violação poderia ser denunciada a um órgão fiscalizador (posteriormente denominado Comitê de Direitos Humanos). Já os direitos econômicos, sociais e culturais se realizariam apenas diante da cooperação internacional e dos esforços de cada Estado, não sendo possível, assim, a aplicação do sistema de denúncias.

Entretanto, a tentativa de segregar os direitos humanos em duas categorias com importância desigual caiu por terra menos de dois anos após a adoção dos Pactos Internacionais, na Conferência Mundial realizada em Teerã em 1968, na qual se afirmou peremptoriamente a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos.

---

<sup>44</sup>PIOVESAN, Flávia. **Revista Internacional de Direitos Humanos. Direito Social, econômico e culturais e direitos civis e políticos**. Disponível em: [HTTP://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003](http://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003), Acessado em 27 de maio de 2015.

<sup>45</sup>ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva/Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994, pp. 48-50.

Sobre o assunto, destaca Cançado Trindade que “*como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, as realizações dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, torna-se impossível*”<sup>46</sup>.

Diante disso, as expressões “*interdependência*” e “*indivisibilidade*” têm sido empregadas reiteradamente por documentos internacionais e escritos sobre direitos humanos, como se sinônimos fossem, razão pela qual explica o desejo de limitar a possibilidade dos Estados construírem as interpretações restritivas de direitos enunciados, alegando o cumprimento parcial das normas internacionais sobre a matéria<sup>47</sup>.

Nesse passo, apesar de a ONU, mesmo tendo editado dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, aparentemente separando os direitos humanos em duas classes, fez questão de afirmar a concepção unitária. Assim, resoluções das Nações Unidas nos anos 70 reiteraram essa ideia, a qual foi consolidada no item 5º, 1ª parte, da Declaração e Programa de Ação adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), ao afirmar que: “*Todos direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados*”.

Assim, é exemplar a menção contida no preâmbulo dos Pactos Internacionais de 1966 que dispõe:

Em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria não pode ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais.

Sobre o tema, ressalta J.J. Canotilho que as liberdades negativas, surgidas quando da formulação dos direitos humanos de matriz liberal, carecem da concorrência de direitos econômicos, sociais e culturais para sua realização máxima. Assim, criticando a “desesperada tentativa” de se fazer sobreviver os arquétipos liberais em face do processo de objetivação e

---

<sup>46</sup>TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 123.

<sup>47</sup>PIOVESAN, Flávia. **Revista Internacional de Direitos Humanos. Direito Social, econômico e culturais e direitos civis e políticos**. Disponível em: [HTTP://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003](http://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003). Acessado em 27 de maio de 2015.

socialização dos direitos fundamentais, Canotilho promove uma adequação temporal daquela noção, destacando os seguintes elementos:

- (i) A efectivação real da liberdade constitucionalmente garantida não é, hoje, apenas tarefa de iniciativa individual, sendo suficiente, notar que, mesmo no campo das liberdades clássicas (para já não falar dos direitos sociais, económicos e culturais) não é possível a garantia da liberdade sem intervenção dos poderes públicos. (...);
- (ii) “o homem situado” não abdica de prestações existenciais estritamente necessárias à realização de sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa “cegueira” em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e económico da realização da liberdade.<sup>48</sup>

Ademais, José Afonso da Silva, acerca do assunto, o relaciona com o modelo democrático instituído pela Constituição Federal brasileira de 1988. Os direitos e garantias previstos no artigo 5º da Carta Magna – *de natureza preponderantemente civil e política* – “*estão contaminados de dimensão social*”, o que opera a transição “*de uma democracia de conteúdo basicamente político – formal, para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos económicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo*”.

E acrescenta: “*O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como categoria contingente*”.<sup>49</sup>

Nesse diapasão, verifica-se que os direitos sociais voltados à criação de medidas mais igualitárias de vida são condição de verdadeira eficácia das liberdades clássicas, e vice-versa.

Ressalta-se o entendimento da doutrinadora Flávia Piovesan sobre o assunto:

(...) 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, económicos e culturais), ao contrário, não. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, económicos e culturais não são direitos legais. A ideia de não-acionalidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos

<sup>48</sup>CANOTILHO J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 517.

<sup>49</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182.

fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direito, e não como caridade, generosidade ou compaixão.<sup>50</sup>

Diante desse cenário, no âmbito internacional foram adotados simultaneamente dois tratados pelas Nações Unidas. O primeiro, de 16 de dezembro de 1966, por meio da Resolução nº 2.200 – A da Assembleia Geral, entrou em vigor quase ao mesmo tempo, ou seja, três meses após o depósito do trigésimo quinto instrumento de adesão ou ratificação ao Secretário Geral da ONU, o que ocorreu em 03 de janeiro de 1976 para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e 23 de março do mesmo ano, para o Pacto Internacionais dos Direitos Civis e Políticos.

Ademais, acerca da vedação aos Estados ou a particulares de atitudes que objetivem limitar ou destruir os direitos assegurados pelos Tratados em comento, destaca Cançado Trindade:

Não há mais pretensão de primazia de um ou de outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é a norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.<sup>51</sup>

Por derradeiro, a diferença fundamental entre os Pactos é justamente a que originou a edição de dois documentos distintos, previstos no artigo 2º de ambos. Para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos criou-se a obrigação estatal de “*tomar providências necessárias*”, inclusive de natureza legislativa, para garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição, os direitos nele reconhecidos. Já no tratado referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, determina a adoção de medidas, tanto por esforço próprio, como pela cooperação e assistência internacional, “*que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos ao presente Pacto*”.

<sup>50</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182.

<sup>51</sup>**Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. p. 43.

Insta mencionar que, por mais que se entenda que tais direitos não possam ser inaugurados imediatamente, em virtude do fato de demandarem inúmeras medidas estatais relacionadas à política pública, não se pode inferir que não surja, para os cidadãos de um Estado-parte no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito subjetivo de exigir a sua implementação, especialmente tendo em vista a melhoria de uma situação específica que violou a dignidade fundamental dos seres humanos, ao se mostrar contrária aos patamares mínimos estatuídos pelo Pacto ou por outros tratados de natureza semelhante.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais divide-se em cinco partes, respectivamente:

- (i) a autodeterminação dos povos e a livre disposição de seus recursos naturais e riquezas;
- (ii) ao compromisso dos Estados de implementar os direitos previstos;
- (iii) aos direitos propriamente ditos;
- (iv) ao mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas; e
- (v) as normas referentes à sua ratificação e entrada em vigor.

Dessa forma, esse Pacto tem por intuito estabelecer, na forma de direitos, as condições sociais, econômicas e culturais para a vida digna, sendo que será visto nos próximos capítulos a importância desse tratado no âmbito dos direitos indígenas, sob a óptica previdenciária.

Assim, verifica-se que os direitos econômicos são aqueles relacionados à produção, distribuição e consumo da riqueza, visando, especialmente, a disciplinar as relações trabalhistas, como os que preveem a liberdade de escolha de trabalho (artigo 6º). Todavia, os direitos sociais e culturais dizem respeito ao estabelecimento de um padrão de vida adequado, incluindo a instrução e a participação na vida cultural da comunidade (artigos 11 a 15), destacando a proteção contra a fome, direito à alimentação, vestimenta, moradia, educação, participação na vida cultural e de desfrutar do progresso científico, entre outros.

Noutra quadra, uma outra distinção é resultado da própria redação dos Pactos Internacionais, considerando o modo pelo qual os direitos podem ser exercidos, nos termos da Parte II de ambos os documentos. No caso dos direitos civis e políticos, o Pacto põe como regra o seu exercício imediato, aparecendo como exceção aqueles que dependem de medida legislativa para tanto (artigo 2º-2), surgindo a obrigação para o Estado-parte de colocar à disposição das pessoas um recurso efetivo, por meio do qual possa fazer valer os direitos, mesmo que contra o próprio Estado (artigo 2º-3).

Ao passo que, no artigo 2º-1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>52</sup>, indica que os direitos ali previstos são de exercício progressivo, a depender do esforço interno e mesmo da assistência e cooperação internacionais, a fim de adoção por parte do Estado dos meios que possibilitem o cumprimento das disposições previstas nos artigos 6º ao 15º. Ainda, a norma destaca que é facultado aos países em desenvolvimento não garantir os mesmos direitos econômicos, sociais e culturais que pretendem assegurar a seus nacionais.

Nesse passo, diante da caracterização legal, que aparentemente desobriga os Estados a darem cumprimento aos direitos econômicos, sociais e culturais, uma parte da doutrina sustenta não serem esses verdadeiros direitos positivos, figurando-os no campo dos direitos naturais, ou seja, como normas morais, conforme será explicado abaixo.

Sobre o assunto, Maurice Cranston, em sua obra *“O que são direitos humanos”*, filiando-se ao pensamento liberal clássico, somente admite como direitos humanos os direitos civis e políticos<sup>53</sup>. Aos econômicos, sociais e culturais, assevera que lhes faltam alguns requisitos, como a praticabilidade, universalidade e a clareza quanto às obrigações decorrentes das prescrições, ao seu conteúdo e o sujeito passivo.

---

<sup>52</sup>**Art. 2º 1.** *Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio quanto pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos campos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.*

<sup>53</sup>CRANSTON, Maurice. **O que são direitos humanos.** São Paulo: Difel, 1979, p. 65.

Insta destacar, para a questão da eficácia e aplicabilidade, a importância de atribuir efetivamente a Constituição, conforme ensina José Afonso da Silva<sup>54</sup>, que afirma ser toda norma constitucional dotada de eficácia.

Vale mencionar que, diante da doutrina existente a respeito, verifica-se uma divisão que classifica as normas conforme sua eficácia, na qual podem ser aplicadas, de imediato, as que dependem de integração legislativa ordinária para serem aplicadas, ou que preveem a existência de legislação infraconstitucional apenas para restringir e delimitar o alcance da norma que já é de todo aplicável e, por fim, as normas pragmáticas.

A respeito desse entendimento, Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que:

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – *inclusive as programáticas* – geram imediatamente direito para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “*direitos subjetivos*”, na acepção mais comum das palavras.<sup>55</sup>

Nesse passo, as normas que definem os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser interpretadas no sentido de garantir-lhes aplicação imediata, ou seja, gerando direito para os titulares. Acerca desse assunto, José Afonso da Silva entende como uma “*norma-síntese*” da concepção constitucional de que os direitos humanos, compreendidos como “*os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos*”, apenas cumprem sua finalidade se as normas que o expressam tiverem efetividade<sup>56</sup>.

Insta analisar, nesse momento, a validade formal (vigência) e a validade fática (eficácia) das normas definidoras de direitos humanos<sup>57</sup>. No caso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, as normas constantes nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil cumpriram os requisitos formais que possibilitam sua vigência como norma jurídica de direito interno, previstos no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>54</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1985, p. 66.

<sup>55</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 5758, pp. 232/256, jan./jun. 1981.

<sup>56</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1985, p. 444.

<sup>57</sup>DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 353.

Nesse aspecto, ou seja, do ponto de vista formal, não há qualquer diferença entre os direitos civis, políticos e os econômicos, sociais e culturais, haja vista que, todos emanam de tratados internacionais elaborados pelos órgãos competentes, seguindo os trâmites legais na sua edição e ratificação.

Todavia, conforme bem analisado acima, a diferença reside no campo da validade fática (eficácia), no qual se separam os aspectos formais e materiais da existência da norma e os que reputam a eficácia uma condição de vigência daquela.

Dessa forma, no segundo caso, mais problemático, em razão das atribuições do significado jurídico aos direitos econômicos, sociais e culturais, ensina Maria Helena Diniz, citando Hans Kelsen, que toda norma deve possuir um “*mínimo de eficácia*”, ou seja, a possibilidade de a norma poder ser obedecida e não aplicada pelos Tribunais ou, se desobedecidas pelos indivíduos a ela subordinados, ser aplicada pelos órgãos jurídicos<sup>58</sup>.

Logo, verificam-se duas possibilidades: a norma a ser obedecida espontaneamente (e os obrigados devem ter capacidade de fazê-lo) e não necessitar de coerção; a norma não ser respeitada e ter possibilidade de ser deduzida em juízo, com execução forçada, se o caso.

Desse modo, constatando o campo das obrigações gerado pelos direitos econômicos, sociais e culturais, menciona Louis Henkin que a redação dos Pactos Internacionais não deve induzir o leitor a somente enxergar direitos nos direitos civis e políticos, eis que os direitos econômicos, sociais e culturais, em vez de mencionar os direitos que a pessoa possui, referem-se às obrigações estatais.<sup>59</sup>

As normas citadas possuem plena eficácia, haja vista que os Estados têm a capacidade de cumpri-las, sem necessidade de coerção judicial ou, no caso preciso dos direitos humanos, de recurso aos organismos internacionais destinados ao monitoramento e aplicação.

---

<sup>58</sup>DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 361.

<sup>59</sup>HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 33.

Ademais, Celso Lafer destaca que, do ponto de vista dos que estão submetidos ao poder *ex parte populi*, a transição dos direitos civis e políticos para os econômicos sociais e culturais requer a adoção de técnicas jurídicas distintas a ensejar a fruição daqueles novos direitos, adequadas à promoção dos indivíduos na sociedade, por meio da ampliação dos serviços públicos<sup>60</sup>.

Diante disso, pode-se afirmar que os direitos civis e políticos extraem sua validade fática pelo simples ato de serem positivados, sendo eficazes diante da simples omissão estatal. A eficácia das normas de direitos sociais, de outra forma, depende da ação estatal, geralmente complexa, requerendo ações coordenadas, dando-se de forma progressiva e limitada pelas possibilidades materiais.

Essa diferença quanto ao modo de concretização dos direitos humanos sociais não lhe retira a função de vincular judicialmente a atividade estatal em dois sentidos precisos: o primeiro, como decorre da redação do artigo 2º-1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de criar uma efetiva obrigação de “*adotar medidas (...) até o máximo de seus recursos disponíveis*”, significando o dever de executar avanços concretos em um prazo determinado; o segundo, de criar um empecilho ao retrocesso da política social do Estado que, tendo alcançado um certo nível de proteção dos respectivos direitos, não podem retroceder e, com isso, baixar o padrão de vida da comunidade<sup>61</sup>.

O modo e a intensidade pela qual os entes federados cumprem as obrigações decorrentes das normas definidoras de direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser confundidos com a eventual opção do administrador público em buscar a elevação das condições de vida dos grupos sociais marginalizados ou excluídos. E a existência de diversos serviços públicos destinados a atender essa finalidade nos campos da saúde, educação, moradia, entre outros, demonstra o quanto as normas de direitos econômicos, sociais e culturais produzem efeitos no mundo fático, certamente, possuindo aquele “*mínimo de eficácia*” mencionado.

---

<sup>60</sup>LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1998, p. 129.

<sup>61</sup>TEXIER, Phillipe. *El Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales*. In: Seminário Sobre Derechos Economicos, Sociales Y Culturales. Genebra: Comissão Internacional de Juristas, 1996. p. 32.

Insta lembrar que os direitos sociais e econômicos passaram a ser reconhecidos pela Constituição sob a influência e a pressão dos movimentos sociais e políticos do final do século XIX e início do século XX, principalmente os movimentos da classe operária, de inspiração anarquista, socialista e comunista, assim como o fortalecimento da socialdemocracia europeia.

Assim, no campo do direito, as exigências de liberdade e de igualdade foram importantes para possibilitar as transformações pretendidas pelo capitalismo nascente, representado pela ascensão da burguesia, na França revolucionária. O primeiro grupo de direitos humanos – *os direitos civis e políticos* - foram declarados e garantidos contra o sistema de desigualdade de condição jurídica próprio do feudalismo: a divisão estamental. Correspondem as afirmações da igualdade de direitos individuais e de autonomia do indivíduo contra os grupos sociais que tradicionalmente o subjugavam, como a família, as corporações de ofício e a igreja<sup>62</sup>.

A Declaração Americana de Direitos do Homem (1776) e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), dos fins do século XVIII, resultantes do esforço liberal clássico de construir uma sociedade autônoma com relação ao Estado, foram as primeiras a reconhecer direitos ao indivíduo. Os direitos civis e políticos caracterizam-se pela fixação de garantias do cidadão comum contra os excessos de estruturas centralizadoras. Eram respostas legais que se voltavam à consolidação dos propósitos de crescimento do livre mercado<sup>63</sup>.

Enquanto o liberalismo clássico do século XVIII buscava transformar o Estado autocrático (violência da falta de liberdade), os movimentos sociais do século XIX buscaram aprofundar essa transformação de modo a proporcionar uma vida melhor às pessoas - *para resolver outro tipo de violência: da fome e da falta de bens materiais*. Especialmente depois de 1870, passado o grande movimento capitalista da década imediatamente anterior, os

---

<sup>62</sup>FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Prima Facie, 2009, p. 38.

<sup>63</sup>FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Prima Facie, 2009, p. 38.

movimentos trabalhistas, inspirados no socialismo, voltaram à cena provocando no liberalismo contundentes sinais de reação<sup>64</sup>.

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da Rússia, de 1917, e a criação da Organização Internacional do Trabalho (Conferência de Washington, 1919), funcionaram como base para a consagração dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais em sede constitucional. Essa categoria de direitos foi incorporada, pela primeira vez, à Constituição Mexicana de 1917, consolidada na Constituição de Weimar, de 1919, que procurou definir o primeiro projeto social democrático do mundo, resultado de proposições liberais e socializantes, embora tenham sido naquela conjuntura, conciliáveis por pouco tempo, até 1933, com a destruição da República de Weimar e a ascensão de Hitler, nomeado Chanceler da Alemanha<sup>65</sup>.

A maior parte das cartas constitucionais que entraram em vigor depois da Segunda Guerra Mundial consagra, além dos direitos civis e políticos, o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, a questão social se insere no contexto da luta pelo reconhecimento dos direitos sociais e das políticas públicas correspondentes, considerando-se, também, o avanço das organizações sociais e dos movimentos que reivindicam cidadania social. O problema se agoniza quando são levados em consideração os efeitos perversos da globalização (com o desmonte do Estado de Bem-Estar).

Sobre a importância da distinção dos referidos Pactos com relação as comunidades indígenas, Eduardo Martins Neiva Nascimento, no artigo “Direitos indígenas: proteção necessária à luz dos direitos humanos” destaca:

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

Art.1º - Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Art. 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, 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.

---

<sup>64</sup>FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Prima Facie, 2009, p. 39.

<sup>65</sup>FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Prima Facie, 2009, p. 39.

(...)

Acerca dos direitos socioeconômicos e culturais dos povos indígenas brasileiros, o Informe Brasil, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, atentou, já no ano de 1997, para algumas situações alarmantes. Diante da clareza e relevância das conclusões, que se coadunam exatamente com a crítica efetuada até o momento, passamos a reproduzi-las na íntegra, com alguns grifos que não constam dos originais:

- a) Os povos indígenas do Brasil na última década obtiveram avanços significativos em relação aos seus direitos, inclusive à demarcação e posse de suas terras; **embora sua integridade cultural, física e referente a suas terras sejam continuamente ameaçadas e agredidas tanto por indivíduos, por grupos particulares que atrapalham suas vidas e usurpam suas possessões, bem como por algumas tentativas de autoridades de vários Estados para reduzir seus direitos políticos, civis e econômicos.** Embora o Plano Nacional de Direitos Humanos inclua medidas positivas para combater esta situação, informações recebidas em princípios de 1997 mostram que suas medidas ainda não haviam sido significativamente implementadas.
- b) **A situação referente aos cidadãos indígenas do Brasil com relação à saúde, alimentação e acesso a serviços públicos é preocupante. Os índices denotam condições claramente discriminatórias em relação aos padrões e serviços da população em geral.**
- c) **As garantias de segurança que todo o estado deve prover a seus habitantes e que, no caso dos povos indígenas no Brasil requer medidas especiais de proteção, são insuficientes para prevenir e solucionar a permanente usurpação de seus bens e direitos.**
- d) Foram realizados significativos avanços no reconhecimento, demarcação e outorgamento da posse territorial dos povos indígenas. Apesar disso, **há alguns casos, especialmente no Estado de Roraima, onde a Comissão pôde comprovar a ocorrência de ações estatais que tendem a deteriorar a segurança e vigência dos direitos humanos dos povos indígenas.**
- e) A procrastinação e dificuldades no reconhecimento da integridade do povo Macuxi e da plena posse de suas terras, assim como a criação de municípios que se sobrepõem às mesmas e que debilitam suas autoridades e estruturas tradicionais, **denotam a incapacidade do Estado brasileiro para defender estes povos das invasões, abusos de terceiros e de combater as pressões políticas e de policiais estaduais para reduzir sua plena segurança e gozo de direito.**
- f) O povo Yanomami obteve o reconhecimento pleno de seu direito à posse de suas terras, sua integridade tanto como povo e como **pessoa é continuamente agredida por garimpeiros invasores bem como pela poluição ambiental que estes geram. A proteção do estado contra estas contínuas pressões e invasões, é irregular e fraca, mantendo uma permanente situação de perigo assim como a contínua deterioração de seu habitat.**<sup>66</sup>

Da mesma forma como ocorre com a maioria dos direitos fundamentais na atualidade, o importante não é constarem de leis fundamentais internas, ou mesmo em disposições internacionais. O relevante e desejado é que na prática os mesmos sejam efetivados e devidamente respeitados.

Atualmente, os direitos indígenas são assegurados por leis nacionais e internacionais, das quais o Brasil é signatário – *como a Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais,*

<sup>66</sup>NASCIMENTO, Eduardo Martins Neiva. **Direitos indígenas: proteção necessária à luz dos direitos humanos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7760/direitos-indigenas>. Acessado em 16/03/2016.

*conhecida como Convenção OIT 169* – mas ainda ignorados e violados, haja vista que, em tese, o Estado brasileiro assegura aos indígenas o direito à autodeterminação e à diferença, ou seja, de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente (conforme preceitua o artigo 231 da Constituição Federal). Além disso, em conjunto com a maioria dos países do mundo (143) e quase com a totalidade da América Latina (Colômbia se absteve), o Brasil assinou o texto da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela ONU em 2007, depois de tramitar por mais de duas décadas.

Embora não estabeleça novos direitos, trata-se de um marco importante por refletir um consenso internacional para reconhecimento e afirmação dos direitos universais dos povos indígenas, contribuindo para a conscientização sobre a opressão história sofrida pelos povos indígenas em todo o mundo e ajuda a promover as relações entre os povos indígenas, os demais segmentos da sociedade e o Estado.

Dessa forma, o Estado brasileiro, ao estabelecer o direito à autodeterminação dos povos indígenas, reconhece a necessidade de uma Justiça própria nas comunidades, refletindo que os direitos indígenas não se encontram em um conjunto de leis e autoridades políticas, mas em um amplo costume reconhecido e compartilhado pela sociedade, devendo-lhes atenção para a responsabilidade de que o Estado deve ter na proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas, uma vez que as comunidades indígenas são vulneráveis no confronto direto com grupos adversários.

### **I.3.2 “*Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*” e a “*Convenção Americana dos Direitos Humanos*” (Pacto de São José da Costa Rica)**

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, foi celebrada em 22 de novembro de 1969 e promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 1992.

A Carta é dividida em duas partes. Na primeira, garante uma série de direitos humanos essenciais para a dignidade da pessoa, listando desde direitos políticos até direitos das famílias. Já na segunda parte, o tratado começa a dispor do que ele chama de “Meios de

Proteção”, dando vida a dois órgãos internacionais distintos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>67</sup>

Dessa forma, conforme destaca Gabriel de Oliveira<sup>68</sup>, a primeira funciona como um órgão fiscalizador e de recomendação, podendo, inclusive, receber petições individuais sobre violação dos direitos previstos na convenção e requisitar medidas cautelares, a segunda é um órgão perfeitamente jurisdicional, devendo ter suas decisões cumpridas pelos Estados.

Ao contrário, porém, de diversas outras cortes internacionais, a CIDH se tornou um exemplo a ser seguido. Isso porque, não é incomum a Corte proferir decisões condenatórias, que obrigam os Estados a indenizar seus cidadãos, garantindo ao máximo a efetividade da Convenção Americana.

Nesse passo, constata-se ser reiterada e histórica a violação de direitos humanos contra os povos indígenas e tradicionais, não sendo surpresa o fato de que alguns casos foram levados ao Sistema Interamericano, tanto que o surgimento do Estatuto do Índio ocorreu desta forma.

Dentre os casos julgado, a CIDH destacou o artigo 23 do Pacto que assim determina:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
  - a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
  - b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
  - c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

A Corte Internacional foi além, ao garantir os direitos políticos aos indígenas, tendo em vista as peculiaridades das comunidades originárias, sendo também indispensável que o

---

<sup>67</sup>SILVA, Gabriel de Oliveira. **O Índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Acessado em 24 de abril de 2016. Disponível em: <http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

<sup>68</sup>SILVA, Gabriel de Oliveira. **O Índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Acessado em 24 de abril de 2016. Disponível em: <http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

Estado forneça as condições e mecanismos necessários para que estes direitos possam ser exercidos de forma efetiva, respeitando-se o princípio de igualdade e não discriminação.<sup>69</sup>

Sobre o tema assevera Gabriel de Oliveira:

Conforme reiteradas decisões da Corte, é obrigação do Estado modificar o ordenamento jurídico interno para que os direitos humanos sejam respeitados. As peculiaridades culturais e sociais das comunidades indígenas devem ser levadas em consideração e as disposições legais devem ser flexibilizadas para que a igualdade material seja alcançada<sup>70</sup>.

Prossegue o autor:

Os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo, de modo que não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído no direito interno. Ademais, estes tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições de vida atuais.

Por sua vez, o artigo 29. B da Convenção estabelece que nenhuma disposição pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um destes Estados”.

Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29. B da Convenção – que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua.

Seguindo este raciocínio, a Convenção Americana de Direitos Humanos não garante apenas a propriedade privada individual, mas também, a propriedade comunitária. Isto porque, garantir apenas a propriedade individual em casos envolvendo comunidades indígenas seria virar as costas para os usos e costumes destes povos que, na grande maioria das vezes, não individualizam seus pertences, quanto mais a terra onde vivem.

No mesmo caso, a Corte explica a aplicação do mesmo direito a casos excepcionais, como os dos índios:

Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base

<sup>69</sup>SILVA, Gabriel de Oliveira. **O Índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Acessado em 24 de abril de 2016. Disponível em: <http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

<sup>70</sup>SILVA, Gabriel de Oliveira. **O Índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Acessado em 24 de abril de 2016. Disponível em: <http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

A violação ao direito sobre a propriedade ancestral em decorrência da não demarcação das terras pelo Estado (ou na demora em demarcar terras) pode trazer consequências sérias que comprometam outros direitos básicos.

Assim, para fins de delimitação de tema do presente trabalho, não iremos esgotar todas as abordagens referentes ao Pacto de São José da Costa Rica, mas sim, demonstrar que os Estados-partes desta Convenção se comprometeram a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Da mesma forma, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678, de 06/11/92, publicada no DOU em 09/11/92, também veio ampliar e integrar a sistema de proteção dos direitos humanos.

Art. II – Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- a) assassinato de membros do grupo;
- b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Art. III – São punidos os seguintes atos:

- a) o genocídio;
- b) o conluio para cometer o genocídio;
- c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- d) a tentativa de genocídio;
- e) a cumplicidade no genocídio.

Art. VI – As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos atos enumerados no art. III serão julgados pelos Tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes-Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

Em princípio, atentemos para a finalidade de tal preceito. A convenção sobre o genocídio pretende assegurar a proteção da existência de determinados grupos humanos, na

qual os povos indígenas reconhecem e enxergam a Convenção não tão somente como um instrumento relevante de luta contra o genocídio em sua dimensão física, mas também cultural, pois a vítima deve ser reconhecida por sua nacionalidade, etnia, raça ou grupo religioso e com a intenção de exterminar a dita nacionalidade, raça, etnia ou grupo religioso.

Não nos abalancaremos aqui em examinar pormenores que se relacionam ao objeto de estudo. Importa, todavia, salientar que existem no ordenamento jurídico internacional, outros instrumentos, os quais decidimos por qualificar como subsidiários, uma vez que, ao atuarem paralelamente com a Convenção de Prevenção e Repressão do crime de genocídio, incorporam-se nas normas favoráveis à demanda aborígine, convertendo-se em relevantes ferramentas no combate ao crime de genocídio justamente por reforçarem a tutela de certos bens relevantes na existência dos grupos étnicos indígenas.

### **I.3.3 As Convenções da Organização Internacional do Trabalho: Convenções 107 e 169**

Desde o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), havia uma preocupação com a questão indígena, já que os índios representavam parte da força de trabalho no período colonial em países sob o domínio europeu. Mesmo assim, somente em 1957 é que surgiu a primeira Convenção, a de nº 107, em 26 de junho de 1957, que tratou de temas relevantes acerca das populações indígenas.

A Convenção nº 107 da OIT tinha cunho evolucionista, mas eminentemente integracionista e, por isso, era criticada, embora tenha vigorado no Brasil no período de 1966 a 2003<sup>71</sup>.

Entre 1988 a 1989, durante a pauta das Conferências Internacionais do Trabalho, foi proposta a revisão da desta convenção, com vistas à preservação e sobrevivência dos sistemas de vida dos povos indígenas, razão pela qual foi adotada a Convenção nº 169, considerado o primeiro documento internacional de regulamentação dos povos indígenas.

---

<sup>71</sup>A Convenção 107 da OIT foi ratificada pelo Brasil somente em 18 de junho de 1965. Já a Convenção 169 foi ratificada em 25 de julho de 2002.

No Brasil, referida Convenção não teve aplicação imediata e somente em 19/04/2004, o Decreto nº. 5.501 promulgou a Convenção 169 adotada em Genebra em 27/06/1989, a qual é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções: política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através de fronteiras, administração, disposição final e transitórias.

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

Constata-se que referida Convenção, que teria sido uma revisão daquela anterior ratificada pelo Brasil em 1965, já teve um cunho bem diferenciado, respeitando-se as diferenças culturais, visando à promoção de maior eficácia das obrigações assumidas pelos Estados.

As mudanças podem ser percebidas já no preâmbulo da Convenção nº169, como segue:

Considerando que a evolução do Direito Internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores.  
Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram.

Essa convenção desempenhou importante papel de mudança do Direito Internacional Público, representando nítida “desistência do objetivo de integração”<sup>72</sup>, embora a referida mudança já houvesse sido realizada pela ordem jurídica brasileira, por meio da Constituição Federal. Além disso, passou a ser definida a importância de se preservar a dignidade da

---

<sup>72</sup>KAISER, Harmut-Emanoel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Kaus-Peter Rurak. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 339.

pessoa humana do índio, merecendo destaque, na contribuição de Sâmia Roges Jordy Barbieri, os seguintes tópicos:

- 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 (art.1º,II).
- Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. Essa ação deverá incluir medidas:
  - que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições e igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
  - que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando os seus costumes e tradições, e suas instituições;
  - que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.<sup>73</sup>

Deve ser ressaltado também o conteúdo do artigo 7º da referida convenção à medida que enfatiza caber aos interessados o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, demonstrando nítida preocupação com a alteridade cultural e costumes próprios dos indígenas.

Tem-se, dessa forma, que a Convenção nº 169 da OIT e a Constituição Federal de 1988 vieram para romper, de fato, com o paradigma de integração, passando a consolidar a interação, pautando-se em uma política de respeito à diversidade cultural aqui existente.

### **I.3.4 Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.**

Em 13 de setembro de 2007, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari:

---

<sup>73</sup>BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 44-45.

Por se tratar de uma Declaração de não de um tratado, esse documento não tem, do ponto de vista estritamente formal, efeito juridicamente vinculante, sendo essa, exatamente, a natureza da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, por se tratar de princípios e normas tendo por fundamento preceitos éticos universalmente reconhecidos, sua autoridade moral é inegável, podendo-se mesmo afirmar que, mesmo sem natureza de um tratado, pode ser sustentada sua força jurídica por se tratar de preceitos fundados no costume jurídico internacional. (disponível em: <http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228>. Acesso em 24 de abril 2016)

Dessa forma, vale a pena a transcrição de alguns trechos dos princípios norteadores da referida Declaração:

A Assembleia Geral,  
 Guiada pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e a boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados de acordo com a Carta;  
 Afirmando que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais;  
 Afirmando também que todos os povos contribuem para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade;  
 (...)  
 Reconhecendo e reafirmando que os indivíduos indígenas têm direito, sem discriminação, a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, e que os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos;  
 Reconhecendo também que a situação dos povos indígenas varia conforme as regiões e os países e que se deve levar em conta o significado das particularidades nacionais e regionais e das diversas tradições históricas e culturais.  
 Proclama solenemente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujo texto figura à continuação, como ideal comum que deve ser perseguido em um espírito de solidariedade e de respeito mútuo. (UNESCO, 2009)

Já no primeiro artigo da Declaração (composta ao todo por quarenta e seis artigos) fica assente a vinculação dos direitos humanos reconhecidamente universais e o desfrute dos mesmos pelos indígenas:

Artigo 1.  
 Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito internacional dos direitos humanos.

O direito à liberdade e à igualdade é estendido de forma expressa aos povos indígenas, bem como o direito a diversidade cultural, conforme dispõem os artigos 2º e 5º:

**Artigo 2**

Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

**Artigo 5**

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Os demais dispositivos da referida Declaração, de igual importância, discorrem acerca dos direitos dos povos indígenas em relação à terra, à participação política, aos territórios, aos recursos naturais, às normas não escritas que regem a vida das comunidades, entre outros.

De fato, como já reconhecido pela UNESCO<sup>74</sup>, esta Declaração não aborda novos direitos aos povos indígenas, mas reafirma suas necessidades, ratificando os direitos já contemplados internacionalmente. De qualquer forma, como instrumento internacional, referida Declaração vem somar na promoção dos direitos dos povos indígenas, bem como contribuir no processo de conscientização dos não índios acerca dos direitos contemplados.

---

<sup>74</sup> De acordo com a UNESCO, esta declaração representa “*um documento abrangente que aborda os direitos dos povos indígenas. Ela não estabelece novos direitos, mas reconhece e afirma direitos fundamentais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas. A Declaração constitui um instrumento internacional importante de direitos humanos em relação a povos indígenas porque contribui para a conscientização sobre a opressão histórica impetrada contra os povos indígenas, além de promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e os demais segmentos da sociedade*”. (Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001627/162708POR.pdf>. Acessado em 24 de abril de 2016)

## II O DIREITO E OS POVOS INDÍGENAS: UMA VISÃO INTEGRATIVA

As sociedades indígenas no Brasil, em contraste com as sociedades andinas, são tipicamente pequenas, com ausência de Estado e altamente diversificadas entre si. Sua reprodução cultural não depende de grandes efetivos demográficos, mas exige territórios maiores do que os que sustentam grupos de agricultores, dada a ênfase na caça, coleta e pesca.

Dessa forma, Manuela Carneiro da Cunha destaca que “*pela Constituição de 1967 (art. 8º, XVII, o), compete à União legislar sobre a questão. Essa competência exclusiva é salutar, pois diminui a interferência de interesses antiindígenas locais que se manifestam com maior força ao nível dos Estados federados*”<sup>75</sup>.

Prossegue a autora:

Desde o século XVI, a legislação indigenista tem se caracterizado por sua hipocrisia. Nas leis que declaravam a liberdade irrestrita dos índios, havia exceções que justificavam toda sorte de abusos. Foi, na realidade, a legislação do lobo sobre o cordeiro. Em 1910, com a criação do Serviço de Proteção aos Índios, inspirado por uma doutrina positivista, o Brasil se colocou na vanguarda do direito indigenista. No entanto, perdurou a distância considerável que separa a lei da prática real<sup>76</sup>.

Assim, verifica-se que desde os primeiros relatos dos Portugueses sobre o Brasil, os povos indígenas aparecem sem um Direito interno que os regule. Conforme Marés, “*os relatos fazem crer que eram povos sem Deus e sem Lei, apesar de alguma organização social*”<sup>77</sup>. Desde então, o direito da Corte foi imposto, sem qualquer respeito e reconhecimento ao direito existente entre os povos.

Deve ficar claro que, com a chegada dos colonizadores na América, houve uma transformação maciça da natureza com conseqüente desnaturação dos costumes dos povos que aqui habitavam. Os colonizadores aportaram e, com eles, trouxeram novas comidas, animais e plantas e, assim, corromperam os hábitos alimentares e culturais dos indígenas. Tudo que era nosso, nativo, foi modificado e uma nova cultura foi imposta. Nas palavras de Carlos Frederico Marés: aos poucos, foram se cobrindo as ‘vergonhas’ dos índios, retirando suas armas, branqueando a cor da sua

<sup>75</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 21.

<sup>76</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 21.

<sup>77</sup>SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 29.

pele e o sentimento de sua religiosidade. A natural nudez virou vergonha, a religião, crença, a língua, dialeto, o direito, costume.<sup>78</sup>

A construção e solidificação dos impérios espanhol e português deram-se pelo saqueamento das riquezas da América, bem como pela substituição das comunidades existentes por meio do aniquilamento de povos inteiros que, quando sobreviveram, continuaram em uma situação de clandestinidade cultural e de diferença, pois a cultura dominante passou a ser a europeia em contraposição à cultura e costumes locais.

Ocorre que, no Brasil, a situação era totalmente diferente de Portugal e da Espanha. Não havia terras abandonadas. As terras eram ocupadas por povos indígenas que tinham uma forma de ocupação diferente: mantinham roças em sistema rotativo, de maneira que o solo estava em constante regeneração, não havendo, assim, seu esgotamento.

Como muito bem nos elucida Souza Filho:

Na verdade, a ocupação tinha o sentido de tomar posse das terras em nome do rei e da coroa portuguesa, em sua disputa com a espanhola e outras nações europeias. Quer dizer que, enquanto em Portugal as sesmarias tiveram o sentido de proporcionar a produção de alimentos para a população, no Brasil, foram instrumentos de conquista.<sup>79</sup>

E acrescenta, ainda, que *“eram concedidas terras para quem quisesse vir ao Brasil, em nome da coroa, ocupá-las, mesmo que, para isso, fosse necessário escravizar, prear ou matar populações indígenas”*.

Depreende-se, então, que Portugal não estabeleceu um direito próprio para a Colônia, mas um direito copiado. Pode-se dizer que as leis portuguesas determinavam bom tratamento aos indígenas, desde que se submetessem à catequese; por outro lado, determinavam guerra justa aos que se mostrassem inimigos. Também se deve notar a dificuldade de imposição às populações indígenas de um regime de trabalho, pois eles tinham várias razões para não se

---

<sup>78</sup>SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 33.

<sup>79</sup>SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 57 e 58.

submeterem ao trabalho forçado, vez que vivendo em liberdade, conseguiram muito mais por meio dos recursos naturais do que trabalhando forçosamente<sup>80</sup>.

Assim, tratar dos direitos das comunidades indígenas é uma tarefa complexa, a qual não pode ser abordada exclusivamente a partir da simples exegese dos textos da Constituição, uma vez que compreendem, para além da dimensão jurídica, aspectos históricos, antropológicos e sociais.<sup>81</sup> Para tanto, devem-se trazer à baila algumas definições e aspectos não jurídicos antes de se adentrar no objeto do presente estudo.

Conforme mencionado anteriormente, não há como se falar sobre índios no Brasil hoje sem abordar a temática da diversidade dos povos. Índios são os habitantes originários das terras conhecidas como continente americano e, de acordo com uma definição técnica das Nações Unidas, de 1986:

As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos.<sup>82</sup>

No intuito de identificar os povos indígenas, desenvolveram-se critérios dentre os quais alguns privilegiam a autodefinição e são mais aceitos, embora não sejam únicos, tampouco excludentes. Entre eles, podem-se citar: a continuidade histórica com sociedades pré-coloniais; estreita vinculação com o território; sistemas sociais, econômicos e políticos bem definidos; língua, cultura e crenças definidas; identificarem-se como diferentes da sociedade nacional; e vinculação ou articulação com a rede global dos povos indígenas.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup>SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2015, p. 22.

<sup>81</sup>BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Os direitos indígenas no Brasil Contemporâneo**. In Eduardo C. Bittar. (Org.). História do Direito Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 295.

<sup>82</sup>LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27. Disponível também em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>.

<sup>83</sup>LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006, p. 27. Disponível também em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>.

Dessa maneira, definidos quem são os índios, passa-se a conceituar a noção de comunidade que, por sua vez, traduz a ideia de um grupo populacional, inserido em uma formação social complexa, com uma identidade agregadora. Por sua vez, a comunidade indígena corresponde a um:

Contingente populacional formado por índios que possuem uma ou diversas características geográficas (habitam um mesmo território), econômicas (desenvolvem formas de economia compatíveis), culturais (têm semelhantes formas de organização, falam a mesma língua, celebram de forma idêntica certos marcos da vida, cultuam os mesmos deuses etc.) ou são continuidades populacionais com antepassados em comum.<sup>84</sup>

Pode-se, então, definir “*comunidades indígenas*” como “*aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas*”<sup>85</sup>.

O Estatuto do Índio, que regula a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas, definiu comunidade indígena ou grupo tribal da seguinte forma:

**Art. 3. (...)**

(...)

**II** – Comunidade Indígena ou Grupo Tribal – É um conjunto de famílias ou comunidade 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.

(...)

Nesse passo, acerca da definição de comunidade indígena, menciona a autora Manuela Carneiro da Cunha que:

Um dos problemas mais flagrantes da definição de comunidade indígena, tal como figura no Estatuto do Índio (art.3º), é o de excluir as comunidades ditas “integradas”. Ora, o art. 4º, III, define “integrados” 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 a critério da integração é simplesmente a emancipação legal. Portanto uma comunidade indígena emancipada não constitui mais *legalmente* uma comunidade indígena: poderia

<sup>84</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

<sup>85</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 26.

argumentar-se que nada justificaria seus direitos territoriais especiais garantidos na Constituição.<sup>86</sup>

Prossegue a autora:

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. 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. 1º), não significa, portanto, que a comunidade deva deixar de ser indígena, e isso não só de fato como juridicamente.<sup>87</sup>

Nesse passo, a problemática consiste no conflito de interesses existente na relação dos brasileiros nacionais com os indígenas, que é atizado em suas frentes regionais por massivos preconceitos civilizatórios, originados por questões econômicas, a qual passaremos analisar sob a ótica da soberania do Estado e a relação com os povos indígenas<sup>88</sup>.

## II.1 A soberania do Estado e o Índio

A confirmação do Estado moderno no Brasil é posterior ao estabelecimento de um poder político. Os povos indígenas também sentiram duas fases desse relacionamento oficial: em um primeiro momento histórico, pela política indigenista da colônia e do império, cujo poder se fazia sentir em relação aos povos indígenas numa promiscuidade com a igreja católica e com os poderes locais. Somente a partir do avançar da República e com a influência do positivismo estabeleceu-se uma relação entre Estado – e não do poder político – e povos indígenas, através da criação de um órgão federal de proteção aos povos indígenas, o Serviço de Proteção aos Índios – SPI<sup>89</sup>.

<sup>86</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 26.

<sup>87</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 27.

<sup>88</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 30.

<sup>89</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**, Curitiba: Juruá, 2009, pp. 36/37.

Acerca da evolução histórica dos direitos indígenas, destacam Roberta Cristina de Moraes Siqueira e Vilma de Fátima Machado:

Poderia se anotar, como marco inicial dos direitos indígenas no país o Alvará Régio de 1º de abril de 1680. Este mandou “respeitar as terras indígenas reconhecendo, expressamente, serem os indígenas senhores de suas fazendas, como o são no sertão, pois foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras; posteriormente, foi ratificado pela lei de 06 de julho de 1755, que confirmou ao índio a condição de homem livre, no uso e gozo de seus bens”. Este alvará era específico aos índios do Maranhão e Grão-Pará, somente ampliado a todos os índios do Brasil por meio do Alvará de 08 de maio de 1758.

O Alvará de nada serviu, pois as terras indígenas continuaram a ser esbulhadas com o apoio das autoridades locais e a Carta Régia de 02/12/1808 veio a confirmar o fato, pois declarava como devolutas as terras que fossem conquistadas dos índios nas “guerras justas”. A condição de devolutas fazia com que a coroa Portuguesa pudesse destinar as terras a quem quisesse e daí a origem de muitos conflitos que vem se perdurando no tempo<sup>90</sup>.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988, assim como todo o ordenamento jurídico positivo brasileiro, é uma mistura da história e da cultura da sociedade brasileira, resultante do choque de poderes e aspirações das forças sociais.

Dessa forma, ao longo da história no país, as constituições brasileiras foram representativas não dos anseios dos diversos segmentos historicamente excluídos da sociedade, mas dos interesses das elites, mais especificamente vinculadas a uma visão europeia.

Assim, a criação de um projeto de homogeneidade racial e cultural seria indispensável para a construção do novo país, que somente seria viável caso lograsse atingir uma pretensa unidade nacional.

Em relação aos povos indígenas isto significava atribuir ao Estado a tarefa de trazê-los ao âmbito desta unidade, através de sua assimilação racial, cultural, religiosa, econômica e política.

---

<sup>90</sup>SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2015, p. 23.

Nesse sentido, sobre o histórico do assimilacionismo no desenvolvimento constitucional brasileiro assevera Rosane Lacerda:

É deste modo que a Constituição do Império do Brasil, outorgada por Pedro I em 24 de março de 1824, embora omissa sobre o tratamento a ser dispensado à população indígena, inclui posteriormente através do Ato Adicional de 1834, entre as competências legislativas das Províncias, a tarefa de dispor sobre a catequese e civilização dos indígenas (art. 11, §5º).

A Carta de 1824, assim como as que se seguiram, obviamente não contou com nenhum tipo de participação popular em sua elaboração. As contribuições levadas ao âmbito dos trabalhos constituintes relativamente à questão indígena (assim como de todo o resto) partiram de representantes de setores da elite<sup>91</sup>.

Prossegue a autora:

Ausente do texto constitucional do Império, a questão indígena foi objeto, ao longo do século XIX, de discussões que oscilaram entre duas posições principais: de um lado, a ideia defendida por Francisco Adolfo de Varnhagen (1816-1878), o Visconde de Porto Seguro, da inviabilidade dos povos indígenas e da necessidade de sua sujeição à força em benefício da consolidação das fronteiras do Império. De outro lado, o pensamento difundido por José Bonifácio, da também inviabilidade dos povos indígenas e da obrigação moral do Império em prover-lhes as condições para seu ingresso no projeto de unidade nacional brasileira. Embora divergentes em seus propósitos imediatos em relação aos índios, ambos comungavam no entendimento de que os povos indígenas, em suas identidades e modos próprios de vida, representavam formas de existência inferiores e, por isso, fadadas ao desaparecimento<sup>92</sup>.

Nesse diapasão constata-se claramente a tarefa de civilizar os índios, associando-os pela aparência e seu pertencimento à massa da população civilizada para a consolidação do esbulho das terras indígenas.

Sobre o assunto, destaca Luiz Fernando Villares, em sua obra *“Direito e Povos Indígenas”*:

Não é uma ordem neutra que se coloca com a constituição. A descrição do texto constitucional é uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico. Tanto é assim que a Constituição brasileira de 1988 destina um capítulo aos índios, que faz sentido apenas para a sociedade brasileira, cuja história revela uma relação com os povos indígenas peculiar, inclusive com a compreensão de que mudanças nessa relação são desejadas, que reconhece a relevância do indígena em sua composição. Numa outra sociedade, que não a brasileira, o índio sequer é mencionado no respectivo ordenamento ou, quando existe um tratamento legal específico dele, como nos demais países americanos, as regras são diferentes

<sup>91</sup>LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008, p. 13.

<sup>92</sup>LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008, p. 13.

das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito<sup>93</sup>.

Mais tarde, assim como na Carta do Império, a Constituição Republicana de 1891 também não contou com a participação popular nas discussões que levaram à sua elaboração. As contribuições sobre o tratamento a ser dado aos povos indígenas continuaram a sair de restritos círculos das elites, como a proposta do Apostolado Positivista. Este propunha dividir o *status* jurídico dos índios entre “Estados Ocidentais Brasileiros”, compostos por grupos miscigenados, e “Estados Americanos Brasileiros”, compostos por “hordas fetichistas”. Veja-se que a primeira Carta constitucional da República, a exemplo da do Império, também sequer mencionou a existência de indígenas em território brasileiro<sup>94</sup>.

Algum tempo depois, a Constituição de 1934 também não conseguiu espelhar os interesses amplos da sociedade em seus diversos setores, vez que não teve participação popular na sua elaboração, sendo fruto de acordo político das oligarquias regionais. Contudo, é nela que surge a primeira menção à existência de índios no país, não de modo a reconhecê-los como portadores de identidades próprias a serem respeitadas, mas como uma classe submetida a uma condição passageira, a serem conduzidos pelas mãos do Estado ao seio da comunhão nacional.

Assevera ainda a autora:

Com o advento do regime ditatorial denominado “Estado Novo” liderado por Getúlio Vargas, a Carta de 1934 era revogada. Vargas fechara o Congresso Nacional e, nessa circunstância, elaborava e outorgava a Constituição de 1937. À época o mundo estava à beira da 2ª. Grande Guerra. Setores influentes do Estado Novo não conseguiam esconder uma forte simpatia pelos sentimentos de intolerância que marcavam o nazismo na Alemanha, e o fascismo na Itália. Em relação à questão indígena, embora contivesse um dispositivo prevendo o tratamento a ser dispensado às terras indígenas, a de 1937 omitiu-se quanto ao lugar dos povos indígenas na sua relação com o Estado brasileiro e sua sociedade. Com tal omissão, não previu a incorporação dos índios à comunhão nacional, mas também não cuidou do reconhecimento de suas identidades próprias.

Com o fim da Segunda Grande Guerra em 1945 e a derrocada do nazi-fascismo, chegava ao fim no Brasil o “Estado Novo”, que se prolongava por um período de 15 anos. Deposto o presidente e findo o regime de exceção, o país necessitava de uma nova ordem constitucional<sup>95</sup>.

<sup>93</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1ª ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. pp. 19-20.

<sup>94</sup>LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008, p. 13.

<sup>95</sup>LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008, p. 14.

Nesse passo, surgia a Constituição de 1946, com um texto considerado avançado, mas que em sua origem não espelhava a participação da sociedade, sobretudo das camadas populares.

Sobre o assunto destaca Rosane Lacerda:

No que se refere à questão dos direitos dos povos indígenas, cuja participação fora também excluída, a Carta de 1946 reproduziu a previsão anterior do texto constitucional de 1934 acerca da incorporação dos “silvícolas” à comunhão nacional (...)

Poucos anos depois, a perspectiva assimilacionista predominante no tratamento dispensando aos povos indígenas no contexto internacional passou a fazer parte do primeiro instrumento internacional relativo aos direitos indígenas: a Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Elaborada no contexto de descolonização, a Convenção 107 aprovada em 1957, visava proteger e integrar os povos indígenas e tribais de países independentes.<sup>96</sup>

Referida autora assevera ainda que esta perspectiva integracionista da Convenção da OIT orientava as relações entre os estados independentes e os povos indígenas no plano internacional, quando no Brasil a Constituição de 1967, outorgada pelo governo militar de 1964, novamente repetiu o propósito incorporativista em relação aos índios, presente em textos anteriores (1934 e 1946) e também na Emenda Constitucional nº 01, de 1969<sup>97</sup>.

Após a referida Emenda Constitucional, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passava a dispor sobre o “Estatuto do Índio”, cujo propósito era cuidar de sua proteção, e concretizar a sua integração à sociedade nacional.

Assim, acerca da atuação do Estado com os povos indígenas, menciona Estela Libardi de Souza:

Assim, em razão da vigência dos pressupostos do monismo e do positivismo jurídico na cultura constitucional brasileira, o Estado contemporâneo e o Direito “nacional” sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos. (Marés, 2006) Como resultado, os sistemas jurídicos diferenciados dos povos indígenas no Brasil vêm sendo ignorados, negados e, desse modo, violados, por meio da imposição do Direito estatal, próprio da sociedade hegemônica e, portanto, estranho aos povos indígenas. Ainda que alguns sistemas jurídicos nacionais admitam a aplicação das regras jurídicas indígenas, dentro dos

<sup>96</sup>LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008, pp. 14/15.

<sup>97</sup>LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008, p. 15.

territórios indígenas e entre membros das comunidades – como o faz, no Brasil, o Estatuto do Índio – é sempre de forma secundária (quando a Lei for omissa) ou inferior (desde que não contrarie as normas estatais)<sup>98</sup>.

Em suma, em que pese os avanços do Estado brasileiro em relação a políticas para os povos indígenas, há muito por fazer para tornar realidade o pleno reconhecimento dos direitos indígenas e o respeito a seus modos de vida previstos na Constituição, sendo necessário que as lideranças indígenas se apropriem dos conteúdos e técnicas de cultura dominante para serem ouvidas em decisões que os afetam, na formulação de políticas públicas e na construção de práticas que os ajudem a desconstruir o preconceito e possibilitem a afirmação de sua identidade.

Por fim, veremos a seguir o sistema jurídico indígena, que demonstrará que cada tribo possui um sistema normativo próprio.

## II.2 Sistemas jurídicos dos povos indígenas

Nas palavras de Luiz Fernando Villares, “*cada povo indígena e até mesmo cada tribo, comunidade ou aldeia possui um sistema normativo próprio, que rege sua organização social (...), costumes, línguas, crenças, ocupação territorial*”<sup>99</sup>.

Continua o autor:

(...) Esses sistemas normativos refletem as possibilidades e as necessidades práticas de cada coletividade, ou seja, são complexos de acordo com a complexidade das questões colocadas à sua resolução, restando claro que não se deve confundir complexidade com atraso ou avanço de um sistema jurídico.

Esses sistemas normativos não podem ser chamados de direito, pois o que se chama de direito é um sistema normativo específico, criação de um período histórico, a modernidade, para o qual a existência do Estado é imprescindível<sup>100</sup>.

E acrescenta o autor:

<sup>98</sup>SOUZA, Estela Libardi de. **Sistemas jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidade de diálogo**. Acessado em 02 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2769.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2769.pdf).

<sup>99</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 21/22.

<sup>100</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 22.

As normas reunidas ou sistematizadas das mais diversas comunidades e etnias indígenas são sistemas jurídicos, o que não os rebaixa, pois na maioria das vezes são mais legítimos (pela coesão da coletividade que os utiliza), abrangentes, eficazes e efetivos. As normas são aplicadas pelos próprios membros da comunidade, sem a especialização do direito, sem os tribunais, sem o aparato estatal, o que torna ainda mais difícil a delimitação entre o que é a organização social e o sistema jurídico<sup>101</sup>.

Insta mencionar que o direito brasileiro admite a existência e a executividade dos sistemas jurídicos indígenas, em um reconhecimento de alcance limitado e da complexidade das relações sociais em um país pluriétnico.

Sobre o tema, destaca Estela Libardi:

O reconhecimento dos Direitos indígenas enquanto ordens jurídicas diferenciadas, paralelas ao Direito estatal, não é possível sob o paradigma do monismo jurídico e seus pressupostos: os Direitos indígenas não são estatais, uma vez que são praticados em sociedades “sem Estado”, ou melhor, contra o Estado; não são positivos nem racionalizados, uma vez que não passam pelo processo de “formulação, generalidade e validade objetiva” do Direito estatal; tampouco tem a Lei como principal expressão e não são produzidos através de órgãos e de instituições reconhecidos e/ou oficializados pelo Estado. São, no entanto, Direitos, que, não obstante as tentativas de homogeneização cultural e jurídica, permanecem vivos e são considerados legítimos nas sociedades que os praticam; demandam, assim, repensar os tradicionais paradigmas do Direito.

Nesse sentido, a noção de pluralismo jurídico pode trazer novas perspectivas o debate. Wolkmer (2001) demonstra que há várias definições e interpretações do que é pluralismo jurídico; o autor o define, de forma genérica, como “... a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.” (Wolkmer, 2001: 219)

Apesar das diversas acepções do termo, a noção de pluralismo jurídico, de forma geral, questiona os pressupostos do monismo jurídico, afirmando a existência de outras práticas jurídicas no mesmo espaço do Direito estatal; desse modo, amplia horizontes, uma vez que traz a possibilidade de perceber que o Direito do Estado não é único e onipresente<sup>102</sup>.

Nesse passo, quanto ao pluralismo jurídico destaca Luiz Fernando Villares:

O pluralismo jurídico é admitido não só em relação aos sistemas jurídicos indígenas. Já de longa data o ordenamento jurídico nacional, através da Lei de Introdução ao Código Civil, exige que, em certos casos, a aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização de lei estrangeira. Outras possibilidades de afastamento da legislação brasileira são a arbitragem e a aplicação dos usos e costumes e comerciais<sup>103</sup>.

<sup>101</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 22.

<sup>102</sup>SOUZA, Estela Libardi de. **Sistemas jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidade de diálogo**. Acesso em 02 de junho de 2015. Disponível em:

[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2769.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2769.pdf).

<sup>103</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**, Curitiba: Juruá, 2009, p. 23.

Desta forma, as principais características dos sistemas jurídicos indígenas são a produção coletiva do direito e o controle social da comunidade sobre o mesmo. O poder está dentro da comunidade e ela o exercita controlando o resultado social dos seus atos<sup>104</sup>.

Assim, Luiz Fernando Villares (2009, p. 22) afirma que os sistemas jurídicos indígenas são formados por normas que definem, principalmente: (i) o comportamento público dos indivíduos; (ii) a organização interna da vida da comunidade, especialmente suas relações familiares; (iii) as relações intergrupais; (iv) as relações de trabalho; (v) a apropriação dos recursos naturais; (vi) a propriedade dos bens; (vii) as crenças, religiões e rituais; as deliberações e resoluções; (viii) as instituições, cargos e funções públicas; (ix) o exercício do poder; (x) as sanções devidas às condutas reprovadas; (xi) solução de conflitos; e, por fim, (xii) a arte.

O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, já previa, no parágrafo único, de seu artigo 1º, a sujeição do índio e das comunidades indígenas à lei brasileira, desde que fossem resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como sua condição peculiar, *in verbis*:

**Parágrafo único.** Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

O Estatuto do Índio é claro na necessidade de respeito à organização social e tradições indígenas, o que se reforça pela previsão do respeito às regras em relação à família, sucessão, propriedade e negócios realizados internamente, conforme dispõe o artigo 6º:

**Art. 6º** Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

**Parágrafo único.** Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei.

<sup>104</sup>KEPPI, Jandira. **Os Direitos Indígenas e o Sistema Jurídico Nacional**. p.1. Acessado em 22 de abril de 2016. Disponível em: <http://comin.org.br/static/arquivos-publicacao/direitos-indigenas-1207011974.pdf>.

Ademais, sobre os direitos indígenas, destaca o entendimento do doutrinador Helder Girão Barreto, em sua obra “*Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais*”<sup>105</sup>:

Conforme definimos linhas atrás, índio é todo ser humano que se identifica e é identificado como pertencente a uma comunidade indígena. Direitos indígenas, portanto, são direitos humanos – *ou ditos fundamentais, quando inseridos em algum Texto Constitucional* – referidos aos índios e suas comunidades.

Assim, se os sistemas jurídicos indígenas devem ser aplicados como regra nas relações entre os índios, nas relações destes com a sociedade a regra é a aplicação do direito comum, excetuadas as normas que trouxerem um evidente prejuízo.

Outrossim, o Estatuto, no capítulo referente aos princípios das normas penais, especificamente em seu artigo 57, admite a aplicação do sistema jurídico indígena de repressão a delitos, de suas instituições, normas e sanções.

A Convenção nº 169 da OIT também prevê, com menor poder frente à Constituição, devido à sua redação ambígua, a consideração dos sistemas jurídicos indígenas quando da aplicação da legislação nacional em relação aos povos indígenas<sup>106</sup>:

**Artigo 8º**

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

O problema mais frequente em relação à aplicação da legislação nacional aos povos indígenas dá-se quando é completo o desconhecimento da lei ou quando é reconhecido nas situações em que é impossível comportarem-se em conformidade com ela, pois as regras de sua sociedade são muito impositivas.

Uma ideia bastante avançada seria o Estado dar condições materiais para a aplicação dos sistemas jurídicos indígenas por meio de seu aparato institucional, no qual a decisão

<sup>105</sup>BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. Curitiba: Ed. Juruá, 2003. p. 97.

<sup>106</sup>SOUZA, Estela Libardi de. **Sistemas jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidade de diálogo**. Acesso em 02 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2769.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2769.pdf)>.

poderia ser tomada pela comunidade, mas o Estado colaboraria para uma solução satisfatória do conflito, fornecendo auxílio material ou condições para execução da decisão.

Por fim, os sistemas jurídicos indígenas são aplicados tão somente nas relações internas das comunidades indígenas, devendo a legislação brasileira reger a relação dos índios com o resto da sociedade.

No terreno da antropologia indígena abordaremos no próximo subcapítulo, algumas questões controversas acerca do Estatuto do Índio.

### **II.3 Críticas ao Estatuto do Índio**

Apesar dos anseios da comunidade indígena e jurídica, atualmente os direitos dos povos indígenas continuam sendo regulados pela Lei nº 6.001/73, além das disposições constitucionais (artigos 231 e 232), embora as entidades que representam as comunidades indígenas alertem para o fato de que a referida Lei esteja defasada, por acrescentar uma visão discriminatória dos povos indígenas.

No entanto, deve ser observado que o referido Estatuto foi criado dentro de um outro contexto, quando da vigência da Constituição de 1967, em que o país vivia sob o regime militar e autoritário.

Conforme afirma Márcia Cristina Altvater Vilas Boas:

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a maioria dos textos normativos contidos na Lei nº. 6.001/73, atualmente, podem ser considerados inconstitucionais. Assim, o Estatuto deve ser interpretado, já que ainda em vigor, no sentido de se extrair o melhor do seu conteúdo normativo, mas desde que não confronte com a legislação constitucional hierarquicamente superior, bem como diante dos instrumentos internacionais recepcionados pela Constituição.

Já em seu primeiro artigo, o Estatuto revelava o seu propósito: “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. O verdadeiro objetivo, na realidade, ainda que de forma “mascarada” seria fazer com que, ao longo do tempo, “os índios deixassem de ser índios”.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup>BOAS, Márcia Cristina Altvater Vilas. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Fabris, 2012, p. 80.

Sobre o tema destacam ainda Manoel Nascimento de Souza e Erivaldo Moreira Barbosa:

O tratamento jurídico brasileiro conferido aos povos indígenas por muito tempo esteve atrelado à concepção de que estes constituíam entrave ao desenvolvimento nacional em razão de não se renderem aos objetivos políticos e econômicos predominantes. Ou seja, conforme o período histórico brasileiro, observa-se que a legislação indígena, em vez de promover a tutela dos interesses das sociedades indígenas, fundamenta-se basicamente na sua estigmatização.

De modo geral, pela análise dos documentos jurídicos constituídos no período tratado e como salienta BELFORT<sup>108</sup>, a legislação indígena esteve pautada em três paradigmas:

- (i) o do extermínio;
- (ii) o da integração e, somente depois do advento da Constituição Federal de 1988; e
- (iii) o de reconhecimento de direitos originários e ampliação de garantias<sup>109</sup>.

As definições contidas no Estatuto do Índio merecem críticas de diversas naturezas, tais como as formuladas pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, na qual serão destacadas algumas a seguir.

A antropóloga afirma que a lei confunde índio e silvícola, como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades.<sup>110</sup>

Outra crítica diz respeito à referência a “características culturais”. No entender da conceituada antropóloga, “traços culturais poderão variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isto afete a identidade do grupo”. Ela esclarece, também, que “só culturas de sociedades mortas” são imutáveis.<sup>111</sup>

<sup>108</sup>BELFORT, Lucia Fernanda Inácia. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica**. 2006. 139 f. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

<sup>109</sup>SOUZA, Manuel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9). Acessado em 05 de maio de 2015.

<sup>110</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaio e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, pp. 14-15.

<sup>111</sup>CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios: ensaio e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 26.

Ademais a definição de índio não está imune a críticas, pois, pensar no índio como um ser funcionalmente inadaptado, que se encontra em um estágio primitivo de evolução a qual o Estado deva tutelar ainda parece ser um discurso arcaico ou de puro desconhecimento.

Assim, observa-se as palavras de Roque de Barros Laraia:

(...) cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para evitar comportamentos preconceituosos. É fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre os povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir.<sup>112</sup>

Nesse diapasão, podemos afirmar que o Estatuto do Índio constitui um entrave ao respeito e efetividade dos Direitos Indígenas em razão de estar eivado da intenção integracionista nos moldes aludidos, revelando-se um texto incongruente, o qual, em certos dispositivos, tenta proteger os índios, seus valores culturais e, em outros, extermina a eficácia destes, ao disciplinar o processo de integração do indígena à comunhão nacional, como se observa:

**Art. 2º** Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

**I** – (...)

**II** - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional; (...)

**IV** - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; (...)

**VI** - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes; (...)

**Parágrafo único.** (Vetado)  
(destaques do elaborador)

Contudo, somente a partir de 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, é que se ocorreu uma evolução no tratamento jurídico indígena, atingindo uma nova dimensão, qual seja, a de reconhecimento de direitos originários, assim dispondo:

<sup>112</sup>LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 101.

**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.  
(destaques do elaborador)

Por tudo que se percorreu até o momento, não é arriscado depreender que o Estado brasileiro se pautou muito mais na negação do que no reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Até a promulgação da Constituição de 1988, os povos indígenas não eram reconhecidos como iguais, nem mesmo como diferentes, numa tentativa de assimilação de suas crenças, costumes e cultura à comunhão nacional. Somente após a Carta Magna é que esses povos foram efetivamente aceitos como o são: com suas diferenças.

Entretanto, assumir a desigualdade e diversidade cultural não é tarefa tão fácil, pois implica em diversas consequências na seara jurídica. Uma vez admitida a diversidade dos povos indígenas, presume-se pela existência de um direito próprio, o que de fato é notado pelos estudiosos do assunto. Não há dúvidas sobre a existência de uma Justiça Indigenista e de um direito próprio estabelecido conforme cada costume e tradição das comunidades indígenas<sup>113</sup>. A dificuldade, aqui, seria a conjugação dessa justiça indigenista com o sistema jurídico vigente, mais especificamente no direito previdenciário, o qual será abordado no próximo capítulo.

Desse modo, trazem Roberta Cristina de Moraes Siqueira e Vilma de Fátima Machado<sup>114</sup> alguns casos notórios sobre a aplicação do direito aos povos indígenas, para que, com base nisto, se possa exarar um entendimento sobre a aplicação do ordenamento jurídico em um Estado Plural.

---

<sup>113</sup>SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima Machado. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2015, p. 22.

<sup>114</sup>SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima Machado. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2015, p. 22.

**CASO PAULINHO PAIAKAN:** Às vésperas da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Eco-92, a imagem de Paulinho Paiakan, **um dos líderes mais importantes dos índios Kaiapó e figura fundamental na defesa de Direitos Indígenas e do meio ambiente**, foi completamente abalada pela acusação do cometimento de crime de estupro.

Paulinho Paiakan e sua esposa Irekran Kaiapó foram acusados de ter violentado e estuproado a jovem Sílvia Letícia da Luz Ferreira. Segue o relato da denúncia:

No dia 31 de maio de 1992, na cidade de Redenção/PA, entre 18h30min e 19h30min, Paulinho Paiakan e sua esposa Irekran teriam violentado e estuproado a estudante Sílvia Letícia. Na manhã do referido dia, Paulinho Paiakan e Irekran convidaram Sílvia Letícia para acompanhá-los até a chácara de ambos e passar o dia no local, juntamente com sua irmã mais nova e uma amiga, além de outras pessoas que já se encontravam na chácara. Paulinho Paiakan teria oferecido um churrasco aos seus convidados e o dia se desenrolou de forma normal. No fim da tarde, quando todos iriam retornar à cidade, Paulinho afirmou que iria levar Sílvia Letícia para casa, enquanto seu motorista levaria os outros convidados, alegando que ele mesmo deveria entregá-la ao pai. Ao retornar para a cidade, estavam no carro com Paulinho a vítima, Sílvia Letícia, sua esposa Irekran e sua filha, à época com cinco anos de idade, o que, conforme explícito na denúncia, ‘leva-se a crer que Paulinho Paiakan e Irekran já haviam premeditado o que se segue’. Ainda nos limites de sua propriedade, em certo momento, Paulinho parou o carro, trancou as portas e, com a ajuda de Irekran, teria estuproado a jovem; Irekran imobilizou Sílvia Letícia, segurando-a pelas costas e abrindo suas pernas, de forma a facilitar a relação sexual forçosamente realizada por Paulinho Paiakan, tendo ainda mordido a jovem várias vezes e praticado atos violentos, enfiando suas mãos na vagina dela, como se com o intuito de rasgá-la. O ato violento supostamente durou quase 1 (uma) hora, até que o caseiro da chácara percebeu a movimentação e veio em socorro de Sílvia Letícia, a qual gritava muito. Ao verificar a aproximação do caseiro, Paiakan teria aberto a porta do veículo e saído de seu interior despido, arrastando e agredindo a jovem, a qual vestia somente blusa e sangrava bastante. Ela conseguiu se desvencilhar de Paulinho e fugiu em direção ao caseiro, que a socorreu e levou para sua casa. No dia posterior, em companhia de seu pai, Sílvia Letícia se dirigiu à delegacia para prestar queixa em desfavor de Paulinho e sua esposa Irekran<sup>115</sup>.

O relato de Paiakan e Irekran a respeito dos fatos é diferente do exposto na denúncia, conforme se pode verificar nos autos. A versão, em sua defesa, leva a uma perseguição de políticos locais e pessoas contrariadas com a defesa que Paiakan havia realizado dos índios e do meio ambiente. Diversas foram as controvérsias ocorridas durante a instrução do processo criminal, principalmente em relação à aceitação pelo juízo da participação da Procuradoria da FUNAI como defensor dos réus, o que prejudicou substancialmente a qualidade da defesa técnica, o conteúdo e a confiabilidade do laudo médico-legal.

<sup>115</sup>Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, nº 6, pp. 15-37, jun./dez. 2009.

Na instrução processual, foi decretada a prisão preventiva de Paulinho Paiakan em regime domiciliar, que a cumpriu por 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 19 (dezenove) dias. Por fim, em 1994, o juiz Elder Lisboa Ferreira da Costa julgou improcedente a denúncia, absolvendo Paiakan pela falta de prova em relação à autoria do crime, vez que todas as lesões descritas nos laudos remetem única e exclusivamente a ações realizadas por Irekran. Também Irekran foi absolvida, em virtude da aplicação do art. 26 do Código Penal Brasileiro, pois, mesmo tendo praticado todos os atos descritos e tipificados, considerou-a, indubitavelmente, não emancipada, “*não inteiramente integrada à civilização branca*”, sendo incapaz de compreender o caráter ilícito do fato.

Entretanto, o Ministério Público recorreu da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que reformou a sentença em 1998. O recurso de apelação criminal foi julgado pela 2ª Câmara Criminal que, por unanimidade, o conheceu e deu provimento, condenando Paulinho Paiakan a 6 (seis) anos de reclusão em regime fechado e Irekran a 4 (quatro) anos em regime de semi-liberdade por ter infringido o art. 213 do Código Penal. Após a decisão, foi decretada a prisão de Paulinho Paiakan que seria cumprida em regime fechado, pelo fato de o crime em que foi incurso constituir como hediondo.

Quanto ao segundo caso trata-se também de um crime de homicídio envolvendo em uma das partes o indígena, mas tendo como diferença uma decisão em conformidade com a cultura e o tratamento dos povos originários.

**CASO BASÍLIO:** Basílio Alves Salmão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que ambos viviam. O processo passou para competência da Justiça Federal em fevereiro de 1992 e, em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, tendo em vista a necessidade de avaliar como o fato repercutiu perante a comunidade indígena, considerando

seus usos e costumes e o grau de imputabilidade do índio e se houve alguma punição adotada pela comunidade, considerando ser ele um Tuxaua<sup>116</sup>.

O laudo foi realizado por um antropólogo da FUNAI, relatando a importância do sistema de liderança, além das consequências do crime em questão para a comunidade Macuxi. Os Tuxauas reuniram-se e decidiram que o destino de Basílio seria o desterro (sem companhia dos familiares e sem iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo).

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se pela pronúncia do acusado. A FUNAI, por outro lado (defesa de Basílio), por meio de seus advogados, pediu a absolvição do réu, com fundamento no estado de embriaguez em que este se encontraria no momento do crime, alegando, ainda, a relevância de se avaliar o grau de aculturação do indígena. O juiz federal pronunciou o réu e aceitou a tese do Ministério Público de que o laudo antropológico não cumprira a finalidade a que se destinava. Levado a júri popular em maio de 2000, Basílio foi absolvido. Sua absolvição foi porque já havia sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena, o que era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal.

---

Assim, nos dois casos relatados, percebe a nítida diferença com que nosso direito, tratou os povos indígenas. No primeiro caso, de Paulinho Paiakan, tivemos uma decisão em que foi aplicado o direito “*dos brancos*”, sem nenhum respeito à cultura e tradições indígenas, seguida do apoio da imprensa que transformou um índio que era tido como herói em um selvagem criminoso e, assim, contrariando vários aspectos legais, não considerou como os direitos indígenas ou da comunidade a que pertencia Paiakan tratavam o assunto<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup>No sistema de lideranças Macuxi, o Tuxaua é eleito pela assembleia comunitária, havendo um para cada maloca, e sem prazo para duração do mandato. Na hierarquia, há o segundo Tuxaua, a quem compete substituir o primeiro em suas ausências, além de cumprir missões por ele designadas, devendo ajustar contas dos atos praticados.

<sup>117</sup>SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2015, p. 22.

Prosseguem ainda:

Percebe-se que as normas vigentes em nossa legislação foram utilizadas de forma conveniente pelo Poder Judiciário, pois havia uma cobrança da imprensa que se mobilizou a condenar o índio, mesmo sem a certeza de provas concretas sobre sua autoria no crime.

Deve-se entender que a posição aqui não é de julgamento da conduta ilícita do crime, mas de como o assunto foi tratado pela Justiça no que se refere à aplicação, ou não, das normas indigenistas. Já no Caso Basílio, se teve uma decisão inédita por parte do Judiciário, pois houve a aplicação de normas que não estavam previstas no Código Penal Brasileiro, o que tornou o caso diferenciado e abriu precedente para o reconhecimento do Direito Indígena e construção de um Estado plural<sup>118</sup>.

Nas esclarecedoras palavras de Estella Libardi de Souza:

A construção de um Estado, verdadeiramente, plural implica considerar a diversidade étnica existente, as diferenças culturais que, não obstante as tentativas de eliminá-las permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro. Implica também superar os velhos preconceitos a respeito dos povos nativos, que embaçam a percepção da complexidade de suas organizações sociais e contribuem para a manutenção de relações assimétricas e práticas tutelares, em prejuízo dos povos indígenas.<sup>119</sup>

Dos esclarecimentos expostos até então, se poderia questionar sobre a justiça das decisões. O que é justo, aplicar o direito monista, estabelecido para todos, conforme a percepção de que todos são iguais e, por isso, a lei também atinge todos da mesma maneira, ou se deveria aplicar aquele direito próprio, criado pelas comunidades indígenas e aplicado entre eles, independentemente das regras sociais alheias a seus grupos? E aqui surge essa ideia de direitos dos povos indígenas sob o aspecto da sua proteção social, proposta inicialmente.

É sabido que, após a Constituição Federal de 1988, houve um progresso no que se refere ao reconhecimento e aplicação dos direitos dos povos indígenas e é com base nesses novos princípios constitucionais que o Judiciário deverá se pautar ao decidir conflitos indígenas.

<sup>118</sup>SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima Machado. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2015, p. 22.

<sup>119</sup>SOUZA, Estela Libardi de. **Sistemas jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidade de diálogo.** Acesso em 02 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2769.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2769.pdf).

Dessa forma, no presente trabalho de dissertação, verifica-se que é atribuído aos povos tradicionais o direito à diferença, reconhecendo-se a sua organização social, costumes e tradições, salvaguardando o direito de serem e permanecerem como índios, sujeitos de direitos originários, ou seja, anteriormente à instituição do regime proposto pela atual Constituição à comunidade indígena que já gozava de direitos justificados por fatos e regras imprevisíveis pela nova norma constitucional.

Nessa esteira, como forma de concretizar o estágio de reconhecimento de direitos originários e mesmo como meio de ampliá-los, encontra em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.057/91, o qual objetiva extinguir a tutela reducionista do Estatuto do Índio, prevendo a criação de um Estatuto das Sociedades Indígenas.

Este projeto se justifica considerando que as comunidades indígenas devem ser tomadas como coletividades diferentes culturalmente devido a suas raízes ameríndias, mas detentoras de uma tutela holística com as mesmas prerrogativas conferidas aos outros cidadãos, respeitadas as devidas peculiaridades, inclusive o Estatuto proposto inova ao reconhecer aos índios a plena capacidade civil, observadas suas disposições específicas, como forma de garantir o exercício efetivo de seus direitos.

Insta salientar que a promulgação do Estatuto, em pleno Governo Militar, deveu-se, em grande parte, a cobranças e pressões internacionais por medidas efetivas de proteção das populações indígenas, ameaçadas, à época, tanto por ações do Estado como de particulares, no processo de expansão da colonização e da territorialização do país<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup>LIMA e BARROSO-HOFFMANN. **Questões para uma Política Indigenista: Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas. Uma Apresentação.** In A. C. de Souza Lima e M. Barroso-Hoffmann (orgs.). Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas: Bases para uma Nova Política Indigenista. Rio de Janeiro: Contracapa Livraria/ LACED, 2002, p. 9.

Pacheco de Oliveira afirma que o fato decisivo para a promulgação do Estatuto foi a preocupação com a imagem do país no exterior. Essa peculiaridade o torna uma lei atípica, já que em regimes militares as "*leis de regulação de certos grupos e processos sociais*" normalmente são consequência de atritos ideológicos internos no grupo detentor do poder, fazendo surgir espaço para o altruísmo, ou de conflitos políticos ou econômicos entre grupos e classes sociais. Não foi esse o caso brasileiro; quando da promulgação do Estatuto, por outro lado, os movimentos sociais, em defesa dos índios, eram ainda muito incipientes (OLIVEIRA FILHO. *Contexto e horizonte ideológico*, p. 19).

Existem duas interpretações para explicar o surgimento desse tipo de lei que regulam a existência de certos grupos ou processos sociais: uma, enfatiza os conflitos ideológicos internos ao grupo no poder, o que cria espaço para uma ação aparentemente altruísta, sem necessidade social ou economia direta; outra enfatiza os aspectos políticos e econômicos dos conflitos entre grupos e classes sociais, apresentando a aceitação da lei pelo Estado como uma imposição do grupo diretamente interessado.

Todavia, tais interpretações não poderiam ser aplicadas no Estatuto do Índio, haja vista que o Estado não admitia o dissenso mesmo entre os grupos mais próximos ao poder nem aceitava a intervenção de grupos subordinados na elaboração de suas políticas.

Outrossim, acerca da elaboração do Estatuto do Índio destaca Elias dos Santos Bigio:

Dessa forma, o fator decisivo para a elaboração, aprovação e divulgação da Lei nº 6.001 era a preocupação do governo com a sua imagem no exterior, então grandemente afetada por denúncias de violação dos direitos humanos. Em decorrência da divulgação pela imprensa internacional de massacres de índios, o governo enfrentava, desde 1967, uma campanha sistemática no exterior de acusações de omissões ou mesmo comprometimento de práticas etnocidas. Nos anos de 1970 a 1972, o país recebeu comissões de entidades internacionais de defesa às minorias étnicas e aos direitos humanos, entre elas a própria Cruz Vermelha, que visitaram diversas áreas indígenas na Amazônia e escreveram relatórios (Brooks, 1973; Fuerst, 1972; Hambury-Tennyson, 1973), nos quais apontaram o abandono e miséria daquelas populações. Em 1967, o governo já havia decidido extinguir o antigo Serviço de Proteção aos Índios (SPI), acusado de corrupção e conivência até mesmo em relatórios oficiais, sendo criada, em seu lugar, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). O Estatuto do Índio foi outro passo dado nessa direção, para calar os protestos externos, mostrando à opinião pública internacional uma face positiva do governo brasileiro a sua preocupação com os direitos indígenas e o acatamento das convenções internacionais.<sup>121</sup>

Cumprе mencionar, também, que se trata da própria natureza do Estatuto, que mantém uma conexão com o contexto social em que foi elaborado, mas que de maneira alguma pode ser automaticamente deduzido. O Estatuto do Índio foi uma lei produzida em regime de arbítrio e autoritarismo, conforme anteriormente mencionado, mas isso não significa que a lei

---

<sup>121</sup>BIGIO, Elias dos Santos. **A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da nova república**. Disponível em: [http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista\\_estudos\\_pesquisas\\_v4\\_n2/Artigo\\_1\\_Elias\\_Bigio\\_A\\_acao\\_indigenista\\_brasileira\\_sob\\_a\\_influencia\\_militar\\_e\\_da\\_NovaRepublica\\_\(1967-1990\)1.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepublica_(1967-1990)1.pdf). Acessado em 07 de julho de 2015.

apresente uma coerência óbvia e superficial com tal contexto histórico. Pelo contrário, a função social imediata que assumiu apenas seria possível invertendo essas características.

A elaboração do Estatuto do Índio, por um círculo fechado de juristas, apenas foi possível devido à existência de conceitos técnico-legais já delineados em legislação anterior (de 1910, 1911 e 1942). Todavia, a costura ideológica de todos esses elementos jurídicos era dada pela ideologia protecionista que predominara nos momentos mais importantes e nas figuras mais emitentes do antigo Serviço de Proteção ao Índio<sup>122</sup>.

Dessa forma, opõe-se aos meios compulsórios e traumáticos de aculturação, argumentando que, no processo de integração, se façam respeitar as tradições e a coesão das comunidades indígenas, assegurando-lhes, paralelamente, a terra que habitam e os seus meios de subsistência, fornecendo-lhes assistência médica, educacional, jurídica, técnica e econômica, adequada às suas necessidades.

Nesse passo, verifica-se que a existência da lei não é de forma alguma uma garantia suficiente de aplicação, dependendo de presença e continuidade de um aparato administrativo dotado de recursos humanos e materiais, partilhando de valores básicos que podem ser referenciados ao texto legal.

---

<sup>122</sup>BIGIO, Elias dos Santos. **A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da nova república**. Disponível em: [http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista\\_estudos\\_pesquisas\\_v4\\_n2/Artigo\\_1\\_Elias\\_Bigio\\_A\\_acao\\_indigenista\\_brasileira\\_sob\\_a\\_influencia\\_militar\\_e\\_da\\_NovaRepublica\\_\(1967-1990\)1.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepublica_(1967-1990)1.pdf). Acessado em 07 de julho de 2015.

### III A PROTEÇÃO SOCIAL E A SUA TRAJETÓRIA RUMO A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Seguridade Social, apresentada no texto Constitucional de 1988, foi fruto das lutas dos trabalhadores e dos movimentos sociais que reivindicavam a reestruturação no tratamento às políticas sociais, especialmente as políticas de Saúde, Previdência e Assistência Social. Dentre as reivindicações destacamos: um sistema de saúde universal, gratuito, políticas de assistência que não se assemelhassem as práticas assistencialistas focalizadas e residuais, que nenhum sucesso apresentava no enfrentamento das questões sociais postas, e um avanço na cobertura da previdência social. Neste sentido, não podemos negar que o texto constitucional de 1988 apresentou uma expressiva mudança no tratamento dado às políticas sociais, até então pelo Estado, na perspectiva do direito.

Dessa forma, o Brasil atravessou os anos 80 com força expressiva dos movimentos sociais, buscando um reordenamento do Estado nas políticas sociais que correspondesse às necessidades da sociedade.

Sobre a seguridade social assevera Zélia Luiza Pierdoná:

Para proteger a todos, o constituinte uniu três direitos sociais, os quais, cada um dentro de sua área de atribuição, protege seus destinatários e, no conjunto, todos serão protegidos. Para tanto, a seguridade social apresenta duas faces: uma delas garante a saúde a todos; a outra, objetiva a garantia de recursos para a sobrevivência digna dos cidadãos nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio.

Nesta segunda face encontramos a previdência e a assistência. Assim, considerando os preceitos constitucionais, conceituamos (3) a seguridade social como o sistema de proteção social previsto na CF/88 que tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para a implementação dos objetivos do Estado brasileiro mencionados acima. Sua efetivação tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda sociedade.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup>PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>.

Como já mencionado, a Nova Constituição saudada, no momento de sua aprovação, como Constituição Cidadã, trazia mudanças significativas no que diz respeito à proteção social no Brasil.<sup>124</sup>

Entre as mudanças apresentadas no texto, podemos destacar:

[...] a ampliação e extensão dos direitos sociais; a concepção de seguridade social como forma mais abrangente de proteção; um certo afrouxamento do vínculo contributivo como princípio estruturante do sistema; a universalização do acesso e a expansão da cobertura; a recuperação e redefinição de patamares mínimos dos valores dos benefícios sociais; maior comprometimento do Estado com o sistema, projetando um maior grau de provisão estatal pública de bens e serviços sociais.<sup>125</sup>

A Assembleia Constituinte fez a opção por um Sistema de Seguridade Social baseado em três pilares: Saúde; Previdência; e Assistência Social. Esses pilares são orientados pelos objetivos claramente incrustados no parágrafo único do artigo 194. Os textos do artigo 194 e de seu parágrafo único indicam claramente que se trata de uma norma de eficácia limitada – *em razão de seu conteúdo programático, no entanto, procedendo-se a uma interpretação sistemática, é possível concluir que as normas constitucionais que tratam de Seguridade Social, em qualquer um dos pilares, são consideradas normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, devendo o conteúdo programático apenas orientar os poderes públicos, estando vedada a limitação de direitos*<sup>126</sup>. (destaque nosso)

Acerca dos objetivos da Seguridade Social destaca Antonio Pedro Ferreira:

A previsão do Sistema de Seguridade Social na Constituição de 1988 atribuiu efetividade à política do “*welfare state*” tão defendida no pós-guerra. No caso, a

<sup>124</sup> CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **O sistema de saúde no Brasil: considerações a partir do sistema de seguridade social**. Tempus Actas de Saúde Coletiva, v. 7, n. 1, p. Pág. 333- 348, 2013. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/viewFile/1300/1129> Acesso em: Maio. 2016.

<sup>125</sup> DRAIBE, Sônia. M. **Brasil 1980-2000: proteção e insegurança sociais em tempos difíceis**. Anais do Taller Inter-Regional "Protección social en una era insegura: un intercambio sur-sur sobre políticas sociales alternativas en respuesta a la globalización". Santiago de Chile, PNUD/Cenda, 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000207&pid=S0103-070200300020000400020&lng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000207&pid=S0103-070200300020000400020&lng=en) Acesso em: Maio. 2016.

<sup>126</sup> <sup>126</sup>SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

natureza jurídica da Seguridade Social deixa o ramo do direito privado passando a integrar o direito público de forma definitiva, na medida em que tem por objetivo cobrir “*riscos*” sofridos pelos cidadãos brasileiros e, em alguns casos, pelos estrangeiros.<sup>127</sup>

Prossegue o autor:

Outro aspecto que é importante para compreender não apenas o sistema, como, também, os objetivos, está relacionado ao ponto de distinção entre os três pilares que integram a Seguridade Social.

(...)

É relevante ficar atento para o fato de que os objetivos traçados para a Seguridade Social devem ser interpretados de forma finalística, aplicando-os de acordo com a peculiaridade de cada ramo.<sup>128</sup>

Dessa forma, como analisado no presente estudo, pode-se dividir a evolução da proteção social em quatro fases, conforme cita Zélia Pierdoná:

Primeira fase: até o advento da Lei dos Pobres (Inglaterra 1601) a proteção social era feita de forma privada, sem a participação do poder público. A sociedade, nela incluída os trabalhadores, cuidava de sua própria proteção, por meio da própria família, bem como de associações mutualistas, as quais reuniam recursos para proteger os participantes quando diante de situações de necessidade, como morte, invalidez, doença etc. Também existiam entidades caritativas e religiosas que socorriam os necessitados.

Segunda fase: em 1601, como referido acima, foi promulgada na Inglaterra a Lei dos Pobres, a qual garantia a prestação de auxílios aos necessitados. Com isso, o Estado passou a prestar assistência, tornando-a oficial e pública.

Terceira fase: em 1883, na Alemanha, foi criado o seguro social (previdência social) para prover as necessidades daqueles que exerciam atividade remunerada e de seus dependentes, por meio de um sistema de seguro obrigatório, de cuja administração e custeio participam, o próprio Estado, os segurados e os empregadores.

Quarta fase: preocupado com os efeitos da guerra, o governo britânico, em 1941, criou uma comissão com o objetivo de fazer uma investigação completa dos sistemas existentes de seguro social e serviços afins para recomendar mudanças no sistema de proteção social. William H. Beveridge presidiu a comissão interministerial. A comissão realizou o seu trabalho, sendo que o seu resultado foi publicado sob o título Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge.

A comissão denominou “seguridade social” o conjunto de proteção social, a qual incluía o seguro obrigatório, o seguro voluntário, a assistência social nacional e a criação de serviços gerais de saúde, bem como a manutenção do emprego, como condição necessária ao êxito da seguridade social. A seguridade social se caracteriza pela extensão da proteção a toda a população<sup>129</sup>.

<sup>127</sup>SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

<sup>128</sup>SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

<sup>129</sup>PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>.

Assim, parece claro que da metade da década de noventa de fato ocorreu uma confluência e sucessão de acontecimentos situados nos planos econômicos, políticos e ideológicos mundiais que acabaram abalando, de forma aparentemente definitiva, as bases que se sustentavam os pilares do *Welfare State*, resultando na obrigação de uma nova forma de reorganização, independente de quais sejam os seus governos.

Dessa forma, veremos a seguir um dos instrumentos disciplinados pela Ordem Social, a Seguridade Social, que é baseada no trabalho propiciando o bem-estar e a justiça social.

### **III.1 A Ordem Social: Sistema de Seguridade Social.**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da Saúde, Assistência Social e Previdência Social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social. Porém, antes mesmo da promulgação da Constituição atual, já havia disposição legal que determinava a transferência de recursos da previdência social para o então Sistema Único Descentralizado de Saúde, hoje Sistema Único de Saúde.

O art. 194 da CF preceitua que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Em seu parágrafo único, estabelece os princípios aplicáveis à seguridade social, ao qual devem ser acrescidos os enunciados do *caput* do art. 195 e §5º. O seu financiamento está previsto no art. 195, também, da CF. As normas referentes à seguridade social formam o seu, o qual está enunciado nos artigos 194 a 204 da Constituição. Referido sistema está inserido no Título VIII da Constituição, “Da Ordem Social”<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

Sobre o tema, destaca Zélia Pierdoná:

O art. 194 da CF preceitua que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Em seu parágrafo único estabelece os princípios aplicáveis à seguridade social, ao qual devem ser acrescidos os enunciados do caput do art. 195 e § 5º. O seu financiamento está previsto no art. 195, também, da CF.

As normas referentes à seguridade social formam o sistema da seguridade social, o qual está enunciado nos artigos 194 a 204 da Constituição. Referido sistema está inserido no Título VIII da Constituição “Da Ordem Social”.

A seguridade social, assim como as demais áreas da Ordem Social têm como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF). O art. 193 tem estrita relação com os fundamentos (art. 1º, III e IV) e os objetivos (art. 3º, I e III) do Estado brasileiro.

O fundamento “valor social do trabalho”, expresso no inciso IV do art. 1º, aparece como base da “Ordem Social” – “o primado do trabalho”– e, como fundamento da ordem econômica.

A previdência social tem como pressuposto o trabalho: sua remuneração, como uma das modalidades de financiamento direto e, a ausência da capacidade laboral na concessão de suas prestações (benefícios e serviços), demonstra que a própria Constituição conferiu tratamento peculiar aos trabalhadores, na medida em que destinou uma das áreas componentes da seguridade social a proteger o trabalhador quando diante de uma necessidade causada por riscos sociais.

Como objetivos da Ordem Social, a Constituição estabelece o bem-estar e a justiça sociais (art. 193) que são referências quando estamos diante de um direito social. Para o implemento de tais objetivos, o constituinte estabeleceu, entre outros direitos sociais, os direitos de seguridade social, a qual é baseada na solidariedade de toda a sociedade<sup>131</sup>.

É relevante ficar atento para o fato de que os objetivos traçados para a Seguridade Social devem ser interpretados de forma finalística, aplicando-os de acordo com a peculiaridade de cada ramo. Nesse passo, tomando como premissa que as normas que regulamentam o Sistema de Seguridade Social são de eficácia plena<sup>132</sup>.

A política social brasileira desenvolveu-se tendo por base o seguro social e excluindo, durante décadas, os grupos sociais não participantes do mercado de trabalho formal. Sua cobertura limitada e seu lento processo de expansão fizeram com que o reconhecimento da existência de um sistema de proteção social no Brasil não fosse consensual entre os estudiosos

<sup>131</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

<sup>132</sup> SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

do tema. O conceito de sistema de proteção social foi ganhando força nos estudos sobre as políticas sociais brasileiras.

Atualmente, a Previdência Social brasileira, responsável por assegurar a renda dos trabalhadores e de seus dependentes quando da perda da capacidade de trabalho, faz parte de conjunto integrado de ações do Estado e da sociedade criado pela CF/88, denominado Sistema de Seguridade Social. Ainda que o sistema proposto tenha resultado da evolução histórica das políticas sociais no país, a análise do período pós-constituição permite observar que sua consolidação não logrou congregação lógica de políticas integradas com vista à superação dos riscos vinculados à Seguridade Social<sup>133</sup>.

As políticas públicas nas áreas integrantes da Seguridade – *previdência, Assistência Social e saúde* – permaneceram fragmentadas e encerradas em seus próprios ministérios, apresentando pouca sinergia entre suas ações. Ressalta-se que a complexidade dos novos riscos surgidos nos últimos anos torna cada vez mais tênue as fronteiras entre as áreas de políticas que compõem o sistema de Seguridade Social, além de comprometer sua viabilidade futura na ausência de mecanismos que gerem interfaces e externalidades entre as áreas.<sup>134</sup>

Além de determinar as áreas que compõem o referido sistema, o *caput* do art. 194 da CF estabelece que as iniciativas das ações de seguridade são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade, demonstrando, com isso, que a responsabilidade pela sua efetivação não é exclusiva do Estado.

Com isso, o nosso sistema de seguridade social inclui, também, a assistência privada. Conforme se verifica, quando se trata da evolução, *a seguridade social apresentou quatro fases: assistência privada, assistência pública, seguro social (previdência social) e seguridade social*. Isso não significa que, a cada nova fase, foi extinta a fase ou fases anteriores. Ao contrário, o processo deu-se de forma cumulativa, uma vez que a seguridade social congrega a assistência privada e pública, o seguro social e a saúde. O parágrafo único

---

<sup>133</sup>SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

<sup>134</sup>SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

do art. 194 da CF estabelece os princípios específicos da seguridade social, aos quais devem ser acrescidos os preceitos do *caput* e o §5º do art. 195<sup>135</sup>.

A seguir será apresentado, de forma breve, os princípios de seguridade social, nos termos ressaltados pela autora Zélia Pierdoná:

A seguridade social é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o bem-estar e a justiça sociais, o que somente será realidade quando todos tiverem acesso a um padrão mínimo. Por isso, o princípio da universalidade é intrínseco à seguridade, na medida em que cabe ao Estado e à sociedade garantir a todos o mínimo necessário.

O princípio em comento prevê a universalidade da cobertura e do atendimento. A universalidade da cobertura corresponde às situações de riscos (objetos da seguridade social). É o elemento objetivo da universalidade. Constitui um *vir a ser*, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco forem atendidas.

Já a universalidade do atendimento, que é a dimensão subjetiva do princípio, está ligada aos destinatários das prestações de seguridade social.

A universalidade deve ser entendida no sistema de seguridade social como um todo: em relação à saúde, todos são seus destinatários. Já no que tange aos recursos para a sobrevivência, quando diante da incapacidade de auferi-los por conta própria, temos a previdência, a qual é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes, e a assistência que é destinada aos necessitados. O mencionado princípio relaciona-se às prestações e aos beneficiários da seguridade social. A universalidade é o primeiro princípio específico; a partir dele, devem ser compreendidos os demais.<sup>136</sup>

Assim, sobre o Princípio da uniformidade e equivalência das prestações às populações urbanas e rurais destaca a autora:

O inciso II, do parágrafo único, do art. 194, estabelece a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Historicamente, o tratamento dado ao trabalhador rural foi inferior àquele dispensado ao trabalhador urbano.

O referido princípio também consagra a equivalência dos benefícios e serviços. Isso significa que as regras infraconstitucionais que não atendam o conteúdo do princípio, tanto no que se refere aos tipos de prestações concedidas, quanto aos critérios para apuração do seu valor, não encontram fundamento de validade na Constituição. No entanto, deve-se observar que a equivalência dos benefícios e serviços deve ser isonômica, ou seja, se o trabalhador rural contribui de forma diversa do urbano, os benefícios deverão ter relação à sua forma de custeio. A própria Constituição, no §8º, do art. 195, estabeleceu forma diversa do segurado especial contribuir.

<sup>135</sup> SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Acessado em 08 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>.

<sup>136</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

Quanto ao Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços assevera Zélia Pierdoná:

Acima, é possível verificar que a seguridade social tem como objetivo a universalidade, sendo que o princípio ora em discussão revela uma contenção provisória. No caminho de sua efetivação, o legislador infraconstitucional, discricionariamente, deverá escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão cobertos por prestações. Porém, a discricionariedade não é total, pois, além de a própria Constituição ter apresentado vetores como doença, velhice, invalidez etc., o segundo comando do princípio — *distributividade* — determina que a escolha dos riscos a serem cobertos recaia sobre prestações que concretizem os objetivos da ordem social.

Wagner Balera ensina que “a seletividade fixa as prestações, enquanto a distributividade define o grau de proteção devido a cada um, sendo ambas corolário da isonomia em matéria de seguridade social”.<sup>137</sup>

Já acerca do Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, cita a autora:

A irredutibilidade do valor dos benefícios, prevista no art. 194, parágrafo único, IV, está relacionada ao seu valor nominal. Ou seja, um benefício de R\$ 1.000,00 (um mil reais) não pode ser reduzido a R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais). Esse princípio também é aplicado à remuneração dos trabalhadores em atividade (art. 7º da CF), salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho. Outra questão é a manutenção do valor real dos benefícios previdenciários, a qual está prevista no §4º, do art. 201, da Constituição, assegurando “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Referido dispositivo relaciona-se ao poder aquisitivo que deve ser observado no reajuste dos benefícios da previdência social. Ressalta-se que os critérios são fixados em leis e não podem afetar a preservação do valor real. Com efeito, não encontrará fundamento de validade, na Constituição, o indexador fixado pelo legislador que não preservar o valor real do benefício. Mas, por outro lado, na determinação do percentual de reajuste, deve ser considerado o enunciado do §5º, do art. 195, o qual contém o princípio da contrapartida.

Importante frisar que a manutenção do valor real é dirigida apenas a uma das áreas da seguridade (previdência social), enquanto a irredutibilidade do valor dos benefícios destina-se a toda seguridade social<sup>138</sup>.

Destaca a autora também que os princípios da equidade na forma de participação no custeio e da diversidade da base de financiamento referem-se ao custeio da seguridade.

---

<sup>137</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

<sup>138</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

Vale mencionar que trata-se de norma principiológica em sua essência, visto que a participação equitativa de trabalhadores, empregadores e Poder Público no custeio da seguridade social é meta, objetivo, e não regra concreta.

Com a adoção deste princípio, busca-se garantir que aos hipossuficientes seja garantida a proteção social, exigindo-se dos mesmo, quando possível, contribuição equivalente a seu poder aquisitivo, enquanto a contribuição empresarial tende a ter maior importância em termos de valores e percentuais na receita da seguridade social, por ter a classe empregadora maior capacidade contributiva, adotando o princípio da progressividade, existente no Direito Tributário.

Sobre o Princípio da diversidade da base de financiamento menciona Zélia Pierdoná:

O princípio da diversidade da base de financiamento deve ser entendido a partir da história do financiamento do sistema protetivo. No modelo alemão de seguro social, concebido por Bismarck, o financiamento estava relacionado à remuneração do trabalho, contribuindo tanto o empregador como o trabalhador.

O Brasil, historicamente, adotou esse modelo, sendo que a remuneração era o fator de produção que tinha maior expressão econômica. Entretanto, houve alteração desse quadro, decrescendo o fator trabalho em face do aumento do capital, diminuindo proporcionalmente a receita sobre aquele fator. Além disso, o sistema protetivo foi ampliado com a Constituição de 1988, passando de modelos isolados, que visavam a proteger determinados setores da população, para um sistema de seguridade social que objetiva atender todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades. Para tanto, necessitava de outros sinais de riqueza.

Assim, a Constituição determinou a diversificação de bases de financiamento, o que significava utilizar outras fontes, além da folha de pagamento, uma vez que somente esta já não era suficiente para custear a totalidade das prestações da seguridade<sup>139</sup>.

Dessa forma, quanto ao Princípio da gestão da seguridade social cita a autora em comento:

O inciso VII, do parágrafo único, do art. 194, da Constituição vigente, estabelece o *“caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”*. Com isso, a Constituição determinou que a gestão da seguridade social deveria ter caráter democrático e descentralizado, o que concretiza, no âmbito da seguridade social, o Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Constituição Federal, pois exige a participação, nos órgãos de poder, dos destinatários do sistema.

<sup>139</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

A participação dos destinatários na gestão da seguridade social, referidas no parágrafo anterior, é uma das formas do exercício direto do poder a que se refere o parágrafo único, do art. 1º, da Constituição Federal. A descentralização deveria abranger a arrecadação das receitas da seguridade e sua aplicação, uma vez que o art. 165, §5º, da Constituição Federal, determina orçamentos distintos do tesouro e da seguridade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 146.733-9, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, estabeleceu que a Constituição não veda; ao contrário, admite a arrecadação de contribuição social para o financiamento da seguridade social pela administração direta da União, por intermédio da Receita Federal. Atualmente, com a criação da Receita Federal do Brasil, todas as contribuições da seguridade social são arrecadadas por essa instituição<sup>140</sup>.

Nesse diapasão, o Princípio do custeio prévio refere-se ao fato que não pode ser criado benefício ou serviço, nem majorado ou estendido a categorias de segurados, sem que haja a correspondente fonte de custeio.

Sobre o tema destaca Zélia Pierdoná:

O enunciado do §5º, do art. 195, da Constituição Federal, determina: “*nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*”. Constata-se, no preceito constitucional em referência, que não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja entrada (receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações), ou seja, poderão ser criadas, majoradas ou estendidas prestações da seguridade social somente se houver recursos para tanto. Isso significa que o sistema protetivo não proporcionará benefícios sem que haja a contrapartida financeira.

Para Uendel Domingues Ugatti, o referido preceito é “norma constitucional da espécie princípio, uma vez que atua como vetor, diretriz e elemento estruturante do planejamento constitucional para a seguridade social, norteador a atividade do legislador ordinário, intérprete, magistrado e do administrador público”. Defende o referido autor que “o princípio da contrapartida atua, de forma nítida, como fundamento de validade de todo o sistema de seguridade social, pois todas as prestações, seja nas áreas de saúde, previdência ou assistência social, apenas podem existir ou ser instituídas pelo legislador ordinário com a respectiva previsão da fonte e custeio total, assim como a criação de fontes de custeio encontram-se atreladas às prestações sempre de acordo com o plano atuarial, sob pena de sua nulidade, por absoluta ausência de fundamento de validade”.

Esse princípio é denominado por Wagner Balera (13) “regra da contrapartida”. Para ele, “por força do estatuído na regra da contrapartida, a Lei Magna impõe ao legislador a observância do equilíbrio financeiro do ‘Caixa’ previdenciário”.

Assim, podemos afirmar que o princípio revelará, ao mesmo tempo, a capacidade de financiamento da comunidade no que tange às prestações de seguridade social, bem como sua decisão política, efetivada por meio de seus representantes, para a ampliação do sistema protetivo<sup>141</sup>.

<sup>140</sup>PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>.

<sup>141</sup>PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>.

Por fim, sobre o princípio da solidariedade, afirma Zélia Pierdoná que:

Os caputs, tanto do art. 194 como do art. 195, trazem enunciados que demonstram a existência do princípio da solidariedade. Aquele artigo afirma que as ações de seguridade social são de responsabilidade, tanto dos poderes públicos como da sociedade (14), conforme já vimos anteriormente, revelando, assim, a existência do princípio da solidariedade no que tange à execução do sistema.

O art. 195, por sua vez, estabelece que o financiamento da seguridade social é encargo de toda a sociedade, que o efetivará de forma direta (15) e indireta (16), o que demonstra a solidariedade do sistema. Segundo Almansa Pastor (17), o autêntico alcance da solidariedade é dado por meio dos recursos financeiros e, de acordo com o artigo constitucional em comento, toda a sociedade financia a seguridade social o que revela, conforme vimos no item anterior, o princípio da universalidade do financiamento.

Para o referido autor (18) a relação jurídica de seguridade social tem seu princípio fundamental na solidariedade. Argumenta ele que o princípio da solidariedade tempera os rigores do individualismo e do socialismo. O princípio da solidariedade desempenha papel fundamental nas relações de seguridade social, a qual, por ter um caráter universal, proporciona proteção a todos aqueles que estão em situação de risco.<sup>142</sup>

### III.2 A Seguridade Social e os Povos Indígenas

Dessa forma, conforme já explanado, pela definição do artigo 194 da Constituição Federal, a seguridade social é *“um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”*.

A seguridade social é de responsabilidade do Poder Público, ou seja, da União, dos Estados e Municípios, de acordo com suas competências elencadas constitucionalmente. Os objetivos do sistema de seguridade social brasileiro são taxados nos incisos do parágrafo único, do artigo 194, da Constituição Federal, no qual, o que importa ao presente estudo, é situar os povos indígenas no seio desse sistema.

A primeira contribuição vem da própria Constituição Federal de 1988, na qual não se admite que o sistema de seguridade social esteja alheio aos povos indígenas, haja vista que os índios devem ter acesso aos programas disponíveis aos demais cidadãos brasileiros, sem discriminação. No sistema constitucional, a seguridade social tem como postulado básico a

---

<sup>142</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>.

universalidade, ou seja, todos no País farão jus a seus benefícios, não devendo existir distinções, principalmente entre segurados urbanos e rurais.

**Artigo 24.** Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

Noutra quadra, outro postulado é o da seletividade, nos termos do qual a escolha das prestações se dá de acordo com as possibilidades do sistema e das necessidades dos segurados, haja vista que a lei é que disporá a que pessoas os benefícios e os serviços serão estendidos. Aos índios é garantido o acesso indiscriminado aos benefícios previstos legalmente quando se enquadrarem nos critérios de distribuição.

Ademais, é de se registrar que o regime de saúde pública previsto na forma do artigo 198 da Constituição Federal, em um primeiro momento foi implementado aos povos indígenas e materializado através do Decreto nº. 3.156, de 27 de agosto de 1999, trazendo mudanças na prestação de assistência à saúde indígena, passando da FUNAI para a FUNASA – Fundação Nacional de Saúde. Posteriormente, à publicação do citado decreto foi aprovada a Lei nº. 9.836, de 23 de outubro de 1999, que veio a acrescentar à Lei nº. 8080/90, dispositivos que instituíam o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

No ano de 1993, ocorreu a segunda Conferência Nacional de Saúde Indígena, momento em que diversas organizações indígenas debateram amplamente as propostas que estavam sendo gestadas em todas as regiões do Brasil sobre a perspectiva de criação de um sistema de saúde específico e diferenciado para as populações indígenas. Das resoluções dessa conferência, surgiu a Lei Arouca (Lei nº. 9836/99), que criava o Subsistema de Atenção a Saúde dos Povos Indígenas tendo por base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas<sup>143</sup>.

Observa-se, no entanto, a par de todas as normas editadas, que *“há um descompasso visível entre a normatização que é minuciosa e bastante avançada, e a implementação da política”*.<sup>144</sup>

<sup>143</sup>BOAS, Márcia Cristina Altvater Vilas. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Fabris, 2012, p. 135.

<sup>144</sup>VILLARES, Luiz Fernando, **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 280.

Nesse sentido é possível afirmar que a proteção social em relação aos povos indígenas é de difícil mensuração, uma vez que seus direitos confundem-se com aqueles da população em geral, diluída nos diferentes sistemas de Assistência Social e Previdência.

Já na educação e na saúde, por contarem com políticas específicas para as populações indígenas, os dados podem ser mais facilmente visualizados, conforme se verificam nos quadros em anexo ao presente trabalho. Ainda assim, a sistematização, a análise e a sua apresentação continuam pouco acessíveis ao público em geral e às populações indígenas, pesquisadores e formuladores de políticas.

Para formular uma política pública de seguridade social para os povos indígenas, é necessário gerar informação sobre os benefícios que essas populações recebem da Previdência Social e da Assistência Social. Essa informação teria de conter tanto indicadores compatíveis com os indicadores nacionais, como estudos qualitativos, que apresentassem as diversas situações enfrentadas por diversos grupos indígenas.

Nesse passo, faz-se necessário que o Estado brasileiro crie políticas públicas específicas, na qual garantam a continuidade étnica em condições de dignidade as comunidades indígenas. As políticas previdenciárias e assistenciais têm, portanto, uma função essencial no projeto de continuidade étnica desses povos e no enfrentamento das dificuldades decorrentes da limitada extensão e da baixa produtividade de seus territórios, dos seus níveis de crescimento demográfico, das pressões dos interesses empresariais sobre seus territórios e da presença de atravessadores.

Ademais, há uma percepção generalizada de que os povos indígenas enfrentam inúmeras dificuldades para o acesso, o recebimento e a utilização dos benefícios previdenciários e assistenciais. Essas dificuldades perpassam as fases de documentação, cadastramento, recebimento e uso do dinheiro.

Constatou-se que essas dificuldades relacionam-se, principalmente, à logística e ao custo elevado de deslocamento das aldeias até as sedes dos municípios em que se encontram as estruturas de atendimento, bem como as de hospedagem e alimentação nos centros urbanos; assim como as redes de intermediação, que estabelecem um sistema de exploração

das comunidades indígenas em proveito dos interesses de agentes privados e a reprodução, em alguns casos, desses procedimentos dentro da própria etnia.

Entre as dificuldades, podemos destacar, também, o desconhecimento por parte dos indígenas, acerca dos seus direitos e dos requisitos para acessá-los, como os critérios para o salário-maternidade e para a pensão por morte, além dos procedimentos burocráticos para a emissão da documentação exigida para a concessão dos benefícios.

Não obstante isso existe a problemática das barreiras linguísticas, pelo fato de que muitos servidores públicos não compreendem e/ou falam os idiomas dos povos indígenas, ou porque parte considerável dos índios não fala bem o português, somados à defasagem entre as estruturas de atendimento das políticas previdenciárias, assistencial e indigenista em relação à demanda de atendimento. Isso se refere tanto à quantidade dos servidores e à sua qualificação para atender às peculiaridades dos povos indígenas quanto às condições operacionais – equipamentos, veículos, orçamento e outras.

Logo, conclui-se que é necessário tomar medidas emergenciais para melhorar o acesso, por parte dos indígenas, aos benefícios previdenciários, tanto na fase de concessão quanto na de pagamento.

### **III.3 A Previdência Social no Brasil**

Conforme conceitua Zélia Pierdoná:

A previdência social é direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, a qual visa à garantia de recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral (efetiva ou presumida). No entanto, reveste-se também em dever, uma vez que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes possam fazer jus às prestações previdenciárias. Apresenta proteção obrigatória e facultativa. Aquela abrange todos os trabalhadores que estarão vinculados ao regime geral ou aos regimes próprios<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup>PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988**. Acessado em 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>.

Assim, a previdência social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortunistica, tais como morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário, ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços.

Em que pese o princípio da uniformidade de prestações previdenciárias, contemplado no texto constitucional, o fato é que no âmbito da previdência social no Brasil não existe somente um regime previdenciário, mas vários deles.

Entende-se por regime previdenciário aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que está submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de seguro social.

O principal regime previdenciário na ordem interna, o Regime Geral da Previdência Social abrange obrigatoriamente todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja: os trabalhadores que possuem relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 5.889/73 (empregados rurais) e pela Lei 5.859/72 (empregados domésticos); os trabalhadores autônomos, eventuais ou não; os empresários, titulares de firmas individuais ou sócios gestores e prestadores de serviços; trabalhadores avulsos; pequenos produtores rurais e pescadores artesanais trabalhando em regime de economia familiar; e outras categorias de trabalhadores, como garimpeiros.

O índio é um beneficiário da previdência social quando exerce ou exerceu atividade remunerada, sendo considerado inscrito quando cadastrado no registro geral da previdência social, sendo o contrato e a carteira de trabalho provas dessa inscrição.

O Estatuto do Índio já previa que o regime geral de previdência social seria aplicado ao trabalhador indígena:

**Art. 55.** O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

No mesmo sentido é o artigo 24 da Convenção 169 da OIT, que determina a extensão da seguridade social aos povos indígenas. No Brasil, a par dos beneficiários índios do regime geral, que nada diferem dos outros beneficiários, a Lei nº 8.213/91, que trata dos benefícios da previdência social, e o Decreto nº 3.048/99, o regulamento da previdência social trazem profundo impacto aos povos indígenas por regulamentar a aposentadoria por idade do trabalhador rural.

A redução para a aposentadoria rural fundamenta-se no trabalho mais penoso desenvolvido e na menor expectativa de vida no meio rural. Esse benefício é concedido ao índio que desenvolva atividade rural, sendo uma das provas dessa condição, não a única, a declaração da FUNAI sobre o desenvolvimento do trabalho no campo.

É um benefício que, apesar de individual, é aproveitado na maioria das vezes como um provento a ser distribuído coletivamente ou mesmo no núcleo de cada família.

Dessa forma, apesar do intuito de analisar cada benefício previdenciário, o qual a população indígena faz jus, demonstrando o quanto que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha avançado nos direitos indígenas, este ainda se mostra ineficaz, posto que há uma contradição entre a lei e os costumes dos povos originários, entrando, assim, na problemática central do presente estudo e diante da escassez de obras sobre o tema, a fim de delimitá-lo, evitando uma amplitude da problematização, se fará uma abordagem especial sobre o benefício do salário maternidade para a Indígena.

#### **III.4 O Índio como segurado especial da Previdência Social.**

Entre as relações sociais desenvolvidas entre os povos indígenas e a sociedade majoritária, as relações trabalhistas merecem destaque pela sua relevância como meio de sobrevivência física e por ser atividade que traz impactos sensíveis na organização social indígena.

Insta mencionar que cada sociedade indígena tem uma organização que prevê normas para definir o papel dos indivíduos na especialização dos trabalhos a serem realizados, normas essas que determinam que, como e quando o trabalho necessário para a sociedade será realizado, quais os deveres e obrigações dos homens, mulheres, crianças, jovens, adultos e líderes da comunidade.

Vale mencionar que essas normas são fruto do amadurecimento da sociedade durante gerações e da sua adaptação com o meio ambiente e com outros povos, por meio das quais têm como objeto regulamentar as atividades e relações de trabalho necessárias para a agricultura, caça, coleta, construção, manufatura, atividades domésticas e políticas. Cada povo, sociedade ou comunidade tem suas normas próprias, adaptáveis às suas realidades.

Não existe especificidade ou tratamento que possa desfavorecer os índios nas suas relações trabalhistas. A Constituição Federal de 1988 dispõe que nenhum trabalhador, urbano ou rural, pode ser diferenciado em termos de salários, exercício de funções e critérios de admissão por motivos de sexo idade, cor ou estado civil.

Todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social são aplicados aos trabalhadores indígenas, sem exceção. No entanto, ao trabalhador indígena, se lhe oferece legalmente uma proteção diferenciada, em consonância com os preceitos constitucionais, o Estatuto do Índio prevê que é permitida a adaptação das condições de trabalho aos usos e costumes do índio.

Assim, menciona Luiz Fernando Villares que:

Normatização de abrangência é trazida pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, pois traça diretrizes inéditas para a relação trabalhista com os povos indígenas.<sup>146</sup>

Primeiramente, os governos devem comprometer-se a ter uma legislação protetiva especial quando os povos indígenas não tiverem suas relações trabalhistas devidamente

---

<sup>146</sup>VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 413.

protegidas pelas normas aplicáveis aos trabalhadores em geral, devendo-se procurar combater a discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores.

Outrossim, é prevista a obrigação governamental do desenvolvimento de programas para formação profissional dos índios, baseados no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados, nas quais esses programas são medidas para equiparar o desenvolvimento dos povos indígenas e dotá-los de técnicas para progressão profissional, mas que devem aproveitar as necessidades específicas e a cultura diferenciada como trunfos.

Uma dessas normas especiais está contida no inciso V, do artigo 83, da Lei Complementar nº 75/93, que traz como competência do Ministério Público do Trabalho propor ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos índios decorrentes das relações de trabalho e, também, fiscalizar as relações trabalhistas.

O Estatuto do índio, em seu artigo 15 e 16, preveem normas específicas sobre as relações trabalhistas com os povos indígenas, que, se necessárias à época, hoje mostram-se desatualizadas, pois, com um viés nítido de proteção aos povos indígenas isolados, proibindo sua contratação, e exigindo a assistência e fiscalização do órgão de proteção ao índio nos contratos de trabalho.

No campo laboral, foi aprovada, por força do Decreto nº 5.051, de 19.04.04, a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que passa a integrar o ordenamento jurídico nacional com *status* de norma constitucional, na medida em que trata dos direitos fundamentais dos povos indígenas (art. 5º, §§1º e 3º da Carta de 1988, na redação da Emenda 45).

Observa-se que o índio vive no âmbito agrário, ou seja, os fatos que daí surgem emergem do campo, consequência de uma atividade agrária; e, como homem do campo, o índio planta, cria animais, pratica o extrativismo animal (caça e pesca) e vegetal (frutos, raízes, folhas, cascas e óleos), o que caracteriza uma típica relação jurídica agrária como o trabalhador rural. O índio, como trabalhador da terra, como trabalhador rural na sua mais ampla expressão.

Dessa forma, o trabalhador rural é o trabalhador que desenvolve uma atividade no campo, de natureza agrária, em imóvel rural, ou seja, é aquele que exerce um trabalho na agricultura, na pecuária, no extrativismo agrário, em qualquer outra atividade fundamental agrária.

O Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 5.889, de 8.6.1973) esclarece o assunto com conceito legal de empregado rural, ao dispor, em seu artigo 2º, *verbis*:

**Art. 2º.** Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.

Diante disso, ressalta-se que todo índio é trabalhador rural, mas nem todo trabalhador rural é índio. Da mesma forma, todo índio é trabalhador rural, mas nem todo índio é empregado rural.

Esclarece o ordenamento jurídico, ainda, que não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e da previdência social, conforme se extrai do artigo 14 do Estatuto de Índio:

**Art. 14.** Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.

**Parágrafo único.** É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

Ademais, deve ater-se de que se necessita ter as condições de trabalho do índio como empregado rural, também, nessas condições um trabalhador rural, ou seja, será nulo o contrato de trabalho ou de locação de serviços realizados com os índios isolados (conforme se verifica no artigo 15 do Estatuto do Índio) e dependerá de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio no caso de indígenas em processo de integração ou habitantes de parques ou colônias agrícolas (artigo 16 do Estatuto do Índio).

Nesse sentido, o índio integrado como trabalhador rural tem os mesmos direitos do trabalhador urbano, objetivando a melhoria de sua condição de vida, como orienta a Constituição Federal no seu artigo 7º, dos direitos sociais.

De acordo com os termos do art. 1º do Decreto de publicação da referida normativa internacional, ela deverá ser “*cumprida tão inteiramente como nela se contém*”. Portanto, obriga e vincula a todos, inclusive aos particulares e, principalmente, ao Poder Judiciário, que tem o dever de aplicá-la nos casos concretos submetidos à sua apreciação.

Nos termos do art. 20 da mencionada normativa internacional:

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicáveis aos trabalhadores em geral.
2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:
  - a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;
  - b) remuneração igual por trabalho de igual valor;
  - c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;
  - d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.
3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:
  - a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão-de-obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;
  - b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;
  - c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;
  - d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o assédio sexual.
4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção.

Como se vê, a norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico interno garante aos trabalhadores indígenas a proteção laboral assegurada aos demais trabalhadores, o que - *diga-se de passagem* - já se encontrava previsto nos art. 1º, 3º, 5º e 131 da Carta de 1988. Por conseguinte, não pode haver nenhum tipo de discriminação do trabalhador indígena em relação aos não indígenas, garantia essa que também se encontra expressa no art. 14 da Lei nº 6.001/73.

Assim, quando, na prestação de serviços por indígena encontrarem-se presentes os elementos tipificadores da relação de emprego, deve ser reconhecido o vínculo e assegurado a esse trabalhador todos os direitos laborais previstos na legislação de proteção do trabalho.

Nesse sentido, vale trazer à colação o julgado pioneiro do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região<sup>147</sup> a respeito do tema, nos seguintes termos:

VÍNCULO DE EMPREGO - INDÍGENA - IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO.

Uma vez presentes os requisitos indispensáveis à configuração do vínculo empregatício, pouco importa se os autores são ou não indígenas, há de se lhes reconhecer a proteção da legislação trabalhista, até porque é proibida a discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais (Lei nº 6.001/73, art. 14 - Estatuto do Índio). Também não se pode dar valia ao contrato de locação de serviços intermediado pela FUNAI, que pretende descaracterizar a relação de emprego vislumbrada nos autos, incidindo na hipótese a previsão contida no art. 9º, da CLT.

Entretanto, a contratação do trabalhador indígena deve respeitar alguns requisitos previstos na Lei nº 6.001/73, pois, dada à condição de tutelado, o indígena deve, além de ser assistido pelo órgão tutor, ter preservados “*seus direitos, organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*” (art. 231 da Carta de 1988).

Vale notar, por oportuno, que a nulidade da contratação do indígena, por ausência de cumprimento dos requisitos previstos nos arts. 8º e 16 da Lei nº 6.001/73 não poderá jamais prejudicar o trabalhador, na medida em que, em matéria laboral, os atos contrários às normas imperativas e proibitivas não impedem que o contrato permaneça válido em relação ao trabalhador.

---

<sup>147</sup>TRT 24ª R. - RO - 0732/97 (AC. TP -2.081/98). In: DO/MS, 21/10/1998, p. 55.

Desse modo, deverão ser assegurados ao trabalhador indígena, ainda quando nula a contratação, todos os direitos dela oriundos como se fosse válida, inclusive as eventuais parcelas resilitórias.

Ao contratante que não obedeceu às exigências legais deverão ser aplicadas as devidas e cabíveis sanções. Deve-se registrar, ainda, que, em se tratando de indígena que não revele consciência de seus atos, à luz da norma do art. 198, inciso I, do Código Civil, não se aplica a prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX, do Texto de 1988, tendo, inclusive, esse posicionamento sido acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> TST - ROAR – 205/2004-000-24-00.6.

#### **IV O SALÁRIO MATERNIDADE NO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL – NORMA CONSTITUCIONAL EM ANÁLISE**

Inicialmente, cumpre salientar que o artigo 6<sup>a</sup> da Constituição Federal de 1988 destacou uma série de direitos sociais, entre os quais, para o presente estudo, menciona-se a previdência e a assistência social.

Assim, conforme mencionado no capítulo anterior, o artigo 194 da Carta Maior dispõe que *a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, fixando normas cogentes relativas à satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, realçando as características de um Estado comprometido com o ideal de bem-estar social.*

No âmbito da seguridade social, o princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento tem por objetivo garantir a cobertura de todos os eventos ou riscos sociais para o fim de manter a subsistência dos cidadãos que necessitarem, bem como atender, por meio de prestações estatais, todos aqueles atingidos por situações de risco. Logo, em virtude da aplicação do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, não poderá haver discriminação em relação aos segurados da previdência social.

Nesse sentido, surge a polêmica acerca de que se realmente a previdência social é capaz de atender todos os cidadãos brasileiros indiscriminadamente e qual o alcance dessa cobertura. Em especial, surge o questionamento se as minorias, aqui representadas pelas populações indígenas, estão igualmente atendidas como os demais cidadãos.

Dessa forma, é preciso respeitar e preservar as tradições, cultura, crenças e costumes do povo indígena e, ao mesmo tempo, assegurar o direito da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento, sendo necessário garantir a concretização dos direitos fundamentais de proteção da mulher e da criança indígena, por se encontrarem em condições distintas e especiais, merecendo tratamento diferenciado.

Logo, será questionado se o benefício previdenciário do salário maternidade poderá ser concedido às Indígenas menores de dezesseis anos de idade, uma vez que tal prestação pressupõe o exercício de atividade laboral anterior ao parto em determinado prazo de carência, eis que a Constituição Federal de 1988 proíbe o trabalho de menores de dezesseis anos, bem como o ingresso no Regime Geral de Previdência Social somente é possível após essa idade.

#### **IV.1 Breve histórico sobre o salário maternidade**

Conceitua Miguel Horvath Júnior que:

O salário-maternidade é prestação previdenciária de trato sucessivo de curta duração, decorrente de imposição estatal, resultante de compromisso internacional (Convenção da OIT). Prestação na modalidade benefício (pago em pecúnia) de caráter individual. Não é benefício familiar.

A proteção previdenciária da maternidade tem como finalidade a proteção da segurada quando em contato com a contingência social em testilha, e a não discriminação das mulheres no mercado de trabalho.<sup>149</sup>

Insta salientar, por oportuno, que o risco social é o perigo que ameaça o indivíduo e se transfere para a sociedade atingindo toda a coletividade, fazendo surgir a necessidade social, na qual cabe à previdência social a função de aliviar tal necessidade surgida em virtude da ocorrência dos eventos previamente selecionados, garantindo uma tutela de base, ou seja, um mínimo vital.

O estado de necessidade é criado pela ocorrência do evento protegido, constituindo-se no objeto e no fundamento da proteção social. Diante do princípio da seletividade na prestação dos benefícios e serviços coube ao legislador escolher, no universo de necessidades sociais, aquelas mais relevantes que, em conjunto, melhor atenderão as finalidades da Ordem Social.

---

<sup>149</sup>HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Revisitando o salário-maternidade à luz das recentes alterações**. Acesso em 08 de outubro de 2015. Acesso em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7907](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7907)

Com a introdução de outros eventos no sistema protetivo e com a evolução do conceito de seguro social, o risco social começou a sofrer críticas e passando-se a utilizar a *a contingência social*, a qual surge para acentuar a separação entre a técnica do seguro social e a do seguro privado, por meio do qual sua diferenciação decorre da análise conceitual de risco e de seus elementos configuradores.

Assim, a diferença entre risco e contingência social baseia-se na ausência dos elementos voluntariedade e dano, em alguns eventos protegidos, por exemplo, maternidade. A contingência social vem a ser evento suscetível de produzir uma redução ou supressão da atividade do beneficiário ou de impor cargas econômicas suplementares.

Assevera Miguel Horvath Júnior<sup>150</sup> que,

No direito romano, a família representava não apenas o agrupamento de pessoas unidas pelo laço do sangue, como também aquelas pessoas ligadas ao *paterfamilias*, em face da autoridade exercida (fenômeno da agnação e cognação).

A agnação não era um parentesco de sangue, e sim um vínculo de parentesco que prendia tanto os membros da família *iure próprio*, que compreendia tanto os indivíduos sujeitos ao poder de um *pater familias* vivo, quanto os membros da família *iure communi*, que abraçava um conjunto de pessoas reunidas em vários grupos, chefiados, cada um deles, pelo *paterfamilias*, mas que se encerraria numa só família se o *paterfamilias* comum estivesse vivo. [...] Para ser agnado, não se fazia mister, portanto, ser parente, bastava a submissão à soberania do *paterfamilias*. O parentesco de sangue (*cognatio*) não era o vínculo coesivo da família romana; somente no Baixo Império é que ele prevaleceu.

Assim, para o direito previdenciário, a família representa o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade e por vínculos jurídicos, ou seja, os cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e demais integrantes da unidade familiar (enteados e menores sob tutela), a qual se traduz pelo rol das pessoas que a lei considera como dependentes do segurado (artigo 16 da Lei nº 8.213/91).

A família é a instituição tutelada pela Constituição Federal de 1988, que prevê regras de proteção social, econômica e jurídica. É valor garantido nos limites de sua conformação, devendo observar os valores adotados. A família tem como finalidade a educação e a promoção dos que a ela pertencem, na qual família é o gênero e a entidade familiar é a espécie.

---

<sup>150</sup>HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 35.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, ao estender a proteção especial do Estado à entidade familiar, também conhecida como família, inserindo-se a figura da união estável entre homem e mulher ou de um dos genitores com a prole. À maternidade foi consagrada função social em virtude da preocupação da sociedade brasileira em investir nas gerações futuras, ressaltando-se que essa proteção não é privilégio da mulher, mas benefício de toda a sociedade.

O salário maternidade é benefício previdenciário decorrente de imposição estatal, resultante de compromisso internacional (Convenção nº 3, aprovada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Washington, em 29.10.1919, e revisada pelas Convenções nºs 103 e 183 da OIT)<sup>151</sup>.

Com o advento da Lei nº 6136/74, a natureza jurídica do salário maternidade de direito trabalhista passou a ser benefício previdenciário, custeado pelas contribuições patronais calculadas sobre a folha de pagamento, ou seja, o empregador paga à empregada gestante os salários devidos e os descontos dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social.

Nesse sentido, verifica-se que houve uma evolução do instituto, que deixou de ser encargo direto do empregador que contratou a gestante, para ser suportado pelo empregado como um todo, transformando-se em benefício previdenciário, com vantagens para a empresa contratante e, principalmente, para a própria mulher, que terá menos razões para ser discriminada na contratação.

Assim, podemos afirmar, atualmente, que o salário maternidade compreende um benefício previdenciário pago durante 120 (cento e vinte dias) dias pelo INSS à segurada regida pelo Regime Geral de Previdência Social, em decorrência do nascimento de filho ou em virtude de obtenção de guarda judicial para fins de adoção de criança de até 08 (oito) anos de idade.

---

<sup>151</sup>HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Salário-maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 85.

As regras do salário maternidade estão disciplinadas nos seguintes diplomas legais: art. 7º, inciso XVIII, e art. 201, inciso II, da CF/88; art. 71 a 73, da Lei nº 8.213/91; art. 93 a 103, do Decreto nº 3.048/99. A CLT também trouxe um capítulo específico sobre a proteção ao trabalho da mulher (arts. 372 a 401), subdivididos em seis seções, sendo a penúltima delas sobre a proteção à maternidade (arts. 391 a 400).

Assim, mister enfatizar que qualquer segurada, tanto a empregada (urbana, rural ou temporária) como a empregada doméstica, trabalhadora avulsa (art. 7º, XXXIV, CF/88), contribuinte individual (autônoma, eventual, empresária), segurada especial e facultativa têm direito ao salário maternidade.

Inicialmente, a Lei nº 8.213/91 garantiu o salário maternidade às empregadas, bem como às trabalhadoras domésticas e às trabalhadoras avulsas. Posteriormente, a Lei nº 8.861/94 estendeu o benefício à segurada especial, por meio da inserção do parágrafo único, no artigo 39, da Lei nº 8.213/91. Por fim, com a edição da Lei nº 9.876/99, as seguradas facultativas e as contribuintes individuais passaram a ter direito ao salário maternidade.

A finalidade social do salário maternidade é propiciar o descanso da mulher trabalhadora e garantir o contato da mãe com a criança nos primeiros meses de vida. Como menciona Júnior coloquei no rodapé o salário maternidade “*é concedido visando à proteção da mulher, bem como à proteção do filho*”<sup>152</sup>.

O salário maternidade, juntamente com o salário família, é um dos benefícios que visam à cobertura dos encargos familiares. Tem por objetivo a substituição da remuneração da segurada gestante durante os cento e vinte dias de repouso, referentes à licença maternidade)<sup>153</sup>.

A proteção da família, segundo Almansa Pastor<sup>154</sup>, “*supõe a elevação do nível de vida desta, e o melhor cumprimento de sua função social*”.

---

<sup>152</sup>HORVATH JÚNIOR, Miguel Horvath. **Salário-maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 283.

<sup>153</sup>TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 160.

<sup>154</sup>PASTOR, José M. Almansa. **Derecho de la seguridad social**, 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 508.

A Constituição Federal de 1988, conforme mencionado acima, prescreve normas de direito público que dão ensejo a direito público subjetivo, exigíveis pela sociedade ao Poder Público, razão pela qual o Estado deve dar cumprimento a essa norma de proteção social.

Nesse sentido, destaca Katia Oliveira:

A maternidade, por estar protegida pela Carta Maior, deve ser acolhida como um direito público subjetivo exigível do responsável pelo pagamento das prestações previdenciárias, observando-se, destarte, as normas constitucionais infraconstitucionais. A partir dessa norma maior de proteção, a trabalhadora grávida tem o direito de cobrar do Estado a consecução do pagamento do benefício que lhe é devido<sup>155</sup>.

Nesse passo, Paul Durand afirma que o estudo de proteção à maternidade deve pôr-se em conexão com a da enfermidade, muito embora não se confundam. Ele argumenta que a maternidade, igualmente à enfermidade, impõe a cessação de trabalho, a perda de recursos e supõe-se fonte de gastos médicos e farmacêuticos<sup>156</sup>.

A seguridade social converteu-se em função do Estado para a prestação de bens e serviços, visando à eliminação das necessidades sociais. A intervenção do Estado na eliminação da necessidade social corresponde a um interesse de toda a coletividade, garantido, assim, a existência das condições mínimas para o real exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que efetiva a tutela dos direitos humanos.

Assim, conforme dispõe o artigo 25 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, fundado no conceito de bem-estar social, a maternidade e a infância têm direito a cuidados e à assistência especiais, as quais todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

---

<sup>155</sup>OLIVEIRA. Katia Cristina Santos. Dissertação de Mestrado PUC/SP. **O salário maternidade à luz do princípio da universalidade de cobertura e do atendimento**. 2005, p. 102.

<sup>156</sup>DURAND Paul. *La política contemporanea de seguridad social*. Tradução de José Vida Soria. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 248.

## IV.2 O salário maternidade e as alterações advindas da Lei nº 12.873/13

Dada a questão da necessidade, aliada à proteção previdenciária, o benefício salário maternidade teve seu conceito expandido ao longo dos anos, sendo garantido a partir de 1999 a todas as seguradas da Previdência Social (Lei nº 9.876), ainda que adotantes (Lei nº 10.421/2002), havendo, também, a possibilidade de prorrogação por mais 60 (sessenta) dias, caso trabalhe para uma empresa que participe do programa empresa cidadã (Lei nº 11.770/2008).

Assim, pode-se conceituar salário maternidade como benefício previdenciário pago à segurada da previdência social, em razão do parto, pelo período de 120 dias, ou à segurada ou segurado, em virtude da adoção de criança, pelo mesmo período, independentemente da idade da criança (regra pacificada com o advento da Lei nº 12.873/2013).

Ademais, insta salientar que, apesar da denominação salário-maternidade, desde a edição da Lei nº. 6.136/74, a proteção a maternidade passou a ter fundamento previdenciários.

Sobre o tema, ressalta Cristiane Miziara Mussi no artigo *“Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade”*:

Observa-se que, embora esse benefício traga a terminologia “salário”, não se refere a uma contraprestação paga pelo empregador à empregada, não tendo qualquer natureza salarial. Sua natureza é de benefício previdenciário com caráter nitidamente alimentar, pago em razão da necessidade de proteção à maternidade. Perpetraram-se na doutrina, com base na legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91 e Decreto nº 3.048/99) os seguintes requisitos para a obtenção do benefício previdenciário salário maternidade: ter a mulher a qualidade de segurada; cumprimento de carência, quando exigida; ser mãe (biológica ou adotiva). No entanto, com o advento da Lei nº 12.873/2013, é preciso traçar uma reformulação dos requisitos exigidos, que passam a ser: ter o beneficiário ou beneficiária a qualidade de segurado ou segurada da Previdência Social; cumprimento da carência, quando exigida; e ser mãe (biológica ou adotiva) ou pai (biológico ou adotivo)<sup>157</sup>.

Nesse passo, no Brasil, para que a mulher tenha direito ao benefício previdenciário denominado salário maternidade, deve estar inscrita e filiada ao Regime Geral da Previdência Social. Para a manutenção dessa qualidade, a segurada deve efetuar contribuições ao regime.

---

<sup>157</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>

Prossegue a autora:

Caso a segurada deixe de efetuar as contribuições devidas, ainda pode ter direito ao benefício, vez que a legislação brasileira concede um período gratuito, em que, embora não haja a contribuição efetiva, a segurada continua protegida, denominado período de graça.

Especificamente no que se refere a esse período, há de se ressaltar que a legislação brasileira dispõe que, durante o período de graça, todos os direitos perante a previdência social são mantidos (art. 15, Lei nº 8.213/91), ainda que haja situação de desemprego voluntário ou involuntário<sup>158</sup>.

Assim, é o que dispõe o artigo 97, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, ao estabelecer que, *“durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social”*.

O homem - conforme a Lei nº 12.873 de 2013 em análise - poderá requerer o benefício no caso de adoção. Para tanto, também terá de ter a qualidade de segurado da Previdência Social, ou seja, deverá estar a contribuir, ou estar a usufruir do denominado “período de graça”.

De igual modo, *“no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado”* (art. 71-B, Lei nº 12.873/2013).

Dessa maneira, na hipótese de dois homens (segurados da previdência social) que tenham adotado uma criança, poderão optar com relação a qual deles receberá o salário maternidade, observados os requisitos legais. Havendo o falecimento daquele que estava em gozo do benefício previdenciário, o outro, desde que também segurado da previdência, fará

---

<sup>158</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>

jus ao benefício por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Nesse sentido, menciona Cristina Mussi:

Pela nova formulação trazida pela Lei nº 12.873/2013, o salário maternidade, garantido em razão do filho, pode ser concedido ao homem, desde que tenha a qualidade de segurado. Em caso de parto, as regras não foram alteradas pela Lei nº 12.873/2013, mantendo o direito apenas à mulher que sofreu o parto. O segurado da previdência social apenas fará jus ao benefício no caso de seu óbito.

Não obstante isso cumpre mencionar que a carência foi implantada no sistema previdenciário sob a alegada razão de equilíbrio financeiro atuarial. Baseada no seguro privado entendeu o legislador que apenas com a carência haveria suficiente provisão de fundos no caixa da previdência<sup>159</sup>.

Com relação a carência, insta mencionar que no Brasil, alguns benefícios previdenciários a exigem para obtenção e outros não. No que tange ao benefício salário maternidade, não há carência para: empregada, empregada doméstica, trabalhadora avulsa (art. 26, inciso VI, Lei nº 8.213/91). No entanto, para a segurada contribuinte individual, segurada especial e facultativa, é exigida a carência de 10 (dez) contribuições mensais, conforme dispõe o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.213/91.

Nota-se que a segurada especial não deverá efetuar 10 (dez) contribuições mensais, mas comprovar o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua. Ocorrendo o parto antecipado, a carência será reduzida pelo número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado.

Dessa forma, quanto a carência no caso de recebimento do benefício em caso de adoção por homem, assevera Cristina Mussi:

Havendo com a Lei nº 12.873/2013 a possibilidade de o homem receber o benefício em caso de adoção, a sua carência será idêntica. Se ele for empregado, empregado doméstico ou trabalhador avulso, não haverá exigência de carência. Sendo contribuinte individual, segurada especial ou facultativo, a carência será de 10 contribuições mensais. Parece-nos que, em caso de óbito da segurada (cônjuge ou

---

<sup>159</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>

companheira do segurado) que fazia jus ao benefício, não haverá de analisar se o segurado cumpriu ou não o período de carência do benefício<sup>160</sup>.

Como já mencionado, observa-se que, ao longo do processo histórico previdenciário, o objetivo primordial do benefício em análise era o de proteção à mãe, quando da sua concessão.

Nesse sentido e como relatado, o salário maternidade, a princípio, veio proteger o risco do parto. A ideia era a proteção da mulher, evitando discriminação e redução salarial no momento em que ocorre um acréscimo nas despesas em decorrência do nascimento do filho, bem como o aumento da jornada feminina.

Paulatinamente, o conceito foi sendo reformulado, restando caracterizada a importância do salário maternidade na relação mãe-filho, vez que o filho, como novo integrante do lar, precisa de proteção na adaptação familiar. Com base nessa premissa, em 2002 (Lei nº 10.421), o salário maternidade passou a ser estendido àquela mulher que adota ou obtém guarda judicial para fins de adoção. Representando importante avanço legislativo, as regras estampadas pela Lei nº 10.421 de 2002, estenderam o salário maternidade às hipóteses de adoção, traçando, no entanto, distinção do tempo a ser aferido do benefício previdenciário conforme a idade da criança<sup>161</sup>.

Na sequência, o artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho teve seus §§1º e 3º revogados por força da Lei nº 12.010 de 2009. Sendo assim, de acordo com a CLT, a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança.

---

<sup>160</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

<sup>161</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

Em que pesem posicionamentos jurídicos divergentes, mesmo com a alteração da CLT, a legislação previdenciária não foi modificada, mantendo a distinção do período a ser recebido salário maternidade conforme a idade da criança, em caso de adoção. Em maio de 2012, a Ação Civil Pública 5019632-23.2011.404.7200 – 1ª Vara Federal de Florianópolis, juiz Marcelo Krás Borges - determinou ao INSS a promoção da igualdade de direitos entre mães adotivas e biológicas em todo País, concedendo salário maternidade de 120 dias também às seguradas que adotaram ou que obtiveram guarda judicial para fins de adoção de criança com idade superior a um ano.

Nota-se, de antemão, que o homem sempre ficou excluído da proteção previdenciária, mesmo que legalmente possa adotar uma criança. A jurisprudência pátria demonstrou evolução recentemente, conferindo o benefício do salário maternidade ao homem em casos isolados em que perdeu sua esposa no parto e nas hipóteses de adoção.

Sob a égide do atual posicionamento, a jurisprudência passou a entender que o benefício do salário maternidade é, em verdade, destinado ao filho que, vulnerável por excelência, precisa da mais ampla proteção jurídica<sup>162</sup>.

Com base nesse entendimento, em 24 de outubro de 2013, foi sancionada a Lei nº 12.873, ampliando aos homens o direito ao salário maternidade em caso de adoção. Por essa lei, ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias (nova redação conferida ao art.71-A, da Lei nº 8.213/91)<sup>163</sup>.

Ainda sobre o caso de recebimento do benefício por adoção, destaca Mussi que:

Caso a adoção seja obtida por um casal com união homoafetiva, apenas um deles terá direito ao benefício em questão, ainda que pertencentes a regimes previdenciários distintos, conforme preceitua o §2º, do art. 71, da Lei nº 8.213/91.

---

<sup>162</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

<sup>163</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

Nessas situações, o salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social (§1º, do art. 71, da Lei nº 8.213/91).

Salienta-se que, como já vinha regulamentado pela previdência social, o fato de a mãe biológica ter recebido o benefício do salário maternidade, não é óbice para a concessão do benefício à segurada ou segurado adotante.

Outra importante evolução trazida pela Lei nº 12.873 diz respeito ao pai que fica viúvo. Até o advento dessa lei, ao homem que ficasse viúvo com a morte de seu cônjuge ou companheira, no parto ou logo após a adoção, poderia requerer perante a previdência social apenas a pensão por morte da segurada, e não o salário maternidade.<sup>164</sup>

Nesse diapasão, nota-se que a problemática da situação residia no fato de que a pensão por morte, além de não garantir o afastamento do emprego para que esse pai concedesse os cuidados necessários ao filho recém-nascido, também não gerava direito à estabilidade no emprego. Todavia, atualmente, o pai viúvo e desde que segurado da previdência social, não apenas pode requerer o salário maternidade caso perca a mulher no parto, como também pode requerer o tempo restante do benefício, caso o óbito seja posterior ao parto ou adoção.

Para tanto, é preciso que o filho esteja com vida, já que, a partir da Lei nº 12.873/2013, passou a criança a ser o elemento central e principal da concessão do benefício do salário maternidade.

Pelas novas regras (Lei nº 12.873/2013), na hipótese de adoção por dois homens segurados da previdência social, apenas um deles fará jus ao benefício. Caberá, como já se mencionou, a eles formularem um consenso, para decidirem quem receberá o benefício. Havendo o óbito daquele que recebia o benefício, o outro poderá requerer, pelo tempo restante, o salário maternidade, garantindo que o filho não seja prejudicado<sup>165</sup>.

No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário maternidade, o benefício será pago diretamente pela Previdência Social, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente

---

<sup>164</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

<sup>165</sup>MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade**. Acessado em 05/01/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono (arts. 71-A e 71-B). O valor será calculado, nos termos do §2º, do art. 71-B, sobre:

§2º

[...]

**I** - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso;

**II** - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico;

**III** - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e

**IV** - o valor do salário mínimo, para o segurado especial.

O mesmo critério é adotado para a segurada em caso de adoção e parto (arts. 94, 100 e 101 do Decreto nº 3.048/99) e deverá ser aplicado analogicamente ao segurado que adota uma criança.

Obviamente, o deferimento do pedido do benefício do salário maternidade implica o afastamento do segurado do trabalho para a proteção do filho. É preciso lembrar que o benefício visa a proteger a criança, que necessita de cuidados especiais ao chegar ao novo lar, independentemente de sua idade.

Para o homem que obtiver o benefício, restarão garantidas as mesmas garantias trabalhistas que a da mulher, caso haja vínculo empregatício.

Em que pese o fato do salário maternidade ter natureza previdenciária, ao empregador surgem alguns deveres. Dentre eles, o de recolher contribuição previdenciária ao Instituto Nacional do Seguro Social no importe de 20% (vinte por cento) sobre a folha de pagamento da gestante durante o período de recebimento do salário maternidade.

### **IV.3 O salário maternidade para a Indígena menor de dezesseis anos: parâmetros mínimos para observância da Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas**

Cumpré destacar que, quanto ao enquadramento do indígena para efeitos previdenciários, destaca Miguel Horvath Júnior:

O indígena, para efeitos previdenciários, é enquadrado como segurado especial (art. 11, VII, da Lei 8213/91). A idade mínima para enquadramento é 16 anos. Para que o indígena preserve a condição de segurado especial deve ser assistido pela FUNAI, deve morar na aldeia e trabalhar na atividade rural, em regime de economia familiar. A legislação previdenciária garante aos indígenas os benefícios de aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio doença, auxílio acidente, salário maternidade, pensão por morte e auxílio reclusão<sup>166</sup>.

Prossegue o autor:

A grande discussão diz respeito à idade núbil e de reprodução de várias etnias cujo parâmetro etário é inferior a 16 anos. Nessa situação, as indígenas teriam direito ao salário maternidade enquanto seguradas especiais?

Na visão da Desembargadora Federal Marisa Santos, que analisou o caso junto ao TRF3, concluiu que não se deve tratar de forma diferenciada as índias gestantes menores de 16 anos das inúmeras não índias que se encontram em semelhante situação. Na decisão, a Desembargadora entende que '*reconhecer à mulher indígena o direito ao salário maternidade antes dos 16 anos de idade, ao fundamento do respeito à sua cultura, implicaria afrontar o direito de tantas que muito antes dessa idade trabalham na lavoura e não têm, a partir da Emenda Constitucional nº 20, o recolhimento da condição de segurados da previdência social*'.<sup>167</sup>

Nesse mesmo sentido, ressalta a seguinte jurisprudência do TRF 4ª Região:

A respeito da **concessão desse benefício à segurada especial**, assim dispõem o **art. 25, inciso III, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Lei nº 9.876/99 e o art. 39, parágrafo único, da mesma Lei, na redação dada pela Lei nº 8.861/94:**

*Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral da Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:*

*I- (...)*

*III- salário maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII, do art. 11 e o art. 13: dez contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único, do art. 39, desta Lei.*

*Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII, do Art. 11, desta Lei, fica garantida a concessão:*

*Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.861, de 25.3.94).*

No que tange ao **início e à duração do benefício do salário maternidade**, assim dispõe o **art. 71 da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 10.710/03, que vigorou a partir de 01/09/2003:**

<sup>166</sup>HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 10ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 390/391.

<sup>167</sup>HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 10ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 391.

**Art. 71.** *O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Texto alterado pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003).*

**Do caso concreto:**

No presente caso, observo que **o nascimento da filha da parte autora ocorreu no dia 18/12/2012**, conforme certidão de nascimento (fl. 13).

**Para fazer prova do exercício de atividade rural, a parte autora instruiu sua peça inicial com os seguintes documentos:**

- *Certidão de nascimento da filha Alana, ocorrido em 18/12/2012, do qual consta a qualificação da mãe como agricultora (fl. 13);*
- *Certidão de exercício de atividade rural da autora, datada de 23/01/2013, onde consta que esta exerceu atividade rural em regime de economia familiar entre 30/08/2010 e 18/12/2012 e exemplifica os produtos cultivados pela trabalhadora (fls. 15 e 16).*

Por ocasião da audiência de instrução, em 10/09/2014 (fl. 55), foram inquiridas as testemunhas João Carlos de Almeida e Valdoir da Rosa Nascimento, **as quais confirmaram o exercício de atividades rurais pela demandante.**

A testemunha João Carlos de Almeida relata:

*"que é agricultor, não é parente nem amigo próximo da autora, apenas conhecido; que a autora mora na lavoura, que é do pai dela, onde ela ajuda o pai há uns 12 ou 13 anos; sabe que a autora tem uma menina, mas não sabe quantos anos ela tem; lembra que quando teve a filha, Angelica trabalhava como agricultora na lavoura, ajudando o pai; a família da autora não tem empregados; que a Sra. Angelica é mãe solteira e mora até hoje com o pai."*

A testemunha Valdoir da Rosa Nascimento, por sua vez, esclarece:

*"que trabalha na lavoura, é vizinho da Autora mas não é parente; conhece a autora desde pequena na lavoura e esta é agricultora, trabalha e mora com o pai na lavoura, no setor indígena, onde ela tem 3 hectares onde planta; que a autora é mãe solteira, mora com os pais, vive da agricultura e estuda."*

No caso, **os documentos juntados aos autos constituem início razoável de prova material.** A prova testemunhal, por sua vez, **é precisa e convincente do labor rural pela parte autora no período de carência legalmente exigido.**

Deve ser valorado, ainda, o fato de inexistirem vínculos urbanos registrados no Cadastro Nacional de Informações Sociais da **parte autora** como indício de que retira o seu sustento a partir das lides rurícolas.

Ademais, em que pese a autora estivesse proibida de trabalhar antes de completar 16 anos, exceto na condição de aprendiz, não se pode invocar o art. 7º, XXXIII, da CF em sentido oposto à sua finalidade, em detrimento da menor.

A norma do art. 7º, XXXIII, da CF tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde, não se coaduna, portanto, com a finalidade da lei valer-se dessa regra para negar aos trabalhadores menores direitos previdenciários e trabalhistas reconhecidos aos trabalhadores maiores de idade.

Nesse sentido, os precedentes abaixo transcritos:

*PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO MATERNIDADE. SEGURADA MENOR DE IDADE. CABIMENTO. ART.7º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CUSTAS.*

*Demonstrada a maternidade e a qualidade de segurada, há de ser deferido o salário maternidade, desde o requerimento administrativo, independentemente de idade. Incabível a evocação da proibição do art.7º, XXXIII, da constituição Federal para indeferir o pedido da autora, ante o caráter protetivo da norma.*

*2. A correção monetária deve ser calculada pelo IGP-DI à luz da Lei nº 9.711/98, devendo incidir desde o vencimento de cada parcela.*

*3. Juros de mora de 1% ao mês (EREsp nº 207992/CE), a contar da citação.*

*4. Versando a causa sobre o benefício de salário maternidade, os honorários devem corresponder a R\$260,00, sob pena de estar-se aviltando a remuneração do profissional que atuou na causa.*

*5. O INSS está isento de custas quando demandado na Justiça Federal.*

*(TRF 4ª Região, AC Nº 2001.71.08.004977-9/RS, 6ª Turma, DJU 30-03-2005)*

*PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - TRABALHADOR RURAL - MENOR DE 14 ANOS - ART. 7º, INC. XXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - TRABALHO REALIZADO EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - COMPROVAÇÃO PARCIAL.*

*- A norma constitucional insculpida no art. 7º, inciso XXXIII, da constituição Federal, tem caráter protecionista, visando a coibir o trabalho infantil, não podendo servir, porém, de restrição aos direitos do trabalhador no que concerne à contagem de tempo de serviço para fins previdenciários. Tendo sido o trabalho realizado pelo menor de 14 anos, há de se reconhecer o período comprovado para fins de aposentadoria. (...)*

*(STJ, RESP nº 386538, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezzini DJU 07-04-2003, p. 310)*

Por fim, saliento que, tratando-se de pedido de concessão de salário maternidade à trabalhadora rural, deve ser mitigada a exigência de demonstração plena do exercício de atividades rurais sob pena de tornar impossível a concretização de um dos objetivos desse benefício, qual seja, a proteção à criança.

Dessa forma, estando preenchidas as exigências legais, **faz jus, a parte autora ao salário maternidade**, nos termos previstos no art. 71 da Lei nº 8.213/91, **devendo ser mantida a sentença que determinou a concessão desse benefício.**

*(TRF 4ª, APELREEX Nº 0003759-71.2015.404.9999/RS, Desembargador Relator Rogerio Favreto j. 10.07.2015) grifos e destaques do elaborador*

Diante disso, verifica-se que, por força do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), deve haver uma adequação à realidade cultural do povo indígena. Ademais, menciona Miguel Horvath Júnior que:

Adotando essa linha de interpretação e com fundamento no argumento de que o limite de idade adotado pelo INSS é incompatível com as disposições constantes nos artigos 11 e 13 da Lei nº 8.213/91 e com o contexto advindo da Lei nº 6.001/73, da

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho combinado com o art. 5º, parágrafo 2º, e com o artigo 231 da Constituição, os pedidos na Ação Civil Pública nº 500323-44.2010.404.701 foram acolhidos determinando-se ao INSS a concessão de salário maternidade às **Indígenas** seguradas com idade entre 14 e 16 anos, provenientes da aldeia Kaingang da Terra Indígena Inhacorá em São Valeiro do Sul/RS. Também reconhecido o direito às **Indígenas** da aldeia Maxacalis, a partir dos 14 anos. Bem como o direito às **Índias** da etnia Kanamari (ACP 18137-48.2012.4.01.3200). Para percepção do benefício indígena deverá comprovar o exercício de atividade rural pelo período de 10 meses anteriores ao nascimento, parto ou adoção; às requerentes deverá ser atribuído NIT de não filiado no Sistema CNISPF; a comprovação da atividade será feita por meio de Certidão da FUNAI, na forma do inc. XI, do art. 115, da IN 45 INSS/PRES.

Assim, é certo que a Constituição reconheça 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"* (art. 231).

**A pergunta que se coloca, então, é:**

***A proteção constitucional garantida à cultura indígena pode fazer concluir que o salário maternidade deve ser concedido à Índia, segurada especial, antes de completar 16 (dezesesseis) anos de idade?***

Não se pode negar que os índios, ainda crianças, participam da cultura da terra com seus pais e demais familiares. Não obstante isso, a história constitucional brasileira demonstra que o trabalho já foi permitido a partir dos 12 (doze) anos, depois a partir dos 14 (catorze) anos e, após a EC nº 20/1998, a partir dos 16 (dezesesseis) anos, salvo a partir dos 14 (catorze), na condição de aprendiz.

Assim, as normas constitucionais anteriores à EC nº 20/1998 reconheciam a realidade do trabalhador brasileiro, principalmente das áreas rurais que, desde cedo, labutam na lavoura ao lado de seus pais. Embora a idade mínima para o trabalho tenha sido alterada pela Constituição, é público e notório que a realidade pouco mudou, apesar dos avanços socioeconômicos do país.

Por isso que reconhecer a mulher Indígena o direito ao salário maternidade antes dos 16 (dezesesseis) anos de idade, sob o fundamento do respeito à sua cultura não implicaria

afrontar o direito de tantos que muito antes dessa idade trabalham na lavoura e não têm, a partir da EC nº 20, o reconhecimento da condição de segurados da previdência social.

Não se pode comparar a cultura indígena com as demais e aceitar isso seria uma violação grave tanto da Constituição Federal, que assegura aos índios o direito à cultura, como também violação do próprio Estatuto do Índio.

As populações indígenas, em razão de extraírem seu sustento, principalmente das atividades rurais, extrativistas e artesanais, conforme já dito, estão qualificados no Regime Geral da Previdência Social na categoria de segurado especial. Consagrou-se tal entendimento em razão da semelhança dessa classe com as atividades indígenas, conforme acima explanado.

Além disso, os indígenas, em virtude de suas características singulares, merecem um tratamento diferenciado pelo Estado, ao qual compete promover políticas públicas voltadas à sua proteção social, notadamente na área da Previdência e Assistência Social, para o fim de garantir formas de sobrevivência por meio de políticas de reposição de renda ou de uma renda mínima.

Denota-se que o artigo 24 da OIT 169 estabelece que compete aos Estados regulamentar esquemas de seguridade social que deverão ser progressivamente ampliados para beneficiar os povos interessados e disponibilizados a eles sem nenhuma discriminação.

Nesse sentido, surge o conflito sobre a possibilidade de o Estado conceder às indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos o benefício previdenciário do salário maternidade. Ocorre que essa prestação previdenciária exige o exercício de atividade laboral, porém, a Constituição Federal de 1988 impõe limitações ao trabalho dos menores de dezesseis anos e o Regime Geral da Previdência Social somente admite o ingresso de segurados no sistema após essa idade.

Primeiramente, cumpre descrever os requisitos para a concessão do benefício do salário maternidade aos segurados especiais. Conforme anteriormente mencionado, estabelece o artigo 71 da Lei nº 8.213/91 que o salário maternidade é devido à segurada da Previdência

Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste. Ainda, nos termos do §2<sup>a</sup>, do artigo 93, do Decreto nº 3.048/99, o benefício será devido à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua.

A princípio, é nítido que, para a concessão do salário maternidade à segurada especial requer-se o exercício de atividade rural em regime de economia familiar pelo período mínimo de carência correspondente a dez meses anteriores ao parto ou ao requerimento do benefício. Tais condições não poderiam ser cumpridas pelas Indígenas menores de dezesseis anos em razão da proibição constitucional de trabalho por menores e da vedação ao ingresso no Regime Geral da Previdência Social.

Porém, o Poder Judiciário vem decidindo favoravelmente à concessão do salário maternidade em favor das Indígenas, conforme decisão liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região no Agravo de Instrumento Nº 5001913-31.2010.404.0000, sob o argumento de que *"a vedação do trabalho do menor não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da maior de 14 anos e menor de 16 anos de idade que atua na atividade rurícola pode ser equiparada à do aprendiz, pois dá os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício dessa atividade."*<sup>168</sup>

Mais adiante esclarece que, *"dentro dessa perspectiva, possível construir uma interpretação em consonância com a nova moldura constitucional, para reconhecer a condição de segurado especial aos que exercem atividades rurícolas a partir dos 14 anos de idade, conforme ainda previsto no artigo 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91, notadamente no caso de indígenas, que, por suas características culturais e sociais, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos ainda no início da adolescência"*.

---

<sup>168</sup>Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, Agravo de Instrumento Nº 5001913-31.2010.404.0000, 6<sup>a</sup> Turma, Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida, j. 25/02/2015. Acesso em 17/07/2015. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170283393/agravo-de-instrumento-ag-50268410720144040000-5026841-0720144040000/inteiro-teor-170283440>.

No voto proferido no recurso de apelação nos autos nº 5000323-44.2010.404.7105, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região salientou que "*a questão do trabalho infantil junto aos povos indígenas não pode ser comparada com o trabalho infantil exploratório, ante a existência de diversas particularidades. Ademais, conforme já referido, é sabido que em muitos povos indígenas o trabalho e o casamento se dão de forma mais precoce*". (grifos e destaques do elaborador)<sup>169</sup>

Porém, não foram encontradas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria. Assim, considerando-se que não existe uma resposta jurisdicional definitiva, o debate encontra-se em aberto.

O principal argumento contrário à possibilidade de concessão do salário maternidade às menores de 16 (dezesesseis) anos encontra-se no Texto Constitucional, que proíbe qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, nos termos do inciso XXXIII, do artigo 7º, bem como a norma de regência dos benefícios previdenciários, que admite o ingresso no Regime Geral da Previdência Social apenas aos maiores de 16 (dezesesseis) anos (§6ª, do artigo 11, da Lei nº 8.213/91).

Portanto, o debate encontra-se sem resolução diante da grande dificuldade em mensurar a proteção previdenciária aos povos indígenas, pois muitas comunidades ainda preservam as características particulares de sua cultura, não se assemelhando à população em geral, de maneira que somente um aprofundado estudo científico seria apto a fundamentar uma ação discriminatória positiva.

Diante disso, nota-se a necessidade da Declaração dos Direitos dos Povos indígenas ser vista como um guia a ser seguido pelos países, visto que reforça a indispensabilidade de que os próprios indígenas tenham suas instituições próprias, a partir da ratificação da sua cultura e tradição. Ademais, este documento enfatiza que os povos indígenas devem ser escutados para que as políticas públicas elaboradas atendam as suas necessidades.

---

<sup>169</sup>Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação nº 5000323-44.2010.404.7105, Vice-Presidência, Relator Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, j. 26/04/2013. Acesso em 17/07/2015. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41367244828994921110000000116&evento=41367244828994921110000000048&key=3c4d707e0bcc91364db18bfdb603eb268ac2101acfd4b2daf0b12f34b31bec7](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41367244828994921110000000116&evento=41367244828994921110000000048&key=3c4d707e0bcc91364db18bfdb603eb268ac2101acfd4b2daf0b12f34b31bec7)

É importante ressaltar que o documento tem o privilégio de tratar tanto dos direitos individuais dos povos indígenas, quanto os coletivos, de caráter cultural e de identidade. Direitos relativos à educação, saúde emprego, segurança, liberdade e o vínculo entre os indígenas e a terra também estão presentes na Declaração. Este último é bastante reforçado, dado que “as terras ancestrais dos povos indígenas constituem o fundamento de suas existências coletivas, suas culturas e espiritualidade, a exemplo do que já se reconhece em instrumentos normativos domésticos como a Constituição Brasileira”<sup>170</sup>

Sendo assim, a Declaração serve para ser invocada por toda e qualquer pessoa, a partir do momento em que haja violação dos direitos dos povos indígenas. Este instrumento existe para que seja utilizado e que assegure a vida e atenda as necessidades destes povos socialmente subjugados.

Diante do exposto podemos afirmar que a Declaração é um compromisso do Estado com os povos indígenas e, como tal, deve ser cumprida e válida em todo território nacional. É a partir de seus artigos que leis e políticas públicas são criadas, garantindo a qualidade de vida e a continuação dos costumes indígenas – tão enraizados em outras culturas –, além de conscientizar toda a sociedade sobre os direitos e os problemas enfrentados por estas comunidades tradicionais.

---

<sup>170</sup>ONU BRASIL. **Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: UNIC; Brasília: UNESCO, 2009, p. 55.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo da evolução legal dos direitos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se que a tutela dos direitos indígenas fundamentais compreendidos entre aqueles imprescindíveis à sobrevivência com dignidade desse grupo étnico consubstanciou-se de forma gradativa e em atendimento a determinados objetivos políticos e econômicos.

Dessa forma, observou-se que a legislação indígena colonial, em nome de uma ordem indígena buscou extinguir os povos tradicionais que não se sujeitaram à espoliação imposta, sendo contrários aos interesses dos colonizadores, caracterizando-se pela completa omissão em atender as reivindicações e necessidades indígenas.

Posteriormente, houve o surgimento da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), a qual se pauta, basicamente, numa tutela controversa, ao passo que defende a proteção da cultura dos índios e, ao mesmo tempo, os obrigam a adequarem aos moldes civilistas impostos, colocando-os sob a tutela estatal, executada pela FUNAI.

Assim, com política normativa de reconhecimento de direitos originários e ampliação de garantias, representando uma reação à ordem integracionista, defende o respeito à diferença cultural dos indivíduos indígenas e à tutela de seus interesses, que se faz por meio da promoção e manutenção de seu patrimônio cultural, segundo a qual os direitos indígenas podem ser defendidos pelos próprios titulares, respeitados os requisitos legais, destacando-se a Constituição Federal de 1988 (artigos 231 e 231) e o Projeto de Lei nº 2.057/91, que objetiva a instituição do Estatuto das Sociedades Indígenas.

Destarte, no processo de tutela dos direitos indígenas, é notório o avanço adquirido pelas normas jurídicas em busca do atendimento aos interesses e necessidades prementes das comunidades tradicionais, resguardando-se, sobretudo, o necessário respeito à diferença cultural, que tem corroborado a formação e manutenção da rica diversidade étnica e cultural brasileira.

Entretanto, necessário se faz reconhecer que, como entrave a essa evolução, ainda persiste diplomas normativos impregnados pelos princípios integracionistas da população indígena à sociedade brasileira, quando, na verdade, vive-se num estágio de reconhecimento de que os índios são essencialmente indivíduos formadores da nação brasileira, conforme sua peculiar organização social.

Desse modo, é imperiosa a análise do Projeto de Lei nº 2.057/91, que se encontra em tramitação, devendo ocorrer não apenas entre os legisladores, mas em conjunto com a população (indígena e não indígena), por meio de uma discussão sistêmica que, primeiramente leve em consideração a opinião e manifestação dos próprios indígenas, visando-se urgente à aprovação de um diploma legal que se coadune com os atuais preceitos constitucionais de disciplinamento amplo dos direitos indígenas.

Aliado a esse processo, deve ainda, o Estado dar efetivo cumprimento às políticas públicas indígenas previstas em lei, sob pena de não se atingir a sua eficácia, que objetiva a proteção integral das sociedades indígenas, sendo este o principal enfoque do presente trabalho.

Diante disso, pode-se concluir por meio do presente estudo que, mesmo reconhecidos e declarados de forma reiterada desde o período colonial, os direitos originários dos índios – *as suas terras e seus frutos, a preservação de seus hábitos e de seu modo de vida* – sempre foram sistematicamente desrespeitados.

Logo, resta ao operador do direito buscar caminhos para concretizar a Constituição bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, bem como adequar a legislação previdenciária aos costumes e tradições dos povos originários.

Ademais, a abordagem deve-se à constatação de que, embora o positivismo jurídico ainda ofereça subsídios para a interpretação constitucional, suas ferramentas tradicionais mostram-se insuficientes para a concretização de seus direitos fundamentais.

Ao longo dos anos oitenta, o movimento indigenista defendia a permanência da tutela e a extinção do indigenismo oficial. Todavia, o regime tutelar, como antes concebido, é inegavelmente incompatível com a Constituição de 1998.

O modelo do Estatuto do Índio deixou de ser aceitável em razão das mudanças das necessidades de proteção social; fato pela qual aumentou a responsabilidade do Estado.

O desafio atual é a reformulação da tutela para permitir aos índios o exercício da autonomia e preservação da própria cultura, ao mesmo tempo em que o cabe ao Estado definir e conduzir a política indigenista, sem que lhe seja subtraído o poder-dever de agir concretamente no labor de concretizar a Constituição.

A tutela dos povos indígenas constitui, portanto, um imperativo resultante de o Estado ser o primeiro guardião da Constituição e, em última instância, do próprio direito. A mudança de paradigma não importa na sumária conclusão pela inexistência da tutela; seja com esse ou com outro nome – *regime tutelar, poder tutelar, atividade de fomento, dever de proteção, dever de assistência, medidas de assessoramento e parceria* –, é essencial a atuação efetiva do Estado, sem prejuízo da autonomia dos povos indígenas e, até mesmo, como garantia dela.

Nesse diapasão, não pode ser pretensão do Estado deter o monopólio da mediação das relações dos índios com quem seja, a exemplo do tutor da lei civil. O poder-dever de tutela traduz, isto sim, a finalidade primeira do próprio Estado, que é justamente a de fazer respeitar a Constituição. Para tanto, cabe ao Estado intervir para a garantia dos direitos constitucionais dos índios e para assegurar o próprio exercício da autonomia.

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

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

Outrossim, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi aprovada, em 2007, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que consagrou os direitos coletivos dos povos indígenas, reconhecendo e reafirmando que tais direitos coletivos são indispensáveis à sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral, enquanto povo.

Apesar de a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas não ter força vinculante, conforme destacado no trabalho, deve ser reconhecida como reflexo de norma de costumes internacionais de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e, ainda, elemento de interpretação dos demais documentos internacionais de proteção a tais direitos.

O Brasil deve colocar em prática os compromissos defendidos e firmados internacionalmente, dotando-os de máxima efetividade, evitando-se que as disposições da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas sejam tidas como meramente programáticas, ou seja, não trata o presente trabalho de criação de novas normas de proteção ao indígena, mas sim de concretização de políticas públicas referente a matéria.

Além disso, entende-se que em um Estado Democrático de Direito deve ser possível a tutela de toda sorte de direitos de um número cada vez maior de indivíduos, sobretudo, dos pertencentes a minorias, dentre os quais os povos indígenas, mercedores de tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana.

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

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

Nesse passo, como analisado, o Estado liberal instigou as populações a reivindicarem melhores condições de vida e, com o surgimento do Estado Social, vieram os direitos sociais, os quais estão relacionados a prestações estatais positivas direcionadas aos cidadãos.

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 descreve três importantes áreas sociais, que a República Federativa do Brasil optou por proteger ao estabelecer que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.

A Constituição de 1988 dedica o Capítulo VIII para normatizar os direitos e garantias dos indígenas, destacando-se o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ainda, reconheceu-lhes a igualdade material, isto é, o direito de serem diferentes e de serem tratados na medida dessas distinções, como corolário do Estado Social, que busca a proteção dos cidadãos como meio de efetivar o princípio fundamental da dignidade da pessoa.

Os povos indígenas extraem seu sustento da produção agrícola, artesanal e extrativista, bem como estão autorizados a explorar os recursos naturais e a praticar a caça e a pesca em suas terras como forma de manutenção física e cultural.

Dessa forma, a legislação previdenciária os enquadra na categoria de segurados especiais, desde que o índio tenha sido reconhecido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, inclusive o artesão que utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, indígena não-aldeado, índio em vias de integração, índio isolado ou índio integrado.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho aos menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos. O Regime Geral da Previdência Social estabelece que o limite mínimo para ingressar como segurado obrigatório, na categoria de segurado especial, é aos 16 (dezesseis) anos de idade.

Atualmente, existem decisões, ainda não definitivas, entendendo que a vedação do trabalho da Indígena menor de dezesseis anos não é absoluta, sendo que aquela que desempenha atividade rurícola pode ser equiparada ao aprendiz, pois dá os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício dessa atividade. Além disso, as Indígenas, por suas características culturais e sociais, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos ainda no início da adolescência.

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

Diante disso pode-se afirmar que o Direito Indígena, como ramo autônomo do Direito, inserido na pluridimensionalidade dos direitos humanos, também sofre com a falta de efetividade e aplicabilidade desses direitos.

De qualquer forma, o mais importante para que o reconhecimento da diferença e o tratamento jurídico especial de situações que o justifiquem não se desnaturem em tirania é que essa diferenciação esteja em consonância com os outros interesses protegidos pela Constituição.

Por fim, entre os grandes desafios da política indígena na atualidade está o de transformar as políticas universais em políticas específicas destinadas a essa população, ou seja há a necessidade de políticas universais e equitativas de promoção, proteção e recuperação, respeitando todos como iguais em suas peculiaridades.

## REFERÊNCIAS

ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção sobre os Direitos da Criança – Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>. Acesso em 02/03/2015.

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 3ª ed. São Paulo: Leud, 2007.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1997.

ALMEIDA, L. F. **Lutas sociais e questões nacionais na América Latina: algumas reflexões**. Disponível em: [http://www.pucsp.br/neils/downloads/v17\\_18\\_lucio.pdf](http://www.pucsp.br/neils/downloads/v17_18_lucio.pdf). 2009.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 4ª ed. Salvador: Editora *Juspodium*, 2013.

ANAYA, S. J. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ANDRADE TAPIA, M. *Movimientos y organizaciones políticas de los pueblos indígenas em Ecuador, Peru y Bolívia*. Belém, tese, UFPA, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

BACHUR, Tiago Faggioni; AIELLO, Maria Lucia. **Teoria e Prática do Direito Previdenciário - Incluindo Jurisprudências, Modelos de Petição e de Cálculo Previdenciário**. Franca: Lemos & Cruz, 2007.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução à seguridade social**, *in*: Meire Lúcia Gomes MONTEIRO (Coord.), *Introdução ao Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **Contribuições destinadas ao Custeio da Seguridade Social.** Revista de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros Editores, nº 49, 1989.

BAPTISTA, Myrian Veras. **Algumas reflexões sobre o sistema de garantias de direitos.** In: Serviço Social & Sociedade, São Paulo: v. 109, jan/mar, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000100010&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000100010&script=sci_arttext). Acesso em 02/03/2015.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana.** Coimbra: Almedina, 2008.

BARBOSA, Ana Christina Moreno Maia. **Redes locais de atenção à criança e ao adolescente.** Rio de Janeiro: BNDES, 2002. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bndes\\_social/bndes\\_social6.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bndes_social/bndes_social6.pdf)>. Acesso em: 10/03/2015.

BARRETO, Helder Girão. **Direito Indígenas: vetores constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

BELFORT, Lúcia Fernanda Inácia. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica.** 2006. 139 fls. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília - UNB, Brasília, 2006.

BELTRÃO, J. 2008 “Direitos humanos e povos indígenas: um desafio para a Antropologia” in COSTA, P. (coord.) *Direitos humanos em Concreto*, Curitiba, Juruá, pp. 157-174.

BEVERIDGE, William. *Seguro social y servicios afines: informe de Lord Beveridge*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

BHABHA, H. **O local da cultura.** Belo Horizonte, Ed UFMG, 1998.

BIGIO, Elias dos Santos. **A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da nova república.** Disponível em: [http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista\\_estudos\\_pesquisas\\_v4\\_n2/Artigo\\_1\\_Elias\\_Bigio\\_A\\_acao\\_indigenista\\_brasileira\\_sob\\_a\\_influencia\\_militar\\_e\\_da\\_NovaRepubblica\\_\(1967-1990\)1.pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/revista_estudos_pesquisas_v4_n2/Artigo_1_Elias_Bigio_A_acao_indigenista_brasileira_sob_a_influencia_militar_e_da_NovaRepubblica_(1967-1990)1.pdf)

BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Os direitos indígenas no Brasil Contemporâneo.** In Eduardo C. Bittar. (Org.). *História do Direito Brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOLÍVIA. 2009. *Nueva Constitución Política del Estado*. Disponível em: <http://www.ernestojustiniano.org/2008/10/nueva-constitucion-politica-del-esta-do-de-bolivia/>.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos Básicos do Direito Agrário**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed, São Paulo: Malheiros 2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Constitucional. Turbação de terra indígena por madeireiros, grileiros e garimpeiros. Ação civil pública para retirada dos invasores das áreas indígenas zoró e suruí. Necessidade de assistência médico-sanitária em razão da presença de situação de saúde calamitosa: atrofia nutricional, tuberculose, nanismo**. Decisão em Apelação Civil nº 1998.01.00.053400-2/RO. Relator: Desembargador João Batista Moreira. Julgamento em: 12 mar. 2007, publicado no DJ, 09 abr. 2007 p. 113. Disponível em: < <http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 25 abril. 2015.

BRITO. Antônio Guimarães. **Direitos indígenas nas Nações Unidas**. Curitiba: CRV, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, CF. **Direito, cidadania e justiça: ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofias jurídica: o trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais; 1995

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais da sociedade contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social” in direitos fundamentais sociais**. J.J. Gomes Canotilho, Marcos Orione Gonçalves Costa e Érica Paula B. Correia (coord), São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, E. 2006. **“Paraíso terrestre” ou “Terra sem Mal”?** São Bernardo do Campo, dissertação, UMSP, 148 pp.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CRANSTON, Maurice. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Difel, 1979.

**Centro de pesquisa e documentação de história contemporânea do Brasil**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/.htm>>. Acesso em: 29 abril. 2015.

CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **O sistema de saúde no Brasil: considerações a partir do sistema de seguridade social.** *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/viewFile/1300/1129>

Acesso em: Maio. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, nº 22, jul/dez 2003.

COELHO, Ana. **Repensar o campo da educação de infância.** *In: Revista Iberoamericana de Educación*, nº 44/3. *Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura* (OEI): 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Enio. **Política Indigenista e promoção internacional dos direitos das populações indígenas.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1999.

CUNHA, Maria Manuela Carneiro. **Parecer sobre os critérios de identidade étnica.** *In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. O Índio e a cidadania.* São Paulo: Brasiliense, 1983.

\_\_\_\_\_. **Os direitos do índio: ensaios e documentos.** Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987.

CUTAIT NETO, Michel. **Auxílio-Doença.** São Paulo: editora J. H. Zuno, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios.** *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, nº 111, julho/setembro 1991.

DIMOUTIS, Dimitri; MARTIS, Leonardo Martins. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 24ª ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**DIREITOS INDÍGENAS. Debate com Dalmo Dallari, Sergio Leitão, Paulo de Bessa Antunes e Paula Montero.** Debate realizado no CEBRAP em 04 de junho de 2004. *In: Novos Estudos*, CEBRAP, no. 69, julho 2004.

DRAIBE, Sônia. M. **Brasil 1980-2000: proteção e insegurança sociais em tempos difíceis.** Anais do Taller Inter-Regional "Protección social en una era insegura: un intercambio sur-sur sobre políticas sociales alternativas en respuesta a la globalización". Santiago de Chile, PNUD/Cenda, 2003. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000207&pid=S0103-070200300020000400020&lng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000207&pid=S0103-070200300020000400020&lng=en)

Acesso em: Maio. 2016.

DURAND, Paul. *La política contemporánea de seguridad social*. Tradução de José Vida Soria. Madrid: *Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 1991.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Prima Facie, 2009

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6ª ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5ª ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONCALVES, Odanel. **Manual de Direito Previdenciário**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GREGOR BARIÉ, C. 2003 *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: un panorama, Bolívia, Instituto Indigenista Interamericano; Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*. Equador, Editorial Abya-Yala. Disponível em: <http://gregor.padep.org.bo>

\_\_\_\_\_. 2003. “El debate actual sobre autonomías en la legislación internacional: experiencias prácticas”, in *SEVILLA, R. e GREGOR-STRÖBEL, J. (org.), Pueblos Indígenas - Derechos, estrategias económicas y desarrollo con identidad, Weingarten (Oberschwaben), Centro de Comunicación Científica con Ibero-América*, pp. 32-56.

HALL, S. 1998. **A questão da identidade cultural**. Campinas, SP, IFCH/UNICAMP.

HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos**. 2ª ed. Aparecida: Santuário, 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. **Estado, Constituição e Direitos Sociais** in *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2010.

IURCOVITE, Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7417](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417)

- JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. 9ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- JÚNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. 10ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- JÚNIOR, Miguel Horvath. **Revisitando o salário-maternidade à luz das recentes alterações**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/>
- JÚNIOR, Miguel Horvath. **Salário-maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- KAISER, Harmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack, Kaus-Peter Rurak. Porto Alegre: Fabris, 2010.
- KEPPI, Jandira. **Os Direitos Indígenas e o Sistema Jurídico Nacional**. Disponível em: <http://comin.org.br/static/arquivos-publicacao/direitos-indigenas-1207011974.pdf>
- LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988)**. Brasília: Ed. do Cimi, 2008.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Cia das Letras, 1998.
- LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 15.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- LEITE, Celso Barroso. **A proteção Social no Brasil**. São Paulo: LTR, 1972
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Leis Especiais, v. 33 - Estatuto do Índio**. Salvador: Editora *Juspodium*, 2011.
- LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LIMA e BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Questões para uma Política Indigenista: Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas. Uma Apresentação**. In A. C. de Souza Lima e M. Barroso-Hoffmann (orgs.). *Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas: Bases para uma Nova Política Indigenista*. Rio de Janeiro: Contracapa Livraria/ LACED, 2002.
- LINDGREN ALVES, Jose Augusto. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva/Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994.
- LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito Indigenista Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1996.
- LORA, Pietro de Jesús Alarcón. **Ciência Política, Estado e direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília, MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>.

LUNA PINEDA, F. s.d. *Un acercamiento a la interculturalidad*. Disponível em: <http://www.caaap.org.pe/archivos/interculturalidad.pdf>

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MAIA, Luciano Mariz. **Os Direitos das Minorias Étnicas**. Acesso em 13/03/2015, disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia\\_minorias.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html)>.

MARÉS, C. 2009. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**, Curitiba, Juruá.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 5758, jan./jun. 1981.

MELLO FILHO. José Celso. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed, 1986.

MENDONÇA, M. C. de. **A Amazônia na Era Pombalina**. Correspondência Inédita do Governador e Capitão-General do Estado do Grão-Pará e Maranhão Francisco Xavier de Mendonça Furtado, 1751-1759. Três tomos. São Paulo: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1963.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3ª ed. Coimbra: 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, M. 2005. *La cultura jurídica Guaraní: aproximación etnográfica a la justicia Mbya-Guarani*, Argentina, Antropofagia.

\_\_\_\_\_. 2008. *“El concepto de cultura em el derecho”*, *Civitas* – Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, vol. 8 (3): 466-481.

MORENO, I. & AGUIRRE, M. 2007. *La refundación del Estado em Bolívia*, Madrid, FRIDE, Disponível em:  
[http://www.bolivia.de/es/noticias\\_imagenes/nueva\\_cpe\\_textofinal\\_compatibilizado\\_version\\_oct\\_2008.pdf](http://www.bolivia.de/es/noticias_imagenes/nueva_cpe_textofinal_compatibilizado_version_oct_2008.pdf).

MUSSI, Cristiane Miziara. **Inovações trazidas pela Lei nº 12.873/2013 ao salário-maternidade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32375/inovacoes-trazidas-pela-lei-n-12-873-2013-ao-salario-maternidade>.

NASCIMENTO, Eduardo Martins Neiva. **Direitos indígenas: proteção necessária à luz dos direitos humanos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7760/direitos-indigenas>

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, João Pacheco. “**Contexto e Horizonte Ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio**”. Em Sílvia Coelho dos Santos (orgs.), *Sociedades Indígenas e o Direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: EdUFSC; CNPq, 1985.

OLIVEIRA, Katia Cristina Santos. **O salário maternidade à luz do princípio da universalidade de cobertura e do atendimento.** Dissertação Mestrado – Pontifícia Universidade Católica-PUC, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. **Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

PASTOR, José M. Almansa. *Derecho de la seguridad social*, 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A proteção social na Constituição de 1988.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.** In: MARCÍLIO, M. L. & PUSSOLI, L. (Coord) *Cultura dos Direitos Humanos*. São Paulo LTr., 1998.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: UNGARETTI, Maria América (Org.). **Criança e adolescente: direitos, sexualidades e reprodução.** São Paulo: ABMP, 2010.

\_\_\_\_\_. 2005. “**Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**”, *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, nº 124.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988.** In *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. Walter de Moura Agra(coordenação), São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e Reforma do Poder Judiciário.** In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Social, econômico e culturais e direitos civis e políticos.** *Revista Internacional de Direitos Humanos*, <HTTP://dx.doi.org/10.1590/51806-64452004000100003>.

PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro.** São Paulo: Ltr, 2001.

- QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra ed. 2006.
- REZENDE, Guilherme Madi. **Índio - Tratamento Jurídico-Penal**. Curitiba, Juruá, 2009.
- RIBEIRO, Darcy. **Culturas e línguas indígenas do Brasil**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br>.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. 8ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora: Esmafe, 2008.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de previdência social**. Rio de Janeiro, Forense, Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 1979.
- SAID, E. 2007. **Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente**. São Paulo: Cia. das Letras.
- SANTOS, B. 2003. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SIQUEIRA, Roberta Cristina de Moraes; MACHADO, Vilma de Fátima. **Direito dos povos indígenas ou direito para os povos indígenas?** Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/1.pdf>
- SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVA, Antonio Pedro Ferreira da. **Sistema de seguridade social brasileiro – panorama geral e reflexões**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27644/sistema-de-seguridade-social-brasileiro-panorama-geral-e-reflexoes>
- SILVA, Gabriel de Oliveira. **O Índio e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://gabriel2052.jusbrasil.com.br/artigos/221595622/o-indio-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA, Estela Libardi de. **Sistemas jurídicos indígenas? Diversidade jurídica e possibilidade de diálogo**. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2769.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2769.pdf)

SOUZA, Manuel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9)

STAVENHAGEN, R. 2008. *Los pueblos indígenas y sus derechos. Colonia Polanco/MEX: UNESCO*, Disponível em: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

\_\_\_\_\_, 2005. **Democratização à democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

\_\_\_\_\_, 2007. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional, Santa Cruz de La Sierra, BOL*, Alianza Interinstitucional CENDA - CEJIS – CEBID.

STRECK, L. 2007. **Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

TAPIA, L. *“Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional”*, OSAL, Buenos Aires, CLACSO, ano VIII, nº 22, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEXIER, Phillipe. *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. In: *Seminário Sobre Derechos Economicos, Sociales Y Culturales*. Genebra, Comissão Internacional de Juristas, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v.1.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Instrumentos internacionais de

proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

TUBINO ARIAS-SCHREIBER, F. 2001. *“Interculturalizando el multiculturalismo” Encuentro Internacional sobre Interculturalidad: intercultural balance y perspectiva*, Barcelona, Fundação CIBOD. Disponível em: [www.cidob.org](http://www.cidob.org).

UGATTI, Uendel Domingues. **O princípio constitucional da contrapartida na seguridade social**. São Paulo: Ltr, 2003.

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

VILAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**. Porto Alegre: Fabris, 2012.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WELLEN, Aloys I. **O Regresso: O difícil regresso à mãe natureza; O caso do povo Xukuru do Ororubá**. João Pessoa: Editora Manufatura, 2002.

WOLKMER, A. 2008. **Aportes críticos na reinterpretação da tradição do Direito na América Latina**. São Luís, manuscrito.

YRIGOYEN FAJARDO, R. 1999. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack. Disponível em: <http://www.alertanet.org/b-pautas.htm>.

\_\_\_\_\_, 2000 *“Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial em los países andinos”*, *Revista Pena y Estado* # 4, Buenos Aires, I NECIP y Editorial el Puerto. Disponível em: <http://www.alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>.

\_\_\_\_\_, 2006 *“Hitos del reconocimiento Del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”*, in Berraondo, M. (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 537-567. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2286360>.

\_\_\_\_\_, 2009 *“De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación”* in *Amazônica – Revista de Antropología*. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/viewFile/294/459>.  
<http://www.brasilecola.com/historiab/reformas-pombalinas.htm> , acessado em 11/03/15.  
<http://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena> , acessado em 17/03/15.