



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO ACADÊMICO**

**EDUARDO MARCELO DE NEGREIROS FREITAS**

**A SEGURIDADE SOCIAL DOS INDÍGENAS BRASILEIROS À LUZ DOS DIREITOS  
HUMANOS E FUNDAMENTAIS.**

**FORTALEZA**

**2016**

EDUARDO MARCELO DE NEGREIROS FREITAS

A SEGURIDADE SOCIAL DOS INDÍGENAS BRASILEIROS À LUZ DOS DIREITOS  
HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Seguridade Social.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Theresa Rachel Couto Correia

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- F866s Freitas, Eduardo Marcelo de Negreiros.  
A seguridade social dos indígenas brasileiros à luz dos direitos humanos e fundamentais /  
Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas. – 2016.  
146 f.: il. color. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.  
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.  
Orientação: Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia.
1. Previdência social - Brasil. 2. Índios. 3. Direitos fundamentais - Brasil. 4. Direitos humanos.  
5. Seguridade social – Brasil. 6. Direitos sociais. I. Correia, Theresa Rachel Couto (orient.). II.  
Universidade Federal do Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

EDUARDO MARCELO DE NEGREIROS FREITAS

A SEGURIDADE SOCIAL DOS INDÍGENAS BRASILEIROS À LUZ DOS DIREITOS  
HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Seguridade Social.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dra. Theresa Rachel Couto Correia  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Profa. Dra. Gretha Leite Maia  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. André Studart Leitão  
Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS

Dedico esta pesquisa à minha esposa Kamilly, minha grande companheira, que sempre me apoiou em todos os meus projetos; ao meu filho Vinícius, que me fez descobrir um amor mais puro; aos meus pais e meus irmãos, pessoas que me inspiram a lutar cada vez mais. Por fim, dedico a todos os índios do Brasil, pois representam a essência dessa pesquisa.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer se torna uma tarefa mais fácil quando a trajetória para a construção desse trabalho pode ser representada por grandes personagens, não havendo um protagonista, mas apenas um sonhador, que um dia desejou estudar na Faculdade de Direito (UFC), onde o caminho parecia curto, mas se tornou longo, talvez para que grandes experiências pudessem ser vividas antes de ingressar nessa grande escola do saber.

Nesse caminho, os primeiros personagens foram meus pais, Vicente e Auxiliadora, pessoas preocupadas constantemente com a educação dos cinco filhos, muitas vezes deixando seus próprios sonhos para satisfazerem os desejos de cada um. A gratidão pelas oportunidades será eterna, não sendo possível descrever com um simples obrigado. Agradeço a Deus pela minha família e por sempre ficar ao meu lado em todos os momentos da minha vida.

Também não poderia esquecer os meus irmãos, Ednardo, Danilo, Vicente Filho e Fábio, grandes amigos e incentivadores em momentos difíceis e que puderam comemorar várias conquistas que obtive ao longo desses anos.

À minha esposa Kamilly Camurça, meu grande amor, que compreendeu os objetivos que planejei para as nossas vidas quando ainda éramos muito jovens e teve paciência de esperar por cada vitória, mesmo após muitas frustrações ao longo do caminho.

Ao meu filho Vinícius, que, apesar de muito novo, vem me passando tranquilidade e amor, mesmo sem saber que, após algumas noites sem dormir direito, fez da minha insônia uma oportunidade de escrever mais.

À minha sogra Maria José, e minhas cunhadas, Kelly e Katiany, por todo o incentivo e apoio nessa luta acadêmica.

À Defensoria Pública da União, instituição que me acolheu e me faz sentir um ser mais completo, já que o serviço de assistência jurídica aos hipossuficientes só me fortalece a buscar o reconhecimento dos direitos dos que mais precisam.

À minha orientadora Theresa Rachel, agradeço por ter aceitado de pronto o convite e por ter me ajudado bastante na construção dessa dissertação, confiando nos objetivos planejados ainda no projeto de pesquisa.

À Professora Gretha Leite, agradeço por ter aceitado participar da Banca e por ter me indicado vários livros, os quais consubstanciam esse trabalho.

Ao Professor André Studart, agradeço por ter aceitado prontamente o convite e por ser uma das minhas referências no tema seguridade social.

Aos amigos de longa data: Ciro, Tito César, Marcelo, Mônica, Felipe, Catharina, Danilo, Jamile, Fauzier e Ludmila. Os momentos vividos juntos foram ótimos para esquecer um pouco do mundo jurídico.

Aos meus colegas de curso de mestrado, em especial ao querido Tonny Ítalo (in memoriam), pelos ensinamentos e pelo convívio harmonioso.

A todos que, direta ou indiretamente, participaram desse momento, muito obrigado.

"Nossas terras são invadidas, nossas terras são tomadas, os nossos territórios são invadidos... Dizem que o Brasil foi descoberto; o Brasil não foi descoberto não, Santo Padre. O Brasil foi invadido e tomado dos indígenas do Brasil. Essa é a verdadeira história que realmente precisa ser contada." (Marçal Tupã'i, líder Guarani-Nhandeva, no discurso feito ao Papa João Paulo II, por ocasião de sua visita ao Brasil, em 1980).



## RESUMO

Este trabalho realiza um estudo da seguridade social dos indígenas brasileiros à luz dos direitos humanos e fundamentais. São analisados os subsistemas da previdência social, saúde e assistência social, entretanto, preliminarmente, avaliam-se os direitos humanos e fundamentais dos índios, destacando sua evolução histórica, com ênfase na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, discutem-se aspectos do monismo e pluralismo jurídico, a previsão normativa do Estatuto do Índio e na Constituição Federal de 1988, inclusive sobre os direitos fundamentais, além da Convenção 169 da OIT e a necessidade de o Brasil respeitar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Em seguida, examinam-se aspectos da seguridade social indígena, iniciando-se pela Previdência Social, a qual possui aspecto contributivo, o que a diferencia da Assistência Social e da Saúde. Aborda-se o correto enquadramento do indígena no rol dos segurados obrigatórios, bem como das condições exigidas dos índios para o amparo dos benefícios previdenciários. Prossegue-se discutindo o subsistema de saúde aplicável aos indígenas, sendo destaque as políticas apresentadas pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), suas dificuldades de implementação, haja vista a carência de recursos. A Assistência Social é estudada nas políticas de transferência de renda, além dos benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência. Por fim, traz uma análise sobre os desafios para a efetivação dos direitos fundamentais, apontando os aspectos administrativos e judiciais, além da necessidade de um aprofundamento do estudo dessa demanda indígena, haja vista as peculiaridades existentes, as quais somente podem ser melhoradas se houver uma maior atuação da FUNAI e órgãos parceiros, como a Defensoria Pública da União, o Ministério Público Federal e o próprio Poder Judiciário, para a efetivação dos direitos fundamentais. A facilitação do acesso à justiça ao indígena torna-se um caminho importante para o reconhecimento dos direitos, mas a ausência de decisões razoáveis pode acarretar a procura da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a resolução de demandas indígenas.

**Palavras-chave:** Seguridade social; indígenas; direitos humanos; direitos fundamentais.

## **ABSTRACT**

This research performs a study on the social security to Brazilian Natives, regarding the fundamental human rights. Thus, the social security subsystems are evaluated, however, to make this research detailed, it takes in consideration the Native's Fundamental Human Rights, highlighting the historical evolution of these acquired rights by this minority, emphasizing the 1988 Brazilian Federal Constitution. In addition, it discusses aspects of monism and legal pluralism, normative provision of the Native Constitution and the Federal Constitution of 1988, including on fundamental rights, as well as ILO Convention 169 and the need of Brazil respecting the human rights treaties. So, it examines the role of the Native's Social Security, starting by the general Social Security. It has contributory aspects, which differentiate, from, other areas. It discusses the correct framing of the natives on the list of obligatory insurance; and the aspects of all social security benefits due to the natives. A discussion about the health subsystem applicable to indigenous, highlighting the policies set by the Special Secretary of Indigenous Health (SESAI), which faces several difficulties, due to a lack of resources. Social assistance is studied in the policy of income transfer regarding the assistance benefits to elderly and people with special needs. Finally, it analyzes the challenges to the effectiveness of the fundamental rights, pointing administrative and legal aspects; also the need of a deeper study of this indigenous demand, given the existing peculiarities which can only be improved whether both FUNAI and its partners increase their activities; partners such as the Union Public Defender, the Federal Prosecutor and the Judicial Power, to secure the native's fundamental rights. Today's easy access to justice is an important key to the native's rights public knowledge, however the lack of reasonable decisions might require actions by the Inter American Court of Human Rights to the final resolution of these indigenous demands.

**Keywords:** Social Security; indigenous; fundamental rights; human rights.

## LISTA DE TABELA

Tabela – 1. Comparação entre população indígena urbana e rural.....	26
Tabela – 2. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexfor (2012).....	102
Tabela – 3. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexsob (2012).....	102
Tabela – 4. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexfor (2013).....	103
Tabela – 4.1. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexfor (2013).....	103

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico – 1. Principal área de atuação do governo para proteção dos direitos indígenas.....	94
Gráfico – 2. Tratamento de Saúde: indígenas urbanos.....	106
Gráfico – 3. Aspecto mais importante para saúde indígena.....	106

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGA	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AGU	Advocacia-Geral da União
CADUNICO	Cadastro Único para Programas Sociais
CAGED	Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNIS	Cadastro Nacional de Informações Sociais
CPC	Código de Processo Civil
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
DESAI	Departamento de Saúde Indígena
DPU	Defensoria Pública da União
DRU	Desvinculação de Receitas da União
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FONAJEF	Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais
FPA	Fundação Perseu Abramo
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MPF	Ministério Público Federal
OEA	Organização do Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PEDILEF	Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal
RESP	Recurso Especial
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
SESAI	Secretaria Especial de Saúde Indígena
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TNU	Turma Nacional de Uniformização

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>2 OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DOS INDÍGENAS.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1 O Estatuto do Índio e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Conceito de direitos fundamentais. Categorias, funções e titulares.....</b>	<b>34</b>
<i>2.2.1 O Índio e as Comunidades Indígenas como titulares de direitos fundamentais ...</i>	<i>37</i>
<i>2.2.2 O dever do Estado Brasileiro de proteger os direitos humanos e fundamentais dos indígenas. A submissão aos Tratados de Direitos Humanos. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.....</i>	<i>42</i>
<b>3 A SEGURIDADE SOCIAL DOS INDÍGENAS BRASILEIROS.....</b>	<b>48</b>
<b>3.1 A definição de Seguridade Social e os princípios constitucionais.....</b>	<b>49</b>
<b>3.2 A Previdência Social dos indígenas.....</b>	<b>54</b>
<i>3.2.1 Os segurados e dependentes do Regime Geral de Previdência Social. O indígena enquadra-se na categoria de segurado especial?.....</i>	<i>55</i>
<i>3.2.2 Os benefícios previdenciários destinados aos indígenas.....</i>	<i>60</i>
<i>3.2.2.1 Aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial.....</i>	<i>60</i>
<i>3.2.2.2 Aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente.....</i>	<i>65</i>
<i>3.2.2.3 Salário-maternidade e salário-família.....</i>	<i>70</i>
<i>3.2.2.4 Pensão por morte e auxílio-reclusão.....</i>	<i>73</i>
<b>3.3 O sistema de saúde direcionado aos indígenas.....</b>	<b>76</b>
<i>3.3.1 O sistema de saúde aplicável aos indígenas após a Constituição Federal de 1988. Evolução legislativa e o modelo atual.....</i>	<i>78</i>
<i>3.3.2 Breves considerações sobre a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas.....</i>	<i>81</i>
<b>3.4 A assistência social aplicável aos indígenas.....</b>	<b>83</b>
<i>3.4.1 Os benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência.....</i>	<i>86</i>
<i>3.4.2 O sistema de segurança alimentar e transferência de renda.....</i>	<i>89</i>

<b>4 OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS (PREVIDÊNCIA, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL) NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.....</b>	<b>93</b>
<b>4.1 A Fundação Nacional do Índio-FUNAI e seu papel na política indigenista. A interação com outros órgãos (INSS, DPU, MPF) na seara previdenciária.....</b>	<b>95</b>
<b>4.2 As dificuldades do Ministério da Saúde (SESAI) e do Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS) nas políticas de saúde e assistência social.....</b>	<b>104</b>
<b>4.3 A legitimidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para ingresso em juízo.....</b>	<b>108</b>
<b>4.4 O processo judicial e o sistema de provas adotado pelos índios. Uma reflexão à luz do novo Código de Processo Civil.....</b>	<b>112</b>
<i>4.4.1 Análise de algumas ações judiciais envolvendo indígenas, na área previdenciária, que tramitaram na Seção Judiciária no Ceará, com a atuação da Defensoria Pública da União.....</i>	<i>120</i>
<b>4.5 A capacidade processual dos índios no âmbito internacional. A atuação na Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</b>	<b>126</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>130</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>136</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>144</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Por mais paradoxo que se possa parecer, os índios, primeiros habitantes do Brasil, titulares legítimos do território, ainda sofrem muito para ter garantido seus direitos básicos, acarretando vários prejuízos na relação entre eles e com o Estado, pois o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento previsto constitucionalmente, vem sendo descumprido constantemente. Trata-se de uma violação que remonta à época do descobrimento, mas que ainda hoje vem prejudicando essa minoria.

As grandes navegações iniciadas pelos países europeus, nos séculos XV e XVI, representaram um enorme avanço para a humanidade, pois a conquista de territórios, aliada a interação dos povos possibilitou o compartilhamento de conhecimentos, culturas, tradições, que, atualmente, permitem ao mundo globalizado interagir de forma espontânea, por meio da troca de informações. Entretanto, para isso, houve muita imposição da força pelos países dominantes, o que determinou a formação cultural de alguns povos de acordo com os costumes e tradições daqueles.

Apesar de muita resistência, os índios cederam a essa invasão cultural e submeteram-se a diversas trocas desiguais pelo simples fato de terem algo novo. Algumas tradições ainda permanecem até hoje, mas a pureza existente das práticas originárias de alguns povos só pode ser vista em algumas tribos isoladas, as quais conseguem viver sem a intervenção efetiva do Estado.

Deve-se compreender que a visão originária de índio, imortalizada nos livros *Iracema* e *o Guarani*, de José de Alencar, nos quais aquele sujeito primitivo caçava, pescava e tentava interagir com o homem branco, não deve ser objeto do presente estudo, já que o modo de vestir, andar, dormir do índio não é requisito imprescindível para caracterizá-lo, o qual poderá manter essa característica onde desejar e independente de o Estado aceita-lo como tal.

Partindo-se desse pressuposto, defende-se o estudo constante dos direitos fundamentais e humanos dos indígenas, pois só assim será possível buscar alternativas para a efetivação dos seus direitos. Entretanto, para a consecução desse fim, realizou-se corte epistemológico, sendo objetivo geral desse trabalho estudar a seguridade social dos indígenas brasileiros, verificando as políticas públicas existentes, além dos mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais relacionados. A pesquisa bibliográfica representa a principal fonte de investigação, por meio de pesquisa exploratória que vise a trazer maior familiaridade com o problema da efetividade das políticas públicas na garantia dos direitos fundamentais dos indígenas. O método adotado em relação aos dados bibliográficos é o



dialético, que promove o confronto de argumentos contraditórios, o que garante o exame crítico da pesquisa. Ademais, trata-se de uma pesquisa explicativa, possibilitando um diagnóstico dos elementos que impedem, facilitam ou dificultam a eficácia das políticas voltadas aos indígenas. Buscou-se, ainda, a utilização de dados de órgãos oficiais e não oficiais para consubstanciar as hipóteses levantadas.

Trata-se de assunto pouco explorado por operadores e estudiosos do Direito, talvez justamente pelo preconceito quanto à existência de índios no Brasil. Conforme pesquisa em amostra nacional, apenas um em cada três brasileiros sabe aproximadamente qual é o atual contingente de indígenas no Brasil. Apesar disso, segundo o IBGE<sup>1</sup>, no censo de 2010, foram contabilizados 817.963 índios no Brasil, muitos não recebendo tratamento adequado nas áreas da previdência social, assistência social e saúde, motivo pelo qual se torna necessário conhecer esses subsistemas.

O Brasil passou por diversas transformações após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual avançou bastante em matéria de direitos fundamentais. Apesar das determinações constitucionais, percebe-se que ainda existe uma necessidade muito grande de intervenção judicial para garantir os direitos dos cidadãos, dentre eles os indígenas. A falta de instrução dos índios e as dificuldades na formação das provas para garantir seus direitos tornaram-se empecilhos em busca da concretização.

Torna-se essencial examinar o regime jurídico a que se submetem os indígenas, devendo-se conhecer de forma pormenorizada quem pode realmente ser considerado índio. Para o Estatuto do Índio (Lei 6001/73), por exemplo, é índio o indivíduo de origem ou ascendência pré-colombiana, o qual se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características o distingam da sociedade nacional. Trata-se de um conceito legal, devendo ser avaliado com alguns aspectos da antropologia e da sociologia.

O primeiro capítulo realiza pesquisa sobre os direitos humanos e fundamentais dos indígenas, destacando a evolução histórica no Brasil, com ênfase na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As primeiras normas que levantaram o tema indígena são citadas, sendo ressaltado que o direito à terra era o assunto mais recorrente, pois não havia tanta preocupação com outros direitos, como os de segunda dimensão, por exemplo. A análise do monismo e pluralismo jurídicos também é essencial para se entender a relação dos índios com o Estado, pois o ordenamento jurídico deste nem sempre pode ser aplicado aos índios, o que torna importante avaliar a validade das regras próprias aplicadas nas comunidades

---

<sup>1</sup> IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.indigenas.ibge.gov.br>>. Acesso em 19. out. 2015.

indígenas. O Estatuto do Índio representou uma evolução, mas a CRFB de 1988 é um marco na consolidação desses direitos, os quais também são tratados no âmbito internacional, em especial na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).

O segundo capítulo retrata o sistema de seguridade social brasileiro, formado pela Previdência, Saúde e Assistência social, direitos sociais fundamentais, os quais já possuem uma maior dificuldade de efetivação, pois as limitações orçamentárias do Estado prejudicam o cumprimento integral dessa demanda, a qual apareceu, principalmente, após o surgimento do Estado Social, com inspiração na doutrina do Welfare State. Quanto aos índios, existem algumas no, rmas específicas que se enquadram em cada subsistema da seguridade social, motivando-se uma análise pormenorizada da previdência social do indígena, além de aspectos como as categorias de segurados obrigatórios e benefícios previdenciários. Ademais, o sistema de saúde indígena e assistência social são analisados, permitindo-se entender que muitas políticas públicas são necessárias. Assim, mesmo existindo uma Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), representando um tratamento diferenciado aos índios, há muitos problemas para a concretização das políticas planejadas, principalmente devido à burocracia e às dificuldades de formação de equipes multiprofissionais para atuarem nas aldeias. No âmbito da assistência social, destacam-se os benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência e a política de transferência de renda, em especial o programa bolsa família, o qual beneficia muitos índios, conforme dados do Ministério do Desenvolvimento Social, evitando-se que deixem suas terras em busca de melhores condições de vida.

O terceiro capítulo trata dos desafios para a efetivação desses direitos, tanto no âmbito administrativo como judicial, sendo apontados problemas, como discriminação, dificuldade de acesso à justiça, sistema de provas, etc. Ademais, a participação de diversos órgãos, como Defensoria Pública da União (DPU), Ministério Público Federal (MPF), Poder Judiciário, Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), dentre outros, nesse microssistema indígena poderá ajudar bastante na resolução de diversos conflitos, adequando-se às diretrizes constitucionais. Para demonstrar a existência do problema apresenta-se estatística na área previdenciária, nos anos de 2012 e 2013, em que foi realizado mapeamento pela DPU dos indeferimentos dos benefícios previdenciários no Estado do Ceará, de acordo com as etnias existentes, o que pode servir como paradigma para o enfrentamento da situação no âmbito nacional; além de dados no âmbito da saúde e assistência social, conforme levantamento da Fundação Perseu Abramo e dos órgãos oficiais do Governo Federal. Ademais, como muitos desses casos acabam sendo levados ao

Judiciário, selecionaram-se algumas demandas propostas na Seção Judiciária no Ceará, nos anos de 2012, 2013 e 2014, com o intuito de demonstrar que as dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais também acontecem no âmbito judicial.

## 2 OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DOS INDÍGENAS

A análise dos direitos dos indígenas deve partir do estudo das normas constitucionais, avaliando-se, ainda, os tratados de direitos humanos, já que existem diversas premissas dispostas nos ordenamentos interno e internacional que amparam os índios. Entretanto, existe uma grande dificuldade de efetivação dos direitos, sendo imprescindível se avaliar os motivos pelos quais isso vem acontecendo há vários anos.

O isolamento de alguns indígenas e a falta de políticas públicas de interação com os não-índios são os principais problemas de conhecimento de direitos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, o que torna necessária uma maior ação estatal em busca de garantir essas conquistas. Para isso, o conhecimento das regras e dos princípios específicos, aliado a uma interpretação coerente das normas, seja pelos agentes políticos ou pelos demais operadores do direito, poderá auxiliar bastante os povos indígenas no território brasileiro.

Deve-se entender que o direito brasileiro possui muitas normas, as quais nem sempre estão coerentes com o ordenamento jurídico, gerando, portanto, alguns conflitos. Estes devem ser resolvidos pelos critérios tradicionais, como a hierarquia, especialidade e cronológico, ou até por meio da ponderação, com esteio nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, quando o conflito de normas for mais grave. Bobbio<sup>2</sup> esclarece que o ordenamento jurídico possui como características a unidade, a coerência e a completude. Para haver ordem é necessário aos entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Entretanto, em uma comunidade o ordenamento estatal não deve ser soberano, o que leva à reflexão da aceitação do pluralismo jurídico. Para isso, deve-se conhecer, inicialmente, o próprio Direito.

A palavra Direito possui diversas acepções, sendo uma das mais comuns a que aponta como um conjunto de normas criadas para regular as relações sociais. Quando essas normas são criadas pelo Estado, este mantém o monopólio na aplicação da sanção em caso de descumprimento. Trata-se do monismo jurídico, o qual, segundo Bobbio<sup>3</sup>, parte de uma ideia universalista, com base na qual existe um só ordenamento jurídico universal. Vasconcelos<sup>4</sup> assevera que a doutrina monista identifica Direito como Direito positivo estatal. O Direito é criação do Estado, fazendo-se revelar pela lei em sentido material. Assim, a soberania torna-se a fonte única e exclusiva de produção do Direito.

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.115-119.

<sup>3</sup> Idem; Ibid. p.162.

<sup>4</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.256.

Segundo Kelsen<sup>5</sup>, o Direito regula a conduta humana em sentido positivo e negativo, mas fica sempre garantido uma determinada liberdade na qual não penetra qualquer comando ou proibição, tendo muita importância as liberdades constitucionalmente garantidas. Trata-se de uma zona de predominância da interpretação e do bom senso.

Quanto à relação do Estado com os índios brasileiros, Antunes<sup>6</sup> entende que existe o direito indígena, que é formado por um conjunto de normas e procedimentos, internos a uma comunidade indígena, que seja capaz de regular as relações no âmbito desta mesma comunidade e que para sua constituição concorram, em maioria, os elementos típicos do modo de vida peculiar e característico dos próprios povos aborígenes. Já o direito indigenista é o ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional. Esse entendimento também é seguido por Santos Filho.

Entende-se que essa diferenciação é desnecessária, pois as regras aplicadas pelos índios em suas comunidades podem até nem ser consideradas direito, mas apenas normas de conduta, já que algumas não se submetem ao ordenamento estatal. Trata-se de costumes reconhecidos pela própria comunidade, não havendo um profissional especialista em elaborar e aplicar as regras. A intenção é de manter a identidade étnica e preservar a cultura. Em que pese essa divergência de se considerar o sistema indígena como jurídico ou não, entende-se que se deva aplicar a expressão direito indígena para tratar das relações dos indígenas com a sociedade e o próprio Estado.

Dessa forma, surgem alguns questionamentos acerca da aplicação de regras diversas das impostas pelo Estado, respeitando-se, portanto, um pluralismo. Bobbio<sup>7</sup> explica que o pluralismo percorreu a fase do historicismo jurídico, a qual afirma a nacionalidade dos direitos que emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Assim, ao direito natural único, comum a todos os povos, contrapõem-se tantos direitos quantos são os povos e nações.

Segundo o autor, a fragmentação do Direito universal em tantos Direitos particulares, interdependentes entre si, é confirmada pelo positivismo jurídico. A segunda fase do pluralismo foi chamada pelo autor de institucional, tendo um significado mais pleno, havendo muitos ordenamentos e de variados tipos. É chamado de institucional porque se parte da ideia de que existe um ordenamento jurídico onde existe uma instituição, ou seja, um grupo

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.48.

<sup>6</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.136.

<sup>7</sup> BOBBIO, 1999, p.162.

social organizado. Ademais, existiriam os ordenamentos estatais e não-estatais, sendo que estes poderiam se subdividir em ordenamentos acima do Estado, abaixo do Estado, ao lado do Estado e contra o Estado.

Wolkmer<sup>8</sup> destaca que ao contrário do monismo, no qual seria uma concepção unitária, homogênea e centralizadora, o pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais, envolvendo um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. O autor trata do pluralismo em diversas vertentes, como a filosófica, cultural, política, sociológica, econômica, ideológica. Vale ressaltar o conceito de pluralismo político apresentado, o qual destaca a rejeição de toda e qualquer forma de concentração e unificação do poder ou força de ação monolítica (política, ideológica ou econômica).

Ademais, o autor apresenta um conceito de pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais<sup>9</sup>.

Vasconcelos<sup>10</sup> esclarece que a diferença maior entre o monismo e o pluralismo jurídico reside em que, enquanto para o monismo é reduzido ao sistema jurídico do Estado, para o pluralismo o ordenamento jurídico alcança, a par do sistema estatal, vários outros sistemas, criados pelas sociedades e associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo.

Diante disso, percebe-se que existe o pluralismo em sentido genérico, no qual várias vertentes fazem parte desse conjunto, sendo o pluralismo jurídico uma espécie, formada, portanto, por uma interação de relações jurídicas, as quais são alicerçadas por diversos aspectos, como culturais, econômicos, sociais, dentre outros. Apesar disso, há a necessidade de se valorizar o ordenamento estatal, pois apenas este poderá proporcionar mais segurança jurídica, mesmo prestigiando os diversos ordenamentos não estatais que circundam aquele.

No que se refere aos indígenas, possuem diversos costumes e tradições diferentes das normas estatais. Surgem, então, algumas indagações sobre qual regra aplicar quando houver conflito entre uma regra local em face de uma regra estatal. Essa análise deve ser feita com cautela, haja vista que a cultura e as tradições indígenas não podem ser desvalorizadas.

---

<sup>8</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 171.

<sup>9</sup> Ibidem, Ibid. p.219.

<sup>10</sup> VASCONCELOS, 2006, p.256.

Entende-se que apenas a avaliação casuística levará à melhor resposta, com esteio na razoabilidade e proporcionalidade.

Quanto à pluralidade, a CRFB de 1988 reconhece-a no artigo 215, garantindo a todos o pleno exercício dos direitos culturais. Villares<sup>11</sup> explica que a pluralidade é reconhecida, principalmente em relação à edição de normas estatais, ao controle social das instituições e aos direitos e garantias fundamentais. Essa ideia de pluralidade também se reflete na aceitação da diversidade cultural e populacional.

Essa pluralidade permite que os sistemas indígenas indiquem quais questões e litígios devem ser regulados apenas por suas normas internas e quais podem ter a intromissão das normas e sanções do direito. Caso polêmico refere-se ao “infanticídio indígena”, em que algumas comunidades indígenas permitem a morte de crianças com deficiência. Diante do conflito do direito à vida e das tradições das comunidades indígenas, o que deve prevalecer? Outro caso interessante ocorreu na Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, no dia 23 de abril de 2015, em que aconteceu o primeiro júri popular indígena do Brasil. O caso envolveu três indígenas, em que dois irmãos foram acusados de tentar matar outro índio. Durante o júri, formado por Conselho de Sentença de índios da própria reserva, um dos réus foi absolvido da tentativa de homicídio e o outro foi condenado pela prática do crime de lesão corporal leve<sup>12</sup>.

Já em fevereiro de 2016, a AGU<sup>13</sup> conseguiu decisão inédita na Apelação Criminal Nº 0090.10.000302-0 – TJRR, para que o Estado não aplicasse a um índio morador da terra Manoá-Pium, na reserva Raposa Serra da Lua, em Roraima, pena prevista no Código Penal, haja vista o acusado já ter sofrido sanção da própria comunidade. O fundamento foi o artigo 57 do Estatuto do Índio, que traz implícita a vedação à punição dupla. A aceitação do pluralismo ficou clara, mas os limites formais e materiais dessa decisão e da anterior podem levar a diversos questionamentos, como forma de cumprimento, possibilidade de recursos, respeito ao contraditório e à ampla defesa, entre outros.

Wolkmer<sup>14</sup> informa que o pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais e culturais com particularidade própria, envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos

<sup>11</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2013, p.16.

<sup>12</sup> COSTA, Emily. **Júri Indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em 15.dez.2015.

<sup>13</sup> BRAGA, Rafael. **AGU obtém decisão inédita e afasta compensação de índio já punido pela tribo**. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/386186](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/386186)>. Acesso em 23.fev. 2016.

<sup>14</sup> WOLKMER, 2001, p. 20.

heterogêneos que não se reduzem entre si. Dentre alguns princípios valorativos assinala-se: 1) a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a descentralização, o deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a diversidade, privilégio que se dá à diferença e não, à homogeneidade; e, finalmente, 6) a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”.

Dessa forma, com amparo na Constituição Federal de 1988, verifica-se que esse sistema plural autoriza o estudo de um novo Direito Constitucional, em que preserva as tradições dos povos e contempla direitos que devem ser buscados constantemente. Deve-se ressaltar que os índios submetem-se ao ordenamento estatal, mas têm respeitados seus costumes e regras internas. Conforme Marconi e Presotto<sup>15</sup>, cada índio é um cidadão brasileiro perante a lei, simplesmente por ter nascido no Brasil, embora pertença a uma comunidade que tem seus próprios valores, sua própria realidade sociocultural é a razão mesma de sua sobrevivência.

Não se pode esquecer de que diversas normas do ordenamento estatal garantem direitos aos indígenas, como educação, saúde, previdência social, assistência social, moradia, cultura e o direito à terra, entretanto, além de esses direitos não estarem sendo garantidos de forma plena, em diversos momentos ocorrem choques de interesses, como, por exemplo, o direito dos indígenas às suas terras, aliado ao aspecto de manutenção do meio ambiente e, por outro lado, o direito ao desenvolvimento econômico do país, através da exploração de riquezas que, muitas vezes, estão em áreas tradicionais dos índios. O caso da usina de Belo Monte é um exemplo, já que muitas pessoas foram deslocadas de suas terras para atender, em tese, ao interesse nacional de produção energética.

Entretanto, para enfrentar essas contradições é importante conhecer um pouco do sistema jurídico como um todo, para só então se procurar entender o microsistema que os índios submetem-se. Ademais, torna-se imprescindível compreender quem pode ser considerado índio e quais requisitos são necessários para o correto enquadramento, pois o próprio Estado necessita dessa identificação para planejar as políticas públicas adequadas.

---

<sup>15</sup>MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 248.



## 2.1 O Estatuto do Índio e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O período das grandes navegações foi marcado por descobrimento de vários territórios pelas principais nações da época, como Portugal, Espanha, França, Inglaterra e Holanda. A intenção de explorar o território brasileiro não seria tão fácil, haja vista a existência de alguns habitantes que foram denominados de índios.

Conforme esclarecem Marconi e Presotto<sup>16</sup>, dentre os estudiosos do povoamento da América destaca-se a contribuição do pesquisador francês Paul Rivet (1960). Segundo o referido autor, o continente americano foi povoado por fluxos sucessivos de grupos humanos que utilizaram, pelo menos, três vias de acesso: a) o Estreito de Behring (grupos asiáticos); b) a Antártida e a Terra do Fogo (grupos australianos); c) o Oceano Pacífico (grupos polinésios). Dessa forma, são numerosas as culturas e línguas tribais que compõem essa parcela da população brasileira, num verdadeiro mosaico de grupos indígenas diversificados e diferenciados. O elemento humano que abrange esses grupos é genericamente chamado de índio, denominação dada pelos europeus, na suposição de haverem chegado às Índias, destino provável da rota que descobriu a América. Índio é uma expressão generalizada, sendo aplicada a todas as populações nativas de modo geral<sup>17</sup>. O conceito será explicado posteriormente.

Percebe-se, assim, que a palavra índio surgiu de um erro dos europeus, tornando-se uma expressão comum para denominar habitantes encontrados nas terras conquistadas. Boris<sup>18</sup> esclarece que, nesses anos iniciais, entre 1500 e 1535, a principal atividade econômica foi a extração do pau-brasil, obtida principalmente mediante troca com os índios, os quais forneciam a madeira e, em menor escala, farinha de mandioca, trocadas por peças de tecido, facas, canivetes e quinilharias, objetos de pouco valor para os portugueses.

Essa relação dos índios com os estrangeiros foi marcada por muitos conflitos, haja vista uma grande dificuldade de comunicação. Ademais, muitas comunidades foram dizimadas, devido às doenças levadas pelos europeus. Isso prejudicou bastante a realização de uma contagem aproximada de índios que viviam no Brasil.

Independente disso, apesar da importância histórica sobre a evolução dos direitos indígenas, realiza-se corte epistemológico com enfoque na Constituição Federal de 1988, haja

---

<sup>16</sup> MARCONI, 1998, p.222.

<sup>17</sup> Ibidem, Ibid. p.224.

<sup>18</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995, p.42.

vista a consolidação de diversos direitos na referida norma<sup>19</sup>. Esclarece-se, por oportuno, que todas as Constituições anteriores a de 1988, em que houve a previsão de direitos indígenas, tinham como propósito a integração, o que prejudicou bastante a cultura e as tradições das comunidades indígenas. A partir de 1988, houve o reconhecimento à alteridade, conforme esclarece Antunes<sup>20</sup>, pois se aceitou o direito de o índio ser diferente, implicando o reconhecimento de sua cultura. Ademais, representou um marco essencial na ruptura dessa orientação integracionista, segundo aponta Villas Boas Filho<sup>21</sup>, deixando as populações indígenas de ser encaradas a partir de sua futura integração à sociedade brasileira, e sim, a partir de si próprias, de modo a ganhar visibilidade.

No âmbito internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 27 de junho de 1989, representou uma grande conquista dos povos indígenas. O Decreto 5051, de 19 de abril de 2004, promulgou a referida Convenção e regulamentou, portanto, sua aplicação no âmbito interno. Trata-se de norma que garante vários direitos aos indígenas, contudo ainda não obteve uma aplicação desejada no território brasileiro.

Os índios conseguiram a regulamentação de muitos direitos, apesar da dificuldade de efetivação, entretanto ainda há muito preconceito quanto à identificação indígena, pois muitos cidadãos acham que aqueles não existem mais, com o fundamento de estarem integrados e adaptados à cultura capitalista, inclusive, possuidores de diversos bens, os quais não eram adquiridos anteriormente. O simples fato de um índio passar a ter determinados bens não o descaracteriza dessa condição. Segundo pesquisa de amostra nacional realizada pela FPA, 52% da população acha que os povos indígenas possuem terras demais; 28% entende que os índios são seres selvagens e querem resolver tudo à força; 21% entende que os índios são menos inteligentes que os “brancos” e 5% das pessoas destacaram que os índios estariam melhor se estivesse mortos<sup>22</sup>. Percebe-se, então, como é relevante conhecer a realidade dos índios, iniciando-se pela definição.

Para o Estatuto do Índio, segundo artigo 3º, inciso I, Índio ou Silvícola corresponde ao seguinte: “É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se

---

<sup>19</sup> A Constituição de 1934 foi a primeira que tratou dos direitos dos povos indígenas, assegurando aos índios a posse de seus territórios, cabendo à união promover a política indigenista. A Constituição de 1937, apesar de fazer parte de um regime ditatorial, manteve a mesma previsão da constituição anterior, o que foi seguido pela Constituição de 1946, conforme artigo 216: “Será respeitada aos silvícolas a posse de terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

<sup>20</sup> ANTUNES, 1998, p.139-142.

<sup>21</sup> VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003, p.289.

<sup>22</sup> STIFTUNG, Rosa Luzemburg. **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. Disponível em: <[http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisa\\_completa.pdf](http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisa_completa.pdf)>. Acesso em 23 de dez. de 2015.

identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”. A expressão silvícola já não é utilizada como antigamente, eis que alguns índios vivem no meio urbano. Barreto<sup>23</sup> esclarece que a definição do Estatuto é feita sob três critérios: genealógico, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; cultural, ao mencionar as características culturais que o distinguem da sociedade nacional; e, por fim, pertença étnica, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”. Assim, segundo o autor, Índio é aquele que se considere (auto-identificação) e é considerado (hetero-identificação) “diferente” dos demais indivíduos que compõem a sociedade envolvente.

Ademais, no terreno da antropologia mais antiga, o índio era considerado um ser “primitivo” e “em processo de evolução” para a condição de “civilizado” ou, com os termos empregados pela legislação, a caminho da integração à “comunhão nacional”. Desde que integrado, além da própria identidade, perdia o sistema especial de proteção que o envolvia (evolucionismo unilinear). Essa análise já se encontra incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Existe, atualmente, certa divergência acerca da classificação do índio, se seria necessário tão somente ele se auto-identificar, ou se haveria a necessidade também de reconhecimento da comunidade e a preservação de características que o distinguem dos demais. Conforme Villares<sup>24</sup>, a Convenção 169 da OIT, bem como o Estatuto do Índio definem que a origem histórica, a auto-identificação, a identificação pela comunidade e a conservação de determinadas características culturais e institucionais são necessárias para definir o índio. Quanto ao aspecto coletivo, comunidade indígena é tão somente 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 semelhante certos marcos da vida, cultuam os mesmos deuses, etc) ou são comunidades populacionais com antepassado em comum.

Além do conceito de índio e comunidade indígena, Villares cita a Convenção 169 da OIT, a qual apresenta o conceito de Povos Indígenas, sendo os povos, tribais ou não, que são considerados indígenas por descenderem de populações que habitavam o país ou região geográfica anteriormente à conquista ou colonização e que conservem as suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas tradicionais ou, pelo menos, parte delas.

Assim, o simples fato de o índio viver no meio urbano não descaracteriza sua condição

---

<sup>23</sup> BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2014, p.33-36.

<sup>24</sup> VILLARES, 2013, p.31.

de indígena. Entretanto, deve preencher os requisitos acima dispostos. Entende-se que índio é aquele indivíduo que se identifica e é identificado como tal pela comunidade em que vive, devendo manter algumas das suas tradições e costumes, perdurando essa condição independente do local onde viva, inclusive no meio urbano. A autodeterminação dos povos indígenas garante a autonomia à comunidade em reconhecer a condição de índio a quem se enquadre nos requisitos próprios, sendo irrelevante uma análise do Estado ou da população acerca dessa condição.

Esse processo de migração para as cidades decorreu de duas situações: a cidade que cresceu e encostou-se à área indígena, tornando-se um bairro de periferia, ou a cidade que foi fundada a partir de uma aldeia. A segunda situação decorreu da industrialização e urbanização, principalmente a partir de 1950. Em pesquisa realizada pela FPA, 402 indígenas foram entrevistados nas cidades de São Paulo, Fortaleza, Porto Alegre, Manaus e Campo Grande, tendo se chegado à conclusão que 73% residem em área urbana e 27% em área rural nas regiões metropolitanas. Contudo, 49% viveram mais tempo nas aldeias do que na cidade, 36% moraram principalmente nas cidades e apenas 14% viveu igualmente nos dois ambientes. Outro ponto relevante é o número de indígenas que sobrevive com uma renda de até um salário mínimo, equivalente a 41% dos entrevistados. A saída da aldeia, para 68% dos entrevistados, deveu-se a motivos econômicos, como trabalho, falta de dinheiro, qualidade de vida melhor, acesso ao consumo, entre outras<sup>25</sup>. Já o Censo de 2010, no que se refere à população total indígena, atestou que 324.834 vivem em área urbana e 572.083 moram em área rural<sup>26</sup>. Comparando-se com o Censo de 2000, houve um aumento de 20,8% da população indígena urbana, o que exige do Estado mais políticas públicas para essa população carente.

Tabela – 1. Comparação entre população indígena urbana e rural.

	POPULAÇÃO INDÍGENA EM ÁREA URBANA	POPULAÇÃO INDÍGENA EM ÁREA RURAL
Indígenas vivendo em TI	25.963	491.420
Indígenas vivendo fora da TI	298.871	80.663
<b>TOTAL</b>	<b>324.834</b>	<b>572,083</b>

Fonte: IBGE (2000)

<sup>25</sup> RANGEL, Lucia Helena, et al. A presença indígena nas cidades. In: Gustavo Venturi e Vilma Bokany (org). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013, p.113.

<sup>26</sup> IBGE, 2015, *online*.

Com o reconhecimento da condição de indígena, alguns direitos são elencados de forma diferenciada, por meio de ações positivas do Estado, como forma de ampará-los de maneira individual ou coletiva, o que se enquadrará em uma dimensão específica dos direitos fundamentais. Trata-se de tratamento especial conferido a algumas minorias, como acontece também com pessoas com deficiência, idosos, negros, dentre outros.

Segundo Villares<sup>27</sup>, os povos indígenas passaram por duas fases de relacionamento oficial com o Estado, sendo, num primeiro momento histórico, pela política indigenista da colônia e do império, cujo valor se fazia sentir em relação aos povos indígenas numa promiscuidade com a igreja católica e com os poderes locais. Posteriormente, na época 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. Por conseguinte, em substituição ao referido órgão, marcado em seus últimos anos pela corrupção e pela desestruturação, foi criada, pelo Dec-lei 5371, de 05.12.1967, a Fundação Nacional do Índio. A Funai foi pensada para ser o órgão indigenista por excelência, reunindo as ações de saúde, educação, assistência, proteção de terras, meio ambiente, polícia administrativa, representação do índio em juízo e, à frente das aldeias, contaria com o posto indígena, responsável pela assistência e proteção direta das terras indígenas. Entretanto, muitas políticas públicas direcionadas à Funai não chegaram ao objetivo desejado.

Diante disso, em 19.12.1973, editou-se a Lei 6001, chamada de Estatuto do Índio, com o propósito de disciplinar as relações do Estado e da sociedade civil brasileira com os índios. Quando surgiu, ainda tinha como intenção a integração dos índios, além do objetivo de preservar a cultura. Trata-se de lei pouco conhecida pela sociedade e pelos próprios profissionais do Direito. Segundo pesquisa da FPA realizada em 2010<sup>28</sup>, 75% da população desconhecia completamente o Estatuto do Índio, 19% já tinham ouvido falar e apenas 6% afirmaram conhecer a lei. Esses dados são muito preocupantes, pois a pouca valorização da lei específica relativa aos índios apenas ratifica a dificuldade de efetivação dos direitos. Apesar de muitos dispositivos já não possuírem a mesma eficácia, ainda continua sendo uma das principais normas infraconstitucionais de amparo aos índios.

Como a Constituição Federal de 1988 não mais se preocupou com a integração e garantiu diversos direitos aos índios, muitos artigos do Estatuto não foram recepcionados ou

---

<sup>27</sup> VILLARES, 2013, p.37.

<sup>28</sup> STIFTUNG, 2015, *online*

estão em confronto com outras disposições legais, exigindo uma constante interpretação dos dispositivos da referida lei. Cabe destacar que o Estatuto do Índio foi bastante avançado para a época, pois não existia norma tão específica para regular a situação dos índios. Entretanto, atualmente, o maior dos direitos é a autodeterminação dos povos indígenas, em que é permitido aos índios permanecerem como índios, mesmo que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas. Isso não estava expresso no Estatuto.

O direito à autodeterminação está consagrado no Direito Internacional e inserido no sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Todos os povos determinam livremente o seu estatuto político e asseguram livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Os indígenas enquadram-se nessa situação, pois são grupos diferenciados, haja vista as características étnicas próprias. O autogoverno ou a autonomia é uma característica dos povos indígenas, incluindo o direito de ser diferente e de permanecer livre para promover, preservar e proteger os valores próprios, que independem de legitimação por parte do restante da sociedade, bem como o direito de determinar as estruturas internas e de eleger as composições de suas instituições em conformidade com seus próprios procedimentos, de forma a assegurar que o processo decisório e a tomada de decisões sobre os seus assuntos sejam feitos conforme a vontade do grupo<sup>29</sup>.

O artigo 2º do Estatuto do Índio destaca que a União, os Estados, os Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas devem preservar vários direitos dos indígenas, estendendo aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível. Dessa forma, os índios possuem direito a muitos benefícios que não estão expressamente discriminados, como o direito a saúde, a previdência e a assistência social, por exemplo. Isso decorre do simples fato de os índios serem considerados cidadãos brasileiros, inclusive com direitos civis e políticos.

O artigo 4º do Estatuto destaca classificação de índios isolados, em vias de integração e integrados. Trata-se de divisão que deve ser feita com ressalvas, atualmente, já que isso se encontra superado. Segundo Villares<sup>30</sup>, essa classificação era importante para a aplicação no Direito Penal, já que os índios isolados e em vias de integração não seriam responsabilizados pelos seus atos tipificados como crimes, numa aplicação na inimputabilidade; bem como no que se refere à tutela, cuja interpretação não segue mais a redação original do Estatuto.

---

<sup>29</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos Anjos. O Direito à autodeterminação dos Povos Indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: Robério Nunes dos Anjos Filho (org). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2013, p.619.

<sup>30</sup> VILLARES, 2013, p.64.

Os direitos civis e políticos podem ser exercidos pelos índios, contudo não se deve aplicar o Estatuto para fundamentar esses direitos, mas sim buscar a interpretação à luz da Constituição Federal. Assim, como o sufrágio é universal, todos os cidadãos brasileiros têm o direito de votar e ser votado, sem discriminação, desde que respeitados alguns requisitos, como voto obrigatório aos maiores de 18 anos e facultativo para os analfabetos, maiores de setenta anos e aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Para Villares<sup>31</sup>, o voto deveria ser facultativo aos índios, já que a própria Constituição Federal reconhece a organização social dos povos indígenas e estabelece a proteção à cultura indígena. Contudo, atualmente, o entendimento é de que o alistamento e o voto são obrigatórios aos índios, sendo até possível a instalação de urnas eleitorais em aldeias indígenas.

Os índios têm, ainda, o direito de elegibilidade, desde que cumpram os requisitos para o alistamento eleitoral, condições de elegibilidade e não incida em nenhuma das inelegibilidades previstas constitucionalmente.

Seguindo a ordem de assuntos previstos no Estatuto, o capítulo II traz a assistência e a tutela. Os índios eram considerados órfãos, o que gerou o surgimento da tutela “indígena” com a Lei de 27.10.1831, situação esta que foi modificada pelo Código Civil de 1916, o qual colocou os índios no rol dos relativamente incapazes a certos atos da vida civil. A Lei 4121, de 27.08.1962, alterou o Código Civil acrescentando o parágrafo único ao artigo 6º, dispondo que os silvícolas ficariam sujeitos ao regime tutelar, mas este seria diferente do regime do direito civil. Após a criação da Funai, coube a este órgão os poderes de representação e assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio. Com o surgimento do Estatuto, o instituto foi regulamentado no artigo 7º.

Entretanto, a norma exigia várias interpretações, inclusive que a tutela deveria aplicar-se apenas aos índios isolados ou em vias de integração, bem como de forma coletiva, já que se tratava das comunidades indígenas. Ademais, poderia ocorrer a nulidade de atos praticados por índios não integrados quando não houvesse assistência do órgão tutelar competente.

Apesar de o instituto da tutela ter sido recepcionado, deve ser estudado com cautela, inclusive não pode ser confundida com a capacidade do indígena. Ademais, como essa análise deve ser feita de acordo com a Constituição Federal, Villares<sup>32</sup> esclarece que restou aos índios, às organizações não governamentais, à Funai, à doutrina e a jurisprudência definir novos limites pós-Constituição.

---

<sup>31</sup> VILLARES, 2013, p.68.

<sup>32</sup> Idem. Ibid. p.78.

Barreto<sup>33</sup> também observa que a CRFB/88, a qual reconhece o índio como “diferente”, sem que essa “diferença” possa ser confundida com “incapacidade” e que reconhece a “capacidade” do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação- alterou substancialmente a natureza do regime tutelar indígena: primeiro, esse regime passou a ter natureza exclusivamente “protetiva”; segundo, passou a ter estatura “constitucional”. Portanto, esta “proteção constitucional” está protegida de ataques pela via do processo legislativo ordinário. De qualquer forma, é importante consignar o que parece ser opinião consensual entre os autores consultados e citados: “a tutela indígena” é, antes de qualquer coisa e acima de tudo, um instrumento de proteção e não de “restrição” aos direitos indígenas.

Assim, o instituto da tutela não deixou de existir, mas a aplicação integral do Estatuto do Índio já não pode ser feita, eis que o reconhecimento de alguns direitos na Constituição, inclusive de acesso à justiça, faz presumir que o cidadão indígena não deve ser tratado como um incapaz, mas sim como um indivíduo que pode buscar seus direitos, mas, para isso, devem surgir instrumentos para facilitar essa participação.

Quanto ao registro civil, o Estatuto destaca que os índios não integrados devem ser registrados, devendo ser atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação. Ademais, existe o registro administrativo de nascimento e óbito dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais. Esse tipo de registro é importante ao Estado para a definição de políticas públicas. Ademais, conforme destaca Villares<sup>34</sup>, o registro administrativo é documento oficial, com presunção de legalidade e veracidade, que não substitui os registros e documentos tradicionais, mas poderá ser utilizado para acesso a direitos e benefícios oficiais.

Os índios possuem direitos trabalhistas e previdenciários, tendo o artigo 14 destacado o seguinte: “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”. Vale ressaltar que, sob o aspecto previdenciário, os índios que trabalharem em regime de economia familiar serão considerados segurados especiais, submetendo-se a regras próprias, conforme será visto no próximo capítulo.

O direito à terra é um dos assuntos mais polêmicos referentes aos indígenas, pois os constantes conflitos têm causado muitos prejuízos às comunidades indígenas. O Estatuto apresenta alguns aspectos sobre o assunto, contudo, como já comentado em relação a outras

---

<sup>33</sup> BARRETO, 2014, p.43.

<sup>34</sup> VILLARES, 2013, p.67.



situações, devem ser feitas interpretações com ressalvas, já que, na época da edição da referida lei, vigia outra Constituição.

Dessa forma, o estudo deve ser feito com esteio na Constituição Federal de 1988, na Lei 6001/73 (Estatuto do Índio), o Decreto nº 1775/96, além da Convenção 169 da OIT. Assim, as modalidades de terras indígenas são as seguintes: a) Terras indígenas tradicionalmente ocupadas; b) Reservas Indígenas; c) Terras Dominiais; d) Interditadas. Justifica-se essa análise, pois muitos direitos dos índios estão vinculados direta ou indiretamente ao direito à terra. Conforme esclarecido por Pimentel<sup>35</sup>, com esteio em estudo realizado pela FPA, 112 milhões de hectares são reconhecidos como Terras Indígenas, equivalendo a 13,2% do território brasileiro, contudo 98,6% da área disponível para os povos indígenas está na Amazônia Legal, ficando apenas 1,4% nas regiões Sul, Sudeste, Nordeste e parte significativa do Centro-Oeste. Por outro lado, segundo Censo de 2010, 52% dos indígenas não moram na Amazônia Legal, mas sim no restante do país.

Verifica-se, portanto, que os argumentos levantados por parte da população acerca da grande quantidade de terras destinadas aos índios não são verdadeiros, já que a grande concentração de terras na Amazônia Legal não beneficia mais da metade da população indígena.

As terras indígenas tradicionalmente ocupadas seguem as orientações do artigo 231, §1º, da Constituição Federal, sendo as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Os artigos 23 e 24 do Estatuto do Índio tratam de forma semelhante o assunto.

As reservas indígenas<sup>36</sup> são terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Já as terras dominiais são as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil. Por fim, as interditadas são áreas interditadas pela Funai para proteção dos

---

<sup>35</sup> PIMENTEL, Spensy. Violação dos direitos humanos e a luta pela terra Guarani-Kaiowa. In: Gustavo Venturi e Vilma Bokany (org). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013, p.86.

<sup>36</sup>FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Modalidades da terra indígena**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em 01.09.2015.

povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

Como muitos aspectos constitucionais e da Convenção 169 da OIT são objeto de estudo próprio mais a frente, deixa-se de fazer maiores considerações sobre o assunto no presente tópico.

O título V do Estatuto do Índio trata da educação, cultura e saúde. Os artigos 49 e 50 do Estatuto tratam da educação, destacando que a alfabetização far-se-á na língua do grupo a que pertençam, e em português, salvaguardado o uso da primeira. Ademais, havia o objetivo de integração na comunhão nacional, mediante gradativa compreensão dos problemas gerais, mas preservando-se as aptidões individuais. A Constituição Federal de 1988 reconheceu a educação como direito de todos e dever do Estado e da família. Quanto aos indígenas, deve ser respeitada a sua cultura, podendo haver uma educação específica que leve em conta seus anseios, sua organização social, línguas, crenças e tradições. Diferente do Estatuto, a Constituição afasta o papel integrador da educação em relação aos povos indígenas, prevendo que a educação indígena é obrigação do Estado. Há, inclusive, diversas escolas indígenas no Brasil, muitas das quais possuem professores que são indígenas, com o intuito de preservar a cultura e as tradições locais. Aspectos sobre a cultura e saúde serão tratados de forma pormenorizada em locais específicos desse trabalho.

Feitas essas breves considerações sobre o Estatuto do Índio, passa-se a analisar os dispositivos da Constituição Federal que tratam dos índios, fazendo-se, quando possível, uma comparação com a norma infraconstitucional acima citada.

Os artigos 231 e 232 da Constituição Federal tratam de vários direitos dos índios. Por estarem na esfera constitucional são considerados direitos fundamentais. Assim, o constituinte avançou bastante no assunto, pois tratou de vários aspectos importantes, reconhecendo 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. Ademais, garantiu legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações o direito de ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Para Silva<sup>37</sup>, a Constituição Federal de 1988 deu um largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos, como a propriedade da terra ocupada pelos índios, a competência da União para legislar sobre populações indígenas, relações das

---

<sup>37</sup> SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.868.

comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições.

Conforme esclarece Marés<sup>38</sup>: “o que define a terra indígena é a ocupação, ou posse ou o estar indígena sobre a terra e não a demarcação”. Esta seria a redução da terra a um espaço geográfico delimitado, servindo para que o Estado e seus cidadãos saibam que determinado território é indígena, pois os índios conhecem seu próprio território<sup>39</sup>. Silva<sup>40</sup> esclarece que os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, sendo este a fonte primária e congênita da posse territorial. Trata-se de uma instituição jurídica luso-brasileira, com origem nos primeiros tempos da Colônia.

Dessa forma, em que pese o capítulo VIII tratar bastante do direito à terra, vários outros direitos indígenas encontram-se irradiados pela Constituição Federal, merecendo alguns uma análise mais específica.

Colaço<sup>41</sup> estabelece como significativo para o constitucionalismo brasileiro contemporâneo que a Constituição Federal de 1988 representou um marco nos séculos de história dos direitos indigenistas do Brasil, rompendo com a postura dos governos anteriores de considerar o índio incapaz, inferior e tentar integrá-lo à sociedade brasileira, e também do tratamento opressor destinado aos indígenas dos demais estados latino-americanos. A autora destaca que os direitos foram agregados graças à atuação dos movimentos indígenas de todo o país e das entidades de apoio a sua causa, coordenada pela então União das Nações Indígenas, a UNI, que lançou a campanha dos povos indígenas na constituinte. Acabaram, assim, as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das Constituições anteriores. Os índios deixaram de ser titulares de direitos especiais provisórios e sim, passam a ter direitos permanentes, definitivos referentes à condição de índio. O índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio.

<sup>38</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006, p.148.

<sup>39</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coord). Pesquisa promovida sobre o tema “**Estatuto dos Povos Indígenas**”, objeto do “Projeto Pensando o Direito”, da Série Pensando o Direito n.º 002/2008, em parceria da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Disponível em: <[www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/19pensando\\_direito.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/19pensando_direito.pdf)> Acesso em: 01.09.2015.

<sup>40</sup> SILVA, 2013, p.873.

<sup>41</sup> COLAÇO, Thaís Luzia. O Direito Indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988, In: Antonio Carlos Wolkmer; Milena Petters Melo (Org). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p.191.

Apesar de a Constituição estabelecer vários direitos aos índios, muitos não são efetivados, mesmo sendo direitos fundamentais. Dessa forma, torna-se necessário estudar os direitos fundamentais, em especial os que se aplicam aos índios, para que possam ser verificados os problemas e possíveis soluções para resolver essa demanda muito antiga. Segundo destaca Meira<sup>42</sup>, com esteio em pesquisa da FPA, 75% da população desconhecia o Estatuto do Índio, mas 95% da população consultada indicou direitos indígenas relevantes a serem amparados pelo governo, sendo que 34% dos entrevistados apontaram a regularização de terras, 23% a saúde, 15% a educação e 11% a preservação da cultura. Assim, esta aparente contradição entre um grande “desconhecimento” da temática e, ao mesmo tempo, uma enorme “simpatia e generosidade” em relação aos povos indígenas talvez seja maior marca da percepção que a opinião pública nacional tem a respeito dos índios.

Segundo estatística acima apontada, o direito previdenciário e da assistência social nem foram mencionados, o que justifica a necessidade de maior conhecimento da população, dos próprios índios e de todas as pessoas que direta ou indiretamente tratam dessa temática.

Os direitos indígenas são, portanto, direitos humanos- ou ditos fundamentais, quando inseridos em algum Texto Constitucional- referidos aos índios e suas comunidades<sup>43</sup>. Para ser analisado esse contexto torna-se necessário abordar sobre os direitos fundamentais em si e sua relação com os índios, pois muitos direitos, apesar de irradiados na Constituição, merecem uma interpretação diferenciada.

## **2.2 Conceito de direitos fundamentais. Categorias, funções e titulares.**

Os direitos fundamentais podem ser resumidos como aqueles que se encontram disciplinados em uma Constituição de um determinado país, bem como tenham valores ligados à dignidade humana. Utiliza-se a relevância desses direitos como o motivo de serem disciplinados na principal norma estatal. As normas dispostas em um ordenamento jurídico necessitam de uma organização para que sejam cumpridas, sendo necessário que exista uma hierarquia, evitando alguns conflitos e, por conseguinte, facilitando algumas interpretações.

---

<sup>42</sup> MEIRA, Márcio. Direitos indígenas no Brasil: reveses, avanços e contradições. In: Gustavo Venturi e Vilma Bokany (org). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013, p.102.

<sup>43</sup> BARRETO, 2014, p.97.

Segundo Dimoulis e Martins<sup>44</sup>, os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. Assim, os sujeitos envolvidos são as pessoas e o Estado e há uma limitação do poder estatal para preservar as liberdades. Ademais, os direitos fundamentais são marcados pela supremacia constitucional.

Percebe-se, assim, que a preservação do indivíduo diante de atos do Estado tem como premissa a própria dignidade da pessoa humana, já que são fixados limites de intervenção, sendo isso essencial em uma democracia. Vale ressaltar que o surgimento dos direitos fundamentais possui relação direta com a evolução da sociedade, alicerçada desde conquistas relacionadas ao direito de liberdade até as constantes mudanças provocadas pelos avanços tecnológicos, que levam os direitos fundamentais a serem cada vez mais interpretados e discutidos.

O estudo dos direitos fundamentais deve ser feito em conjunto com a evolução dos modelos de Estado, que, segundo Barroso<sup>45</sup>, percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular, pois começou liberal, tornou-se social, após o primeiro quarto, mas na virada do século estava neoliberal. Ademais, informa o autor que o Estado contemporâneo tem o seu perfil modificado pela formação de blocos políticos e econômicos, acarretando, portanto, um enfraquecimento do conceito de soberania.

Os direitos fundamentais possuem particularidades que dificultam seu estudo, tais como a abstração e generalidade; as relações entre direito constitucional e infraconstitucional e a tensão entre direito, economia e política, segundo esclarecem Dimoulis e Martins<sup>46</sup>. Como garantir o direito de todos os indivíduos e da coletividade diante de tantos direitos previstos na Constituição? A baixa densidade normativa, algumas vezes, é parcialmente superada ao serem estabelecidas regras na legislação infraconstitucional, contudo a constante interpretação na busca do melhor direito decorre, muitas vezes, de aspectos que fogem ao direito, sob o fundamento de manter a economia equilibrada ou até atender a interesses políticos. O simples fato de o direito fazer parte da Constituição não garante sua efetividade por si só.

Além desse aspecto da efetividade, vários autores procuraram classificar os direitos em categorias, sistematizando o estudo dos direitos fundamentais. Assim, na

---

<sup>44</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.41.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.91.

<sup>46</sup> DIMOULIS, 2014, p.46.

classificação de Jellinek, existiriam direitos de *status negativus*, como as liberdades, e outros de *status positivus*, também chamados de direitos sociais.

A evolução desse estudo fez surgir a teoria das gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Bonavides<sup>47</sup> destaca que os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Já os direitos da segunda geração dominam o século XX e são chamados de direitos sociais, culturais, econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Atualmente, já existe a classificação em cinco dimensões, havendo o reconhecimento da terceira dimensão como os direitos de fraternidade; a quarta dimensão como direitos ligados à democracia direta, informação e pluralismo e, na quinta dimensão, o direito à paz, informática e biotecnologia.

Os titulares dos direitos fundamentais são todas as pessoas que vivem no território brasileiro, sendo possível até aos estrangeiros o gozo de alguns direitos. Assim, brasileiros natos e naturalizados, estrangeiros residentes no Brasil, além daqueles que estão temporariamente no país, como o turista, por exemplo. O rol de direitos deve ser interpretado, ainda, de acordo com a legislação infraconstitucional, já que muitas normas não possuem eficácia plena.

O estudo dos titulares dos direitos fundamentais está associado às dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A primeira aparece tanto no *status negativus*, ou seja, o direito de o indivíduo resistir à intervenção estatal, como no *status positivus*, quando há a necessidade de uma ação estatal, como ocorre nos direitos fundamentais sociais. A dimensão objetiva independe de seus titulares e haveria critérios de controle estatal, os quais deveriam ser aplicados independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinada pessoa e da consequente reclamação do seu titular<sup>48</sup>.

Os indígenas devem ser estudados quanto à titularidade de direitos fundamentais, tanto sob o aspecto individual, bem como no perfil de grupo, já que muitos direitos previstos na Constituição Federal fazem essa distinção.

---

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.562.

<sup>48</sup> DIMOULIS, 2014, p.117.

### ***2.2.1 O Índio e as Comunidades Indígenas como titulares de direitos fundamentais.***

Conforme já esclarecido, o índio é um cidadão brasileiro e titular de direitos, além de ter deveres perante a sociedade brasileira. Assim, para que possa exercer os direitos deve cumprir todos os requisitos necessários. Cabe destacar que, dentro da própria categoria de indígenas, há de ocorrer uma relativização em relação a alguns direitos e deveres, haja vista o grau de isolamento de alguns e o desconhecimento das regras estatais.

Assim, fazendo-se uma análise dos direitos fundamentais de primeira dimensão, Sarlet<sup>49</sup> assevera que foram inspirados no pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Direito de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Dessa forma, os índios devem ter resguardados seus direitos, contudo, por serem uma minoria, o princípio da isonomia deve ser aplicado de forma diferenciada.

Partindo-se desse pressuposto, verifica-se que os índios possuem direitos classificados como de primeira dimensão, como a vida, a liberdade, a propriedade, os direitos civis e políticos. O direito à vida, fundamento imprescindível para o gozo de outros direitos, deve ser enaltecido sob o aspecto de o índio ter direito de viver, inclusive com dignidade. Polêmica surge quando algumas tradições aplicadas pelas comunidades indígenas sobrepõem-se ao direito à vida, como o caso do infanticídio indígena, o que merece uma reflexão mais profunda.

Esse fato ganhou mais destaque com a apresentação do Projeto de Lei 1057/2007, por deputado da “Frente Parlamentar Evangélica”, com o propósito de combater práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Trata-se de um projeto de lei conhecido como “Lei Muwaji”, em homenagem a uma mãe da tribo dos suruwahas, que se rebelou contra a tradição de sua tribo e salvou a vida da filha, que seria morta por ter nascido deficiente.

A discussão gira em torno do direito indígena à diferença e, de outro lado, o

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.46.

direito à vida, devendo-se chegar a uma solução pela técnica da ponderação, já que existem conflitos de dois direitos fundamentais. Alexy<sup>50</sup> explica muito bem essa situação, destacando sobre a lei da ponderação, em que a ideia fundamental da otimização é a seguinte: “quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”. Já Barroso<sup>51</sup> destaca que a ponderação é uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. O autor apresenta três etapas. A primeira etapa exige do intérprete que verifique no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

Por fim, na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Após, deve-se decidir o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada, tudo com esteio no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Apesar de toda essa discussão, o projeto de lei foi aprovado na Câmara dos Deputados, em 26 de agosto de 2015, seguindo o parecer no sentido de garantir às crianças indígenas o direito à vida e de terem a integridade física e psíquica invioladas. Segato<sup>52</sup> assevera que o projeto “ultracriminaliza” o infanticídio indígena, eis que repete a sanção prevista no Código Penal, incluindo na acusação não somente os autores diretos do ato, mas todas as testemunhas reais ou potenciais, como um representante da FUNAI, um antropólogo, agentes de saúde, por exemplo. Ademais, a autora aponta que a expressão direito à vida deve ser analisada de forma individual e coletiva, sendo esta a proteção da vida dos povos em sua condição de povos. Defende, ainda, que a prioridade é salvar a comunidade onde ainda há comunidade, e salvar o povo onde ainda persista um povo, sendo direito fundamental de toda pessoa é ter povo, pertencer a uma coletividade. Para isso, o Estado não deve ser interventor e preponderantemente punitivo, mas capaz de restituir meios jurídicos e materiais, a autonomia e as garantias de liberdade no interior de cada coletividade, para que seus membros possam deliberar a respeito de seus costumes num caminho próprio de transformação histórica.

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travassoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.154.

<sup>51</sup> BARROSO, 2013, p.360.

<sup>52</sup> SEGATO, Rita Laura. **Que cada povo teça os fios da sua história**. Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, janeiro-junho, nº 1, 2014 p.72.



Trata-se de uma opinião de lutar pelo pluralismo, sendo gesto de um mundo multicultural e globalizado, mas sem deixar o Estado de lado, já que deve garantir a deliberação interna nas comunidades.

Outro direito garantido aos índios é a liberdade, a qual foi bastante limitada aos índios nas últimas décadas, já que a legislação estatal impôs diversas regras de conduta, como não poder caçar e matar animais como outrora era feito, respeitando-se o meio ambiente. Ademais, a liberdade de exploração das terras em que habitam já não é mesma, eis que surgem diversos conflitos com fazendeiros e grileiros, o que exige uma constante intervenção estatal em busca da solução desse impasse. A falta de política adequada que coordene a promoção dos direitos indígenas com a sustentabilidade ambiental tem possibilitado também o surgimento de conflitos e a limitação ao exercício da autodeterminação e autonomia dos índios em relação às suas terras.

Ademais, o direito de propriedade representa o ponto mais polêmico em demandas que envolvem os índios, contudo deve-se esclarecer que esse direito existe de forma individual e coletiva. Conforme já comentado, o simples fato de o índio não habitar em território indígena não lhe retira essa condição, o que pode motivar um índio a adquirir uma casa, por exemplo, em uma determinada cidade, permitindo ter resguardados seus direitos de propriedade privada, seguindo os ditames da legislação civil. Problemas surgem quando ocorrem reivindicações quanto às terras das comunidades indígenas. Trata-se de outra vertente do direito de propriedade, ou, mais precisamente, ao direito de posse, já que a propriedade é da União.

O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 trata das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, havendo um relacionamento diferente destes com a terra, já que existe uma valorização das crenças e tradições. Os quatro elementos que devem ser reconhecidos à luz dos usos, costumes e tradições indígenas são as terras habitadas em caráter permanente; as utilizadas em atividades produtivas; as imprescindíveis à preservação ambiental; as necessárias à reprodução física e cultural da comunidade<sup>53</sup>. Por outro lado, a sociedade capitalista possibilita a exploração da terra sob o aspecto econômico, havendo um constante desejo de fazendeiros, posseiros, grileiros em invadir as terras indígenas, pois muitas têm riquezas naturais de valor inestimável.

Villares<sup>54</sup> destaca que terra, para o índio, tem um valor superior aos da simples propriedade individual, sendo sua base material, sua morada, onde são desenvolvidas as

---

<sup>53</sup> SOUZA FILHO, 2015, *online*.

<sup>54</sup> VILLARES, 2013, p.113.

relações familiares e retirados os alimentos. Assim, é um direito dominial primário e congênito, sendo anterior e oponível a qualquer reconhecimento ou ocupação superveniente. Ademais, a posse legitima-se pela efetiva ocupação, não havendo a necessidade da titulação. São bens da União, com afetação especial na posse dos índios que nela habitam e com usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, não podendo as terras ser alienadas ou ter destinação diversa. O índio quer preservar a sua cultura, mas sem renunciar aos direitos de propriedade de suas terras e do que nela se produz, devendo haver o pleno reconhecimento de sua capacidade civil e política e o desfrute de sua condição de sujeitos de direitos<sup>55</sup>.

Segundo Silva e Marés<sup>56</sup>, a livre determinação dos povos sobre as terras que tradicionalmente ocupam se encontra ameaçada no Brasil. Com as propostas de emendas à Constituição PEC 215/00 e PEC 38/99, pretende-se alterar a competência do Poder Executivo na demarcação de terras, incluindo como competência exclusiva do Congresso Nacional. Esclarecem, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes sobre assuntos indígenas, foi favorável à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol dos Povos Macuxi, Wapixana, Ingariko, Patamona e Taurepang de Roraima (2009) e da Terra Indígena Caramuru Catarina Paraguassu do Povo Pataxó Hã Hã Hãe do sul da Bahia (2012), reiterando a garantia constitucional do direito à terra indígena (art.231, §1º).

Outra garantia prevista na Constituição Federal, conforme artigo 231, §6º, é a nulidade dos atos que tenham por objeto, ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas. Trata-se de um direito fundamental do índio à sua terra tradicional em detrimento de outro direito fundamental, o da propriedade privada. Villares<sup>57</sup> esclarece que o direito à posse de suas terras de ocupação tradicional independe de demarcação, que corresponde ao reconhecimento formal realizado pelo Estado brasileiro, de competência da União. Trata-se de ato que define os limites do território. Ademais, isso acontece por iniciativa e sob orientação da Funai, mas o ato administrativo de demarcação é atribuição exclusiva do Presidente da República.

Após a demarcação física, ocorre a homologação através de decreto presidencial. Trata-se de um ato administrativo que reconhece a legalidade de todo o procedimento e tem

<sup>55</sup> MAIA, Gretha Leite. Para entender “Selváticos”, “Silvícolas” e sujeitos: Um Diálogo com a literatura latino-americana contemporânea. In: Marcelo Campos Galuppo; André Karam Trindade; Luis Carlos Cancellier de Olivo. (Org.). **Direito, arte e literatura**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 84-102.

<sup>56</sup> SILVA, Liana Amin Lima da; MARÉS, Carlos Frederico. Direito internacional dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais na América Latina. In: Flávia Piovesan; Melina Girardi Fachin (coords). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea. Proteção Nacional, Regional e Global**. Curitiba: Juruá, 2015, v.6, p.262.

<sup>57</sup> VILLARES, 2013, p. 124.

caráter meramente declaratório. Cabe ressaltar que a demarcação das terras indígenas, conforme artigo 67 do ADCT, era para ter ocorrido após 5 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto isso não ocorreu de forma plena.

Os direitos de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais, culturais ou econômicos, possuem caráter de prestação e exigem uma atuação positiva do Estado. Possuem uma maior relação com o princípio da igualdade. No Brasil, os direitos sociais encontram previsão no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tendo sido escolhidos os seguintes direitos: educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, além do transporte, conforme recente alteração promovida pela emenda constitucional n.º 90, de 15 de setembro de 2015.

Os direitos sociais encontram dificuldade de implementação, haja vista as limitações financeiras dos Estados, os quais alegam a reserva do possível. A saúde, por exemplo, representa um direito social de difícil efetivação, pois o sistema brasileiro é muito abrangente e não há verba suficiente para cobrir todas as contingências. O Estado utiliza o argumento da reserva do possível para não cumprir todas as demandas apresentadas. Conforme Sarlet<sup>58</sup>, a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos materiais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Os índios possuem direito de receber do Estado todas as prestações dispostas no artigo 6º, sendo necessárias mais políticas públicas para facilitar o gozo desses direitos. Como a intenção do presente trabalho não é esgotar esse estudo acerca dos direitos fundamentais dos indígenas, delimitou-se no estudo da seguridade social, assunto este tema do próximo capítulo.

Os direitos de terceira dimensão são aqueles ligados ao desenvolvimento, ao meio ambiente, consagrando os princípios da solidariedade e fraternidade Já os de quarta dimensão estariam associados ao direito à informação, à democracia direta e ao pluralismo. Por fim, a quinta dimensão estaria ligada à paz, conforme ensinamentos de Paulo Bonavides.

As comunidades indígenas também podem ser titulares de direitos fundamentais,

---

<sup>58</sup> SARLET, 2009, p.287.

já que muitos direitos estão associados ao grupo, como o pluralismo e o próprio acesso à justiça, eis que a própria Constituição Federal, no artigo 232, destaca que estão legitimadas a ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Barreto<sup>59</sup> explica que os direitos indígenas são direitos fundamentais em “terceira dimensão”, ou seja, individuais, coletivos e de solidariedade.

Dessa forma, apesar da relevância da classificação das dimensões de direitos fundamentais, torna-se desnecessário encaixar fielmente os direitos individuais e coletivos dos indígenas nas respectivas dimensões, sendo mais importante proporcionar esses direitos aos interessados. Os direitos individuais, segundo Silva<sup>60</sup>, constituem “direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”. “Os direitos coletivos são direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade”. Boa parte dos direitos coletivos são direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião, associação.

Percebe-se, portanto, que os índios possuem diversos direitos individuais que podem ser reivindicados, sendo necessário conhecê-los melhor, já que a falta de informação vem prejudicando os interessados. As comunidades indígenas também devem lutar por melhorias, eis que o ambiente em que vivem os índios deve proporcionar um bem estar a todos.

### ***2.2.2 O dever do Estado Brasileiro de proteger os direitos humanos e fundamentais dos indígenas. A submissão aos Tratados de Direitos Humanos. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.***

Os direitos fundamentais, conforme já explicado, são aqueles que se encontram dispostos na Constituição e estão associados à dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos são positivados no âmbito internacional (tratados) e também possuem forte ligação com a dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) apresentou consigo as insígnias da universalidade e da integralidade, sendo a primeira a que pugna a condição humana como único fundamento para um conjunto inderrogável de direitos que deveriam ser garantidos a todos. A integralidade, por sua vez, seria apta a congregar direitos civis e

---

<sup>59</sup> BARRETO, 2014, p.121.

<sup>60</sup>SILVA, 2013, p.193.

políticos e direitos econômicos, sociais e culturais para melhor proteção da pessoa humana. Essa concepção contemporânea de direitos humanos cedeu espaço a uma visão parcial de direitos, pautada na dicotomia artificial de categorias jurídicas, de um lado, direitos civis e políticos, e de outro, direitos econômicos, sociais e culturais, tratadas de maneira díspar e ambivalente<sup>61</sup>.

A necessidade de alguns direitos humanos serem tratados por diversos países deve-se a uma tentativa de uniformização de garantias, objetivando evitar atos cruéis praticados por agentes políticos em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Caso isso venha a ocorrer, sanções de cunho político e econômico representam uma das formas mais comuns de punir o país agressor, prejudicando o seu mercado interno e dificultando suas relações internacionais.

Comparato<sup>62</sup> destaca que os direitos humanos sempre tiveram presente sua noção fundamental, pois, a razão justificativa dos valores supremos encontra-se no ser que constitui, em si mesmo, o fundamento de todos os valores, o próprio homem. Considerando a necessidade de defesa mais efetiva dos direitos humanos, vários países uniram-se, motivando a criação de organizações internacionais. Correia<sup>63</sup> esclarece que é a partir da fundação das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos e do Conselho da Europa que se instaura um verdadeiro sistema internacional, cujo objetivo principal é a proteção dos direitos humanos, de acordo com numerosos tratados internacionais e que se expressa através de órgãos das mais diversas naturezas destinados a cumprir os fins dessas organizações.

O Brasil é signatário de vários tratados de direitos humanos, sendo seu dever respeitá-los, já que possuem normas de proteção que foram aceitas previamente. Sobre a importância das regras e princípios de direito internacional Piovesan<sup>64</sup> esclarece:

O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia e FACHIN, Melina Girardi. O abismo da universalização dos direitos e o papel do direito humano ao desenvolvimento como ponte. In: Flávia Piovesan; Melina Girardi Fachin (coords). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea. Proteção Nacional, Regional e Global**. Curitiba: Juruá, 2015, v.6, p.14.

<sup>62</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>63</sup> CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008, p.69.

<sup>64</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.53-54.

Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional).

Os índios possuem vários direitos disciplinados em Tratados de Direitos Humanos, no entanto não se vem percebendo uma preocupação efetiva do Estado brasileiro em cumprir as premissas ali dispostas. Santos Filho<sup>65</sup> destaca que os chamados Direitos Humanos fundamentais de terceira geração, nos quais estão incluídos os direitos dos povos indígenas, são os que têm como titulares uma coletividade (povo, família, nação, etnia). Relacionam-se com a proteção da dignidade humana, com a proteção do meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e ao patrimônio comum da humanidade. Ademais, esclarece o autor que os direitos indígenas são direitos humanos, independentemente, portanto, de reconhecimento pelo Estado, da inserção em Constituições e até mesmo da existência de instrumentos que os protejam de ataques do Poder Público ou por particulares.

Entretanto, mesmo existindo muitos direitos positivados, ainda assim há muita dificuldade de efetivação, pois o Legislativo, o Executivo e o Judiciário não tratam do assunto da maneira que deveria ser, ou seja, buscando uma forte atuação na proteção das comunidades a nível interno e internacional.

Souza Filho<sup>66</sup> esclarece que, infelizmente, o próprio Poder Judiciário Brasileiro não aplica as Convenções Internacionais, sendo poucas as decisões que apresentam fundamentos em tratados para a garantia dos direitos dos povos indígenas, diferente do que ocorre em outros países da América Latina, como a Colômbia, por exemplo. Isso acarreta grande preocupação, pois a supervalorização do ordenamento interno em detrimento das normas internacionais prejudica a formação de jurisprudências e enfraquece o sistema protetivo de direitos humanos.

Mendes<sup>67</sup> assevera que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário 466.343-SP, proferiu uma decisão histórica, em que o Brasil aderiu ao entendimento adotado por diversos outros países no sentido da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre os direitos humanos na ordem jurídica interna. Tratava-se do caso da prisão civil do depositário infiel. O autor ressaltou sobre a existência de quatro correntes discutidas na doutrina e na jurisprudência. A primeira reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; a segunda

---

<sup>65</sup> SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2012, p.57.

<sup>66</sup> SOUZA FILHO, 2015, *online*.

<sup>67</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012, p.25.

atribui o caráter constitucional; a terceira reconhece o status de lei ordinária e a quarta confere caráter supralegal. Entretanto, assevera o autor que essa interessante discussão foi esvaziada com a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, a qual incluiu o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, ressaltando o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Agenda 21/ONU-Rio-1992 são documentos internacionais muito importantes nessa política de amparo aos indígenas. Nesta última, há um capítulo inteiro dedicado para o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades. Ficou expressamente previsto que as populações indígenas devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem impedimentos ou discriminações, devendo ser fortalecido o papel dessas populações para a implementação de um desenvolvimento ambiental saudável e sustentável<sup>68</sup>.

A Convenção 169 da OIT foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, tendo sido criado o Decreto 5051, de 19 de abril de 2004 para que ocorresse a promulgação da norma internacional referida. Trata-se de convenção sobre povos indígenas e tribais e que possui uma natureza especial, podendo até considerar que possui um status supralegal, apesar de, em tese, ter o mesmo patamar de uma lei ordinária. Segundo Silva e Marés<sup>69</sup>, a Convenção inaugurou os chamados “novos” direitos desses povos, amparados não mais sob a lógica integracionista e assimilacionista, mas no direito de manter sua identidade étnica e tribal, reconhecidas suas autonomias e sua autoatribuição.

A Convenção inicia destacando que a norma aplica-se aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial. Ademais, cabe aos governos 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. Dentre as medidas do Estado, destacam-se as seguintes: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e

---

<sup>68</sup>SANTOS FILHO, 2012, p.77.

<sup>69</sup>SILVA; MARÉS, 2015, p.260.

oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Vale destacar a medida prevista na alínea “b”, que se refere à promoção da efetividade dos direitos sociais, o que não vem ocorrendo no Brasil da maneira devida, conforme será esclarecido no último capítulo.

O artigo 3º comenta sobre o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. A convenção prevê, ainda, no artigo 24 que os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma. Esse assunto será discutido no próximo capítulo. Deve-se esclarecer que o sistema de seguridade brasileiro é dividido em saúde, previdência social e assistência social. Subtende-se que a Convenção trata a seguridade como um sistema de Previdência, prova disso que o artigo 25 refere-se à saúde, ao destacar que os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

Já a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, reconhece aos povos indígenas autonomia, autogoverno e livre determinação. O artigo primeiro destaca que os indígenas têm direito ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidas pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a normativa internacional dos direitos humanos. Ademais, o artigo 21 reforça o entendimento já existente na Convenção 169 da OIT e estabelece aos povos indígenas o direito ao melhoramento de suas condições econômicas e sociais, entre outras esferas, na educação, ao emprego, a capacitação e a adaptações profissionais, a moradia, ao saneamento, a saúde e a seguridade social, devendo haver particular atenção aos direitos e necessidades especiais dos idosos, das mulheres, dos jovens, das crianças e das pessoas com deficiência indígenas.

Verifica-se que a ordem internacional possui diversos ditames a serem seguidos pelos Estados, mas são necessárias mais ações para garantir os direitos humanos e fundamentais, em especial os relativos à saúde, previdência social e assistência social, já que



muitos índios não conhecem os direitos que possuem, acarretando, por conseguinte, uma procura diminuta desses direitos, seja no âmbito administrativo ou judicial.

### 3 A SEGURIDADE SOCIAL DOS INDÍGENAS BRASILEIROS

É da essência do ser humano buscar algumas alternativas de proteção contra riscos que ocorrem durante sua vida. Assim, medidas simples, como o armazenamento de alimentos, contratação de seguros, entre outras, justificam a necessidade de precaução contra infortúnios, haja vista fazerem parte de um evento futuro e incerto. A proteção dos indivíduos passou por diversas fases, sendo que, em muitos momentos, o Estado foi omissivo.

Dessa forma, a proteção social representa uma conquista da sociedade, embasada na solidariedade e sempre com o intuito de promover a igualdade material. Segundo Rocha e Savaris<sup>70</sup>, trata-se de uma política pública fundamentalmente inclusiva, destinada à redução das diferenças sociais e à promoção do livre desenvolvimento da personalidade humana. Vale ressaltar que o sistema de proteção teve início com uma assistência caritativa individual, por atos da família ou igreja, passou por uma fase do mutualismo, percorreu a fase da previdência social até chegar à seguridade social.

Essa evolução histórica teve alguns marcos importantes na Idade Moderna, como a Lei dos Pobres, de 1601, na Inglaterra, a qual tratou da obrigação das autoridades locais proporcionarem auxílio aos pobres, para que eles não precisassem pedir esmolas; a Revolução Industrial; as Constituições do México de 1917 e Weimar de 1919; o surgimento, na Alemanha, do seguro-doença(1883), seguro contra os acidentes de trabalho (1884) e seguro contra invalidez e velhice (1889), na época do conservador Otto von Bismarck, contudo voltados apenas aos trabalhadores; Relatório Beveridge (1941/1942), o qual apresentou alguns princípios que nortearam o modelo de seguridade social, eis que tinha o propósito de proteger toda a população da totalidade de riscos sociais.

A seguridade social é um sistema de proteção social avançado e foi reconhecido pelo artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como um direito fundamental. É um direito social, portanto, de segunda dimensão. Vale ressaltar que a ausência do Estado no início da proteção social deve-se ao fato de ter passado pela fase liberal, em que muitos direitos dos cidadãos não eram respeitados, já que a preocupação restringia-se a manter a segurança da sociedade, garantindo liberdades públicas.

Já o Estado social, com inspiração na doutrina do Welfare State maximizou o papel do Estado, pois passou a ter uma atuação mais ativa. Segundo Bonavides<sup>71</sup>, os direitos

---

<sup>70</sup> ROCHA, Daniel Machado da e SAVARIS, José Antônio. **Curso de Direito Previdenciário. Fundamentos de interpretação e aplicação do Direito Previdenciário.** Curitiba: Alteridade Editora, 2014, p.22.

<sup>71</sup> BONAVIDES, 2003, p.564.

sociais, culturais e econômicos fazem parte da segunda geração e tem como base o princípio da igualdade. O autor destaca, ainda, que o Estado constitucional ostenta três distintas modalidades essenciais, sendo a primeira o Estado constitucional da separação de poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado Constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo)<sup>72</sup>.

O aumento de atribuições do Estado deve-se a diversos movimentos sociais, como a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, as quais exigiram do Estado uma contraprestação diante da grande quantidade de tributos pagos, bem como uma maior valorização dos direitos de liberdade e sociais. Verifica-se que, na época, foram instituídos os primeiros sistemas de indenização e seguro social. Ademais, a ampliação do sistema de proteção poderia evitar ou diminuir alguns infortúnios, como proliferação de doenças.

Por sua vez, Bercovici<sup>73</sup> esclarece que, no Estado Social, o *government by law*, característico do Estado Liberal, foi substituído pelo *government by policies*, com o objetivo de que os direitos previstos sejam concretizados, garantindo a liberdade e a busca da igualdade formal e material.

Apesar disso, a discussão de um modelo ideal, o qual exige, necessariamente, a participação do Estado, deve continuar sendo debatido, pois a garantia de alguns direitos sociais implica, necessariamente, o surgimento de despesas, as quais não são assumidas de forma plena por alguns Estados. No caso do Brasil, em que pesem os problemas sociais e econômicos, a implantação do modelo de seguridade social na Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na garantia dos direitos sociais, pois permite que todos sejam protegidos pelo Estado de alguma maneira.

### **3.1 A definição de Seguridade Social e os princípios constitucionais.**

O modelo de proteção social no Brasil evoluiu de forma lenta e gradual. A Constituição de 1824, que possuía uma ideologia liberal, contemplou apenas disposições gerais e garantias dos direitos civis dos cidadãos direitos, no seu título VIII, contudo há menção aos socorros públicos, uma forma simplificada de proteção social. A Constituição de 1891 previu a concessão de aposentadoria para quem se invalidasse a serviço da nação,

---

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

<sup>73</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.51.

todavia restringia-se apenas aos funcionários públicos. A Constituição de 1934 teve grande influência da Constituição de Weimar, provocando uma inserção mais significativa de direitos sociais em nosso ordenamento<sup>74</sup>. Estabeleceu-se a tríplice forma de custeio, ou seja, contribuições da União, do empregador e do empregado.

A Constituição de 1937<sup>75</sup> refere-se à instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente de trabalho, conforme artigo 137, alínea “m”. Houve a predominância da expressão “seguro social” e não previdência social, conforme esclarecem Dias e Macedo<sup>76</sup>. Com a redemocratização, em 1946, a Constituição passa a falar em previdência social, custeada pelas contribuições da União, do empregador e do empregado, além da obrigatoriedade de instituição do seguro contra acidentes de trabalho. A Constituição de 1967 inovou apenas no que se refere ao seguro-desemprego, não tendo havido nenhuma alteração significativa na Emenda nº 1, de 1969. Diferente disso, a Constituição Federal de 1988 dispôs de vários direitos sociais, os quais devem ser discutidos e efetivados.

O artigo 194 da Constituição atual esclarece que a seguridade representa um conjunto integrado de ações e iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a garantir direitos nas áreas da saúde, previdência social e assistência social. Trata-se de subsistemas, conforme esclarecem Leitão e Meirinho<sup>77</sup>. Percebe-se, então, que a seguridade social representa o gênero, tendo como espécies a saúde, previdência social e assistência social. São direitos sociais que se configuram como direitos fundamentais de segunda dimensão. Amado<sup>78</sup> entende que a seguridade social, simultaneamente, ostenta a natureza jurídica de direito fundamental de 2ª e 3ª dimensão ou geração, pois tem natureza prestacional positiva (direito social - 2ª geração) e possui caráter universal (natureza coletiva - 3ª geração).

Ademais, a seguridade social possui a natureza de política social destinada a construir uma ordem social orientada pelo valor social do trabalho, o bem-estar e a justiça sociais, consubstanciando um genuíno direito humano e fundamental, havendo uma íntima conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, possui como alicerces axiológico-normativos o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da vida humana contra a necessidade, dentre outros<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> ROCHA, 2014, p.65.

<sup>75</sup> PORTO, Walter Costa. **Coleção Constituições Brasileiras: A Constituição de 1937**. 3. ed. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p.86.

<sup>76</sup> DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012, p.75.

<sup>77</sup> LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.45.

<sup>78</sup> AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27.

<sup>79</sup> ROCHA, 2014, p.107.

Entretanto, cada área possui suas peculiaridades, o que exige uma análise específica de cada uma. Antes disso, torna-se necessário avaliar os princípios da seguridade social, os quais são aplicados de forma diferenciada em cada subsistema.

Os princípios, de acordo com Machado Segundo<sup>80</sup>, “são mandamentos que determinam a promoção de determinados valores ou objetivos com a maior intensidade possível”. Alexy<sup>81</sup> entende que seriam mandamentos de otimização.

Essa fase do Direito Constitucional chamada de neoconstitucionalismo permite ao intérprete a busca de decisões mais coerentes, de acordo com a nova hermenêutica constitucional, que buscou na jurisprudência das valorações seu paradigma metodológico, segundo o ensinamento de Magalhaes Filho<sup>82</sup>.

Amado<sup>83</sup> destaca que, com o advento do constitucionalismo pós-positivista, os princípios passaram à categoria de normas jurídicas ao lado das regras, não tendo mais apenas a função de integrar, mas agora dotados de coercibilidade e servindo de alicerce para o ordenamento jurídico. Possuem maior carga de abstração, generalidade e indeterminação que as regras, mas dependem de uma intermediação valorativa do exegeta para a sua aplicação.

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento tem o aspecto subjetivo e o objetivo, eis que se preocupa em resguardar todas as pessoas diante de todos os riscos sociais. Castro e Lazzari<sup>84</sup> esclarecem que o referido princípio preconiza o atendimento de todos que necessitem, ou seja, a entrega de ações, prestações e serviços de seguridade social, devendo-se alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente. No caso do sistema de saúde brasileiro, o qual é gratuito e atinge toda a população, esse princípio resguarda até os estrangeiros.

O princípio da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços surgiu como uma forma de equilibrar as premissas destacadas no princípio anterior, pois são selecionados os riscos sociais que serão cobertos, proporcionando a distribuição de renda e bem-estar social. Assim, o constituinte escolheu situações como doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção da maternidade, por exemplo, como riscos sociais que serão cobertos. São situações que são mais perceptíveis na Previdência Social, em que alguns benefícios são concedidos após o preenchimento dos requisitos.

---

<sup>80</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p.62.

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>82</sup> MAGALHAES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

<sup>83</sup> AMADO, 2015, p.29.

<sup>84</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.91.

O princípio da uniformidade e equivalência dos serviços às populações urbanas e rurais surgiu como uma forma de compensar diversas violações que ocorreram contra as populações rurais antes da Constituição Federal de 1988. Os segurados rurais recebiam benefícios inferiores a um salário mínimo. Vale ressaltar que os valores não precisam ser iguais aos dos segurados urbanos, mas equivalentes, respeitando-se, assim, o princípio da isonomia. Não se pode esquecer de que também foi uma forma de evitar o êxodo rural, já que muitos trabalhadores estavam deixando o campo em busca de melhores condições nas cidades.

A irredutibilidade do valor dos benefícios refere-se ao valor nominal, ou seja, o Estado não pode reduzir o valor nominal de um benefício garantido a um segurado, contudo, devido a perda do poder de compra, decorrente da inflação e aos maiores reajustes do salário mínimo todo ano, muitos benefícios acabam por perder o valor real, o qual não segue o ritmo de crescimento do salário mínimo. Atualmente, conforme artigo 41-A, da Lei 8213/91, tenta-se garantir a manutenção do valor real dos benefícios pagos pelo INSS, através da incidência anual da correção monetária pelo INPC, na mesma data de reajuste do salário mínimo. A equidade na participação do custeio busca garantir aos mais pobres a participação no custeio de acordo com uma contribuição equivalente ao seu poder aquisitivo. No âmbito da Previdência Social, percebe-se a aplicação desse princípio ao se determinar o pagamento de contribuição nas alíquotas de 8, 9 ou 11%, de acordo com a remuneração do segurado.

A diversidade da base de financiamento relaciona-se ao fato de os legisladores buscarem mais de uma alternativa para financiamento da seguridade social. Isso se encontra concretizado na forma de custeio atual, em que há contribuição dos trabalhadores, empregadores, na importação de produtos e através do concurso de prognósticos. Dessa forma, se um setor estiver em dificuldade econômica, há a possibilidade de manter o sistema equilibrado com base em contribuições de outros setores. O caráter democrático e descentralizado da administração mediante gestão quadripartite, com participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e o governo em órgãos colegiados consolida um sistema de gestão com participação de todas as classes envolvidas. O Conselho de Recursos da Previdência Social é um exemplo de aplicação desse princípio.

Por fim, o princípio da solidariedade, o qual não se encontra previsto diretamente no artigo 194 da Constituição Federal, possui os aspectos horizontal e vertical, havendo um pacto intrageracional e intergeracional. No subsistema da Previdência Social isso pode ser comprovado com mais facilidade, já que os mais novos contribuem para garantir os benefícios

dos mais velhos, além de todos contribuírem para garantir o sistema como um todo, o qual é de repartição simples.

Quanto aos subsistemas de seguridade social, percebe-se que a saúde, que se encontra conceituada no artigo 196 da Constituição Federal, permite que todos tenham direito. Assim, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução de doenças e outros agravos. As principais características são universalidade ampla, acesso igualitário, atendimento integral e gratuidade. Dessa forma, brasileiros, estrangeiros, ricos ou pobres, todos têm direito ao sistema de saúde brasileiro, o qual deve permitir o acesso igualitário, evitando-se qualquer discriminação, com atendimento integral, ou seja, permitindo a concessão de medicamentos, cirurgias, tudo de forma gratuita.

Conforme Amado<sup>85</sup>, a saúde pública “consiste no direito fundamental às medidas preventivas ou curativas de enfermidades, sendo dever estatal prestá-la adequadamente a todos, tendo a natureza jurídica de serviço público gratuito”. Há muitos questionamentos sobre o alcance desse direito social, pois há limites orçamentários do Estado que exigem um melhor planejamento, o que é justificado pelo princípio da reserva do possível. Apesar disso, a dignidade da pessoa humana, através do direito à vida, deve prevalecer em detrimento de limitações orçamentárias.

A previdência social encontra previsão no artigo 201 da Constituição Federal e é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, há a cobertura dos eventos doença, invalidez, morte, idade avançada, entre outros, cujos benefícios estão regulamentados na Lei 8213/91. As características são a filiação prévia, proteção precípua do trabalhador e a contributividade. A primeira destaca que para ter direito a um benefício previdenciário, o requerente deverá ser filiado à previdência previamente, pois a filiação posterior poderia acarretar algumas fraudes e desequilíbrio ao sistema. Para exemplificar, pode-se citar a concessão do benefício de auxílio-doença tão somente àqueles segurados, cuja incapacidade surgiu após o ingresso no RGPS. Evita-se o ingresso de pessoas já incapacitadas. A proteção precípua do trabalhador vincula o exercício da atividade laborativa à proteção previdenciária, já que, compulsoriamente, filia-se à previdência a partir do momento que começa a trabalhar. Para isso, deverá contribuir.

A assistência social tem como propósito amparar as pessoas hipossuficientes, as quais não conseguiram fazer parte da Previdência Social ou fizeram e por algum motivo

---

<sup>85</sup> AMADO, 2015, p.92.

deixaram de ser segurados. O artigo 203 da Constituição Federal destaca que a assistência é destinada a quem necessitar, independente de contribuição, tendo por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, entre outros. As características são universalidade ampla, supremacia do atendimento de necessidades, gratuidade, acesso igualitário e atualidade. Pode-se definir como “medidas públicas ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento de necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social”<sup>86</sup>. O benefício assistencial à pessoa com deficiência, por exemplo, é devido a uma pessoa carente, que possua um impedimento de longo prazo e não seja segurada da Previdência Social. Entretanto, a modificação da renda da família acarreta a cessação do benefício, já que é um amparo devido aos mais carentes.

No que se refere aos indígenas brasileiros, possuem o direito de usufruírem do sistema de Saúde, Previdência social e Assistência social, contudo existem algumas peculiaridades que precisam ser discutidas, respeitando-se os direitos humanos e fundamentais dessa minoria, que necessita tanto de ações afirmativas para terem seus direitos garantidos de forma plena.

### **3.2 A Previdência Social dos indígenas**

A previdência social é definida como um seguro, sendo de filiação compulsória para os segurados dos regimes básicos, ou seja, o Regime Geral de Previdência Social- RGPS e o Regime Próprio de Previdência Social- RPPS. Além de ser um regime contributivo, a organização é estatal, o que estabelece uma natureza jurídica institucional ou estatutária. Assim, caso os segurados trabalhem no sistema celetista, vincular-se-ão, obrigatoriamente, à previdência social no regime geral. Por outro lado, um servidor público estará vinculado ao regime próprio de previdência, caso o ente público possua uma lei previdenciária. Será um regime estatutário, portanto.

Além dos regimes básicos, há o complementar, no qual há facultatividade no ingresso, sendo contributivo, coletivo ou individual. Existem os regimes fechados e abertos de previdência complementar.

Delimita-se o presente estudo ao RGPS, o qual é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS. Assim, todos os trabalhadores que, formalmente, exerçam

---

<sup>86</sup> AMADO, 2015, p.42.



alguma atividade laborativa, farão parte do RGPS, o qual se mantém através de diversas fontes de contribuição. Cabe ressaltar que esta obrigatoriedade de filiação ao sistema estatal de previdência é norma de ordem pública, sendo proibido ao segurado alegar que não deseja ingressar no sistema<sup>87</sup>.

A previdência social do indígena possui algumas características próprias, já que se trata de um segurado diferenciado. O índio, segundo Barreto<sup>88</sup>, é aquele que se considere (auto-identificação) e é considerado (hetero-identificação) “diferente” dos demais indivíduos que compõem a sociedade envolvente. Dessa forma, após a Constituição Federal de 1988, o fato de ser integrado ou não integrado não constitui requisito essencial a ser discutido para a garantia de direitos aos indígenas. Com isso, em tese, um índio isolado ou aquele que vive mais próximo das regiões metropolitanas têm os mesmos direitos previdenciários. Ademais, considerando a autodeterminação dos povos indígenas, os índios têm direito de permanecerem como índios, ainda que saiam de seus territórios ou percam parte de suas características étnicas.

O índio será beneficiário da previdência social quando exercer alguma atividade remunerada ou trabalhar como agricultor, pescador, por exemplo, em regime de economia familiar. O Estatuto do Índio, inclusive, no seu artigo 55, possui previsão de que o RGPS será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas. Ademais, o artigo 24 da Convenção 169 da OIT esclarece que os índios também devem ter direito à seguridade social.

Entretanto, para que se possa entender a Previdência Social dos indígenas, há a necessidade de enquadrá-los na classificação geral de segurados do Regime Geral de Previdência Social.

### ***3.2.1 Os segurados e dependentes do Regime Geral de Previdência Social. O indígena enquadra-se na categoria de segurado especial?***

Os beneficiários da Previdência Social dividem-se em segurados e dependentes. Os primeiros possuem uma subdivisão, classificando-os em segurados obrigatórios e facultativos.

Os segurados obrigatórios são os seguintes: empregado, empregado doméstico, avulso, contribuinte individual e segurado especial. O empregado é a pessoa física que presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter não eventual, subordinado às ordens do

---

<sup>87</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.30.

<sup>88</sup> BARRETO, 2014, p. 34.

empregador, mediante remuneração, conforme destaca o artigo 9º, inciso I, do Decreto 3048/99. Existe, então, pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade. O empregado doméstico<sup>89</sup> é aquele que presta serviços de natureza contínua, mediante remuneração, a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos. O trabalhador avulso é aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, ou do sindicato da categoria. O contribuinte individual surgiu a partir da fusão de três categorias, mais especificamente os autônomos, empresários e equiparados a autônomos. Estão previstos no artigo 9º, inciso V, do Decreto 3048/99.

Por fim, o segurado especial é a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de produtor que explore atividade agropecuária em área contínua ou não de até quatro módulos fiscais, ou de seringueiro ou extrativista vegetal, além de atividades como pescador artesanal. Trata-se de categoria que também foi tratada na Constituição Federal de 1988, no artigo 195, §8º<sup>90</sup>, em que se optou por um sistema diferenciado de contribuição, aplicando-se uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção. Houve o respeito ao princípio da equidade, já que foi estabelecida a alíquota de 2,1%, conforme artigo 25 da Lei 8212/91.

Esclarece-se que o índio pode enquadrar-se em qualquer uma das categorias acima comentadas, pois o fato de ser indígena não permite a concessão de nenhum benefício tão somente por essa condição (indígena). Dessa forma, se for contratado por uma empresa será empregado e receberá os benefícios previdenciários por essa condição (empregado), já que contribuirá como os demais. Entretanto, a maioria dos índios trabalha em regime de economia familiar, o que fez o legislador enquadrá-los como segurados especiais. Apesar de a Lei 8213/91 e o Decreto 3048/99 não detalharem a condição do indígena como segurado especial, a instrução normativa nº 77/2015/INSS/PRES regulamenta o assunto. Dias e Macedo<sup>91</sup>, interpretando o artigo 7º, §3º, da Instrução Normativa INSS/PRES 45/2010, norma anterior à

---

<sup>89</sup> A Lei Complementar 150/2015 passou a tratar do empregado doméstico, sendo possível que haja atividades externas, desde que relacionadas à família e sem finalidades lucrativas, como o caso do motorista e piloto particular. Ademais, para se caracterizar como empregado doméstico há a necessidade de trabalho por mais de dois dias por semana.

<sup>90</sup> O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

<sup>91</sup>DIAS, 2012, p.150.

instrução normativa nº 77, informam que o índio reconhecido pela FUNAI, independente 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, desde que exerça a atividade rural em regime de economia familiar e faça dessas atividades o principal meio de vida e sustento, enquadra-se como segurado especial.

Castro e Lazzari<sup>92</sup> esclarecem que a inclusão do indígena decorreu de uma decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 2008.71.00.024546-2/RS, proposta pelo Ministério Público Federal, na qual o INSS passou a considerar o índio como segurado especial, inclusive o artesão que utilize matéria prima proveniente do extrativismo vegetal, independente do local onde resida ou exerça suas atividades. Havia uma discussão acerca da situação do indígena não-aldeado, pois muitos índios já estavam vivendo nas cidades ou próximo a elas, exercendo atividades, como artesanato, mas não tinham reconhecida a condição de segurado especial. Os pedidos foram julgados procedentes, determinando-se à FUNAI à expedição de certidão aos indígenas residentes na zona urbana, que desempenhassem atividade proveniente do extrativismo vegetal. Ao INSS foi determinado que assegurasse aos indígenas, em todo o território nacional, o enquadramento como segurado especial e ao gozo dos benefícios previdenciários, desde que exercesse atividade artesanal; em regime de economia familiar; utilizando matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal; fazendo dessas atividades o principal meio de vida e de sustento; enquadrando-se nos outros requisitos do art. 11 da Lei 8.213/91 e da Lei 11.718/08, naquilo que couber.

Cabe destacar que o INSS, conforme comentado, criou a instrução normativa INSS/PRES 45/2010 e depois a instrução normativa INSS/PRES 77/2015. Trata-se de atos regulamentares secundários, que devem se destinar à fiel execução das leis, pormenorizando-as, não podendo criar direitos e obrigações<sup>93</sup>. No caso em discussão, a condição de indígena como segurado especial decorre da própria Constituição Federal, bem como da Lei 8213/91, tendo a instrução apenas complementado a situação peculiar dos indígenas, apontando alguns aspectos para o gozo dos benefícios. Entende-se que a inclusão dos dispositivos que tratam dos indígenas na Lei 8213/91 poderia facilitar o conhecimento desses direitos não apenas aos índios, mas a toda população, inclusive aos Juízes, eis que muitos ainda aplicam as normas gerais dos agricultores, pescadores, deixando de se atentar às especificidades que se submetam os índios.

Assim, caso o índio exerça a atividade rural em regime de economia familiar será segurado especial. Vale ressaltar que o fato de algum dos integrantes não realizar o trabalho

---

<sup>92</sup>CASTRO; LAZZARI, 2013, p.174.

<sup>93</sup> AMADO, 2015, p.143.

em regime de economia familiar não descaracteriza a condição dos demais membros da família, conforme destaca a súmula 41 da TNU<sup>94</sup>.

A inclusão do indígena como segurado especial trata-se de uma ação afirmativa, com o objetivo de inclusão social, em que o legislador tenta destinar ao índio alguns direitos que já são devidos a outros trabalhadores em condições parecidas. Entretanto, muitos problemas surgem no que se refere à divulgação desses direitos, bem como a efetivação dos mesmos, já que ainda há muito preconceito contra os índios, seja desde o argumento de que não mais existem no Brasil ou até que não querem trabalhar, mas sim viver de benefícios governamentais.

Outro problema refere-se ao sistema probatório, já que muitos índios não têm a devida instrução e acabam não guardando provas, o que prejudica suas pretensões perante o INSS e até judicialmente. A certidão emitida pela FUNAI deveria servir como prova plena, contudo isso não ocorre na prática, eis que o cruzamento de dados aponta, algumas vezes, irregularidades no preenchimento das certidões, principalmente o exercício de atividades laborativas em outra categoria de segurados. Por exemplo, o exercício de atividade como empregado em alguma indústria, por curtos períodos, devido a fenômenos naturais, como seca, descaracteriza a condição de segurado especial. Villares<sup>95</sup> destaca que, apesar das certidões expedidas pela Fundação Nacional do Índio- FUNAI – tão somente expressarem a atividade exercida pelos índios no meio rural, não pode ela atestar o exercício de atividade rural de índio no período em que reside fora de sua terra, por não ter conhecimento ou competência para tanto.

Ademais, segundo o artigo 11, §8º e §9º, da Lei 8213/91, existem algumas situações que autorizam a manutenção da condição de segurado especial, como a exploração da atividade turística da propriedade rural, inclusive com hospedagem, por não mais de 120 (cento e vinte) dias ao ano; exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, como no período da entressafra ou defeso. Outrossim, é possível que o segurado especial contrate temporariamente terceiros para auxiliarem no trabalho no período de safra, desde que não ultrapasse 120 pessoas/dia ano, seja de forma contínua ou intercalada. Assim, pode ser uma pessoa contratada por até 120 dias, duas pessoas por até 60 dias, três pessoas por até 40 dias, por exemplo.

Verifica-se, então, que o ingresso em outra categoria acaba por exigir o cumprimento dos requisitos na mesma. A aposentadoria por idade de um segurado urbano

---

<sup>94</sup> A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto.

<sup>95</sup> VILLARES, 2013, p.283.

exige 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher. A aposentadoria do trabalhador rural exige 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, desde que o trabalho seja exercido de forma exclusiva no campo. Dessa forma, se o indígena tiver trabalhado por três anos, por exemplo, como segurado empregado e o restante do seu tempo como trabalhador rural, não poderá ter a redução de cinco anos para a aposentadoria por idade, cabendo buscar a aposentadoria mista, a qual será tratada posteriormente. Deve ficar claro, portanto, que o indígena possui algumas garantias especiais, conforme artigo 39º, §4º, da Instrução Normativa INSS/PRES 77/2015, contudo para que se possa entender esse microsistema especial aplicável aos indígenas no âmbito da previdência social, deve-se estudar todos os benefícios previdenciários, além do sistema de custeio.

Antes disso, porém, esclarece-se que os dependentes dos indígenas também possuem direito a benefícios previdenciários. Para isso, torna-se necessário verificar quem são os dependentes dos segurados da Previdência Social.

A intenção do legislador de amparar os dependentes está relacionada diretamente a benefícios que acarretam a ausência do segurado do seu lar. Esse afastamento pode ser temporário, no caso da prisão, ou definitivo, no caso da morte do segurado. Assim, para que os dependentes não fiquem desamparados existem os benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte. Entretanto, as regras previdenciárias não podem ser confundidas com as regras cíveis, já que estas aplicam-se especificamente à sucessão de um modo geral, enquanto aquelas estão relacionadas diretamente à proteção social que será concedida.

O artigo 16 da Lei 8213/91 apresenta o rol de dependentes, havendo a divisão em três classes, sendo que a existência de dependentes de primeira classe já impede a concessão da pensão aos dependentes de outras classes. A primeira classe tem a seguinte formação: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. A segunda classe é formada pelos pais e a terceira pelos irmãos<sup>96</sup>. Vale ressaltar que a dependência econômica é presumida no que se refere aos dependentes de primeira classe.

Não se pode esquecer de que os dependentes somente terão direito a algum benefício se o segurado tiver contribuído à Previdência Social, ou estiver em período de graça,

---

<sup>96</sup> Com o surgimento da Lei 13146/2015 (Estatuto da Pessoa Com Deficiência), os incisos I e III foram modificados, passando a ficar da seguinte maneira: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (...) III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; Vale ressaltar que o Estatuto já entrou em vigor.

já que há possibilidade de manutenção da qualidade de segurado por até 36 meses, conforme regras dispostas no artigo 15 da Lei 8213/91. No caso do indígena segurado especial, como o seu sistema contributivo é diferenciado, os dependentes deverão comprovar o exercício da atividade rural, além de aspectos específicos, como filiação, casamento, entre outros.

Assim, tanto os índios como seus dependentes possuem direito aos benefícios previdenciários, mas deve ficar claro que o fato de ser índio não garante um benefício por si só. Poderá enquadrar-se em todas as categorias de segurados obrigatórios, devendo preencher os requisitos nas mesmas. Entretanto, caso se dedique exclusivamente à agricultura, a pesca, o artesanato, enquadrar-se-á como segurado especial e terá um regime diferenciado a ser cumprido.

### ***3.2.2 Os benefícios previdenciários destinados aos indígenas.***

Os benefícios previdenciários estão regulados na Lei 8213/91, que trata das prestações. O legislador escolheu alguns riscos sociais que necessitavam de proteção e criou benefícios aos que contribuem ao RGPS, bem como a seus dependentes. Assim, foram estabelecidos requisitos a serem preenchidos para a concessão, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, autarquia federal, avaliar os pedidos.

Dessa forma, os segurados possuem direito aos seguintes benefícios: aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por invalidez e aposentadoria especial; auxílio-doença, auxílio-acidente; salário-maternidade e salário-família. Já os dependentes possuem direito à pensão por morte e ao auxílio-reclusão. Ainda existem os serviços, que são a reabilitação profissional e o serviço social.

No caso dos indígenas, terão direito aos benefícios acima citados, desde que preencham os aspectos que serão explicados a seguir:

#### ***3.2.2.1 Aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial.***

A aposentadoria por idade é um benefício que exige o implemento de alguns requisitos, sendo o primeiro o etário. Assim, exige-se idade de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher. Há uma redução em cinco anos para os trabalhadores rurais<sup>97</sup>, conforme consta no artigo 201, §7º, inciso II da Constituição Federal de 1988. O artigo 48 da Lei 8213/91 também trata do assunto.

---

<sup>97</sup> A redução aplica-se aos segurados especiais, empregado rural, trabalhador avulso rural, além do garimpeiro, que é contribuinte individual, e o produtor rural, que também se enquadra na categoria de contribuinte individual.

Após o advento da Lei Complementar 142/2013, a pessoa com deficiência também possui a redução de cinco anos na idade.

O dispositivo constitucional escolheu a idade avançada como um dos riscos sociais cobertos pela previdência social, já que ocorre uma perda ou diminuição da capacidade laborativa<sup>98</sup>. Horvath Júnior<sup>99</sup> esclarece que existem dois critérios que qualificam o atingimento da idade legal, um, que adota a aposentadoria por idade como contraprestação ou recompensa pelos anos de atividade produtiva do segurado (ancianidade); outro, que avalia a incapacidade presumida (senilidade), sendo, inclusive, o critério adotado pela OIT e acompanhado pelo Brasil.

Os índios podem se aposentar por idade, mas devem cumprir os requisitos de acordo com a atividade desempenhada. Caso se enquadrem como segurados especiais, conforme artigo 39º, §4º, da Instrução Normativa INSS/PRES 77/2015<sup>100</sup>, deverão, inicialmente ser reconhecidos pela FUNAI, que emitirá uma certidão, destacando o período em que houve o exercício da atividade rural. Vale ressaltar que essa certidão terá sua homologação perante o INSS apenas quanto à forma, já que existe uma presunção de veracidade e legalidade quando emitida por um servidor da FUNAI. Entretanto, poderá o INSS emitir um ofício à fundação quando houver uma dúvida fundada, indício de irregularidade, ou houver a necessidade de maiores esclarecimentos.

O outro aspecto a ser comprovado é a idade do índio. A Lei 6001, de 19.12.1973, Estatuto do Índio, confirma legalmente a obrigatoriedade do registro civil, implicitamente no art. 12, afirmando expressamente, ainda, que mesmo os índios não integrados deverão ser registrados<sup>101</sup>. Assim, 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher. O último aspecto refere-se à carência. Esta é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício. No caso da aposentadoria por idade, são exigidas 180 contribuições mensais. Entretanto, no caso dos trabalhadores rurais, a carência corresponde a 180 meses de atividade rural, já que o sistema contributivo do segurado especial é diferenciado, eis que contribui apenas quando comercializar sua produção,

---

<sup>98</sup> VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.498.

<sup>99</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 154.

<sup>100</sup> Enquadra-se como segurado especial o indígena reconhecido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, inclusive o artesão que utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, desde que atendidos os demais requisitos constantes no inciso V do art. 42, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, não-aldeado, em vias de integração, isolado ou integrado, desde que exerça a atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o principal meio de vida e de sustento.

<sup>101</sup> VILLARES, 2013, p.65.

conforme previsão nos artigos 25 e 30 da Lei 8212/91. Vianna<sup>102</sup> esclarece que o benefício corresponde ao valor do salário mínimo vigente na data do requerimento administrativo, podendo a quantia ser superior a esse limite se o segurado especial tiver contribuído como segurado facultativo.

Dessa forma, o índio deverá comprovar sua condição de indígena, através da certidão da FUNAI, a idade estabelecida e a carência de 180 meses de atividade rural. Deverá procurar o INSS e, em tese, seu benefício será concedido normalmente. Todavia, isso na prática não vem ocorrendo de forma automática, pois há certa desconfiança quanto a algumas certidões da FUNAI, já que algumas vezes o índio não informa que teria exercido outra atividade, na qual há recolhimento de contribuição. Uma simples consulta ao cadastro nacional de informações sociais-CNIS permite conhecer a vida laborativa daquele trabalhador, o que tem gerado vários indeferimentos de pedidos de benefícios perante o INSS, conforme será explicado no próximo capítulo.

Vale ressaltar que a condição de segurado especial é perdida se o cidadão praticar alguns atos, como ingressar em outra categoria de segurado, por exemplo. Essa previsão está disposta no artigo 9º, VII, §23, do Decreto 3048/99. Ele não perde a condição de segurado especial, caso ocorra a exploração da atividade turística da propriedade rural, inclusive com hospedagem, por não mais de cento e vinte dias ao ano; realize atividades remuneradas em período de entressafra ou do defeso, não superior a cento e vinte dias, corridos ou intercalados, no ano civil, dentre outras situações.

Entretanto, por falta de informação, muitos índios, principalmente os que residem em áreas mais próximas das grandes cidades, acabam procurando emprego em períodos de seca, por exemplo, e passam a exercer uma atividade urbana por alguns anos. Entretanto, muitos retornam à atividade rural, mas, quando procuram o INSS para se aposentar, verificam que não têm direito a redução de cinco anos, já que teriam que preencher os requisitos como segurados urbanos. Durante muitos anos essa injustiça aconteceu, chegando à situação de muitos índios terem trabalhado mais de 15 anos na agricultura, contudo, por também terem exercido atividades como urbano, exigia-se o pagamento de 180 contribuições mensais. Para corrigir isso, surgiu a Lei 11718/2008, que permite a concessão da aposentadoria mista ou híbrida.

---

<sup>102</sup> VIANNA, Cláudia Salles Vilela. A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais e a carência necessária à obtenção do benefício. In: Jane Lucia Wilhelm Berwanger; Simone Barbisan Fortes (coords). **Previdência do Trabalhador Rural em Debate**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 275.



A aposentadoria mista ou híbrida está prevista no artigo 48, §3º, da Lei 8213/91. Ela reconhece o tempo trabalhado na agricultura, bem como na condição de segurado urbano, utilizando-se a idade prevista nesse último regime, ou seja, 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, mas ainda há alguns questionamentos, como a carência, necessidade ou não de estar trabalhando no campo, no momento do requerimento. A Turma Nacional de Uniformização, através de entendimento no processo 2008.50.51.001295-0 (pedido de uniformização) vinha entendendo que esse tipo de aposentadoria deveria ser aplicada apenas ao trabalhador que completasse o requisito etário no campo. Entretanto, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do REsp 1407613, posicionou-se que aposentadoria por idade híbrida também pode aplicar-se ao trabalhador urbano que, na época do requerimento administrativo, ostente a qualidade e pretenda computar período pretérito de carência na qualidade de trabalhador rural.

Amado<sup>103</sup> entende que foi uma interpretação extensiva razoável aplicada pelo STJ, pois respeitou o princípio da isonomia e da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Para se adequar ao posicionamento do STJ, a TNU, através do PEDILEF 50009573320124047214, de 12 de novembro de 2014, passou a aceitar a aposentadoria por idade híbrida aos trabalhadores urbanos.

Percebe-se que esse tipo de aposentadoria é uma solução para aqueles indígenas que tiveram tempo trabalhado na agricultura e como segurado urbano, mas não conseguiram implementar os requisitos integrais de carência em uma só das categorias.

Reitera-se que a condição de indígena não significa, necessariamente, que se enquadre como segurado especial, pois pode exercer suas atividades em outras categorias, como empregado, empregado doméstico, por exemplo. Dessa forma, o índio considerado segurado especial terá direito à aposentadoria por idade aos 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, devendo demonstrar que trabalhou, no mínimo, 180 meses na atividade rural. Para isso, deverá apresentar provas, como a certidão da FUNAI, a qual já deveria ser suficiente, contudo, na prática, muitas outras provas são exigidas para que ocorra a concessão do benefício. Caso o índio enquadre-se em outra categoria de segurado obrigatório, deverá cumprir os requisitos, lembrando que as contribuições deverão estar registradas na CTPS, CNIS, GFIP, ou outro documento que demonstre o exercício da atividade laborativa.

Vale lembrar que o trabalhador rural que não é indígena deve guardar diversas provas para demonstrar o início de prova material, tais como contrato de arrendamento,

---

<sup>103</sup> AMADO, 2015, p.583.

declaração fundamentada de sindicato, comprovante de cadastro no INCRA, bloco de notas de produtor rural, dentre outras que podem ser consultadas no artigo 54 da Instrução Normativa 77/2015. Não se pode esquecer de que o exercício da atividade rural equivalente à carência deve ser aferido no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou à data do implemento da idade mínima, conforme súmula 54 da TNU.

A aposentadoria por tempo de contribuição encontra-se prevista no artigo 56 do Decreto 3048/99, bem como no artigo 201, §7º, da Constituição Federal de 1988, e exige 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher. Nesse caso, o segurado especial, incluindo o indígena, somente terá direito a esse tipo de aposentadoria se tiver contribuído na condição de segurado facultativo. Deve-se lembrar que o indígena que não se enquadre como segurado especial, mas em outra categoria, como segurado empregado, poderá buscar esse benefício, desde que implemente os requisitos acima. Conforme artigo 59 do Decreto 3048/99, considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento da atividade abrangida pela previdência social.

Cabe ressaltar que o tempo em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não decorrentes de acidente de trabalho só pode ser computado como tempo de contribuição ou para fins de carência se for intercalado entre períodos em que houve contribuição, segundo súmula 73 da TNU.

Existe a possibilidade de redução de cinco anos no tempo de contribuição no caso do professor, desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Muitos indígenas, atualmente, são professores, pois existem diversas escolas indígenas no Brasil. Entretanto, a contratação desses professores, geralmente dá-se de forma temporária e essa situação vem se mantendo de forma precária, prejudicando os profissionais quanto aos seus direitos trabalhistas e previdenciários. Prova disso é a recomendação formulada pelo Ministério Público Federal no Ceará à Secretaria de Educação do Ceará para que institua e regulamente a criação da carreira de professor indígena.

Não se pode esquecer que a Medida Provisória 676, publicada em 18 de junho de 2015, estabeleceu nova regra alternativa, haja vista muitos questionamentos acerca do fator previdenciário. Trata-se da regra 85 (mulher) 95 (homem), em que a soma de idade e tempo de contribuição devem chegar ao total acima, não ocorrendo a incidência do fator previdenciário. Essa regra é progressiva, aumentando-se a quantidade de pontos até 2022.

No que se refere à aposentadoria especial, o indígena, na condição de segurado especial, não terá direito ao benefício, pois é devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Conforme já explicado anteriormente, o índio pode enquadrar-se em todas as categorias de segurados, contudo isso vem ocorrendo com mais frequência na condição de segurado especial, motivo pelo qual dificilmente atingirá os requisitos das outras aposentadorias.

De qualquer forma, a aposentadoria especial possui previsão nos artigos 57 e 58 da Lei 8213/91, sendo devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos de contribuição, observada a carência de 180 contribuições mensais. Segundo esclarecem Leitão e Meirinho<sup>104</sup>, a aposentadoria especial independe da idade do beneficiário e a variação do tempo de espera necessário para a concessão da aposentadoria especial nada tem a ver com o sexo do trabalhador, mas sim com a potencialidade nociva do agente. Quanto mais grave o agente nocivo, menor será o tempo de exposição.

### *3.2.2.2 Aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente.*

O benefício de aposentadoria por invalidez é devido ao segurado da Previdência Social que ficar incapacitado para o trabalho de forma permanente, não sendo mais possível a sua reabilitação para outra atividade. Está previsto nos artigos 42 a 47 da Lei 8213/91. A carência corresponde a doze contribuições mensais, havendo algumas situações em que essa exigência é dispensada, como o caso do acidente de trabalho ou de qualquer natureza, conforme artigo 26, inciso II, da Lei 8213/91, bem como nos casos das doenças previstas no artigo 151 da Lei 8213/91, lista que foi modificada pela Lei 13135/2015, tendo ocorrido a inclusão da esclerose múltipla. Assim, caso o segurado ingresse na Previdência Social e antes de doze meses venha a contrair alguma das doenças previstas no rol indicado terá direito ao benefício.

No caso do segurado especial indígena, torna-se necessária a comprovação da incapacidade, a qual se torna mais difícil, haja vista as dificuldades enfrentadas pelos indígenas em obter laudos e exames médicos que atestem as limitações laborativas. O

---

<sup>104</sup> LEITÃO, 2013, p.348.

segurado deve passar por uma perícia perante o INSS. Ademais, a comprovação da atividade rural deve ser feita pela certidão emitida pela FUNAI, a qual deverá demonstrar a carência de pelo menos doze meses de atividade rural.

Trata-se de um dos benefícios mais difíceis de ser concedido pelo INSS, pois o fato de ser permanente, mas não definitivo, já que existe a possibilidade de cessação, faz com que o custo de manutenção seja maior, motivando a concessão tão somente em casos de muita gravidade. Caso ocorra o deferimento do benefício, o segurado deve submeter-se a exames periódicos a cada dois anos, salvo se possuir mais de 60 anos de idade, quando fica isento da perícia. Ademais, caso o segurado necessite de assistência permanente de outra pessoa, há a possibilidade do acréscimo de 25% no benefício. Trata-se de uma das situações em que é possível extrapolar o teto de pagamento dos benefícios do RGPS. Apesar de não existir previsão legal para o acréscimo de 25% em outras aposentadorias, caso o aposentado adquira uma doença muito grave, já existem alguns julgados permitindo essa situação, conforme pode ser visto no processo 0501066-93.2014.4.05.8502, em que a TNU permitiu o acréscimo a um segurado aposentado por idade. Nada mais justo, pois o princípio da isonomia prevalece em face da ausência de fonte de custeio.

Outra alternativa seria a aplicação da desaposentação, já que a aposentadoria é um direito disponível, ou seja, seria possível ao segurado renunciar à sua aposentadoria por idade, tempo de contribuição ou especial e requerer a aposentadoria por invalidez com o acréscimo de 25%. Cabe esclarecer que a desaposentação é um dos temas mais polêmicos tratado na seara previdenciária. Ibrahim<sup>105</sup> assevera que “a desaposentação, desde que vinculada a melhoria econômica do segurado, ao contrário de violar direitos, somente os amplia. Seu objeto será sempre a primazia do bem-estar do indivíduo, algo desejável por toda a sociedade”, aduzindo, por fim, que não há qualquer interferência ou mácula ao ato jurídico perfeito e a segurança jurídica (conforme será demonstrado adiante), haja vista o caput do art. 5º da CF/88 assegurar, entre outros, a proteção à vida, à liberdade, à igualdade etc. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, através do REsp 201201463871, uniformizou o entendimento de que é possível a desaposentação e sem necessidade de devolução das parcelas já recebidas. A matéria encontra-se em discussão no Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários 661256 e 381367, já existindo dois votos favoráveis e dois contrários ao referido instituto.

---

<sup>105</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 39.

Dessa forma, o segurado especial indígena deverá comprovar sua incapacidade, através de um laudo médico que ateste sua incapacidade total<sup>106</sup> e permanente, bem como o exercício da atividade rural por pelo menos 12 meses. Vale ressaltar que o indígena pode sofrer um acidente e isso já motivará a concessão do benefício mesmo não tendo preenchido a carência, já que se trata de uma situação em que há a dispensa da carência. Assim, caso um indígena jovem comece a trabalhar na lavoura e seis meses depois, por exemplo, venha a sofrer um acidente que o deixe incapacitado de forma permanente, terá direito de receber o benefício de aposentadoria por invalidez. Muitos desconhecem a norma e acabam não requerendo o benefício.

O benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que ficar incapacitado ao trabalho de forma temporária, segundo esclarece o artigo 59 da Lei 8213/91. Dessa forma, como existe a possibilidade de o trabalhador recuperar-se para a mesma atividade e até para uma diversa, após processo de reabilitação, o benefício acaba sendo concedido por períodos determinados pelos médicos peritos do INSS. A carência também corresponde a doze contribuições mensais, cabendo ao segurado especial indígena comprovar doze meses de atividade rural antes do pedido. Não se pode esquecer de que o auxílio-doença pode ser comum ou acidentário<sup>107</sup>. Este garante estabilidade de 12 meses, após o retorno à atividade laborativa, além dos depósitos do FGTS. A competência para tratar do assunto, em caso de acidente de trabalho, é da Justiça Estadual.

Amado<sup>108</sup> aprofunda-se mais no assunto e explica que são duas as situações possíveis de concessão do auxílio-doença: a) incapacidade temporária parcial ou total para o trabalho habitual por mais de 15 dias consecutivos, sendo plenamente possível a recuperação do segurado para desenvolver a mesma atividade; b) incapacidade permanente parcial ou total do segurado para o trabalho habitual por mais de 15 dias consecutivos, não sendo possível a recuperação para o trabalho habitual, mas plenamente viável a reabilitação profissional para outra atividade que lhe garanta a subsistência.

Vale ressaltar que o segurado não pode ingressar no sistema já incapacitado. Assim, um índio que possua alguma incapacidade congênita, por exemplo, não poderá receber esse benefício, pois exige o exercício da atividade laborativa. A grande reclamação dos

---

<sup>106</sup> Existem alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que autorizam a concessão do benefício no caso de a incapacidade ser parcial e permanente. Para exemplificar, cita-se a súmula 47 da Turma Nacional de Uniformização: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”.

<sup>107</sup> O segurado empregado doméstico passou a fazer jus ao auxílio-doença por acidente de trabalho, após a edição da Lei Complementar 150/2015, porém a estabilidade de 12 meses no emprego prevista no artigo 118, da Lei 8213/91 não lhe foi estendida.

<sup>108</sup> AMADO, 2015, p.703.

segurados tem relação com as perícias realizadas, as quais nem sempre confirmam o diagnóstico apresentado pelo segurado por meio de um atestado médico particular. Diante disso, muitos segurados acabam procurando o Judiciário para solucionar esse problema. Cabe ressaltar que a Lei 13135/2015 alterou a Lei 8213/91, para permitir ao INSS, sem ônus para os segurados, celebrar, nos termos do regulamento, convênios, termos de execução descentralizada, termos de fomento ou de colaboração, contratos não onerosos ou acordos de cooperação técnica para realização de perícia médica, por delegação ou simples cooperação técnica, sob sua coordenação e supervisão. Ademais, a referida lei determina o cancelamento do auxílio-doença, caso o segurado exerça atividade quando em gozo do benefício.

Trata-se de um benefício que possui muito potencial de concessão aos indígenas, já que estes trabalham diante de condições precárias de trabalho, o que motiva o surgimento de muitas doenças. Entretanto, por desconhecimento de muitos indígenas, deixam de requerer o benefício e tentam a recuperação por conta própria. Cabe esclarecer que a renda mensal inicial corresponde a 91% do salário de benefício, não podendo ser inferior a um salário mínimo.

Cumprido ressaltar que os dois benefícios acima discutidos sofreram algumas alterações após a edição da Medida Provisória 664/2014, convertida na Lei 11135/2015, a qual dificultou ainda mais o acesso. Quanto ao segurado especial, a obrigação de pagamento continua do INSS, o qual deverá conceder o benefício desde a incapacidade ou da data do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

Esclarece-se que a medida provisória é um mecanismo pelo qual o Poder Executivo legisla. Segundo o artigo 62 da Constituição Federal, seria necessário demonstrar a relevância e a urgência, que, no caso em questão não se visualiza, já que os cortes do Governo deveriam ocorrer em outras áreas. Vale ressaltar que existem estudos acerca do suposto déficit da Previdência, os quais demonstram que isso não existe, já que o sistema é superavitário, contudo, como há a desvinculação das receitas da União- DRU, torna-se permitido retirar do orçamento da seguridade social até 20% para utilizar em outros setores, como pagamento da dívida pública, investimentos em Copa do mundo, Olimpíadas, etc.

Dias e Macedo<sup>109</sup> destacam que a DRU representa um desvio das receitas das contribuições da seguridade, sobretudo as incidentes sobre o faturamento e o lucro, para outras finalidades, tais como o pagamento de juros da dívida pública. Já Strapazzon<sup>110</sup> destaca que, somadas as receitas da COFINS e as da CSLL, houve um desvio de R\$47,49 bilhões da

---

<sup>109</sup>DIAS, 2012, p.

<sup>110</sup> STRAPAZZON, Carlos Luiz. Tutela das expectativas de Direito Fundamentais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p.142.

Seguridade Social, em 2012, para investimentos da infraestrutura, copa do mundo, olimpíadas e poupança para redução da dívida pública. Destaque-se que ocorreu a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2015 por meio da emenda constitucional 68, de 21 de dezembro de 2011. Para Pereira e Teixeira<sup>111</sup> a DRU é inconstitucional, pois viola a cláusula pétrea contida no artigo 60, §4º, IV, além de descumprir o efeito vinculante advindo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, violando o princípio implícito da vedação ao retrocesso social.

A suposta crise da Previdência Social deve-se muito a problemas de gestão do Governo Federal. Leitão e Dias Neto<sup>112</sup> apontam três alternativas para conter a crise do Estado Providência e redefinição dos direitos sociais. A primeira baseia-se em uma reforma estrutural que concilie o modelo protetor à ideia de securitização ou flexibilização. A segunda alternativa consiste na elevação da carga tributária. A última é o descarte de direitos (involução dos direitos sociais). Destacam os autores que em um cenário de escassez de recursos o retrocesso social pode ser a única alternativa capaz de reequilibrar as contas públicas e minimizar os efeitos da crise, não devendo, contudo, as medidas de contenção e austeridade ficarem restritas ao campo das despesas sociais.

De qualquer forma, a Medida Provisória 664/2014, convertida na Lei 11135/2015, não provocou alterações no que se refere ao segurado especial, já que o benefício é concedido no valor de um salário mínimo e a responsabilidade de pagamento sempre será do INSS. Tornam-se necessárias, entretanto, mais políticas públicas de divulgação desses direitos aos indígenas, evitando-se mortes e o agravamento de doenças.

O segurado especial indígena possui direito também ao benefício de auxílio-acidente, o qual possui caráter indenizatório e é concedido quando o segurado fica com uma seqüela decorrente de algum acidente. Assim, para o pagamento do benefício deverá ter ocorrido um acidente de qualquer natureza, independente de ser decorrente do trabalho; o surgimento de uma seqüela, que acarrete a perda funcional para o trabalho que o segurado habitualmente exercia ou impossibilidade de desempenho de atividade que exercia a época do acidente, mas permita o desempenho de outra, após o processo de reabilitação profissional<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> PEREIRA, Ana Carolina Barbosa e TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. A Desvinculação das Receitas da União (DRU) e a efetivação de direitos fundamentais sociais. In: FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Direitos Fundamentais Sociais na Contemporaneidade**. São Paulo: LTR, 2014, p.24.

<sup>112</sup> LEITAO, Andre Studart; DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. Proteção social, planejamento e coerência: o efeito sanfona da previdência social brasileira e a medida provisória nº 664/2014.. In: CONPEDI/UFS. (Org.). (Org.). DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Livro: **Direito do trabalho e seguridade social**. 24 ed.: 2015, p. 639.

<sup>113</sup> AMADO, 2015, p.745.

O artigo 104 do Decreto 3048/99 dispõe: “O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva”. Vale ressaltar que essa redação prevista no decreto já deve ser modificada, pois o empregado doméstico passou a ter direito ao benefício após a edição da Lei Complementar 150/2015. O valor do benefício corresponde a 50% do salário de benefício, podendo ter valor inferior a um salário mínimo, haja vista o caráter indenizatório.

Assim, caso um segurado especial indígena sofra um acidente e esse infortúnio gere uma redução da capacidade de trabalho, como a diminuição da força de um membro, por exemplo, é possível a concessão do auxílio-acidente, o qual não necessita nem demonstrar a carência. Segundo o STJ, é possível o pagamento de auxílio-acidente mesmo que seja reversível a lesão acidentária, conforme pode ser visto no AGA 1.108.738, de 16 de abril de 2009. Outrossim, mesmo a sequela em grau mínimo, se repercutir na capacidade laboral para o trabalho habitual, deve gerar a concessão do auxílio-acidente. Muitos índios acabam sofrendo acidentes durante a sua vida laborativa, entretanto deixam de requerer o benefício por falta de informação.

Verifica-se, então, que os benefícios por incapacidade tem como propósito ajudar os segurados diante de um momento em que há uma diminuição da capacidade laborativa, sendo importante que os indígenas conheçam os requisitos e requeiram seus direitos, devendo ser lembrado, no entanto, que o mais importante é o trabalho e que os benefícios não podem ser buscados apenas como uma forma de complemento de renda.

### *3.2.2.3 Salário-maternidade e salário-família.*

O salário-maternidade é o benefício devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, sendo o fato gerador do benefício o nascimento da criança, a adoção e o aborto não criminoso. Está previsto nos artigos 71 a 73 da Lei 8213/91. Somente é exigida carência de 10 contribuições mensais para as seguintes seguradas: contribuinte individual, segurada especial e facultativa. Dessa forma, a segurada empregada, a empregada doméstica e a avulsa não precisam demonstrar a carência.

No caso da segurada empregada o próprio empregador adianta o pagamento, havendo uma posterior compensação com o INSS, aplicando-se o teto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como o limite para essa compensação.



A Lei 12873/2013 provocou algumas alterações no benefício, pois é possível que o segurado também tenha direito ao salário-maternidade no caso de adoção, conforme artigo 71-A da Lei 8213/91, devendo o pagamento ser feito pela própria Previdência Social. Cabe destacar que o salário-maternidade no caso de adoção ou na guarda judicial para fins de adoção o benefício é devido por 120 dias, desde que a criança tenha até doze anos incompletos. Existia regra anterior que limitava o pagamento do benefício para as crianças de até oito anos, bem como o tempo de gozo do benefício era diferenciado.

Outra novidade relativa ao benefício é o artigo 71-B da Lei 8213/91, o qual permite o pagamento do benefício ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha qualidade de segurado, em caso de morte da segurada ou segurado que faça jus ao recebimento do benefício. Trata-se de regra que surgiu após algumas decisões judiciais autorizando o pagamento do benefício ao cônjuge sobrevivente, o qual necessitava desse amparo para cuidar da criança nos seus primeiros dias de vida.

Não se pode esquecer de que o salário-maternidade, benefício previdenciário, é diferente da licença-maternidade, a qual é um instituto trabalhista e tem a natureza de autorizar o afastamento do empregado do trabalho.

O salário-maternidade é um benefício bastante procurado pelas seguradas especiais indígenas, já que o índice de natalidade nas comunidades é bastante elevado, conforme pode ser visto no Censo demográfico de 2010 do IBGE. Dessa forma, a segurada deverá comprovar o nascimento da criança, ou o aborto não criminoso, considerado o evento ocorrido antes da 23ª semana, além da adoção, situação mais rara nas aldeias. Outro requisito é a comprovação da carência de 10 meses de atividade rural antes do parto, documento este que deve ser emitido pela FUNAI, a qual deverá atestar o pleno exercício da atividade campesina. Haverá o recebimento durante 120 dias, o que oportunizará uma maior interação da mãe com o bebê nos primeiros meses de vida deste.

Vale ressaltar que a Previdência Social autoriza a filiação à Previdência Social tão somente a partir dos 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade. Entretanto, é comum que jovens indígenas comecem a trabalhar cedo, bem como terem filhos no início da adolescência. Apesar da limitação etária, já existem julgados que permitem a concessão do benefício mesmo antes de 16 anos de idade<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1. Previdenciário e processual civil. Ação civil pública. Salário-maternidade. Previdenciário. **Atividade rural como indígena**. Qualidade de segurada especial. Benefício devido a partir dos 14 anos de idade. Cabimento. Apelação Cível 54217620054013800. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Turma. Data de Publicação: 10/12/2012.

A proteção à maternidade deve ser trabalhada nas aldeias indígenas como uma política pública de saúde, bem como para o reconhecimento desse direito previdenciário, o qual poderá garantir uma melhor qualidade de vida para a criança e sua mãe.

O salário-família é devido ao segurado empregado e ao avulso de baixa renda, desde que tenham filhos menores de 14 anos de idade ou inválidos, segundo dispõe o artigo 65 da Lei 8213/91. Entretanto, após a edição da Lei Complementar 150/2015, o empregado doméstico passou a ter direito ao salário-família, regulamentando, portanto, a Emenda Constitucional 72/2013. Ocorre que o parágrafo primeiro do referido dispositivo autoriza a concessão do benefício ao aposentado por invalidez ou por idade e os demais aposentados com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais de idade, se do sexo masculino, ou 60 (sessenta) anos ou mais, se do feminino, terão direito ao salário-família, pago juntamente com a aposentadoria. Dessa forma, nessa condição, os indígenas podem receber o benefício, conforme interpretação que existe do artigo 82, inciso III, do Decreto 3048/99.

Trata-se de um benefício pouco procurado pelos indígenas, seja por falta de conhecimento ou devido a interpretação restritiva que existe na Lei 8213/91. Amado<sup>115</sup> entende dessa forma, pois defende que apenas os aposentados na condição de empregados, domésticos e trabalhadores avulsos podem receber o salário-família. Cuida-se de interpretação que fere o princípio da isonomia. Ademais, conforme destacado, o próprio Decreto 3048/99 permite o pagamento aos trabalhadores rurais. O valor do benefício não é muito atraente, pois, de acordo com a Portaria Interministerial MTPS/MF nº 01, de 8 janeiro de 2016, valor do salário-família será de R\$ 41,37, por filho de até 14 anos incompletos ou inválido, para quem ganhar até R\$ 806,80. Já para o trabalhador que receber de R\$ 806,80 até R\$1.212,64, o valor do salário-família por filho de até 14 anos de idade ou inválido de qualquer idade será de R\$ 29,16. Como a aposentadoria do segurado especial corresponde a um salário mínimo, a cota corresponderá a R\$41,37, por filho de até 14 anos de idade ou inválido. Uma maior divulgação do benefício poderia ajudar bastante a complementar a renda dos aposentados.

Ademais, é um benefício que independe de carência, sendo a responsabilidade de pagamento do INSS, no caso do aposentado segurado especial. Outrossim, para o recebimento do salário-família é necessária a apresentação anual do atestado de vacinação obrigatória, no caso de crianças de até 06 anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, a partir dos 07 anos de idade.

---

<sup>115</sup>AMADO, 2015, p.725.

#### 3.2.2.4 *Pensão por morte e auxílio-reclusão.*

A pensão por morte é um benefício devido aos dependentes do segurado. Os artigos 74 a 79 da Lei 8213/91 apontam algumas regras necessárias para a concessão. Inicialmente, quanto à pensão, deve-se comprovar o óbito, seja através da certidão de óbito, mediante sentença declaratória de ausência, expedida por autoridade judiciária, a contar da data de sua emissão; ou em caso de desaparecimento do segurado por motivo de catástrofe, acidente ou desastre, a contar da data da ocorrência, mediante prova hábil.

Caso o requerimento ocorra em até 90 dias, o benefício será concedido desde o óbito, conforme recente alteração apresentada pela Lei 13183/2015. Após esse prazo, o benefício será concedido do requerimento ou da decisão judicial, no caso de morte presumida. Ademais, há a necessidade de se demonstrar que o falecido era segurado da Previdência Social ou que estava no período de graça, conforme artigo 15 da Lei 8213/91.

Posteriormente, torna-se necessário comprovar a qualidade de dependente. No caso dos filhos, a certidão de nascimento é prova suficiente, bem como a certidão de casamento, no caso da esposa. Muitos problemas ocorrem quando existe apenas uma união estável, eis que o INSS exige pelo menos três provas para a concessão.

No caso do segurado especial indígena, o simples fato de exercer sua atividade laborativa já geraria a pensão por morte aos dependentes, caso viesse a ocorrer uma fatalidade. Não existe carência, o que autorizaria a concessão do benefício mesmo diante da comprovação de poucos meses da atividade rural. Entretanto, a Medida Provisória 664/2014, convertida na Lei 13135/2015 apresentou diversas exigências.

O artigo 74 da Lei 8213/91 esclarece que a pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do segurado que falecer. Houve o acréscimo do §1º, em que o condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado morte do segurado não terá direito à pensão por morte. Trata-se de uma medida coerente, talvez a que mais se adequou ao modelo de Previdência Social, pois pune o agressor por ato praticado. O §2º destaca que perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O artigo 76, §2º, da Lei 8213/91, apresenta as hipóteses de cessação do benefício. Deve-se destacar o inciso V, que estabelece a concessão ao cônjuge ou companheiro durante 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito)

contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. Assim, o cônjuge, a companheira ou companheiro deverão comprovar essa relação, o que vai de encontro ao propósito do benefício, que é o amparar os dependentes diante de um risco social. Ademais, na prática, o INSS exige pelo menos três provas para a comprovação da união estável, a qual, sendo recente, dificilmente terá todos os elementos para a comprovação. Após o transcurso de mais de 18 meses de contribuição ou o casamento tiver ocorrido há mais de dois anos, a pensão por morte passa a seguir uma tabela, variando o tempo do benefício de três anos até se tornar vitalícia, quando o cônjuge ou companheira tiver mais de 44 anos de idade.

Existe uma exceção à regra do tempo mínimo de contribuição e de casamento, que se refere ao caso de o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. Vale lembrar que não se exige carência para a concessão do benefício e essa regra aplica-se apenas ao cônjuge, companheira e companheiro, não sendo exigível aos demais dependentes.

A regra do tempo mínimo de contribuição e de casamento é uma situação muito complicada, pois muitos segurados jovens, principalmente aqueles que já possuem uma família constituída, ou seja, com esposa e filhos, poderão falecer e, por conseguinte, deixarão os dependentes desamparados, geralmente em um momento da vida em que mais precisam de auxílio financeiro.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 201, inciso I, determina que a previdência social atenderá a cobertura do evento “morte”, sendo, portanto, uma contingência social que decorre da imprevisibilidade, motivo pelo qual é muito arriscado fixar um período de carência diante da possibilidade do acontecimento de um infortúnio tão grave.

Tentou-se implantar, através da MP 664/2014 uma regra que representava um claro retrocesso social, pois o valor mensal passaria a ser de 50% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, acrescido de tantas cotas individuais de 10% do valor da mesma aposentadoria, quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de cinco.

Tratava-se de regra que existia no artigo 37 da Lei nº 3807/1960 (LOPS). Após a edição da Lei 8213/91, a renda passou a ser de 80% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu

falecimento, acrescido de tantas cotas individuais de 10%, e podia chegar até o máximo de duas. A partir da Lei 9032/95, a renda mensal passou a ser de 100% do salário de benefício.

Diante disso, percebe-se que o Executivo queria resgatar uma regra que vigia em 1960, prejudicando, portanto, os dependentes. Haveria uma grande violação ao princípio da vedação ao retrocesso, mas o Legislativo não aceitou as mudanças e manteve a regra de 100%.

Dessa forma, fazendo-se uma interpretação das regras acima, percebe-se que também são aplicadas ao segurado especial indígena, mas com as devidas adaptações. Caberá, ao cônjuge ou companheiro a comprovação de mais de 18 meses de atividade rural do segurado, para que ocorra o enquadramento na tabela do artigo 77, inciso V, alínea “c,” além, de mais de dois anos de relacionamento. Caso contrário, o benefício será pago por apenas quatro meses.

O auxílio-reclusão, por sua vez, encontra-se previsto no artigo 80 da Lei 8213/91 e é devido nas mesmas condições da pensão por morte, ou seja, somente os dependentes que podem requerer. A prisão deverá ser no regime fechado ou semiaberto e o segurado de baixa renda. Apesar disso, é possível a concessão do auxílio-reclusão que esteja preso de forma provisória.

Os dependentes deverão comprovar, então, a condição de preso, a qualidade de segurado do preso e a condição de dependente. Assim, deverão demonstrar que o preso era segurado da Previdência Social, ou seja, que contribuía ou estava no período de graça, bem como apresentar uma certidão carcerária a cada três meses, além de documentos que comprovem que são dependentes, conforme o artigo 16 da Lei 8213/91. Outrossim, caberá aos dependentes demonstrarem que o preso era segurado de baixa renda, ou seja, o último salário-de-contribuição correspondia a R\$1.212,64 ou menos.

Os dependentes dos segurados especiais indígenas possuem direito a esse benefício, principalmente porque alguns índios são presos por problemas de disputas de terras. Assim, deverão procurar o INSS e demonstrar o preenchimento das condições exigidas. O problema é que muitas vezes os dependentes não sabem que possuem o direito ao benefício, cabendo ao Estado incentivar políticas públicas de fortalecimento da assistência jurídica gratuita, através da Defensoria Pública, a qual poderá ajudar no acesso à justiça.

Quanto ao critério da renda, trata-se de regra objetiva que pode acarretar algumas injustiças, pois se a renda do segurado ultrapassar o limite acima disposto os dependentes não terão direito ao benefício. Apesar disso, o STJ já flexibilizou o limite de baixa renda, conforme pode se vê no julgado do Recurso Especial 1479564, de 06 de novembro de 2014.

Não se pode esquecer de que as regras apresentadas pela Lei 13.135/2015, as quais tratam da pensão por morte aplicam-se também ao auxílio-reclusão. Assim, o cônjuge, companheiro ou companheira receberão o benefício por apenas quatro meses, caso o segurado tenha recolhido menos de dezoito contribuições ou tenha menos de dois anos de casamento ou união estável, bem como poderá submeter-se à tabela de concessão do benefício entre 3 anos e de prazo indefinido, a depender da idade do cônjuge ou companheira, caso o recolhimento tenha sido superior a 18 contribuições.

A garantia dos direitos do segurados especiais indígenas também está condicionada a um maior incentivo de políticas públicas de divulgação do conhecimento. Não se pode esquecer de que os índios brasileiros possuem etnias diversas, cada uma com suas peculiaridades, seja na forma de plantar, caçar, ou trabalhar de um modo geral, mas a grande maioria faz parte da Previdência Social, na condição de segurado especial, contudo esse contingente não tem o devido conhecimento sobre os direitos, o que acarreta uma constante omissão estatal na prestação de serviços e concessão dos benefícios.

Ademais, conforme lembrado por Villares<sup>116</sup>, apesar de o benefício previdenciário ser individual, é aproveitado na maioria das vezes como um provento a ser distribuído coletivamente ou mesmo no núcleo de cada família. Ocorre uma distribuição de renda na comunidade, diminuindo a pobreza e a insegurança. Trata-se de uma medida de justiça social, pois os índios devem ser compensados pelas perdas ocorridas durante os últimos anos, seja de territórios, tradições, culturas e até da própria dignidade, já que em muitas ocasiões são tratados com desprezo pela população e não recebem o tratamento ideal do Estado, mesmo existindo normas internas e internacionais garantidoras de direitos.

### **3.3 O sistema de saúde direcionado aos indígenas**

Como um dos subsistemas da seguridade social, a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme artigo 196 da Constituição Federal. Apesar disso, a população também deve colaborar para o combate a doenças, realizando procedimentos simples de prevenção. Dessa forma, existem deveres dos indivíduos, da sociedade e do Estado para a proteção do direito à saúde. Quanto aos deveres dos primeiros, devem buscar a proteção da própria saúde, esforçando-se para manter hábitos saudáveis, cuidando da saúde física e mental, através de alimentação equilibrada, exercícios físicos. Os deveres da sociedade estão vinculados aos

---

<sup>116</sup> VILLARES, 2013, p.283.

esforços coletivos, como a participação nas campanhas e nas atividades de proteção à saúde. Já o Estado deve buscar a elaboração e execução de políticas públicas capazes de reduzir ao mínimo os riscos de doenças, garantindo acesso universal e igualitário a toda a população.

A Lei 8080/90 apresenta diversas políticas públicas, as quais devem ser efetivadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS, através de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. Conforme esclarecem Rocha e Savaris<sup>117</sup> a característica principal da saúde é que o acesso aos seus serviços é universal e independe de contribuição dos seus beneficiários.

Cabe ressaltar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, devendo ser obedecidos os preceitos constitucionais. Apesar de o sistema de saúde ser público, percebe-se que muitas pessoas têm optado por pagar um plano de saúde, objetivando uma melhor assistência. Entretanto, mesmo com essa iniciativa, uma parte considerável da população necessita do SUS, o qual não consegue resolver o problema da grande demanda.

Ademais, conforme esclarece Aith<sup>118</sup>, o simples reconhecimento formal da saúde como um direito pela Constituição não produz o milagre de fazer com que, no dia seguinte ao referido reconhecimento, este direito seja usufruído materialmente por toda a população. Os grandes desafios residem na criação e disponibilização à sociedade de garantias jurídicas, políticas, processuais e institucionais eficazes a esse direito. Segundo o autor, o direito à saúde é um direito humano fundamental da sociedade brasileira, necessário para o desenvolvimento do país, sendo as ações e serviços de saúde considerados de relevância pública e devem estar sujeitos aos mecanismos de controle social de uma democracia<sup>119</sup>.

Há diversos questionamentos sobre a aplicação dos recursos públicos destinados à saúde, pois muitas medidas são tomadas para melhorar o orçamento da seguridade social, contudo o atendimento continua precário. Discute-se, ainda, se o modelo de acesso universal e igualitário é muito abrangente, eis que o princípio da reserva do possível tem servido de contrapeso aos pedidos mais diversos, como medicamentos de alto custo, cirurgias, leitos de UTI, entre outros.

---

<sup>117</sup>ROCHA, 2014, p.162.

<sup>118</sup> AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para efetivação de um direito social. In: Robério Nunes dos Anjos Filho. **Direito Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.274.

<sup>119</sup> AITH, Fernando. Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: As garantias jurídicas do Direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: Lenir Santos. **Direito da Saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes, 2010, p.187.

Segundo Piola<sup>120</sup>, o princípio da reserva do possível fundamenta-se na ideia de que os recursos, necessários à efetivação dos direitos sociais, não são ilimitados, sendo necessárias algumas escolhas. Já Weichert<sup>121</sup> esclarece que a insuficiência de verba não altera nem restringe o conteúdo do direito fundamental à saúde. O reconhecimento da reserva do possível dispensa o Poder Público da responsabilidade pelo inadimplemento do direito fundamental social, mas não impede de reconhecer sua frustração. Nesse aspecto, cabe também ao Poder Público planejar bem seu orçamento, evitando-se gastos excessivos, como de publicidade e propaganda.

Apesar dessas indagações, o modelo de saúde estabelecido pela Constituição Federal de 1988 deve ser cumprido, sendo papel do intérprete verificar os excessos, contudo não pode deixar de aplicar o núcleo essencial do direito, eis que se encontra resguardado como um direito fundamental, além de ser uma cláusula pétrea. Não se pode esquecer que aos mais necessitados o sistema de saúde é imprescindível, cabendo ao Poder Público buscar alternativas para melhorar o atendimento.

No caso dos indígenas essas ações devem ir mais além, já que o acesso ao sistema de saúde enfrenta outras dificuldades, devendo haver um tratamento diferenciado para que ocorra o cumprimento do princípio da isonomia. Cabe ressaltar que o artigo 54 do Estatuto do Índio estabelece que os indígenas possuem os mesmos direitos de proteção à saúde facultados à comunhão nacional, respeitando-se, ainda, as suas peculiaridades culturais.

### ***3.3.1 O sistema de saúde aplicável aos indígenas após a Constituição Federal de 1988. Evolução legislativa e o modelo atual.***

Considerando que o sistema de saúde público brasileiro é destinado a todos, inclusive os estrangeiros, percebe-se que os indígenas brasileiros têm acesso integral e gratuito, devendo ser atendidos sem preconceito, mesmo diante das diferenças culturais. Entretanto, em muitas ocasiões, o difícil acesso à rede de saúde fez com que se pensasse em sistema diferenciado para a população indígena. Vale ressaltar que esse tratamento destinado às minorias étnicas pelo poder público representa um direito e não um ato de caridade.

---

<sup>120</sup> PIOLA, Sérgio Francisco. **Financiamento público da Saúde: algumas questões**. In: Sandra Mara Campos Alves, Maria Célia Delduque, Nicolao Dino Neto (Orgs). *Direito Sanitário em perspectiva*. v.2. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, 2013, p.95.

<sup>121</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Direito à Saúde, Sistema Único de Saúde e a integralidade da assistência*. In: Lenir Santos. **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas/SP: Saberes Editora, 2010, p.127.



Aith<sup>122</sup> esclarece que a saúde é determinada por um conjunto de fatores concretos que orientam a vida do indivíduo. Dessa forma, influem na saúde, portanto, fatores individuais, como as condições físicas e mentais; fatores sociais, como o ambiente urbano insalubre ou a ausência de serviços básicos; fatores econômicos, como a recessão e o desemprego; fatores políticos, como a discriminação e as guerras civis. No caso dos indígenas, vários fatores citados pelo autor estão presentes nas comunidades, já que em muitos locais não existe saneamento básico, a alimentação dos índios não segue os padrões ideais para o desenvolvimento humano, além da proliferação mais fácil de doenças, haja vista as poucas políticas de vacinação nas aldeias.

O propósito de levar a assistência à saúde a todos os lugares do Brasil e a todos os grupos populacionais, coloca o SUS como uma política de proteção social comprometida com a redução das desigualdades sociais, com esteio em um sistema de cobertura universal, priorizando a Atenção Primária à Saúde. Quando a Lei 8080/90 foi editada, não se havia programado um sistema diferenciado aos indígenas, pois as ações de saúde estavam a cargo da FUNAI. Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 não estabeleceu diretamente um sistema diferenciado aos indígenas, contudo, através de várias interpretações, pode-se concluir que há alguns dispositivos que protegem os índios.

Entretanto, com a criação da Lei 9836/99, conhecida como Lei Arouca, as autoridades sanitárias passaram a se dedicar ao tema. Com isso, a Lei 8080/90 foi alterada e criado o capítulo V, o qual disciplina o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. O artigo 19-C destaca que o financiamento desse subsistema é de responsabilidade da União, bem como a prioridade de execução, já que as tensões e disputas entre índios e não índios eclodem de forma aberta e cotidiana nos territórios municipais, segundo explica Garnelo<sup>123</sup>.

Complementando as normas dispostas na Lei 9836/99, foi editado o Decreto 3156/99, o qual apresenta várias diretrizes destinadas à promoção, proteção e recuperação da saúde do índio, como a redução da mortalidade, em especial a materna e a infantil, a interrupção do ciclo de doenças transmissíveis, o controle da desnutrição, da cárie dental e da doença periodontal, a assistência médica e odontológica integral, prestada por instituições públicas em parceria com organizações indígenas e outras da sociedade civil, a garantia aos índios e às comunidades indígenas de acesso às ações de nível primário, secundário e terciário

<sup>122</sup> AITH, Fernando. **Saúde Indígena no Brasil: Atual quadro jurídico-administrativo do Estado Brasileiro e desafios para a garantia do direito à saúde da população indígena**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, p.115-132, nov.2008/Fev.2009, p.121.

<sup>123</sup> GARNELO, Luiza. Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde. In: Luiza Garnelo; Ana Lúcia Pontes (Org). **Saúde Indígena: uma introdução ao tema**. Brasília: Mec-Secadi, 2012, p.24.

do Sistema Único de Saúde – SUS, entre outras. Vale ressaltar que o *caput* do artigo 2º do Decreto 3156/99 reconheceu o valor e a complementaridade da medicina tradicional indígena.

Dessa forma, após a promulgação da Lei 9836/99, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), órgão do Ministério da Saúde, passou a coordenar e executar as ações de saúde indígena. Entretanto, devido ao quadro reduzido de servidores públicos, houve uma subcontratação de municípios e organizações não governamentais para realizar ações em aldeias onde o órgão não possuísse rede própria. A coordenação passou a ser feita pelo Departamento de Saúde Indígena (DESAI). Posteriormente, foi publicada a Portaria do Ministério da Saúde, nº 254/2002, a qual trata da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas. No referido documento são traçadas várias diretrizes, além das responsabilidades institucionais.

Considerando a atuação de diversos agentes e o surgimento de problemas de gestão, como um forte atrelamento da instituição a interesses partidários, além da dificuldade de organização dos valores destinados aos programas indígenas, já que houve uma terceirização muito grande de assistência à saúde da população indígena aldeada, através de convênios, optou-se por modificar o sistema de gestão, o que foi formalizado por meio do Decreto nº 7336/2010, o qual firmou a decisão do governo de repassar a gestão do subsistema de saúde indígena para a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), que ficou responsável pelas atribuições outrora exercidas pela FUNASA. Tratou-se de uma mudança que foi bastante comemorada pelos povos indígenas, pois gerou expectativa de mudanças substanciais no sistema.

A Secretaria Especial de Saúde Indígena<sup>124</sup> faz parte do Ministério da Saúde, sendo responsável por coordenar a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas e todo o processo de gestão do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS). Tem como atribuições, por exemplo, ações de atenção integral à saúde indígena e educação em saúde, em consonância com as políticas e os programas do SUS e observando as práticas de saúde tradicionais indígenas. Ademais, a secretaria é composta de três departamentos, quais sejam: Departamento de Gestão da Saúde Indígena (DGESI), Departamento de Atenção à Saúde Indígena (DASI), Departamento de Saneamento e Edificações de Saúde (DSESI); 34 DSEIs (Distritos Sanitários Especiais Indígenas), os Polos Base, Casas de Saúde Indígena (Casais) e postos de saúde.

---

<sup>124</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. **Conheça a Secretária (SESAI)**. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/conheca-a-secretaria-sesai>>. Acesso em 07.03.2015.

Verifica-se, então, que existe uma estrutura toda coordenada para atenção à saúde dos indígenas, cabendo ao Poder Público apresentar prioridades para a efetivação desse direito fundamental.

### ***3.3.2 Breves considerações sobre a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas***

A Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas foi criada por meio da Portaria do Ministério da Saúde, nº 254/2002, a qual destaca várias diretrizes a serem cumpridas para a satisfação dos interesses indígenas. Dentre os princípios e diretrizes definidas na Política de Saúde Indígena, destacam-se: descentralização, universalidade, equidade, participação comunitária e controle social.

A primeira diretriz refere-se ao Distrito Especial Sanitário Indígena. Segundo o plano, trata-se de um modelo de organização de serviços - orientado para um espaço etno-cultural dinâmico, geográfico, populacional e administrativo bem delimitado -, que contempla um conjunto de atividades técnicas, visando medidas racionalizadas e qualificadas de atenção à saúde, promovendo a reordenação da rede de saúde e das práticas sanitárias e desenvolvendo atividades administrativo-gerenciais necessárias à prestação da assistência, com controle social.

Para a implantação dos distritos, ficou definido que seriam necessárias discussões envolvendo as comunidades indígenas e diversos órgãos, em busca da participação de uma equipe multiprofissional, com médicos, enfermeiros, dentistas, antropólogos, educadores, dentre outros. Ademais, a criação de Polos-base teria o propósito de aproximar ainda mais os indígenas do sistema de saúde, já que deveriam ser instalados na aldeia ou em município de referência. Assim, representariam a primeira referência aos agentes indígenas de saúde que atuam na aldeia. Caso as demandas não fossem resolvidas, os casos seriam encaminhados à rede de serviço do SUS. Com isso, para terem o devido apoio na localidade de tratamento, poderão ficar nas Casas de Saúde Indígena, a qual deverá ter condições de alojar, receber e alimentar pacientes e acompanhantes, além de prestar assistência, como de enfermagem, marcação de consultas e exames.

Entretanto, segundo destaca Palheta<sup>125</sup>, muitas reações aos diversos DSEIS pelo Brasil começaram a acontecer, destacando-se sequestros, invasão, protestos contra a situação de pagamento atrasados, normalização e atendimento nas aldeias e loteamento político na

---

<sup>125</sup> PALHETA, Rosiane Pinheiro. **Política Indigenista de Saúde no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2015, p.51.

gestão do órgão. O Ministério Público Federal, então, começou a investigar, isso ainda quando a gestão estava sob o comendo da Funasa, tendo constatado que estariam ocorrendo atrasos nos repasses de recursos, além de mau funcionamento dos convênios. A conclusão da Controladoria Geral da União foi a confirmação de irregularidade entre 2004 e 2005, dentre as quais a realização de licitações direcionadas, superfaturamento de obras, serviços e medicamentos, entres outras. Devido a isso, os povos indígenas queriam tanto a criação de uma secretaria especial, o que ocorreu em 2008, passando a ser denominada Sesai.

Apesar disso, percebe-se que o modelo adotado é bem estruturado, pois permite que o indígena tenha uma assistência primária básica e, caso necessite de um tratamento mais complexo, terá um apoio da Casa de Saúde Indígena, eis que se submeterá ao atendimento geral do sistema público.

Vale ressaltar que esse modelo encontra previsão no artigo 19-G, §1º, da Lei 8080/90, ou seja, trata Distritos Sanitários Especiais Indígenas, que têm como propósito oferecer ações de prevenções de doenças, como vacinação e saneamento, além de políticas específicas voltadas a idosos e crianças, por exemplo.

Outra diretriz apresentada pelo plano refere-se à formação e capacitação de indígenas como agentes de saúde. Trata-se de um ato simples e eficaz, pois facilita o ingresso de índios em todas as comunidades. Além disso, tornam-se necessárias medidas de monitoramento das ações de saúde, as quais devem ser catalogadas diante da reunião de dados dos distritos. Diante do avanço da tecnologia, deve-se buscar um sistema uniforme de contagem, tentando-se reunir esforços em áreas mais necessitadas. Tudo isso deve ser articulado com os sistemas tradicionais indígenas de saúde.

Aspecto polêmico refere-se à política de medicamentos, já que a aquisição dos mesmos requer muita responsabilidade, além da própria indicação, devendo-se avaliar a realidade epidemiológica de cada Distrito Sanitário. Vale ressaltar que o conjunto de doenças infecciosas e parasitárias continua sendo uma das principais causas de adoecimento e morte<sup>126</sup>. Assim, doenças como tuberculose, malária, hepatites virais, infecções respiratórias agudas, doenças diarreicas são mais comuns em umas localidades do que outras. Além disso, conforme lembrado por Villares<sup>127</sup>, hoje as doenças sexualmente transmissíveis como a hepatite e a AIDS trazem temeridade para o futuro.

---

<sup>126</sup> BASTA, Paulo Cesar. et.al. Perfil epidemiológico dos povos indígenas no Brasil: notas sobre agravos selecionados. In: Luiza Garnelo; Ana Lúcia Pontes (Org). **Saúde Indígena: uma introdução ao tema**. Brasília: Mec-Secadi, 2012, p.70.

<sup>127</sup> VILLARES, 2013, p.276.

Não se pode esquecer de que as doenças crônicas não transmissíveis têm merecido cada vez mais destaque entre as causas de morbimortalidade, tais como o alcoolismo, os transtornos psiquiátricos, o suicídio e as mortes por causas externas, eis que têm aumentado bastante nos últimos anos<sup>128</sup>. São as chamadas “doenças sociais”.

Dessa forma, os medicamentos devem ser disponibilizados, mas as políticas de prevenção precisam ser fortalecidas, além da promoção do uso racional dos medicamentos essenciais básicos e incentivo e valorização das práticas farmacológicas tradicionais. Outrossim, ações específicas de acordo com situações especiais, como de povos de pouco contato ou isolados e de regiões de fronteira são importantes de serem efetivadas após um estudo prévio.

Por fim, a atuação integrada dos órgãos, como o Ministério da Saúde, Ministério da Educação, Funai, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e o Ministério Público Federal poderá oportunizar aos índios um sistema protetivo abrangente, tendo como propósito a constante busca do aperfeiçoamento.

Considerando que a Política Nacional foi criada em 2002, já é possível apontar algumas falhas, como as dificuldades de gestão, falta de investimento do Ministério da Saúde, alto custo de ações, ligados a dificuldades inerentes às condições geográficas, às dificuldades de acesso e à diferenciação étnica, dentre outras. Para isso, com a criação da Secretaria Especial de Saúde Indígena há a possibilidade de se buscar um novo paradigma.

Entretanto, há a necessidade de a FUNAI buscar parcerias com outros órgãos para que ocorra a efetivação dos direitos de saúde, eis que as medidas adotadas pela FUNASA e agora pela Secretaria Especial não são suficientes para garantir tudo. Dessa forma, além do Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União deverá ser procurada, pois poderá buscar administrativamente ou judicialmente alguns direitos, como medicamentos de alto custo, cirurgias, vagas em leito de UTI, medidas essas que dificilmente estão disponíveis a todos os índios.

### **3.4 A assistência social aplicável aos indígenas.**

A assistência social também é um subsistema da seguridade social, estando prevista no artigo 203 da Constituição Federal de 1988. Será prestada a quem dela necessitar e independente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos, entre outros, a proteção

---

<sup>128</sup> BASTA, 2012, p.86

à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso, desde que comprovem a miserabilidade, conforme a lei.

A Lei 8742/93 trata da assistência social e apresenta diversas políticas públicas de combate à fome, bem como medidas de inclusão social, oportunizando aos cidadãos uma vida digna. As características são universalidade ampla, supremacia do atendimento de necessidades, gratuidade, acesso igualitário e atualidade. Assim, todas as pessoas que necessitem terão direito à assistência social, havendo uma restrição na lei no que se refere aos estrangeiros, já que seria destinada apenas aos brasileiros natos e naturalizados. Apesar disso, já existem algumas decisões que permitem o estrangeiro de usufruir dos benefícios da assistência social. Vale ressaltar que, devido à relevância, o tema foi incluído como de repercussão geral no Recurso Extraordinário 587.970<sup>129</sup>, devendo a discussão ter contornos, inclusive, no que se refere aos refugiados.

O artigo 6º da Lei 8742/93 destaca que a gestão das ações na área da assistência social fica a cargo de sistema descentralizado e participativo, denominado de Sistema Único de Assistência Social (SUAS), tendo como objetivo, dentre outros, integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social.

A assistência social possui relação direta com alguns problemas econômicos e sociais, pois as dificuldades de ingresso no mercado de trabalho, ou a falta de oportunidade, seja de estudar ou de obter um emprego digno, leva muitos indivíduos a viverem em situação de pobreza e extrema pobreza. Vale ressaltar que muitos conseguem uma inserção precária no mercado informal, o qual não apresenta nenhuma segurança social. Ademais, no Brasil há uma das maiores desigualdades sociais do mundo. Conforme aponta Weissheimer<sup>130</sup>, existem cinquenta e cinco milhões de brasileiros vivendo em situação de pobreza e vinte e dois milhões são considerados indigentes.

Essa grave situação tem proporcionado várias discussões no mundo, com apoio da Organização das Nações Unidas- ONU, inclusive acerca do cumprimento de metas, já que o critério da miserabilidade é adotado de forma diferente por diversos países, tendo prevalecido, entretanto, o objetivo que leva em conta aspectos monetários. No Brasil, por exemplo, para o programa bolsa família, pessoas extremamente pobres são aquelas que sobrevivem com renda

---

<sup>129</sup> BRASIL. Assistência social. **Garantia de salário mínimo a menos afortunado** - estrangeiro residente no país - direito reconhecido na origem. Recurso Extraordinário (587970) RG, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 02/10/2009.

<sup>130</sup> WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família: Avanços, limites e possibilidade do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2010, p.22.

familiar per capita mensal de até setenta e sete reais e pessoas pobres são as que auferem até cento e cinquenta e quatro reais mensais, conforme artigo 2º da Lei 10836/04 (valores atualizados).

Sales<sup>131</sup> esclarece que o critério monetário não é suficiente para avaliar o nível de desenvolvimento social, devendo-se levar em consideração, também, a privação das liberdades e das oportunidades. Trata-se do pensamento de Amartya Sen<sup>132</sup>, o qual entende que a pobreza deve ser vista como a privação de capacidades básicas e não com baixo nível de renda.

Quanto ao indígena, não existe nenhum impedimento para que possa participar da assistência social, tendo surgido ações afirmativas voltadas à inclusão dos índios em alguns programas. Vale ressaltar que muitos índios vivem em situação de pobreza e miséria. A Convenção 169 da OIT apresenta algumas determinações, as quais vêm repercutindo em vários tribunais, segundo esclarece Courts<sup>133</sup>, ao destacar que os tribunais da América Latina produziram sentenças de sumo interesse quanto a obrigações positivas do Estado nos casos em que povos indígenas enfrentam situações de pobreza extrema. Uma parte importante desses casos se refere ao cumprimento de obrigações positivas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos e comunidades indígenas – e, especificamente, com o cumprimento das denominadas obrigações mínimas essenciais desses direitos.

Diante disso, o Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome- MDS, através do Conselho Nacional de Assistência Social, criou um grupo de trabalho, instituído pela resolução 47/2006, cujo objetivo era acompanhar e avaliar a gestão dos recursos, os impactos sociais e o desempenho das ações da Rede de Serviços de Proteção Social Básica, nas comunidades indígenas e quilombolas e apresentar relatório com sugestões, visando melhoramento na gestão dessas ações e nos impactos sociais das ações mencionadas.

Conforme abordado no relatório do GT, o MDS vem desenvolvendo políticas de inclusão social voltadas aos povos indígenas, tais como: Transferência de Renda com Condições – Programa Bolsa Família; Ações no âmbito da Segurança Alimentar e Nutricional, de Combate à Fome e à Desnutrição, Articulação Institucional e Parcerias e Assistência Social.

---

<sup>131</sup> SALES, Tainah Simões. **O Estado, a Pobreza e o Programa Bolsa Família**. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p.272.

<sup>132</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.105.

<sup>133</sup> COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. In: Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Sur –Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 6, n. 10, junho, 2009, p.68.

Para facilitar o acesso dos índios ao benefício bolsa família foi firmado Acordo de Cooperação Técnica em 2013, o qual oportuniza o ingresso dos indígenas no CADUNICO e, por conseguinte, melhora a qualidade de vida das comunidades. Conforme relatório do Ministério do Desenvolvimento Social, atualizado até julho de 2015, há 115.769 famílias indígenas beneficiárias do programa bolsa família<sup>134</sup>. Apesar disso, muitas medidas ainda são necessárias para a devida inclusão dos indígenas em programas sociais.

### *3.4.1 Os benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência*

O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal garante um salário mínimo às pessoas com deficiência e idosos que não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. O assunto foi regulamentado pelo artigo 20 da Lei 8742/93, o qual estabeleceu a idade de 65 anos ou mais, no caso do idoso, e a comprovação do impedimento de longo prazo, no caso da pessoa com deficiência. Além desses requisitos, há a necessidade de se provar a miserabilidade, a qual, segundo a lei, deve ser aferida através da renda per capita familiar, cujo limite deve ser inferior a um quarto do salário mínimo.

Rocha e Savaris<sup>135</sup> destacam que não é adequada a concepção de uma condicionante de miserabilidade para a concessão do benefício assistencial, já que as prestações são devidas a quem delas necessitar, não merecendo espaço o pensamento de que suas ações são destinadas apenas às pessoas que se encontram em faixa social de miséria.

Há de se ressaltar que os indígenas podem ser enquadrados como segurados especiais, para fins de concessão de um benefício previdenciário. Assim, conforme já explicado anteriormente, se preencherem os requisitos, poderão se aposentar por idade, inclusive com uma redução de cinco anos. Ademais, diante de uma incapacidade temporária ou permanente, poderão receber os benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, respectivamente.

Diante disso, pode surgir o questionamento sobre qual momento seria possível a concessão desses benefícios assistenciais aos indígenas. Para isso, deve-se entender melhor as regras para a concessão.

Apesar de o Estatuto do Idoso ter estabelecido o idoso é aquele que tiver 60 anos de idade ou mais, ficou estabelecido que para a concessão do benefício assistencial deve-se

<sup>134</sup>BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. **RI Bolsa Família e Cadastro Único Brasil**. Disponível em: < [http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIv3/geral/relatorio\\_form.php?p\\_ibge=&area=0&ano\\_pesquisa=&mes\\_pesquisa=&saida=pdf&relatorio=153&ms=623,460,587,589,450,448](http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIv3/geral/relatorio_form.php?p_ibge=&area=0&ano_pesquisa=&mes_pesquisa=&saida=pdf&relatorio=153&ms=623,460,587,589,450,448)>. Acesso em 02.10.2015.

<sup>135</sup> ROCHA, 2014, p. 164.



comprovar a idade de 65 anos ou mais. Além disso, deve-se comprovar a miserabilidade, a qual é apurada de acordo com o conceito de família. Segundo o parágrafo primeiro do artigo 20, considera-se família aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

No caso dos indígenas, muitos vivem em ocas com toda a família ou em locais sem muita estrutura, cabendo ao INSS, órgão que avalia o preenchimento dos requisitos, verificar essas condições peculiares. Assim, somente os indígenas idosos que nunca tenham trabalhado na agricultura e pesca ou que tenha trabalhado em outra condição de segurado, por exemplo, como empregado de uma fábrica por 10 anos, e não cumpra os critérios para se aposentar nem como segurado empregado, nem como segurado especial, poderiam receber o benefício assistencial. Seria uma situação intermediária, em que restaria ao índio comprovar sua necessidade.

O critério da miserabilidade é muito questionado, havendo alguns entendimentos que autorizam a relativização desse aspecto, seja aplicando a renda per capita inferior à metade do salário mínimo, ou até sendo feita uma análise no caso concreto. Isso foi até discutido no Supremo Tribunal Federal, o qual, no RE 567985, de 18 de abril de 2013, declarou inconstitucional o §3º do artigo 20, da Lei 8742/93. Como isso ocorreu no controle difuso, ou seja, incidentalmente, e não houve a modulação de efeitos o INSS ainda continua aplicando o critério da renda per capita familiar inferior a um quarto do salário mínimo. Apesar disso, após a edição da Lei 13146/2015, houve a inclusão do parágrafo 11, no artigo 20, da Lei 8742/93, flexibilizando o referido critério, já que podem ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade.

Quanto ao benefício assistencial à pessoa com deficiência, o indígena terá direito quando nunca tenha trabalhado na agricultura e pesca ou tenha trabalhado em outra condição de segurado, por exemplo, como empregado e tenha perdido a qualidade de segurado, conforme artigo 15 da Lei 8213/91. Ademais, deverá comprovar a deficiência, ou seja, impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas<sup>136</sup>. A miserabilidade também é requisito imprescindível.

---

<sup>136</sup> O conceito de impedimento de longo prazo foi modificado com a publicação da Lei 13146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. A mudança refere-se à exigência de apenas uma barreira.

O conceito de pessoa com deficiência foi inspirado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, através do paradigma contemporâneo da inclusão, podendo ser apontada como um marco normativo para a promoção da igualdade substantiva, além de contribuir para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito<sup>137</sup>. Vale destacar que o legislador brasileiro inovou ao exigir que o impedimento de longo prazo seja aquele de prazo superior a dois anos, o que significa uma verdadeira afronta aos princípios apresentados pela Convenção. Dessa forma, na perspectiva colocada na lei, se o impedimento for estabelecido por um médico em um prazo de recuperação inferior a dois anos, não será possível a concessão do benefício, desrespeitando o princípio da isonomia. Entende-se que essa exigência é inconstitucional.

Esse tipo de benefício pode ser mais comum de ser concedido aos indígenas quando envolver uma deficiência congênita, a qual impede o exercício de atividade laborativa. Vale ressaltar que muitas aldeias entendem que o nascimento de uma criança com deficiência representa uma maldição, levando muitos pais a matarem as crianças. Essa situação deve-se aos sistemas jurídicos indígenas, ainda que aplicados internamente, os quais podem sofrer certa ingerência do direito. Trata-se de uma das preocupações do relativismo cultural e da doutrina dos direitos humanos, que ainda não achou a medida de sujeição de culturas ao sistema internacional de direitos humanos e seus valores universais<sup>138</sup>.

Entretanto, as crianças que sobrevivem ou aquelas que nascem em locais em que essa cultura não é aceita acabam por preencher esse requisito, cabendo apenas avaliar a miserabilidade da família. Esse critério é mais fácil de ser constatado em aldeias indígenas, pois muitas não possuem uma infraestrutura básica, vivendo muitos índios em condições extremas de pobreza. Não se pode esquecer de que muitos vivem da agricultura, contudo a seca e outras intervenções, como a invasão por garimpeiros, fazendeiros, ou para a construção de empreendimentos, como a usina de Belo Monte, por exemplo, acabam por prejudicar bastante as práticas agrícolas dos índios.

Cabe ressaltar que o critério de miserabilidade que consta na lei, conforme já comentado acima, já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através do controle difuso, pois não é compatível com a realidade financeira dos brasileiros, sendo um

---

<sup>137</sup> ROLLA, Gustavo Augusto Pereira de Carvalho. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Premissas Interpretativas para a busca da máxima eficácia jurídica e aplicabilidade de suas normas. In: Gregório Assagra de Almeida, Jarbas Soares Júnior, Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick (Coord.). **Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.186.

<sup>138</sup> VILLARES, 2013, p.26.

critério muito restrito, mas que pode ser relativizado caso o interessado apresente despesas com medicamentos, as quais dificultem ainda mais viver com dignidade.

Resumindo, o benefício assistencial ao idoso (65 anos ou mais) é devido àqueles que não sejam considerados segurados da Previdência Social, por um motivo originário ou circunstancial, e que comprovem a miserabilidade, de acordo com a renda bruta da família e avaliando quais membros fazem parte dela, de acordo com a lei. O benefício assistencial à pessoa com deficiência é devido àqueles que não sejam considerados segurados da Previdência Social, por um motivo originário ou circunstancial, e que comprovem um impedimento de longo prazo, além da miserabilidade. Os indígenas, portanto, somente terão direito aos benefícios, caso não estejam vinculados à Previdência Social, e preencham todos os requisitos mencionados.

### ***3.4.2 O sistema de segurança alimentar e transferência de renda.***

O Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional foi criado pela Lei 11346/2006, cabendo o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formular e implementar políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada. A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, conforme artigo 2º.

Dessa forma, cabe ao Poder Público adotar todas as medidas necessárias para evitar que as pessoas passem fome, sendo necessárias mais ações afirmativas em prol da população indígena, a qual vive, muitas vezes, em situação precária. Diante disso, foi criada uma política chamada “Carteira Indígena”, que é uma iniciativa governamental para apoiar, nas comunidades indígenas em situação de fragilidade alimentar, projetos de desenvolvimento sustentável capazes de reduzir a fome sem gerar passivos ambientais, por meio do fomento à produção de alimentos, atividades agroextrativistas e produção de artesanato. Os projetos são financiados e implantados de acordo com as demandas apresentadas pelas comunidades indígenas, respeitando as identidades culturais e favorecendo a geração de renda<sup>139</sup>.

Assim, trata-se uma política importante para se planejar as medidas que serão destinadas aos povos indígenas. Cabe destacar que a Constituição vigente conferiu novo conteúdo ao princípio da igualdade, autorizando a adoção de ações afirmativas quando

---

<sup>139</sup> LOUREIRO, Marco Aurélio e PEREIRA, Ricardo Neves R. Carteira Indígena: um processo em construção. In: **Cadernos de Estudos Desenvolvimento Social em debate**. Número 10. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008, p.17.

necessárias. O surgimento ocorreu nos Estados Unidos como política pública ou privada que visa não só a concretização do princípio da igualdade material, mas também à mitigação e neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de nacionalidade<sup>140</sup>.

Para permitir uma vida mais digna aos cidadãos brasileiros, surgiram vários programas de transferência de renda, ganhando destaque, entretanto, o bolsa família, que foi criado pela Lei nº 10836/2004. Houve a unificação de diversos benefícios, tendo surgido a subdivisão em benefício básico e variável. O primeiro é destinado às famílias que vivem em extrema pobreza. O benefício bolsa família beneficia 13,53 milhões de famílias, tratando-se do maior programa de transferência de renda do país<sup>141</sup>. Vale ressaltar que se trata de um programa de orçamento definido, motivo pelo qual não consegue atingir todo o público alvo.

Os benefícios variáveis são pagos a famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza que tenham em sua composição crianças e adolescentes de até 15 anos, gestantes e/ou nutrizes. Há, ainda, o benefício variável vinculado ao adolescente (BVJ), desde que a família tenha adolescente de 16 e 17 anos frequentando a escola. Por fim, existe o benefício variável de caráter extraordinário (BVCE)<sup>142</sup>.

Existem muitos questionamentos acerca da eficácia do programa, já que são apontadas falhas nos critérios, como a renda, condicionalidades, gastos excessivos do Estado, efeitos sobre o trabalho, pois muitas pessoas acabam ficando muito dependentes da renda e se acomodam diante da possibilidade de inclusão no mercado de trabalho formal. Entretanto, muitos defendem o programa com esteio na distribuição de renda, na garantia do mínimo existencial, o qual, segundo Barcelos<sup>143</sup> seria composto por três condições materiais e uma instrumental para a existência da dignidade humana: “educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça”.

Para Gouvêa<sup>144</sup>, o mínimo existencial pode ser definido como “um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana”. Torres<sup>145</sup> entende que “o combate à miséria e à própria pobreza, respectivamente, deve ser feito pelo fortalecimento dos instrumentos de garantia do mínimo existencial e pela expansão das prestações positivas dos direitos sociais”.

<sup>140</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça, igualdade. In: Robério Nunes dos Anjos Filho (Org.). **Direito Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.133.

<sup>141</sup> SALES, 2015, p.221.

<sup>142</sup> Idem. Ibid, p.224.

<sup>143</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.258.

<sup>144</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.202.

<sup>145</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.17.

Cabe destacar que a renda oferecida trata-se de uma política de Estado e não de Governo, sendo, muitas vezes, a única oportunidade de alimento a uma pessoa que vive em condições precárias. O programa tem apresentado algumas falhas, inclusive de fiscalização, contudo os benefícios para a população carente têm gerado distribuição de renda e oportunizado uma vida mais digna.

Percebe-se, então, que os indígenas possuem um potencial muito grande de serem incluídos em programas sociais, já que muitos vivem em uma situação de extrema pobreza. Com base nisso, o próprio Ministério de Desenvolvimento Social vem criando políticas de inclusão, sendo o primeiro passo o ingresso no CADUNICO. Trata-se do cadastro único para Programas Sociais do Governo Federal.

Atividades prévias de conscientização foram necessárias, conforme destacam Baptista, Varanda e Bahia<sup>146</sup>, os quais descrevem experiências exitosas, como a realizada com a etnia guarani, de Dourados, no Mato Grosso do Sul, e os xavante, de Campinápolis, no Mato Grosso. Evidências empíricas apontam que o cadastramento, via de regra, é realizado em função da expectativa de inclusão no Programa Bolsa Família. Por essa razão, o processo de esclarecimento sobre as condições para inclusão no CADUNICO e critérios para acesso ao PBF, bem como o cumprimento das condicionalidades de saúde e educação para permanência no programa, precederam as ações de cadastramento. Esses esclarecimentos, a despeito da demanda ter partido da própria etnia, visaram atender ainda os preceitos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Assim, o benefício de bolsa família possui uma função social muito importante, já que oportuniza aos mais carentes uma renda mínima para a sobrevivência. Segundo esclarece Weisshemer<sup>147</sup>, a estratégia de erradicação da pobreza proposta pelo programa apresenta três eixos principais: “transferência de renda; reforço do direito de acesso das famílias aos serviços básicos de saúde, educação e assistência social; e integração com outras ações e programas de governo e da sociedade civil”. Ademais, ressalta-se que seus principais objetivos são: combater a miséria e promover a emancipação dessas famílias.

A assistência social aplicável aos indígenas representa um importante pilar nesse sistema de seguridade, pois as ações da área são as que possuem caráter mais imediato, oportunizando aos índios um pouco mais dignidade, já que o enfrentamento da miséria é o primeiro passo diante de tantas outras demandas existentes.

---

<sup>146</sup> CARVALHO, Othília Maria Baptista de, et..al. Ampliação do acesso de famílias de povos indígenas ao cadastro único e ao programa bolsa família. In: **Cadernos de Estudos Desenvolvimento Social em debate**. Número 10. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008, p.55.

<sup>147</sup> WEISSEMER, 2010, p. 34.

Diante disso, deve-se buscar uma integração de políticas públicas, incentivando o indígena a estudar, trabalhar e buscar ter uma renda própria para sustentar a sua família, pois não é interessante que dependa exclusivamente do Estado para sobreviver. Cumpre esclarecer que todas as políticas públicas estudadas no âmbito da seguridade social devem ser praticadas de forma sistematizada, buscando o bem estar da população indígena brasileira, a qual ainda depende de ações afirmativas para a efetivação dos seus direitos fundamentais, contudo poderá um dia ter uma vida mais independente caso tenha o devido reconhecimento que merece.

#### 4 OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS (PREVIDÊNCIA, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL) NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Os fundamentos apresentados nos capítulos anteriores encontram alguns empecilhos de ordem prática, pois muitos direitos dos índios não são efetivados integralmente, o que gera uma constante insatisfação dessa minoria que tanto tem lutado por melhores condições de vida.

Muitos direitos fundamentais são pautados pela abstração e generalidade, ou seja, existe uma baixa densidade normativa, o que, em tese, seria superado ao surgir uma lei regulando o assunto. Entretanto, mesmo com muitas leis no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que dificilmente os direitos são efetivados de forma plena.

Os direitos sociais são os que encontram mais dificuldade de efetivação já que são essencialmente prestacionais, havendo algumas críticas acerca da grande quantidade de direitos dispostos na CRFB de 1988, o que inevitavelmente prejudicaria a efetivação. Dimoulis e Martins<sup>148</sup> explicam que as principais críticas formuladas contra o sistema de direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988 relacionam-se aos direitos sociais. Juristas e políticos que adotam posições nitidamente político-ideológicas neoliberais rejeitam o caráter “dirigente” da Constituição, condenam a “inflação de direitos” e principalmente a extensão dos direitos sociais, sugerindo de forma aberta ou encoberta o retorno a um regime de garantia quase ilimitada das liberdades individuais. De forma contrária, autores que adotam posições “socialmente progressistas” reclamam da falta de efetivação dos direitos fundamentais e principalmente dos direitos sociais.

Assim, muitos direitos indígenas são esquecidos pelo Estado, o que torna necessário o surgimento de mais políticas públicas, inclusive de caráter afirmativo, já que o desconhecimento de direitos representa um dos maiores obstáculos para buscá-los. Para Bucci<sup>149</sup>, o conceito de política pública possui a seguinte dimensão:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados, processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realizar de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

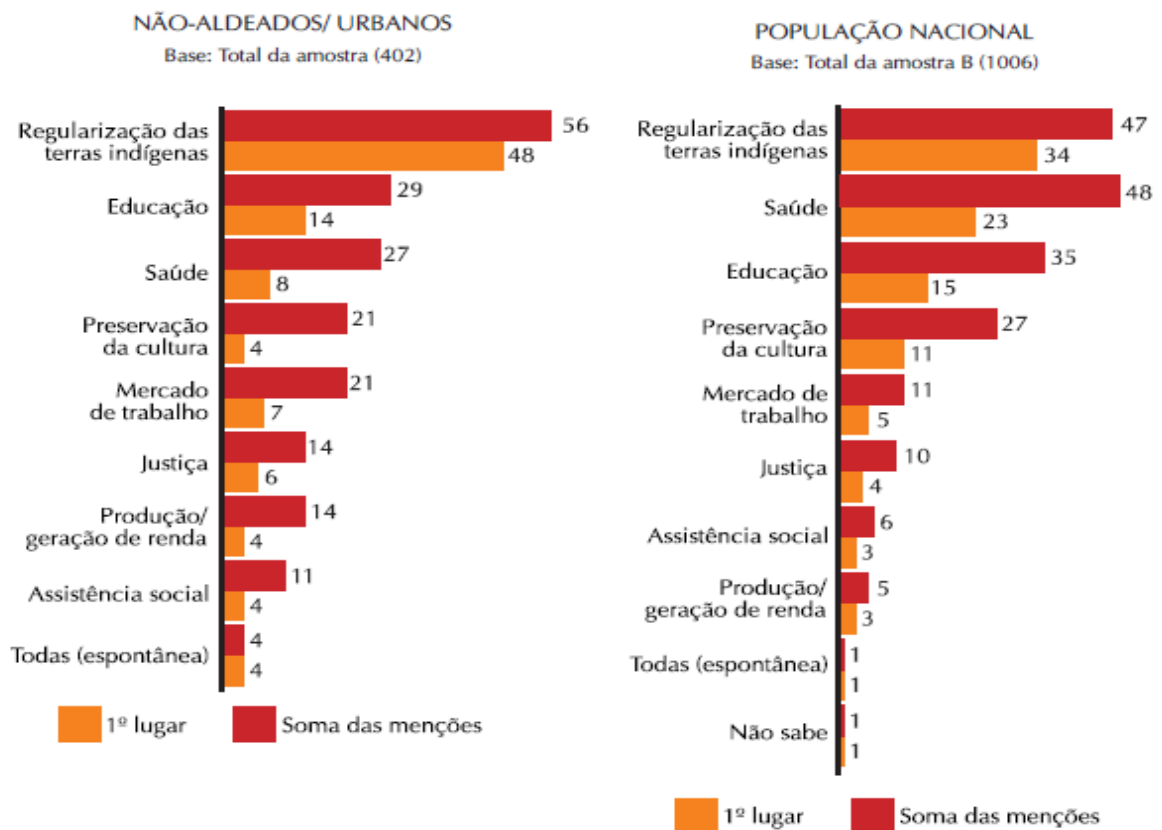
<sup>148</sup> DIMOULIS; MATINS, 2014, p. 26.

<sup>149</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Maria Paula Dallari Bucci (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

Quanto ao aspecto normativo, as políticas públicas podem ser mencionadas em disposições constitucionais, leis ou atos normativos infralegais. Dessa forma, existem muitas políticas públicas na CRFB de 1988 e em diversas leis, contudo é necessário efetivá-las. Segundo Albuquerque<sup>150</sup>, a doutrina e a jurisprudência brasileira incorporaram o conceito de Dworkin, mas substituindo a palavra “política” pela expressão “política pública”. Ou seja, um juiz aplica uma “política pública” quando julga algo em favor da coletividade. Por outro lado, “a política” aplicada aos casos individuais se caracteriza como questão de “princípio”.

O Estado tem o dever de se planejar as suas políticas, sendo importante traçar metas e fixar prioridades. No caso dos índios, grande parte da população e os próprios índios associam a necessidade de maior participação em demandas de terras, conforme constatado em pesquisa da FPA<sup>151</sup>, quando perguntados sobre qual deveria ser a prioridade do Estado. Também foram citadas a educação e a saúde, tendo a justiça recebido apenas 6% dos entrevistados indígenas.

Gráfico – 1. Principal área de atuação do governo para proteção dos direitos indígenas.



Fonte: STIFTUNG (2015, *online*)

A própria Fundação Nacional do Índio-FUNAI possui diversas metas e programas

<sup>150</sup> ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**. Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p.43.

<sup>151</sup> STIFTUNG, 2015, *online*



em prol dos índios, contudo problemas de ordem estrutural têm prejudicado esse trabalho, já que algumas políticas planejadas são colocadas em segundo plano. Diante disso, torna-se essencial conhecer o papel da FUNAI.

#### **4.1 A Fundação Nacional do Índio-FUNAI e seu papel na política indigenista. A interação com outros órgãos (INSS, DPU, MPF) na seara previdenciária.**

A Lei 5371, de 05 de dezembro de 1967, criou a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, com o propósito de estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista; gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização; promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas; promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios; promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional; despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista; exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio. Além disso, a Funai coordena e implementa as políticas de proteção aos povo isolados e recém-contatados.

Percebe-se que algumas das medidas já não são compatíveis com a Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere à integração, contudo se verifica que a fundação é essencial para garantir os direitos dos índios, já que, muitas vezes, é o único órgão que consegue aproximar-se dos índios e passar a devida confiança na execução das políticas públicas.

É papel da Funai, ainda, estabelecer a articulação entre instituições, objetivando garantir o acesso diferenciado aos direitos sociais e de cidadania. Essa missão foi mais bem delineada com a criação do Estatuto da Funai, através do Decreto nº 7778, de 27 de julho de 2012. O artigo 2º, inciso II, alínea “f”, apresenta como finalidade a garantia de promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas. Ademais, segundo artigo 3º, compete à Funai exercer os poderes de assistência jurídica aos povos indígenas.

Apesar dessas determinações, existem poucos servidores para cumprir esse mister na política indigenista, o que leva muitos índios a ficarem desassistidos em relação a muitos direitos. São apenas 2587 servidores ativos em todo o Brasil, conforme Plano de Carreira Indigenista elaborado em 2012 pela Associação Nacional dos Servidores da Funai<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> OLIVEIRA, Rogério; RONALDO, Sérgio. **Nota conjunta aos servidores da FUNAI sobre o plano de carreira indigenista – PCI**. Disponível em: <[http://www.ansefunai.com.br/modules/mastop\\_publish/?tac=carreira\\_indigena](http://www.ansefunai.com.br/modules/mastop_publish/?tac=carreira_indigena)>. Acesso em: 05 jan.2016.

Ademais, segundo pesquisa da FPA<sup>153</sup>, foi realizada avaliação da Funai por índios não-aldeados, dos quais 50% avaliaram positivamente, 26% consideraram regular e 18% avaliaram negativamente. Prova disso que a própria Funai reconhece suas limitações e busca sempre cooperação com outros órgãos para que ocorra a efetivação dos direitos fundamentais. No que se refere à seguridade social, são feitas ações com órgãos parceiros para a qualificação da política de transferência de renda, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), notadamente o Programa Bolsa Família; monitoramento e acompanhamento das ações de saúde executadas pelo Ministério da Saúde; promoção da acessibilidade dos povos indígenas à política previdenciária, em parceria com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Entretanto, ocorrem diversos problemas para a concessão de benefícios na seara previdenciária, pois essa parceria entre FUNAI e INSS não tem alcançado os objetivos traçados no Acordo de Cooperação Técnica MPS/MJ/INSS/Funai, publicado no Diário Oficial da União em de 28 de julho de 2009, que possibilitava o cadastramento dos índios como segurados especiais no sistema do próprio INSS chamado de Cadastro Nacional de Informações Sociais-CNIS, além de manter uma declaração anual do indígena. O objetivo do acordo era a concessão automática dos benefícios.

Segundo o acordo, o cadastramento dos segurados especiais indígenas seria realizado nas unidades descentralizadas da FUNAI, por meio de endereço eletrônico da previdência social e senha disponibilizada aos servidores. Ademais, o acordo teve validade de 60 meses, conforme cláusula oitava, não tendo ocorrido a prorrogação.

Assim, mesmo após essa excelente iniciativa, esse cadastramento dos índios não vem ocorrendo, sendo poucos servidores da Funai que possuem acesso aos sistemas do INSS. A própria autarquia previdenciária começou a detectar algumas inconsistências nas certidões expedidas pela Funai, ao cruzar informações com sistemas de emprego, como o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados-CAGED, já que muitos índios estavam ou tinham exercido atividade urbana, descaracterizando sua condição de segurado especial. Trata-se do problema da grande presença de índios nas cidades, em que muitos deixam a área rural em busca de melhores condições de vida, mas muitas vezes retornam, haja vista as poucas oportunidades de emprego.

Esse êxodo, no entanto, gerou muito preconceito, conforme detectado por pesquisa da FPA, pois 83% dos indígenas asseveraram ter sofrido preconceito e 45% algum

---

<sup>153</sup>STIFTUNG, 2015, *online*.

tipo de discriminação, sendo a aversão, ridicularização e estranhamento alguns dos comportamentos discriminatórios. As situações são vivenciadas em espaços diversos, tendo 32% dos entrevistados citado a cidade como o local onde ocorreu a discriminação e a escola o local onde ocorre grande parte dessas atitudes<sup>154</sup>.

Apesar de muitos índios relatarem sofrer discriminação em agências do INSS, na pesquisa da FPA não houve menção a esse fato, o que exige um estudo mais profundo da própria autarquia previdenciária, desde a elaboração de estatística de deferimentos e indeferimentos de benefícios indígenas, até a otimização do seu sistema interno, classificando os indígenas de maneira diferenciada. A FUNAI, inclusive pode ajudar bastante, pois detém o número de certidões expedidas, servindo de parâmetro para a detecção do problema.

Mesmo existindo algumas políticas públicas para melhorar o atendimento ao indígena, há algumas ações específicas em alguns Estados com o objetivo de resolver conflitos envolvendo a FUNAI, o INSS e os índios. Diante disso, em 17 de dezembro de 2015, através do Decreto 8593, foi criado o Conselho Nacional de Política Indigenista, órgão colegiado de caráter consultivo responsável pela elaboração, acompanhamento e implementação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas. Na referida norma, representantes da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, além da Advocacia-Geral da União possuem assento permanente, mas sem direito a voto, conforme artigo 6º. São órgãos parceiros que podem ajudar bastante na efetivação dos direitos indígenas.

O artigo 134 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, devendo prestar orientação jurídica e defesa dos necessitados. Esse artigo sofreu profundas alterações nos últimos anos, principalmente após as emendas constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014.

Após a nova redação, estabeleceu-se que a Defensoria é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, como instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita. Cuida-se da instituição adequada para prestar assistência jurídica aos indígenas. A Lei Complementar nº 80/1994 organiza a Defensoria Pública da União, a qual atua perante o Poder Judiciário da União.

A atuação previdenciária da Defensoria Pública da União é muito relevante para a sociedade, pois há a possibilidade de os segurados da Previdência Social, que sejam

---

<sup>154</sup> STIFTUNG, 2015, *online*.

hipossuficientes, reivindicarem seus direitos em face do Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal. Atualmente, conforme Resolução nº85, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, estabeleceu-se como necessitada a pessoa natural que integre núcleo familiar, cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor total de 3 (três) salários mínimos. Segundo pesquisa da FPA, 41% dos indígenas vivem com apenas um salário mínimo. Outros 32% afirmaram contar com uma renda de uma a dois salários mínimos<sup>155</sup>. Comprova-se, então, que a DPU passou a ter uma grande responsabilidade em amparar essa população carente.

Dessa forma, a DPU tem o papel de orientar e atuar em favor de indígenas em demandas de aposentadorias por idade, por invalidez; auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-maternidade, salário-família, bem como os dependentes em casos envolvendo pensão por morte e auxílio-reclusão. Ademais, ações nas searas da assistência social e da saúde possuem o apoio do órgão. A atuação vincula-se à esfera federal, devido ao que dispõe o artigo 109 da Constituição Federal.

Vale ressaltar que a maior parte das ações são propostas perante os Juizados Especiais Cíveis Federais, devido ao limite imposto pela Lei 10259/2001, que estabelece a competência para julgar causas de até o valor de sessenta salários mínimos.

A Defensoria Pública da União é um instrumento ao acesso à justiça e o seu fortalecimento poderá garantir diversos direitos fundamentais, sejam individuais, sociais e até coletivos. A própria instituição vem criando ações destinadas aos indígenas, existindo, atualmente, um Grupo de Trabalho Indígena, bem como diversas atuações itinerantes em prol dos indígenas, como o auxílio jurídico prestado aos que vivem em Altamira e estão sendo afetados pelas obras da Usina de Belo Monte.

O Ministério Público Federal, por sua vez, também é órgão essencial para garantir os direitos indígenas, conforme artigo 37, inciso II, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993<sup>156</sup>. Nos últimos anos, foi a instituição que mais iniciou ações em favor dos índios, tendo, inclusive, proposto a ação civil pública 2008.71.00.024546-2/RS, a qual garantiu o reconhecimento de diversos benefícios previdenciários aos índios, seja aldeados ou não-aldeados. Entretanto, como a natureza da atuação do Ministério Público não permite a atuação individual, mas sim diante de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a

---

<sup>155</sup> RANGEL, 2013, p.116.

<sup>156</sup> Art. 37. O Ministério Público Federal exercerá as suas funções: (...) II - nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos **índios e das populações indígenas**, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional.

assistência jurídica individual integral e gratuita é de responsabilidade da Defensoria Pública da União.

Cabe ressaltar que houve alguns questionamentos acerca da atuação das Defensorias Públicas em demandas coletivas, mas precisamente acerca da legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Entretanto, no julgamento da ADI 3943, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente a referida ação e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública.

Dessa forma, percebe-se que os índios podem contar com diversos órgãos para terem efetivados seus direitos, cabendo apenas identificar corretamente o tipo de demanda e qual órgão poderá auxiliar, seja de forma individual ou coletiva, administrativamente ou judicialmente.

As demandas previdenciárias no âmbito administrativo seguem algumas fases, mais precisamente as seguintes: a) fase inicial; b) fase instrutória; c) fase decisória; d) fase recursal; e) fase de cumprimento. Assim, o segurado tem a possibilidade de percorrer todas essas fases, caso não queira propor logo uma ação judicial.

A fase inicial ocorre quando o segurado procura a autarquia previdenciária para requerer o benefício, conforme a necessidade do momento. Assim, por exemplo, caso o segurado indígena esteja doente, poderá requerer o auxílio-doença, ou a segurada que teve um filho poderá requerer o salário-maternidade. Para isso, deverá levar os documentos pertinentes à sua pretensão, tais como laudos médicos, certidões, etc, os quais consubstanciarão a fase instrutória. Nos casos dos benefícios por incapacidade, a perícia médica no INSS é imprescindível.

O indígena poderá dirigir-se sozinho ao INSS para reivindicar seus direitos, entretanto, se possível, recomenda-se o acompanhamento de algum servidor da FUNAI, o qual poderá explicar mais detalhadamente a pretensão, quando necessário, e exigir o cumprimento da legislação.

Conforme já mencionado, a entrevista, em regra, não é necessária para aferir a condição de indígena, nem de segurado especial, caso a certidão da FUNAI tenha sido expedida corretamente. Entretanto, em caso de dúvida, o servidor do INSS poderá pedir mais informações à FUNAI, além de ser possível uma pesquisa externa, quando um servidor poderá avaliar a veracidade das informações, inclusive visitando a aldeia. Esclarece-se que não é uma prática muito comum, mas essa atitude poderia ajudar bastante para a concessão dos benefícios aos indígenas.

Ademais, muitos servidores exigem provas diversas aos indígenas, tais como

dados da propriedade em que foi exercida a atividade rural, contratos, bloco de notas, documentos de sindicatos, desrespeitando a própria instrução normativa do INSS.

A fase decisória acontece quando o servidor defere ou indefere o pedido formulado pelo segurado. Vale ressaltar que, conforme súmula 05, do Conselho de Recursos da Previdência Social, a Previdência Social deve conceder o melhor benefício. A decisão administrativa deve ser fundamentada, destacando o motivo do indeferimento. As principais causas de indeferimento envolvendo os indígenas são a ausência de carência ou não demonstração do exercício da atividade rural. O segurado, então, pode recorrer, através de recurso ordinário, no prazo de 30 dias, à Junta de Recursos, conforme artigo 126 da Lei 8213/91. Existem 29 Juntas de Recursos. Caso a decisão seja mantida, ainda é possível recorrer à Câmara de Julgamento, também no prazo de 30 dias. Trata-se do Recurso Especial. Há 4 Câmaras de Julgamento. Tanto as Juntas, como as Câmaras fazem parte do Conselho de Recursos da Previdência Social. Por fim, a fase de cumprimento ocorre quando o segurado ou o INSS percorre todas essas fases e não é mais possível recurso administrativo.

Verifica-se, então, que o índio tem essa alternativa administrativa de buscar a efetivação de seus direitos. Contudo, caso não obtenha êxito, restará a seara judicial. Vale lembrar que o primeiro indeferimento já permite buscar o Judiciário.

Conforme estudo realizado no segundo capítulo, verificou-se que o indígena pode ser considerado segurado especial, desde que trabalhe individualmente ou em regime de economia familiar, na agricultura, pesca, extrativismo, bem como se mantenha nessa categoria, já que o exercício de atividade laborativa em outra categoria acarreta a perda dessa condição de segurado especial, salvo algumas exceções.

Verificou-se que, na teoria, segundo a instrução normativa INSS/PRES nº 77/2015 permite a concessão dos benefícios previdenciários aos indígenas aceitando uma certidão expedida pela FUNAI, a qual deve relatar o tempo trabalhado, ou seja, independente de entrevista comandada por servidor do INSS.

Entretanto, isso na prática não vem ocorrendo, o que tem gerado grande insatisfação dos indígenas, os quais alegam sofrer preconceito nas agências do INSS, além de não terem respeitada a legislação correspondente. A autarquia, por sua vez, destaca que alguns requisitos não estão sendo cumpridos, como o exercício exclusivo de atividade rural durante todo o período, o que tem gerado alguns transtornos.

Essa situação ocasionou o surgimento de uma demanda coletiva na Defensoria Pública da União no Estado do Ceará (PAJ 2011/35-3086), aberto por liderança Tapeba, com o propósito de apuração de irregularidades do INSS, diante de obstáculos criados à concessão

de benefícios previdenciários em favor dos indígenas de quatorze etnias cearenses (Tapeba, Tremembé, Pitaguary, Jenipapo-Kanindé, Tapuya-Kariri, Potyguara, Tabajara, Kanindé, Gavião, Kalabaça, Tupinambá, Kariri, Tubiba-Tapuya, Anacé). Trata-se de caso paradigma que merece uma análise detalhada, chamando atenção ao problema que, provavelmente, também acontece em outros Estados.

Após várias reuniões envolvendo DPU, INSS, FUNAI, lideranças indígenas e outras entidades, buscou-se mapear o problema dos indeferimentos dos pedidos formulados pelos indígenas cearenses, eis que as certidões estavam sendo expedidas pela FUNAI, mas esse documento não estava sendo reconhecido.

Assim, sob o comando do sociólogo da Defensoria Pública da União, Daniel de Oliveira Rodrigues Gomes, SIAPE 1809085, foi realizado estudo estatístico<sup>157</sup> relativo aos anos de 2012 e 2013, tendo como metodologia o cruzamento de dados das Certidões de Exercício de Atividade Rural emitidas pela FUNAI – compartilhados em planilhas pela Coordenação Regional Nordeste II – com aqueles constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS).

Segundo consta no estudo (em anexo), cerca de 52% dos índios do Ceará residem em municípios sob competência da Gerência Executiva de Fortaleza (GEXFOR), a saber: Aquiraz (etnia Jenipapo-Kanindé), Aratuba (Kanindé), Canindé (Kanindé), Caucaia (Tapeba e Anacé), Maracanaú (Pitaguary) e Pacatuba (Pitaguary) e São Gonçalo do Amarante (Anacé).

Já na área da Gerência Executiva de Sobral (GEXSOB), habitam 48% dos indígenas, distribuídos da seguinte forma: Acaraú (Tremembé), Crateús (Potyguara, Tabajara, Kalabaça e Kariri), Itapipoca (Tremembé), Itarema (Tremembé), Poranga (Tabajara e Kalabaça), Monsenhor Tabosa (Gavião, Potyguara, Tabajara e Tubiba-Tapuya), Novo Oriente (Potyguara), Quiterianópolis (Tabajara), São Benedito (Tapuya Kariri) e Tamboril (Potyguara e Tabajara).

No ano de 2012 a FUNAI emitiu, em todo o Ceará, 404 certidões de exercício de atividade rural que geraram requerimentos de benefícios no INSS. Destas, 279 se relacionaram à GEXFOR, ao passo que 125 foram direcionadas à GEXSOB.

---

<sup>157</sup> Mapeamento quantitativo referente às situações previdenciárias dos segurados especiais indígenas no Ceará em 2012 e 2013. Estudo realizado pela Defensoria Pública da União no Ceará, sob o comando do sociólogo Daniel de Oliveira Rodrigues Gomes.

Tabela – 2. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexfor (2012)

	IND.	DEF.	Total	INEX.	IND. (%)	DEF. (%)	Total (%)	INEX. (%)
Aquiraz	1	1	2	1	50%	50%	100%	50%
Aratuba	5	20	25	0	20%	80%	100%	0%
Canindé	1	2	3	0	33%	67%	100%	0%
Caucaia	62	137	199	9	31%	69%	100%	5%
Maracanaú	26	18	44	5	59%	41%	100%	11%
Pacatuba	2	4	6	3	33%	67%	100%	50%
Total	97	182	279	18	35%	65%	100%	6%

Fonte: Funai, 2015, *online*

Tabela – 3. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexsob (2012)

	IND.	DEF.	Total	INEX.	IND. (%)	DEF. (%)	Total (%)	INEX. (%)
Acaraú	1	0	1	8	100%	0%	100%	800%
Crateús	1	3	4	1	25%	75%	100%	25%
Itapipoca	5	10	15	2	33%	67%	100%	13%
Itarema	7	21	28	11	25%	75%	100%	39%
Poranga	8	1	9	1	89%	11%	100%	11%
Monsenhor Tabosa	11	27	38	1	29%	71%	100%	3%
Quiterianópolis	6	4	10	0	60%	40%	100%	0%
São Benedito	9	11	20	1	45%	55%	100%	5%
Total	48	77	125	25	38%	62%	100%	20%

Fonte: Funai, 2015, *online*

Após o cruzamento dos dados, por exemplo, verificou-se que 59% dos pedidos formulados em Maracanaú foram indeferidos. Poranga obteve 89% de negativas e Caucaia 31%.

Os indeferimentos restringiram-se, basicamente, a pedidos de aposentadoria por idade, salário-maternidade e auxílio-doença, sendo notório que muitos benefícios não foram nem solicitados no ano de 2012, como pensão por morte, auxílio-reclusão, auxílio-acidente, talvez por desconhecimento dos indígenas. A fundamentação do INSS, na maioria dos casos, baseou-se na ausência de carência ou falta de comprovação da atividade rural.

No ano de 2013, a FUNAI emitiu, em todo o Ceará, 480 certidões de exercício de atividade rural que geraram requerimentos de benefícios no INSS. Destas, 317 se relacionaram à GEXFOR, ao passo que 163 foram direcionadas à GEXSOB.



Tabela – 4. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexfor (2013)

	IND.	DEF.	Total	INEX.	IND. (%)	DEF. (%)	Total (%)	INEX. (%)
Aquiraz	2	2	4	2	50%	50%	100%	50%
Aratuba	2	21	23	0	9%	91%	100%	0%
Canindé	0	1	1	0	0%	100%	100%	0%
Caucaia	39	187	226	17	17%	83%	100%	8%
Maracanaú	21	34	55	4	38%	62%	100%	7%
Pacatuba	1	7	8	1	13%	88%	100%	13%
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>252</b>	<b>317</b>	<b>24</b>	<b>21%</b>	<b>79%</b>	<b>100%</b>	<b>8%</b>

Fonte: Funai, 2015, *online*

Tabela – 4.1. Requerimentos Rurais Indígenas – Gexfor (2013)

	IND.	DEF.	Total	INEX.	IND. (%)	DEF. (%)	Total (%)	INEX. (%)
Acaraú	1	8	9	0	11%	89%	100%	0%
Crateús	17	10	27	4	63%	37%	100%	15%
Itapipoca	5	3	8	5	62,5%	37,5%	100%	63%
Itarema	9	73	82	0	11%	89%	100%	0%
Poranga	2	0	2	2	100%	0%	100%	100%
Monsenhor Tabosa	20	9	29	3	69%	31%	100%	10%
Novo Oriente	0	1	1	0	0%	100%	100%	0%
Quiterianópolis	0	3	3	0	0%	100%	100%	0%
São Benedito	0	2	2	1	0%	100%	100%	50%
<b>Total</b>	<b>54</b>	<b>109</b>	<b>163</b>	<b>15</b>	<b>33%</b>	<b>67%</b>	<b>100%</b>	<b>9%</b>

Fonte: Funai, 2015, *online*

Houve uma significativa melhora nos números na GEXFOR, talvez até pela forte intervenção da DPU e outros órgãos na busca da efetivação dos direitos indígenas. Entretanto, em 2013, foi notória a escalada de negativas previdenciárias em 3 dos municípios da GEXSOB: em Monsenhor Tabosa foram 69% de benefícios indeferidos (contra 29%, em 2012); em Crateús, foram 63% (contra 25%, em 2012); e em Itapipoca, 62,5% (contra 33% no ano anterior).

Percebe-se, então, que o problema existe na prática, o que tem gerado um grande número de ações judiciais. Todavia, como a Defensoria Pública da União não atua em todas as localidades citadas no relatório, diversos índios não estão recebendo a devida assistência

jurídica e continuam tendo violados seus direitos previdenciários, seja pelo não cumprimento integral da norma que rege o assunto, burocracia, falta de treinamento de servidores, preconceito, dentre outros motivos.

Os dados do Ceará foram utilizados como parâmetro, mas ainda existe uma falha grave da autarquia previdenciária em colher essas informações, já que seu sistema não realiza o devido enquadramento do indígena, eis que se encontra classificado na categoria de segurado especial junto com os trabalhadores rurais e pescadores comuns, dificultando, portanto, o conhecimento real da estatística brasileira. Dessa forma, um simples detalhamento da condição de indígena poderia gerar mais informações sobre o problema, motivando o Estado a buscar soluções para a efetivação de direitos na área previdenciária.

#### **4.2 As dificuldades do Ministério da Saúde (SESAI) e do Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS) nas políticas de saúde e assistência social.**

Da mesma forma que na seara previdenciária existem diversos problemas que obstaculizam a efetivação dos direitos dos indígenas, no âmbito da saúde e da assistência social são muitas as dificuldades. Para Aith<sup>158</sup> existem desafios políticos, administrativos, econômicos e jurídicos para a efetivação do direito à saúde de um modo geral.

Na esfera política, os desafios estão relacionados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde; a forma de prestação; as dificuldades de articulação entre os três entes federativos. Os desafios administrativos são a articulação entre atenção à saúde e vigilância em saúde e as dificuldades de realização de políticas intersetoriais. A questão do aporte orçamentário de recursos financeiros para a saúde representa um dos desafios econômicos mais importantes, além dos mecanismos de destinação dos recursos efetivamente alocados para a saúde. Já na esfera jurídica, os desafios destacam-se pela grande quantidade de normas que formam o direito sanitário brasileiro, havendo uma grande quantidade de normas infralegais (decretos, portarias e resoluções); necessidade de ampliação da participação popular na elaboração das normas jurídicas de direito sanitário e das políticas públicas de saúde. O terceiro desafio é a necessária atualização da legislação de vigilância em saúde no país.

Esses desafios acima são plenamente aplicáveis ao subsistema de saúde indígena, o qual surgiu como esperança, já que muitos problemas foram encontrados no sistema anterior, sob o comando da FUNASA. Entretanto, vários vícios que existiam perduraram, o que torna necessário uma nova reformulação da política indigenista de saúde.

---

<sup>158</sup> AITH, 2010, p.223.

A burocracia, por exemplo, é um dos grandes problemas, pois as ações são mais demoradas, tornando inoperante algumas iniciativas. Ademais, existem alguns convênios firmados pelo Estado, o que o torna mais isento de suas responsabilidades, situação esta prejudicada, ainda, pela realidade territorial e geográfica de muitas cidades brasileiras, principalmente na região amazônica. Os distritos sanitários especiais indígenas – DSEI também apresentam muitos empecilhos, haja vista serem diversos e não possuírem uma uniformidade de procedimentos. Deve-se pensar na política de saúde em duas vertentes, a que envolve os indígenas aldeados e os não-aldeados. Enquanto os primeiros ainda submetem-se a todos os procedimentos da SESAI, os índios urbanos enfrentam desafios semelhantes aos moradores das periferias das grandes cidades. Muitos deles nem procuram a assistência do órgão específico de saúde e já se dirigem ao SUS.

Conforme destaca Palheta<sup>159</sup>, analisando demandas e reivindicações das lideranças indígenas no âmbito da saúde, entre os anos de 2009 a 2012, há, dentre outras, falta de medicações e médicos, sendo exigida a constante troca de profissionais, haja vista suposto tratamento ruim aos índios, sendo denunciado o número insuficiente de agentes indígenas de saúde, além de poucos materiais de trabalho a estes.

Há, ainda, problemas de ordem operacional, já que montar uma equipe completa e capacitada para atender a população indígena é muito difícil, eis que muitos profissionais de saúde não enfrentam esse desafio, ainda mais diante de péssimas condições de trabalho.

Dessa forma, acertou o legislador ao criar uma secretaria especial de saúde indígena, pois houve o devido respeito ao princípio da isonomia, já que muitos indígenas necessitam de ações afirmativas para que ocorra o equilíbrio dos direitos. Existem, agora, desafios de como melhorar o sistema, seja investindo mais no treinamento dos agentes de saúde indígenas, reforçando os distritos sanitários, ou até realizando políticas públicas específicas, de acordo com a região, buscando atender as comunidades mais necessitadas.

Pesquisa realizada pela FPA<sup>160</sup>, através de entrevistas com indígenas habitando em centros urbanos, mais precisamente entre janeiro e fevereiro de 2011, nas cidades de São Paulo, Fortaleza, Porto Alegre, Manaus e Campo Grande, constatou que se alguém da família precisar tratar da saúde, 56% vai a qualquer posto de saúde/hospital da cidade ou região, sendo que 35% recorrem a chás, ervas e rezas da medicina tradicional do Pajé. Quanto à importância para a saúde dos índios da cidade, 21% destacaram o acesso rápido a consulta e exames, ou seja, são contra a burocracia do sistema; e outros 21% apontaram o fato de os

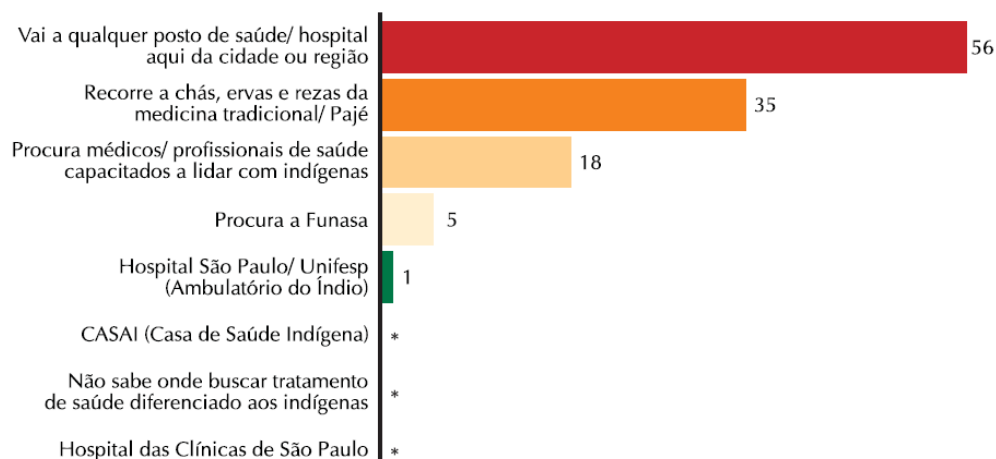
---

<sup>159</sup> PALHETA, 2015, p.73.

<sup>160</sup> STIFTUNG, 2015, *online*.

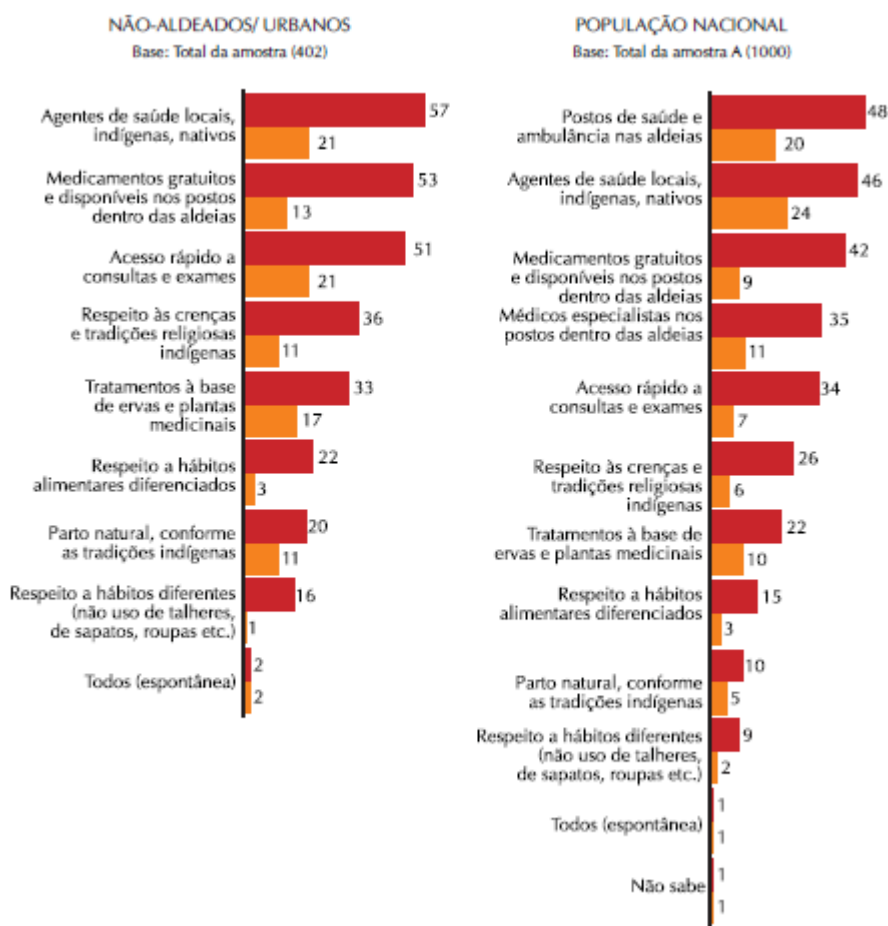
agentes de saúde ser indígenas. Percebe-se, então, que o grande número de índios que procura diretamente o sistema único de saúde já demonstra certa falha da secretaria especial de saúde indígena, a qual parece mais eficaz no atendimento de indígenas aldeados.

Gráfico – 2. Tratamento de Saúde: indígenas urbanos



Fonte: STIFTUNG, 2015, *online*.

Gráfico – 3. Aspecto mais importante para saúde indígena



Fonte: STIFTUNG, 2015, *online*.

Deve haver uma maior reflexão da SESAI acerca do atendimento da população indígena urbana, pois a legislação regente não faz qualquer discriminação quanto ao indígena aldeado ou não-aldeado, motivo pelo qual mais políticas públicas devem ser direcionadas a essa minoria.

Palheta<sup>161</sup> esclarece que os problemas de acesso à saúde dos povos indígenas nas aldeias e na cidade são diferentes, mas de mesma natureza. Assim, a burocracia no fluxo de atendimento, profissionais não preparados a um atendimento específico e diferenciado, além de unidades de saúde lotadas são problemas que se repetem, segundo falas das lideranças. Não existe uma política diferenciada para atender os índios urbanos, sendo que a burocracia a que eles se referem relaciona-se à resolutividade das ações de saúde, pois ao que vivem nas aldeias é necessário percorrer um longo caminho até chegar a um atendimento especializado, já os índios que vivem nas cidades têm dificuldades no tempo de espera e na falta de prioridade no atendimento.

A assistência social prestada ao indígena também ainda tem muito a avançar, já que muitas políticas públicas ainda não chegaram às comunidades indígenas. Deve-se, todavia, buscar respeitar as tradições dos índios, verificando o limite de intervenção do Estado. As políticas de transferência de renda, por exemplo, podem até não ser eficazes se direcionadas a algumas comunidades que possuem condição plena de sobreviver da agricultura ou pesca. A pobreza e a extrema pobreza devem ser avaliadas de forma diferente. Não se pode esquecer de que o direito à alimentação encontra amparo no artigo 25, §1º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo destacado que todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação.

Por outro lado, as comunidades indígenas mais próximas dos grandes centros, as quais já vêm sofrendo com várias intervenções em suas terras, talvez mereçam uma ação mais direcionada, pois as dificuldades de plantio, devido à seca, por exemplo, vão exigir que aquele índio obtenha renda apenas para sobreviver. Com o acordo de cooperação técnica firmado entre a Funai e o Ministério do Desenvolvimento Social- MDS muitas famílias estão recebendo o benefício bolsa família, entretanto há a necessidade de políticas adicionais, principalmente de incentivo de trabalho.

---

<sup>161</sup> PALHETA, 2015, p.83-84.

Até novembro de 2015, 112.003 famílias já estavam sendo beneficiárias do programa bolsa família, o que demonstra um avanço muito grande nessa política afirmativa de inclusão, já que no Brasil todo, segundo censo de 2010, existem 817.963 índios. Percebe-se que a catalogação estabelecida pelo MDS de acordo com grupos de origem étnica representou um grande avanço na colheita de informações e detecção do problema, o que pode servir de exemplo ao INSS e à SESAI.

Considerando que muitos índios são pobres, também são necessárias políticas de distribuição de cestas básicas, garantindo um pouco mais de dignidade à população indígena. Para isso, o papel da Funai também é essencial na verificação de quais comunidades mais necessitam de amparo estatal.

#### **4.3 A legitimidade processual dos índios, suas comunidades e organizações para ingresso em juízo.**

As relações intersubjetivas têm provocado o surgimento de constantes conflitos, os quais podem ser resolvidos de diversas maneiras. O simples diálogo entre os envolvidos poderá gerar a resolução do caso. Contudo, diante da dificuldade de se chegar a um consenso entre as partes, cabe ao Judiciário exercer seu papel de intermediador e pôr fim à demanda através de uma decisão, a qual deve seguir todos os ritos procedimentais, oportunizando as partes todas as condições para apresentarem seus argumentos e provas.

Entretanto, apesar de o Judiciário representar a decisão final do Estado quanto ao caso em discussão, algumas vezes a decisão proferida não vai ser justa, o que poderá provocar diversos prejuízos aos jurisdicionados que possuam algum tipo de hipossuficiência na relação processual.

Assim, percebe-se que o acesso à justiça possui o enfoque formal, em que representaria tão somente a possibilidade de uma pessoa reivindicar algum direito perante o Estado, através de uma estrutura competente; e o aspecto material, no qual seria o alcance efetivo por parte de alguém à verdadeira solução de um conflito intersubjetivo, com equilíbrio e igualdade.

A CRFB de 1988 apresenta o acesso à justiça como um direito fundamental, eis que se encontra previsto no artigo 5º, inciso XXXV. Conforme o texto “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Caso se faça uma interpretação literal, verificar-se-á que o dispositivo constitucional garante apenas o enfoque formal, contudo, através de uma interpretação sistemática, percebe-se que o cidadão possui direito a

um processo justo.

Capelletti e Garth<sup>162</sup> asseveram que a expressão “acesso à justiça” é de difícil definição, mas destacam as duas finalidades do sistema jurídico, conforme já mencionado acima: a primeira de garantir amplo acesso a todos e, a segunda, de produzir resultados justos. Os autores asseveram, ainda, que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”<sup>163</sup>.

Além de o Judiciário ter o papel de garantir o direito, ele deve utilizar todos os mecanismos processuais para que ocorra o cumprimento da decisão. Para isso, além das medidas judiciais cabíveis, há a necessidade de fundamentação das decisões, com base nos princípios constitucionais, leis, jurisprudências e os precedentes judiciais.

Ávalo<sup>164</sup> destaca que o acesso a uma ordem jurídica justa traz a ideia da eficiência, a qual deve ocorrer à luz do princípio da razoável duração do processo.

Os princípios que fundamentam e contribuem com o acesso à justiça são: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o Princípio da Razoável Duração do Processo, o Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Igualdade.

Os referidos princípios complementam-se e devem ser respeitados pelo Judiciário, bem como pelas partes, as quais devem cooperar para que se chegue a uma conclusão ideal. Clève<sup>165</sup> esclarece que não basta haver Judiciário, mas um que decida, devendo a decisão ser justa e que o povo tenha acesso a essa decisão.

Esclarece-se que nem sempre a facilitação do acesso à justiça, como o *jus postulandi* nos Juizados Especiais, provocará a melhor resposta do Judiciário, pois a participação de um Defensor Público ou advogado no processo judicial poderá ajudar bastante a parte envolvida, sempre buscando a melhor tese de atuação.

Não se pode esquecer de que muitas pessoas que procuram os Juizados são pobres e, algumas vezes, demandam contra grandes empresas ou órgãos estatais, o que acarreta um desequilíbrio natural das relações jurídicas. Esse raciocínio já havia sido abordado por

---

<sup>162</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grecie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.08.

<sup>163</sup> Idem, Ibid. p. 12.

<sup>164</sup> SANTANA, Alexandre Ávalo. Os Princípios do Novo CPC e a Tutela Eficiente em tempo razoável. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, v2, p.17.

<sup>165</sup> CLÈVE, 1993, p.40.

Capeletti e Garth<sup>166</sup>, os quais destacaram que os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais presentes para as pequenas causas e para autores individuais, especialmente pobres.

Destaque-se que o acesso à justiça encontra obstáculos econômicos, sociais e culturais. Segundo Santos<sup>167</sup>, o cidadão hipossuficiente encontra mais dificuldade de entender que sua pretensão é viável, conforme transcrição a seguir:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades de reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica.

Muitos índios são pobres e têm dificuldade de compreender a legislação, o que faz necessário a participação da FUNAI em alguns casos.

O artigo 232 da Constituição Federal de 1988 destaca que os índios, suas comunidades e organização são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. O artigo 37 do Estatuto do Índio permitia aos grupos ou comunidades indígenas o ingresso em Juízo na defesa de seus direitos, contudo deveriam ser assistidos pelo Ministério Público Federal ou pelo órgão de proteção ao índio. Entende-se que esse dispositivo não foi recepcionado totalmente pela Constituição Federal de 1988, pois esta exige apenas a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. Por outro lado, Berno<sup>168</sup> entende que a FUNAI e o MPF possuem legitimação extraordinária, a qual concorre com a legitimidade ordinária dos índios. Segundo ele, a análise da questão da capacidade processual dos índios foi transferida do âmbito do direito privado e do Código Civil para o âmbito do direito público e da CRFB.

Já Barreto<sup>169</sup> observa que o Ministério Público atua na defesa judicial dos direitos indígenas, segundo o artigo 129, V, da CRFB/88, na condição de parte (autor ou réu) ou de terceiro interessado (litisconsorte, assistente ou oponente); ou na condição de fiscal da lei, conforme artigo 231 da CRFB/88, quando intervém em todos os atos do processo.

---

<sup>166</sup>CAPPELLETTI, 2002, p.28.

<sup>167</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 167.

<sup>168</sup> BERNO, Alexandre Alberto. **A legitimação constitucional ad processum dos índios em face do não atendimento dos direitos indígenas: o direito brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. UFF-Niterói: Convênio Conselho da Justiça Federal, Universidade Federal Fluminense, 2007, p.59.

<sup>169</sup> BARRETO, 2014, p.103.



Independente de qualquer discussão acerca da legitimidade verifica-se a perspectiva constitucional da alteridade, do respeito aos costumes e tradições dos índios, evitando-se associar isso à integração. Surgem, todavia, alguns questionamentos sobre como os índios, os grupos e as comunidades podem exercer essa capacidade processual, já que a CRFB/88 não fez nenhuma limitação, não sendo necessário, em tese, que as comunidades estejam constituídas na forma de pessoas jurídicas. Araújo e Nunes Júnior<sup>170</sup> destacam que a representação da coletividade deve ser atribuída ao seu líder, existindo a possibilidade dessa situação ser desfeita em caso de não conformidade com a realidade.

Entende-se que os índios devem ter o mais amplo acesso à justiça, inclusive com o apoio da Defensoria Pública da União, já que uma defesa mais técnica poderá garantir uma maior respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, o incentivo à mediação e conciliação deve ser constante, já que muitos casos podem ser resolvidos rapidamente. Pinho e Duarte<sup>171</sup> asseveram que o mediador e o conciliador são terceiro na relação conflituosa e facilitam a autocomposição, ajudando as partes a reconhecer o direito uma das outras e, por conseguinte, facilitando a negociação.

Muitas demandas postuladas pelos índios no âmbito da seguridade social são tratadas nos Juizados Especiais Federais, já que o INSS e a União geralmente figuram no polo passivo. A competência é fixada pelo valor da causa, a qual não pode ultrapassar sessenta salários mínimos.

As ações previdenciárias buscadas pelos índios referem-se à concessão ou restabelecimento de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, salário-maternidade, auxílio-reclusão, pensão por morte. Cabe ressaltar que muitos índios, mesmo figurando na condição de segurados especiais, não conhecem seus direitos, sendo papel da Funai e dos órgãos parceiros promoverem eventos para a conscientização.

Quanto às ações judiciais no âmbito da assistência social, ganham destaque a de concessão de benefício assistencial ao idoso e a de concessão de benefício assistencial à pessoa com deficiência. Já as demandas de saúde discutidas são as que envolvem medicamentos de alto custo, cirurgias, leito de UTI, além de algumas ações coletivas direcionadas para melhorar o atendimento em saúde em algumas comunidades específicas, como políticas de vacinação e saneamento básico.

---

<sup>170</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 430.

<sup>171</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Márcia Michele Garcia. Conciliação e Mediação: Impacto do Novo CPC nos Juizados Especiais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Juizados Especiais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.323.

Muitas dessas demandas não chegam ao Judiciário por falta de informação, já que diversas comunidades indígenas não recebem a devida assistência jurídica da Funai, o que torna necessário o fortalecimento da parceria com a Defensoria Pública da União e com o Ministério Público Federal.

Ademais, o acesso à justiça no âmbito dos Juizados Especiais deve ser avaliado de forma cautelosa, pois a celeridade processual não deve se sobrepor ao processo justo ou devido processo legal, mas sim deve ocorrer uma integração dos referidos princípios para que o Estado oportunize aos jurisdicionados uma resposta rápida e justa. Sugere-se, portanto, que as demandas indígenas, preferencialmente, tenham a participação da FUNAI, como órgão de encaminhamento, da DPU e do MPF, este seja na condição de fiscal da lei ou até como autor, principalmente em demandas coletivas.

#### **4.4 O processo judicial e o sistema de provas adotado pelos índios. Uma reflexão à luz do novo Código de Processo Civil.**

Conforme já explicado ao longo desse trabalho, a condição de indígena, por si só, não gera direito a um benefício previdenciário. Ele pode enquadrar-se em qualquer uma das categorias de segurados da previdência, mas a mais comum é a de segurado especial que, inclusive, recebe um tratamento diferenciado.

O artigo 111, §2º, da Instrução Normativa 77 INSS/PRES, de 21 de janeiro de 2015, destaca que: “A certidão fornecida pela FUNAI, atestando a condição de segurado especial do indígena será submetida à homologação somente quanto à forma”. Dessa maneira, por ser lavrada por um servidor público possui presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, cabendo ao INSS investigar algum detalhe quanto ao conteúdo quando houver alguma dúvida, indícios de irregularidades, ou necessitar de maiores esclarecimentos.

Assim, o procedimento para um segurado especial indígena buscar um benefício previdenciário perante o INSS possui como documento imprescindível a certidão expedida pela FUNAI, na qual deve conter informações sobre o período trabalhado na agricultura, pesca, extrativismo, artesanato. Com base nisso, seria dispensável a entrevista com o indígena, de acordo com o artigo 112, §5º, inciso I, da IN 77/2015, entretanto, na prática, isso não vem ocorrendo, já que muitos indígenas são entrevistados e têm negado seus benefícios por desconhecerem algumas técnicas agrícolas aplicadas por agricultores tradicionais, conforme destacado no mapeamento quantitativo realizado pela DPU/CE.

Os índios possuem sua cultura e técnicas de manejo peculiares, tornando

arbitrárias algumas entrevistas formuladas por servidores do INSS. O artigo 106 da Lei 8213/91 trata do sistema de provas para a comprovação da atividade rural, contudo isso deve ser aplicado diretamente aos agricultores tradicionais, já que os índios têm apenas algumas técnicas semelhantes e, geralmente, não guardam documentos que comprovam a atividade, como contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; notas fiscais de entrada de mercadorias.

Esse mesmo problema ocorre no Judiciário, pois muitos índios são tratados como agricultores comuns, o que leva muitos juízes a formularem perguntas gerais que são feitas aos agricultores tradicionais, o que acarreta uma boa quantidade de improcedência dos pedidos formulados pelos segurados especiais indígenas.

Deve-se, então, conhecer o sistema que se submetem os índios no âmbito judicial para que sejam apresentadas possíveis soluções ao caso. Esclarece-se que será comentado sobre o subsistema da Previdência Social com mais destaque, haja vista a quantidade de ações propostas, mas também serão abordados sobre os processos judiciais que envolvem os subsistemas de saúde e assistência social.

O primeiro aspecto a ser discutido é a competência nas demandas previdenciárias. A regra geral é que a Justiça Federal trate do assunto, já que o INSS figura no polo passivo. A exceção refere-se às ações acidentárias, cuja competência é da Justiça Estadual. Assim, os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente, quando decorrerem de acidente de trabalho ou situações equiparadas, devem ser buscados na Justiça Estadual. O STF pacificou o assunto através da súmula 501<sup>172</sup>. Entretanto, apesar dessa orientação, o STJ, por meio da sua 3ª Seção, firmou entendimento que as demandas envolvendo benefícios previdenciários por acidente de trabalho dos segurados especiais deverão tramitar na Justiça Federal, conforme decidido no CC 86.797, de 22 de agosto de 2007. Como a maioria dos indígenas enquadram-se como segurados especiais, mesmo em demandas acidentárias, deverão procurar a Justiça Federal.

Ademais, a maioria das ações são propostas nos Juizados Especiais Federais, haja vista que o critério de competência é o valor da causa, que corresponde a sessenta salários mínimos. Trata-se de competência absoluta. Foram criados pela Lei nº 10259/2001, havendo a

---

<sup>172</sup> Compete a justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

aplicação subsidiária da Lei nº 9099/95. O microsistema processual é norteado pelos princípios da oralidade, informalidade ou simplicidade, economia processual e celeridade, buscando-se sempre a autocomposição. As ações propostas nos Juizados nem sempre são mais simples do que aquelas de competência da vara federal comum. Savaris<sup>173</sup> esclarece isso destacando que se tudo se resolve pelo critério do valor da causa, há a inconveniência de se submeterem ao rito extremamente célere dos Juizados Especiais Federais, que prestigia a conciliação e a oralidade, causas previdenciárias complexas.

Deve-se ressaltar que o indígena poderá propor a ação sozinho, através do setor de atermção, em que um servidor do próprio Poder Judiciário transcreve a pretensão; ser assistido pela Defensoria Pública da União, ou contratar um advogado particular. A petição inicial deve conter os requisitos dispostos no Código de Processo Civil.

Destaque-se que predomina o entendimento nos Juizados Especiais Federais de que é necessário o prévio requerimento na via administrativa<sup>174</sup>, sendo requisito imprescindível para o preenchimento de uma das condições da ação, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. O assunto encontra-se pacificado, inclusive no STF, o qual julgou o Recurso Extraordinário 631.240, em 27 de abril de 2014, no qual estabeleceu como regra o prévio requerimento administrativo como condição de procedibilidade da ação judicial, sob pena de carência de interesse de agir e extinção do processo sem resolução do mérito. Entretanto, dispensa-se esse prévio requerimento em algumas situações, como nas ações de revisão de benefício previdenciário, nas ações propostas nos Juizados Itinerantes, entre outras.

Não se pode esquecer de que a virtualização dos processos no âmbito dos Juizados Especiais Federais tem tornado mais célere as resoluções das lides. Outrossim, não há prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público. Assim, por exemplo, não há prazo em dobro para a Defensoria Pública no âmbito dos Juizados Especiais Federais, segundo o enunciado 53 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF.

Encerrada a fase de petição inicial, chega-se ao momento da audiência de conciliação, instrução e julgamento. Dependendo da localidade ou Vara, há separação dos atos processuais, ocorrendo, inicialmente, a audiência de conciliação e em outra data a de instrução e julgamento. Os indígenas necessitam de muito apoio nessa fase, pois diante do desconhecimento das regras da instrução normativa, muitos Juízes fazem a instrução do

---

<sup>173</sup> SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2009, p.314.

<sup>174</sup> Esse entendimento encontra-se expresso no enunciado 77 do FONAJEF.

processo da mesma forma que é feito com um agricultor comum, ou seja, muitas vezes verificam as mãos dos índios, fazem perguntas genéricas sobre técnicas de manejo que os índios não utilizam, o que acaba prejudicando o reconhecimento dos seus direitos. Isso também acarreta prejuízo nos depoimentos das testemunhas, pois muitas também são indígenas e acabam não prestando depoimentos compatíveis com a realidade. Cabe destacar que a condição de segurado especial, em regra, deverá ser provada por início de prova material contemporânea à carência do benefício, podendo ser complementada com a prova testemunhal.

Conforme já explicado, os índios necessitam apresentar a certidão expedida pela FUNAI, a qual deve conter o período trabalhado na agricultura, pesca ou extrativismo. Isso deveria servir como prova plena, entretanto, devido a algumas inconsistências, como o exercício de atividade laborativa em outra categoria acaba prejudicando a pretensão. Assim, os principais casos que geram a improcedência do pedido referem-se ao não cumprimento da carência ou não comprovação da atividade rural<sup>175</sup>. Vale ressaltar que o exercício de atividade laborativa como segurado urbano por curtos períodos tem sido aceito pela jurisprudência como situação que não prejudica a condição de segurado especial<sup>176</sup>. Há, inclusive, a súmula 46 da TNU que comenta sobre a necessidade de se avaliar o caso concreto. Muitos índios, principalmente nos períodos de seca, acabam procurando emprego nas cidades. Contudo, muitos não sabem que o ingresso em outra categoria pode prejudicar sua situação de segurado especial. Conforme já comentado, em caso de o indígena requerer o benefício de aposentadoria por idade, mas tiver trabalhado também como segurado urbano, restará buscar a aposentadoria mista ou híbrida.

Dessa forma, cabe à FUNAI investigar a condição do indígena, como agricultor, pescador, extrativista ou trabalhando no artesanato, pois a certidão emitida pela fundação possui presunção de veracidade, motivo pelo qual, em tese, não seria necessário o índio buscar outras provas para fazer essa demonstração judicialmente, sendo coerente haver a análise judicial apenas da prova testemunhal apresentada. Entretanto, essa prática não vem ocorrendo, conforme pode se vê no julgado AC 00105059320134059999, em que o índio teve

---

<sup>175</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5. Processual Civil. Previdenciário. **Apelação do particular contra sentença que julgou improcedente pedido de aposentadoria por idade, em favor da rurícola, por descumprimento dos requisitos legais.** Apelação Cível 00010166120154059999 AL (580123). Apelante: Josefa Almeida da Silva Danta. Apelada: INSS - Instituto Nacional Do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Segunda Turma. DJE – Data da Publicação: 24/10/2014.

<sup>176</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5. Previdenciário. **Aposentadoria Rural.** Comprovação da Condição de trabalhador rural. Vínculo empregatício urbano por período curto não descaracteriza a Atividade Rural. Concessão Do Benefício. Possibilidade. Apelação Cível 00002259220154059999 (578021). Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt. Primeira Turma. DJE – Datada Publicação:05/03/2015.

que apresentar mais provas, além da certidão<sup>177</sup>. Entende-se, portanto, que os Magistrados deveriam analisar apenas a certidão expedida pela FUNAI e aliar essa prova com a oitiva das testemunhas. Caso houvesse alguma dúvida acerca da certidão, a FUNAI deveria esclarecer, mas exigir mais provas ao indígena é muito difícil, pois, geralmente, não guardam documentos da atividade rural e, muitas vezes, recebem as sementes da própria FUNAI, além de outros órgãos. Ademais, muitas vezes plantam em terras coletivas, não havendo contrato de parceria, meação, além de os instrumentos de trabalho ser, geralmente, de todos.

Assim, são admitidos todos os meios de provas moralmente legítimos. Somente três testemunhas, no máximo, são permitidas para cada parte. Após a avaliação das provas, o Juiz profere a sentença, sendo dispensado o relatório, haja vista o princípio da oralidade.

Por oportuno, há possibilidade de o Juiz, a requerimento das partes ou de ofício, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação. Dessa forma, muitos magistrados deferem o pedido de tutela antecipada na própria sentença, objetivando o cumprimento imediato da decisão. Cabe recurso inominado contra sentença, no prazo de 10 dias, para a Turma Recursal, que é formada por três juízes togados. O recurso somente terá efeito devolutivo, podendo o Juiz dar efeito suspensivo, desde que seja para evitar dano irreparável para a parte, sendo necessária a participação de um Defensor Público ou advogado nessa fase. Não há previsão de agravo em face das decisões interlocutórias no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais. Entretanto, como exceção ao postulado da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o artigo 5º da Lei nº10259/2001 permite a interposição de agravo perante os Juizados Especiais Federais.

A interpretação literal dos artigos 4º e 5º da Lei nº 10259/2001 poderia levar à conclusão de que só cabe recurso contra a decisão interlocutória que defere medida cautelar ou antecipatória de tutela. Todavia, por conta do princípio da isonomia, cabe recurso contra a decisão que indefere tal medida<sup>178</sup>. Os embargos de declaração são opostos no prazo de 05 dias, contados da ciência da decisão, quando houver obscuridade, contradição ou omissão. Destaque-se que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13105/2015) alterou a Lei 9099/95, estabelecendo que o prazo será interrompido para a interposição de recurso e não mais

---

<sup>177</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal, 5. Previdenciário. **Aposentadoria por idade de trabalhador rural**. Comprovação do período de carência e do exercício de atividade rural. Início de prova material complementada por prova testemunhal. Juros de mora. Critérios. Apelação Cível 00105059320134059999 (566399). Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão. Quarta Turma. DJE – Data de publicação: 16/01/2014.

<sup>178</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública – Uma abordagem crítica**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.241.

suspensão, como era a redação original, além de ter sido extinto o caso de dúvida. Bollmann<sup>179</sup> explica que a alteração é válida com relação ao efeito de interromper o prazo recursal, mas contraria os critérios constitucionais de oralidade e procedimento sumaríssimo ao viabilizar uso de argumentação irrelevante como hipótese de omissão. O artigo 14 da Lei nº 10259/2001 permite, ainda, pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência das decisões proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. Percebe-se que todo esse procedimento é um pouco complexo aos índios que postulam sozinhos seus direitos.

Esclarece-se que não cabe Recurso Especial no âmbito dos Juizados Especiais, conforme súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça, mas é possível a interposição de Recurso Extraordinário. A execução da sentença ocorre no próprio Juizado. Quando a entidade pública for condenada a pagar quantia em dinheiro, a execução será feita pela expedição de requisição de pequeno valor, evitando-se o sistema de precatório. A RPV refere-se às obrigações cujo valor não ultrapasse sessenta salários mínimos.

Informa-se, ainda, que não cabe ação rescisória no âmbito dos Juizados Especiais, conforme artigo 59 da Lei nº 9099/95 e enunciado 44 do FONAJEF. Destaque-se que essa proibição acarreta vários prejuízos aos hipossuficientes quando ingressam com ação judicial sem assistência jurídica. Trata-se de um risco aos indígenas deixarem transcorrer o processo sem apresentarem argumentos consistentes, pois a formação da coisa julgada pode impedir o reconhecimento de direitos, mesmo existindo provas robustas acerca da atividade rural.

Apesar de existir sistema diferenciado nas ações que envolvem incapacidade, pois há possibilidade de mudança da situação que acarretou a formação da coisa julgada, em outros casos, como a aposentadoria por idade para trabalhador rural, há sérios riscos de o trabalhador não apresentar a documentação necessária e, por conseguinte, perder seu direito à aposentação. Como alternativas para a desconstituição da coisa julgada, cabem uma simples petição, outra ação judicial e até um recurso, contudo esses meios não encontram uniformidade no sistema processual dos Juizados.

Considerando que o novo Código de Processo Civil, Lei 13105, de 16 de março de 2015, apresenta algumas regras que se aplicam nos Juizados, inclusive normas fundamentais, buscando aspectos constitucionais para fundamentar as relações processuais, entende-se que o microsistema dos Juizados poderá melhorar, inclusive para o acesso aos indígenas. O artigo 8º do novo CPC apresenta os princípios da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>179</sup> BOLLMANN, Vilian. O Novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Federais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Juizados Especiais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49.

proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência. O artigo 3º, que se refere ao acesso à justiça, apresenta os equivalentes jurisdicionais, que são meios alternativos que buscam a solução do conflito sem ingresso no Poder Judiciário, mais precisamente a autotutela, autocomposição e a arbitragem, conforme esclarecem Flexa, Macedo e Bastos<sup>180</sup>. Assim, nessas demandas indígenas, há a possibilidade de a FUNAI e os órgãos parceiros tentarem resolver os casos sem a necessidade de buscar o Judiciário. Vale ressaltar que o Acordo de Cooperação firmado entre a FUNAI e o Ministério da Previdência Social teve esse propósito, contudo não vem funcionando na prática.

Ademais, o novo CPC apresenta o princípio da cooperação<sup>181</sup> de forma expressa, sempre em busca da celeridade para resolução dos conflitos. Conforme os ensinamentos de Didier Jr<sup>182</sup>, o princípio possui algumas vertentes: a) dever de esclarecer as dúvidas, evitando decisões açodadas e equivocadas; b) dever de consultar as partes sobre questão não alvitada no processo, evitando, assim, o efeito surpresa, mesmo diante de questões cognoscíveis de ofício; c) dever de prevenir, evitando nulidades e a extinção prematura e indesejável do processo. Dessa forma, o Juiz, conforme comentado, poderia ouvir o indígena ou FUNAI, em caso de dúvida, quanto à certidão expedida, podendo até solicitar a retificação, se fosse necessário.

Quanto às provas, o sistema processual do novo CPC aplica-se nos Juizados, podendo o juiz admitir a utilização de prova produzida em outro processo, ou seja, a prova emprestada, conforme artigo 372. Marinoni e Mitidiero<sup>183</sup> apontam que há duas situações em relação à prova emprestada, sendo a primeira aquela em que será utilizada perante as mesmas pessoas que participaram da produção anteriormente. A segunda situação refere-se a utilização perante pessoas parcialmente ou totalmente diferentes daquelas que participaram originalmente.

Assim, a prova de um processo de aposentadoria por idade rural de um indígena que tramitou em um Juizado, por exemplo, pode ser utilizada em processo de aposentadoria do cônjuge, quando se tenha que comprovar algum aspecto da atividade rural.

O novo CPC estabeleceu uma regra da dinamização do ônus da prova, situação esta que poderá ser aplicada no microssistema dos Juizados, pois já existe possibilidade de

---

<sup>180</sup> FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podium, 2015, p.43.

<sup>181</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>182</sup> DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 55.

<sup>183</sup> MARINONI, 2010, p.102.



inversão do ônus da prova, situação esta que é diferente da dinamização. Neste instituto, ocorre a distribuição à parte que tiver melhores condições de produzir a prova, sendo irrelevante sua posição processual e a natureza dos fatos a serem provados<sup>184</sup>. Várias inovações podem ajudar na resolução de alguns conflitos previdenciários envolvendo os indígenas, efetivando seus direitos fundamentais.

Cabe ressaltar que as demandas indígenas no âmbito da saúde, geralmente referem-se a ações civis públicas requerendo o atendimento de uma determinada população indígena<sup>185</sup>, ou a busca individual por medicamentos, cirurgias, leitos de UTI. Conforme já comentado, existe um subsistema de saúde indígena, em que várias políticas públicas são determinadas para o correto atendimento dos povos indígenas. Entretanto, há diversos problemas para a efetivação desse direito fundamental, tais como burocracia, realidade territorial e geográfica de muitas cidades brasileiras, dificuldade de montar uma equipe operacional que contenha médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais, antropólogos, sociólogos, etc. O Poder Público deve planejar-se para buscar medidas de apoio aos índios aldeados e não-aldeados, evitando-se a judicialização.

Ademais, a União geralmente alega a reserva do possível, a qual, segundo Sarlet<sup>186</sup>, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos materiais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Já na área da Assistência Social, as principais demandas referem-se aos benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência. Como são benefícios que somente são pagos caso o indígena não se enquadre como segurado especial, poucas pretensões são buscadas judicialmente. Conforme estatística do MDS já mencionada neste trabalho, muitas famílias de

---

<sup>184</sup> SILVA, Ricardo Alexandre. Dinamização do ônus da prova no projeto do Código de Processo Civil. . In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, v3, p.544.

<sup>185</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1. Constitucional, administrativo e processual civil. **Assistência à saúde de comunidades indígenas**. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Legitimidade passiva da união. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Não violação. Sentença mantida. Apelações e remessa oficial não provida. Apelação Cível 00002404320084013201. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Sexta Turma. Data de Publicação: 10/07/2015.

<sup>186</sup> SARLET, 2009, p.287.

indígenas estão sendo amparadas com o benefício bolsa família, o que comprova ser uma boa política de Estado no combate à pobreza.

Dessa forma, apesar de as principais demandas judiciais no âmbito na seguridade social serem na área da Previdência Social, verifica-se que há muito a avançar, inclusive buscando meios alternativos de resolução de conflitos, já que os indígenas submetem-se a sistema diferenciado, em respeito ao princípio da isonomia.

#### ***4.4.1 Análise de algumas ações judiciais envolvendo indígenas, na área previdenciária, que tramitaram na Seção Judiciária no Ceará, com a atuação da Defensoria Pública da União.***

As demandas judiciais envolvendo indígenas decorrem de algumas falhas no processo administrativo que tramitam perante o INSS, ou devido ao não cumprimento de todos os requisitos pelo indígena. Ressalta-se, mais uma vez, que a maioria dos índios enquadra-se como segurados especiais, mas o fato de exercerem outras atividades proporciona a mudança de categoria e, por conseguinte, a perda de algumas vantagens decorrentes da atividade agrícola, de pesca, ou do extrativismo.

Essa grande dificuldade de compreender a legislação previdenciária fez com que, em 2011, a Defensoria Pública da União no Estado do Ceará fosse procurada por liderança Tapeba, com o propósito de requerer auxílio em demandas previdenciárias de 14 etnias cearenses. Diante disso, foi aberto o processo de assistência jurídica 2011/035-3086, no qual foram relatados diversos problemas sofridos pelos índios da região. Considerando que muitos indeferimentos de pedidos de benefícios tinham motivos diferentes, optou-se por convocar o INSS para algumas reuniões, objetivando melhorar essa relação do índio com a autarquia previdenciária. Para isso, com apoio no CNIS (cadastro de informações sociais) e as certidões expedidas pela FUNAI, foi realizada pesquisa pelo sociólogo da DPU/CE, o qual elaborou relatório contendo as motivações dos indeferimentos, bem como percentual de acordo com cada etnia.

Houve alguns avanços nessa tentativa de resolução administrativa das demandas, contudo muitos casos exigiram a propositura de ação judicial, o que acarretou a descoberta de novo problema, eis que esse tipo de causa não estava recebendo o devido tratamento por alguns magistrados cearenses, os quais aplicavam as mesmas regras de agricultores comuns, não dando a devida atenção à certidão expedida pela FUNAI, a qual possui presunção de legalidade e veracidade e poderia servir como prova principal na análise dos casos. Assim, alguns pedidos foram julgados improcedentes, mas outros obtiveram vitória judicial,

principalmente após a realização de pareceres sociológicos, os quais consubstanciaram as pretensões.

Dessa forma, foram selecionados alguns casos que tramitam ou tramitaram na Seção Judiciária no Estado do Ceará para que se possam demonstrar alguns problemas que impedem o efetivo acesso à justiça dos indígenas. Apesar de não existir estatística ou dados precisos acerca dos processos envolvendo indígenas, os processos selecionados podem ser utilizados como parâmetros de um possível problema nacional, o qual somente poderá ser detectado de forma mais precisa após uma adaptação do sistema informatizado do INSS e do próprio Judiciário, permitindo a quantificação das demandas indígenas.

O primeiro caso a ser discutido trata-se de uma demanda de uma indígena da etnia Tapeba, no município de Caucaia/CE, a qual teve indeferido seu pedido de aposentadoria por idade, sob o fundamento de que existiam alguns vínculos como segurada urbana, mais precisamente de janeiro a novembro de 1982 e de abril a julho de 1985, o que prejudicou a pretensão. Vale ressaltar que o marido da assistida já estava aposentado por idade como segurado especial indígena, contudo o INSS questionou o fato de a certidão da FUNAI ter sido expedida sem observar os vínculos urbanos da interessada.

Cabe destacar que a índia desde os 10 anos de idade ajudava seus pais na plantação de milho, feijão e mandioca, posteriormente, aos 16 anos casou-se e passou a auxiliar o marido na atividade agrícola, na plantação, revezando com os cuidados da prole e os afazeres domésticos.

O caso obteve mais um empecilho, pois a índia requerera o benefício anteriormente e, após a negativa, ajuizara ação judicial em 2008, a qual transitara em julgada, tendo sido decidido que não ficara provada a condição de segurada especial e que as provas não teriam sido convincentes. Assim, considerando não caber ação rescisória nos Juizados Especiais, como buscar a relativização da coisa julgada?

Dessa forma, a Defensoria Pública da União ajuizou ação judicial (processo 05057227220134058100), após a elaboração de estudo sociológico, o qual se baseou em visita à aldeia indígena, com o intuito de ficar demonstrada a atividade rural. O primeiro passo, entretanto, seria desconstituir a coisa julgada, obstáculo esse que foi superado, haja vista a existência de prova nova.

Quanto à atividade rural, a certidão expedida pela FUNAI já poderia servir como prova principal, mas, ainda assim, a autora anexou mais documentos, como declaração do DNOCS, certidão de casamento, declaração de liderança indígena, entre outros. Entretanto, a prova não recebeu a relevância exigida, eis que o magistrado não levou em consideração que

o manejo dos recursos naturais praticado pelos índios é diferente do executado por agricultores tradicionais. Assim, a índia, em audiência, não soube explicar sobre detalhes do cultivo do feijão, nem o tipo de enxada (marca, peso e preço) que utilizava, o que gerou a improcedência do pedido, já que as testemunhas também não esclareceram sobre a atividade rural praticada.

Deve-se destacar que, na região Nordeste, é comum a existência de vários períodos de seca, exigindo do agricultor, muitas vezes, alguma alternativa de trabalho para sobreviver, contudo muitos não deixam de exercer a atividade rural completamente. Entretanto, isso não é aceito pela lei, a qual permite o exercício de outra atividade apenas no período da entressafra e tão somente por 120 dias. Uma forma de flexibilizar isso tem sido a análise de cada caso, o que motivou o surgimento da súmula 46<sup>187</sup> da Turma Nacional de Uniformização.

Dessa forma, o pouco período de atividade urbana pela autora poderia ter sido analisado de acordo com a súmula, mas isso não foi empecilho, pois o problema maior decorreu de uma suposta falha nos esclarecimentos acerca da atividade rural, a qual conforme mencionado não deveria ter sido discutida de forma genérica. Ademais, faltou até a devida compreensão da autora acerca das perguntas formuladas, não tendo o Juiz levado em consideração a certidão expedida pela Funai e as provas referentes ao marido da autora, o qual já era aposentado como trabalhador rural. O instituto da prova emprestada poderia ter sido uma boa alternativa.

A Turma Recursal confirmou a sentença, negando, portanto, o direito de aposentadoria da indígena. Talvez a designação de uma inspeção judicial, ou a indicação de algum servidor da justiça para verificar a condição da indígena na própria aldeia pudesse esclarecer a situação, já que isso foi feito através de parecer sociológico da DPU, tendo ficado comprovada o exercício de atividade rural. Vale ressaltar que se trata de situação excepcional, a qual deve merecer um tratamento diferenciado, pois muitos índios possuem culturas e tradições diferentes, as quais devem ser analisadas com cautela quando da busca da efetivação dos seus direitos fundamentais. Trata-se do respeito ao pluralismo.

Considerando a impossibilidade de prosseguir no feito, a índia foi orientada a buscar o benefício assistencial à pessoa com deficiência, já que possui diversas doenças e ainda não tem mais de 65 anos de idade, o que geraria o benefício assistencial ao idoso. Percebe-se que seu direito à aposentadoria foi violado, sendo a única alternativa, no caso,

---

<sup>187</sup> O exercício de atividade urbana intercalada não impede a concessão de benefício previdenciário de trabalhador rural, condição que deve ser analisada no caso concreto.

buscar um benefício da assistência social.

O segundo caso de improcedência tratado na Seção Judiciária no Ceará refere-se à indígena da etnia Tremembé, em Maracanaú, em que a interessada também buscou aposentadoria por idade como segurada especial indígena. O motivo do indeferimento também foi a não comprovação da atividade rural, mesmo a certidão da FUNAI tendo registrado a referida atividade de 1968 a 2012. Foi realizada entrevista com a índia no INSS, o que não deveria nem ter acontecido, conforme a Instrução Normativa INSS/PRES 77/2015, a qual substituiu a IN 45/2010, tendo sido ressaltado por servidor da Agência da Previdência Social de Maracanaú que não ficara provado o vínculo étnico, pois a interessada teria nascido em outra localidade, tendo se deslocado ao território indígena apenas em 1978. Percebe-se que a conduta também não foi correta, pois para ser índio existem os critérios de auto-identificação e hetero-identificação, nos quais são levados em consideração diversos aspectos, como a própria identificação e ser reconhecido pela comunidade, além de manter algumas tradições. Como a certidão foi expedida pela FUNAI e foi juntada declaração do cacique, não caberia ao servidor questionar essa condição.

A Defensoria Pública da União ingressou com a ação judicial (processo 05062731820144058100), tendo o Magistrado destacado na sentença que ficou convencido acerca da condição de indígena da autora, haja vista a visita realizada pelo sociólogo da DPU à aldeia. Entretanto, o pedido foi julgado improcedente, com o fundamento de que a índia não demonstrou conhecimento da atividade agrícola, já que não soube responder corretamente sobre o manejo, mais precisamente acerca do número de espigas em cada pé de milho e o tempo entre o plantio e a colheita (segundo a autora, em média 6 meses, quando o normal seriam 3). Ademais, o Juiz entendeu que, caso se considerasse a autora como agricultora, essa atividade seria secundária.

Percebe-se, mais uma vez, que a certidão da Funai não recebeu a devida importância, bem como as peculiaridades das atividades exercidas pelos índios. A Turma Recursal manteve a decisão do Juiz de primeira instância. Assim, o direito à aposentadoria foi violado, mesmo tendo ficado comprovada a condição de segurada especial, através de parecer sociológico.

O terceiro caso a ser analisado trata-se de uma demanda de aposentadoria por idade de segurada especial indígena, da etnia Pitaguary, em que havia o obstáculo da coisa julgada, eis que a interessada já havia ingressado com três ações judiciais com o mesmo objeto. O desafio referia-se ao fato de não caber ação rescisória nos Juizados Especiais, contudo a elaboração de parecer sociológico, após visita no local, possibilitou o

enfrentamento desse obstáculo. Assim, a DPU ingressou com a ação judicial (processo 05082140320144058100), destacando a existência de provas novas<sup>188</sup>.

Vale ressaltar que o novo ingresso da ação somente ocorreu após novo requerimento perante o INSS, tendo a autora apresentado diversas provas, além da certidão expedida pela FUNAI, a qual demonstrava o exercício de atividade laborativa desde 1968. O INSS alegou, na contestação, a existência da coisa julgada, contudo o magistrado não acatou o argumento, destacando que fora formulado novo requerimento e existiam novas provas. Quanto ao mérito, o Juiz destacou na sentença que a autora respondera corretamente, em audiência, as perguntas formuladas, bem como as testemunhas corroboraram o depoimento da autora. Ademais, o Magistrado levou em consideração o parecer sociológico elaborado por servidor da DPU. Outrossim, havia o registro no CNIS da condição de segurada especial de 1968 a 2010.

Diante de todas as provas, o Juiz julgou procedente o pedido da autora, o que foi confirmado pela Turma Recursal, sendo garantido o direito à aposentadoria da interessada, bem como o recebimento das parcelas atrasadas desde o último requerimento administrativo. Percebe-se que o Magistrado foi mais cauteloso quanto às provas, tendo valorizado bastante os documentos expedidos pela FUNAI, além do parecer sociológico, dando credibilidade às informações, as quais foram extraídas de alegações de servidores públicos federais, havendo, portanto, fé pública.

Essa situação repetiu-se no processo 0502985-62.2014.4.05.8100, em que a autora obteve a aposentadoria por idade, após a intervenção da DPU, com apoio no parecer sociológico, inclusive sendo o sociólogo ouvido em audiência, com o propósito de relatar a situação vivida pela interessada. Percebe-se, assim, que algumas medidas práticas modificaram a análise das demandas indígenas na Justiça Federal, havendo a necessidade apenas de uma uniformização.

O último caso a ser analisado cuida-se de um pedido de salário-maternidade (processo 0523669-76.2012.4.05.8100), em que a autora, segurada especial indígena, tivera filho em 2010, contudo, ao requerer o benefício perante o INSS, teve negado seu pedido por não ter comprovado o exercício de atividade rural nos dez meses anteriores ao parto. Mais uma vez a certidão da FUNAI consubstanciou o processo judicial, além de outros documentos. Cabe ressaltar que a assistida já havia recebido benefício semelhante quando do

---

<sup>188</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal, 4. Previdenciário. **Aposentadoria Rural Por Idade**. Bóia Fria. Coisa Julgada. Relativização. Apelação Cível: 2001.70.01.002343-0 (2343) PR. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, Quinta Turma, Data de Publicação: 21/05/2003.

nascimento de outro filho. Mesmo com todos esses argumentos o Juiz julgou improcedente o pedido, com o fundamento de que a autora não o convencera do exercício da atividade rural, além de o marido da autora trabalhar em uma cerâmica.

Mais uma vez houve o desprezo à certidão da FUNAI. Diante disso, a DPU recorreu e a Turma Recursal reformou a decisão de primeira instância, haja vista o início de prova material contemporâneo aos fatos, conforme previsão da súmula 34 da TNU. Ademais, a certidão da FUNAI, ficha da Secretaria de Saúde, além da carta de concessão do benefício de salário-maternidade relativo a outro filho foram ressaltadas como documento essenciais para a comprovação da atividade rural. A Turma ressaltou, ainda, que o fato de o marido da autora trabalhar em uma cerâmica não desqualificaria, por si só, a condição de segurada especial, já que ela exercia a agricultura de forma individual.

Percebe-se, assim, que as demandas envolvendo indígenas devem receber um tratamento diferenciado, podendo o Juiz determinar a realização de uma perícia social, conforme acontece em demandas de benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência, em que se avalia a miserabilidade da família. Ademais, como o sistema de provas dos indígenas é diferenciado, a certidão da FUNAI deve ter mais credibilidade, já que firmada por servidor público federal.

Outrossim, a cooperação das partes, conforme previsão do novo Código de Processo Civil, pode ajudar a evitar algumas demandas judiciais. Cabe destacar que a Defensoria Pública da União, através de parecer sociológico, reforçou o sistema de provas dos indígenas, mas isso não foi suficiente em alguns casos, mas muito relevante em outros. Como a DPU não está em todas as subseções judiciárias, muitos índios não podem contar com o apoio do órgão, enfraquecendo essa rede de proteção. Dessa forma, outra alternativa seria reforçar ainda mais a DPU, inclusive a carreira de apoio, com mais sociólogos, assistentes sociais e antropólogos. A participação mais efetiva do MPF também poderia ajudar bastante na resolução dos casos, já que possuem antropólogos em seu quadro de apoio, profissionais responsáveis por apresentar mais detalhes sobre as comunidades indígenas.

Sabe-se que a uniformização de procedimentos, tanto no âmbito administrativo, como judicial, inclusive com a inclusão na Lei 8213/91 das regras relativas aos índios previstas na Instrução Normativa do INSS nº 77/2015, poderia ajudar bastante no conhecimento desse sistema diferenciado, até porque os Magistrados, em tese, não são obrigados a seguir as regras da instrução normativa, contudo, por ausência de previsão legal específica na lei, houve essa regulamentação.

Devem-se interpretar as normas à luz da Constituição, bem como da Convenção

169 da OIT, as quais garantem diversos direitos aos índios, que, como minoria, merecem ser tratados desigualmente, resguardando seus direitos humanos e fundamentais.

#### **4.5 A capacidade processual dos índios no âmbito internacional. A atuação na Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma, tendo como propósito a aplicação e a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme disciplinado no artigo 1º do Estatuto. Correia<sup>189</sup> destaca que é independente e autônoma porque não depende da Organização dos Estados Americanos. A Corte encontra-se situada em San José na Costa Rica, mas é possível a realização de reuniões em qualquer Estado-membro da OEA. Ademais, esclarece que não é um órgão permanente e suas reuniões ocorrem por períodos ordinários e extraordinários. Já a secretaria é permanente e é composta por um secretário e por quatro advogados.

O Brasil aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992, após a promulgação do Decreto nº 678, tendo se tornado uma jurisdição obrigatória em 1998.

Cumprido ressaltar que algumas demandas envolvendo os indígenas têm sido discutidas em tribunais locais, bem como regionais, além da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso se deve ao fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o qual passou a ter uma relação renovada entre o direito constitucional local e o direito internacional de direitos humanos<sup>190</sup>. A Corte Interamericana apresenta competência consultiva e contenciosa, sendo um órgão jurisdicional do sistema regional composto por sete juízes nacionais de Estados Membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados partes da Convenção<sup>191</sup>.

Já Magnani<sup>192</sup> explica que, por cumular competência judicial e consultiva, a CIDH é produtora de i) sentenças, quando casos contenciosos lhe chegam para apreciação; ii) medidas provisórias, nas hipóteses de urgência ou em que exista risco irreparável às pessoas envolvidas; e iii) opiniões consultivas, nas vezes em que lhe são demandados pareceres ou que a Corte atua balizando a legislação doméstica dos países com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

---

<sup>189</sup> CORREIA, 2008, p.117-121.

<sup>190</sup> COURTIS, 2009, p.55.

<sup>191</sup> PIOVESAN, 2007, p.98.

<sup>192</sup> MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano. Olhares Judiciais sobre os povos indígenas: comparativo das jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. In: Flávia Piovesan; Melina Girardi Fachin (coords). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea. Proteção Nacional, Regional e Global**. Curitiba: Juruá, 2015, v.6, p.330.



Com relação às demandas coletivas que chegam ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Organização dos Estados Americanos (OEA)- importante destacar avanços da Corte Interamericana (Corte IDH) e Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao admitir os casos, flexibilizando a exigência de individualização das supostas vítimas conforme requer o art.40.2.c do Regulamento da Corte nos casos de violações massivas ou coletivas (art.35.2 do Regulamento da Corte). Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001), julgando o caso *Mayagna Awas Tingni Indigenous vs. Nicarágua* – precedente histórico internacional na luta dos povos indígenas pelos seus direitos coletivos -, reconheceu que os povos indígenas, em virtude de sua existência, têm direito de viver livremente em suas próprias terras e ter seus direitos ligados a ela<sup>193</sup>.

Os autores<sup>194</sup> apontam, ainda, que, com as lições recentes da jurisprudência da Corte Interamericana e do constitucionalismo andino, deve-se destacar a interpretação ampliada do direito à propriedade, não mais visto de forma restritiva privada e individualista, estendendo-se à propriedade comunal e coletiva, à utilização da natureza integrada à subsistência física e cultural dos povos tradicionais, das nações indígenas originárias camponesas que se sobrepõe à propriedade individual, moderna e capitalista. Assim, os direitos territoriais estão estritamente ligados ao direito à vida e à integridade dos povos indígenas e tribais. O direito à propriedade passa a ser interpretado de modo ampliado pela noção de pertencimento, direito à terra como um bem existencial, cultural e espiritual. A propriedade retorna ao seu antigo conceito: aquilo que lhe é próprio, neste caso, aquilo que é próprio do povo que habita, integrado à natureza.

Ademais, informam que, no Brasil, observa-se a tendência de retrocesso, com uma interpretação restritiva dos procedimentos de consulta prévia. Há ainda uma insistência por parte dos governos, de que a implementação de procedimentos próprios de consulta prévia aos povos indígenas e tradicionais, possa se equiparar à implementação de procedimentos de audiências públicas, como no contexto dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA), é o que se verifica nos argumentos do Estado, quanto ao descumprimento da condicionante da oitiva aos povos indígenas no caso da UHE de Belo Monte (Altamira, Pará). Ressalta-se que no caso de Belo Monte, o consentimento prévio, livre e informado dos povos do Xingu, possui natureza jurídica de requisito para a construção do megaprojeto hidrelétrico. Todavia, o direito à consulta prévia e ao consentimento livre, prévio e informado, assim como o direito à livre

---

<sup>193</sup> SILVA, 2015, p. 264.

<sup>194</sup> Idem. Ibid. p.269.

determinação tiveram o desprezo do Estado brasileiro e denúncias foram encaminhadas à Comissão Interamericana (CIDH), o que resultou na Medida Cautelar 388/10, de 2011.

O Estado Brasileiro, além de descumprir a medida cautelar pela suspensão imediata do processo de licenciamento da construção da UHE Belo Monte, manteve uma postura de retaliação à Organização dos Estados Americanos (OEA), não efetuando o pagamento de sua cota anual para a manutenção da organização internacional e retirando a indicação da candidatura brasileira à vice-presidência da CIDH. Diante da pressão política e da postura autoritária do Estado Brasileiro, a CIDH acabou recuando e em nova decisão, permitiu a continuidade da obra. Entretanto, recentemente, após denúncias das organizações Justiça Global, Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos e Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente, que representam dos atingidos pela construção da hidrelétrica, o caso entrou em tramitação na CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), da OEA, no dia 21 de dezembro de 2015, haja vista algumas violações a direitos humanos, inclusive de indígenas<sup>195</sup>. A fase instrutória e conciliatória desenvolve-se na Comissão, enquanto o processo propriamente dito tramita na Corte Interamericana.

Os índios possuem plena capacidade processual de buscarem seus direitos no âmbito internacional, caso demonstrem violações aos direitos humanos, inclusive os de seguridade social. Segundo Trindade<sup>196</sup>, o direito de petição individual e a jurisdição obrigatória das Cortes são condições indispensáveis para a proteção de direitos no âmbito do Direito Internacional. No caso de Belo Monte, por exemplo, ocorreram diversas violações de direitos humanos, inclusive na área da saúde, previdência social e assistência social. O MPF vem atuando constantemente no caso, bem como a DPU, a qual passou a ter uma Unidade em Altamira recentemente, haja vista os grandes problemas da região.

Outro problema que existe é a implementação das decisões da Corte no Brasil. Coimbra<sup>197</sup> elenca cinco casos gerais tratados na Corte IDH, nos quais o Estado Brasileiro não cumpriu totalmente as determinações. Uma dessas demandas trata-se do caso Ximenes Lopes vs. Brasil, em que houve maus tratos de funcionários da Casa de Repouso Guararapes, clínica

---

<sup>195</sup> JUSTIÇA GLOBAL BRASIL. **Brasil responderá na Comissão Interamericana por violações de direitos humanos em Belo Monte**. Disponível em: <<http://global.org.br/arquivo/noticias/brasil-respondera-junto-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-por-violacoes-de-direitos-humanos-relacionadas-a-hidreletrica-de-belo-monte/>> Acesso em: 18/01/2016.

<sup>196</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Direitos Humanos no Século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais/Fundação Alexandre de Gusmão, 1998, p.14.

<sup>197</sup> COIMBRA, Elisa Mara. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. Rede Universitária de Direitos Humanos, v.1, n.1, jan.2004. São Paulo, 2004, p.62.

credenciada pelo SUS, em Sobral, Ceará, em prejuízo de Damião Ximenes Lopes, deficiente mental, que veio a óbito. Foi proferida decisão em 2006, condenando o Brasil a respeitar os direitos à vida, à integridade pessoal e garantias judiciais. Algumas determinações foram estabelecidas, tendo o Estado cumprido apenas as medidas de publicação e indenização.

A Corte ainda tem outros precedentes históricos relativos a casos indígenas. O primeiro trata-se do caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005), em que a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Outro se refere ao caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, em que a Corte condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial<sup>198</sup>.

Percebe-se, assim, que muitas demandas indígenas, inclusive as referentes à seguridade social, podem ser tratadas na Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que muitos direitos são desrespeitados diariamente e não há uma resposta efetiva do Estado aos anseios dos povos indígenas. Não se pode esquecer, entretanto, que são necessários alguns requisitos, tais como os dispostos no artigo 44 da Convenção de Direitos Humanos, quando se permite a qualquer pessoa ou grupo de pessoas apresentarem à Comissão de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas, além de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, segundo artigo 46, item 2, alíneas “b” e “c”, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Para isso, uma maior conscientização dos próprios índios e o auxílio imediato de órgãos promotores de direitos humanos representa um caminho para garantir esses direitos humanos e fundamentais. O protocolo de mais denúncias e, eventualmente, o aumento de condenações do Estado Brasileiro podem desestimular as violações de direitos humanos. Antes de tudo, porém, cabe ao Estado respeitar as normas internacionais, planejando políticas que atendam à população indígena brasileira.

---

<sup>198</sup> PIOVESAN, Flávia. **Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios para reforma.** In: Robério Nunes dos Anjos Filho (org). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.* Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p.312-313.

## 5 CONCLUSÃO

O sistema de seguridade social brasileiro, conforme explicado, é um dos mais abrangentes do mundo, o que tem gerado algumas críticas, pois garante diversos direitos fundamentais, contudo, segundo o Governo Federal, as receitas não têm sido suficientes para cobrir as despesas. Noticia-se com frequência a existência de uma crise.

Os temas tratados neste trabalho estão vinculados diretamente ao aspecto econômico e financeiro do país, já que o subsistema da previdência social vem sofrendo constantes alterações com o fundamento de déficit, o qual, em tese, não existe, pois a desvinculação da receita da união- DRU autoriza a retirada de quantias vultosas para aplicação em outras áreas. Com isso, muitos segurados, principalmente os mais pobres, estão sofrendo com as modificações, já que os benefícios não representam a quantia paga equivalente à contribuição, haja vista o sistema de repartição simples.

Sabe-se que a população está vivendo mais, tendo a expectativa de vida modificado o panorama para a concessão ideal dos benefícios, acarretando um constante enfrentamento desse tema pelos governantes do país. O fato de o modelo de contribuição ser obrigatório na previdência social propicia a inclusão de muitos trabalhadores, tendo se tentado, com esteio no princípio da equidade na participação do custeio um equilíbrio no sistema de contribuições, evitando-se que os mais pobres paguem da mesma forma que os mais afortunados. A distribuição de renda é um dos objetivos da previdência social, o que justifica o fato de um segurado especial submeter-se a um sistema diferenciado.

Questiona-se, também, o sistema de saúde brasileiro, pois todos têm direito, apesar de muitas pessoas nem utilizarem o sistema público, pois preferem ingressar no sistema privado. Muitos problemas são verificados a cada dia, como a falta de materiais básicos, falta de medicamentos, poucas vagas de leitos de UTI, poucos profissionais de saúde, entre outros. A assistência social, por sua vez, também encontra vários desafios, sendo, muitas vezes, a primeira oportunidade para as pessoas mais carentes, seja através de políticas de transferência de renda, como o benefício bolsa família, ou ações direcionadas ao combate à fome e pobreza.

Assim, com esteio nos direitos humanos e fundamentais, buscou-se apresentar os direitos indígenas, destacando a evolução histórica e aspectos do monismo e pluralismo jurídico, haja vista a constante intervenção estatal em assuntos específicos das comunidades indígenas. A Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos tratando de direitos dos índios, sendo garantido o pluralismo, o qual permite a manutenção das tradições e

culturas das comunidades indígenas. Ademais, a integração do índio deixou de ser a intenção do Estado, sendo respeitada a alteridade. É necessário ao Estado, todavia, manter a função de fiscalização, não sendo coerente aceitar de forma integral a existência de ordenamentos paralelos. A existência de um júri popular em Roraima, por exemplo, representa uma clara aplicação do pluralismo, contudo alguns aspectos do ordenamento estatal devem garantir a segurança das decisões, sob pena de não ocorrer a devida aplicação da lei.

Verificou-se que muitos direitos dos índios que estão previstos no Estatuto do Índio devem ser interpretados à luz da Constituição Federal e dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em especial a Convenção 169 da OIT. Ademais, os direitos humanos e os direitos fundamentais representam essa garantia aos índios, pois têm seus direitos previstos na Constituição Federal e em normas internacionais, as quais exigem um tratamento digno a essa minoria, a qual vem sofrendo para ter efetivados seus direitos, havendo um grande déficit informacional, acarretando, por conseguinte, a busca precária pelos direitos. Para melhorar isso se deve lutar mais pelos direitos no âmbito interno e, em caso de claro desrespeito aos direitos humanos, procurar se valer do sistema interamericano de direitos humanos, levando-se demandas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem recebido alguns casos indígenas de outros países, mas do Brasil ainda não se verifica uma quantidade razoável de processos.

Realizou-se corte epistemológico no presente trabalho para tratar da seguridade social dos indígenas brasileiros, pois os direitos nos subsistemas da previdência social, saúde e assistência social estão sendo violados frequentemente, motivo pelo qual se buscou estudar esse microssistema para ajudar na efetivação dos direitos indígenas. Para isso, iniciou-se a abordagem pela previdência social, área que contém diversas peculiaridades quanto aos indígenas. Explicou-se sobre o simples fato de ser índio, por si só, não garante um benefício previdenciário, já que o indígena pode enquadrar-se em todas as categorias de segurados obrigatórios da previdência social, sendo mais comum que isso ocorra na categoria de segurado especial.

O segurado especial é aquele que trabalha em regime de economia familiar, ou individualmente, em uma pequena propriedade, retirando da exploração da terra o seu próprio sustento. O pescador, o extrativista e o artesão também podem ser enquadrados como segurados especiais.

Esse tipo de segurado está previsto na Constituição Federal de 1988, tendo as Leis 8212/91, 8213/91 e o Decreto 3048/99 disciplinado o assunto. Entretanto, o indígena, mesmo trabalhando muitas vezes de forma diferenciada, teve garantido seus direitos da mesma forma

de um trabalhador rural comum, o que estava dificultando bastante o acesso aos benefícios. Diante disso, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública, com o propósito de garantir um sistema diferenciado aos indígenas, inclusive para não se fazer distinção entre indígena aldeado e não-aldeado. Os pedidos foram julgados procedentes, motivando o Inss a criar a Instrução Normativa nº45/2010, a qual foi revogada pela Instrução Normativa nº77/2015. Trata-se de norma secundária, a qual dispõe sobre as regras que devem ser seguidas para a concessão dos benefícios aos indígenas.

Dentre as regras previstas na instrução, há a que respeita a certidão expedida pela Funai, constando o tempo trabalhado como segurado especial, bem como a desnecessidade de entrevista com o indígena, salvo diante da ocorrência de alguma dúvida acerca do período trabalhado. Apesar disso, na prática, muitas entrevistas ocorrem, sendo questionada, além da carência, a própria condição de indígenas, gerando várias reclamações dos índios. Entende-se que as regras próprias relativas aos índios deveriam estar previstas nas Leis 8212/91 e 8213/91, pois apenas assim a sociedade tomaria mais conhecimento acerca desses direitos. Vale ressaltar que, em 2009, a Funai, o Ministério da Previdência Social, o Ministério da Justiça e o INSS firmaram acordo de cooperação, com o intuito de facilitar a concessão do benefícios aos indígenas. Haveria a inclusão dos indígenas no CNIS, contudo a operacionalização do acordo não aconteceu da maneira ideal, não tendo ocorrido a implementação dos direitos como se pretendia. O acordo expirou em 2014.

Após o correto enquadramento dos índios dentre as categorias de segurados, foram apresentados os benefícios previdenciários, como aposentadoria por idade, salário-maternidade, pensão por morte, entre outros, tendo sido apontados os requisitos gerais para a concessão, além de aspectos específicos relativos aos índios, como a carência, por exemplo.

Já no sistema de saúde que se submetem os índios, foram apontados os problemas, desde a administração pela FUNASA até a criação da Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, a qual se encontra disciplinada na Lei 8080/90. Trata-se de um subsistema complexo de atenção à saúde dos índios, tendo destaque os distritos sanitários indígenas, os quais representam polos de aplicação de políticas públicas, que encontram dificuldades devido à burocracia, problemas de gestão dos recursos, dificuldade de formação de equipe multidisciplinar. Apesar de o legislador ter se preocupado em estabelecer um subsistema bem coordenado, isso não vem ocorrendo na prática, gerando várias críticas dos índios.

Os índios, apesar de terem direito a um sistema diferenciado, podem submeter-se ao sistema de saúde da população em geral, pois existe a previsão da manutenção de casas de apoio nos grandes centros urbanos, permitindo que os índios também possam gozar de

benefícios e serviços.

A assistência social também representa um direito fundamental direcionado aos indígenas, eis que muitos vivem na pobreza, ou extrema pobreza, principalmente após invasões às suas terras, dificultando a sobrevivência. Assim, existe acordo de cooperação entre a FUNAI e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em que os índios são cadastrados no CADUNICO, permitindo que passem a receber benefícios do Governo Federal, como o bolsa família. Essa política tem permitido a sobrevivência de muitos indígenas com dignidade, além de evitar que deixem suas terras em busca de melhores condições de vida. A assistência social serve como alternativa, caso o indígena não consiga receber nenhum benefício da previdência social.

Após o conhecimento das três áreas da seguridade social, bem como do devido enquadramento do indígena nas políticas públicas, foram apontadas as dificuldades e os desafios para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais, seja no âmbito administrativo ou judicial.

Partindo-se da previdência social, verificou-se que o INSS não vem considerando da maneira ideal as certidões expedidas por servidores da FUNAI, as quais gozam de presunção de veracidade e legalidade. Foram apontadas as falhas, inclusive em estudo estatístico elaborado pela Defensoria Pública da União no Ceará, sendo analisadas algumas dificuldades para a concessão dos benefícios aos indígenas cearenses. A maioria dos indeferimentos decorreu da não comprovação da carência ou da atividade rural. Esse estudo deve servir de alerta e representa apenas um caso paradigma, sendo necessário ao INSS fazer um planejamento adequado para tratar desse problema. Assim, para que os indeferimentos administrativos sejam diminuídos propõe-se o seguinte: a) renovação do acordo de cooperação firmado entre FUNAI, Ministério da Justiça, Ministério da Previdência Social e INSS, permitindo o acesso efetivo ao CNIS aos servidores da FUNAI; b) as certidões expedidas pela FUNAI devem seguir os dados existentes no CNIS, o qual também pode ser obtido pelo próprio segurado indígena nas Agências da Previdência Social; c) realização de cursos aos servidores do INSS e FUNAI acerca do sistema diferenciado aplicado aos indígenas; d) realização de seminários em aldeias indígenas, com apoio de órgãos, como Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Procuradoria Federal, Poder Judiciário; e) inclusão das regras do sistema indígena nas Leis 8212/91 e 8213/91, permitindo que toda a sociedade conheça esse tratamento diferenciado.

Discutiu-se a problemática da efetivação dos direitos indígenas no âmbito judicial, tendo sido verificado que o sistema de provas representa o principal problema para os

índios conseguirem seus benefícios. Após análise de casos concretos que tramitaram na Seção Judiciária no Ceará, percebeu-se que os índios, na maioria das vezes, recebem o mesmo tratamento de um agricultor comum, cuja previsão de provas está disciplinada na Lei 8213/91 e Decreto 3048/99. Entretanto, nem sempre as técnicas de manejo são semelhantes, o que tem gerado a improcedência de vários pedidos. Diante disso, utilizando-se como paradigma o Estado do Ceará, selecionaram-se ações propostas pela Defensoria Pública da União, nas quais ficou demonstrada a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais, tendo a DPU, através de sociólogo da instituição, realizado visitas específicas relativas aos casos demandados, gerando vários pareceres, os quais consubstanciaram as ações. A prova colhida foi muito relevante, tendo sido obtidas muitas vitórias, apesar de algumas derrotas, principalmente por não se considerar a certidão expedida pela FUNAI como um prova plena.

Assim, sugere-se uma mudança na análise de demandas indígenas na Justiça Federal, principalmente as seguintes: a) realização de inspeções judiciais ou visitas de assistentes sociais aos locais que os índios trabalham, respeitando-se aspectos do novo Código de Processo Civil, que preza pela cooperação; b) aceitação da certidão expedida pela FUNAI como prova principal do exercício da atividade rural, complementando a instrução apenas com a prova testemunhal; c) realização de cursos direcionados aos magistrados e servidores, destacando as especificidades que se submetem os índios; d) identificação no sistema judicial das demandas indígenas, com o escopo de se realizar estatística; e) incentivo da cooperação entre as partes, buscando-se a conciliação e relativizando-se alguns aspectos formais em prol do segurado hipossuficiente; f) fortalecimento da Defensoria Pública da União, proporcionando assistência jurídica integral e gratuita aos indígenas brasileiros, através de ações específicas nas aldeias e em todas as Seções e Subseções judiciárias; g) maior incentivo de participação do MPF, haja vista a previsão do artigo 232 da Constituição Federal de 1988.

Quanto à saúde entende-se que devem ser buscadas mais políticas públicas para a efetivação dos direitos, fortalecendo a Secretaria Especial de Saúde Indígena, inclusive dotando de mais recursos aos distritos sanitários, oportunizando o treinamento de mais índios como agentes comunitários de saúde. Ademais, o incentivo à medicina tradicional, além de uma política responsável de medicamentos pode ajudar a combater diversas doenças. A política de vacinação em aldeias indígenas, além de melhores condições de trabalho às equipes de saúde pode ser um incentivo para que mais profissionais tenham interesse pela causa e ajudem a combater as doenças.

Já no âmbito da assistência social deve-se buscar aperfeiçoar o Acordo de Cooperação firmado, incluindo mais índios no CADUNICO, mas sem se esquecer de



incentivar a população indígena ao exercício de atividades laborativas. A diminuição da pobreza nas aldeias indígenas proporcionará mais dignidade aos índios, os quais também devem pensar em manter suas culturas e tradições. Ademais, como alternativa, fortalecer a política de concessão dos benefícios assistenciais ao idoso e à pessoa com deficiência.

Enfim, os direitos humanos e fundamentais dos indígenas devem ser respeitados, sendo necessária uma maior conscientização da população acerca dos direitos dessa minoria, que tanto vem sofrendo preconceito há muitos anos, conforme pode se vê em estatística apresentada pela Fundação Perseu Abramo. A condição de indígena não pode ser analisada com o olhar da época do descobrimento do Brasil, mas sim respeitadas as culturas e tradições dos índios, mesmo que alguns já estejam incluídos no mundo capitalista, conhecendo diversas tecnologias decorrentes da globalização.

Entretanto, no âmbito da seguridade social, os índios devem conhecer melhor seus direitos, inclusive sobre ações afirmativas que os colocam em condição diferenciada para a concessão de benefícios e serviços, contudo a condição de índio, por si só, não gera direito a todos os benefícios, principalmente no âmbito da previdência social, motivo pelo qual somente terão reconhecido direitos diferenciados se mantiveram suas condições diferenciadas no exercício da agricultura, pesca, extrativismo ou artesanato.

Todas as políticas direcionadas aos índios estão associadas, direta ou indiretamente, ao direito à terra, sendo necessário um maior auxílio do poder público e dos órgãos parceiros na manutenção das terras dos índios em face de grandes fazendeiros, grileiros, posseiros, os quais veem a terra tão somente com a finalidade lucrativa, diferente dos índios que tratam suas terras como um espaço sagrado, onde a cultura e as tradições são preservadas, mantendo o direito de autodeterminação como o fundamento para a preservação dos direitos humanos e fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para efetivação de um direito social. In: Robério Nunes dos Anjos Filho. **Direito Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- \_\_\_\_\_. Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: As garantias jurídicas do Direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: Lenir Santos. **Direito da Saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Saúde Indígena no Brasil: Atual quadro jurídico-administrativo do Estado Brasileiro e desafios para a garantia do direito à saúde da população indígena**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, p.115-132, nov.2008/Fev.2009.
- ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**. Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos Anjos. O Direito à autodeterminação dos Povos Indígenas: entre a secessão e o autogoverno. In: Robério Nunes dos Anjos Filho (org). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- ANTUNES. Paulo de Bessa. **Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002..
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BASTA, Paulo Cesar. et.al. Perfil epidemiológico dos povos indígenas no Brasil: notas sobre agravos selecionados. In: Luiza Garnelo; Ana Lúcia Pontes (Org). **Saúde Indígena: uma introdução ao tema**. Brasília: Mec-Secadi, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERNO, Alexandre Alberto. **A legitimação constitucional ad processum dos índios em face do não atendimento dos direitos indígenas: o direito brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. UFF-Niterói: Convênio Conselho da Justiça Federal, Universidade Federal Fluminense, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: UnB, 1999.

BOLLMANN, Vilian. O Novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Federais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Juizados Especiais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Maria Paula Dallari Bucci (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRAGA, Rafael. **AGU obtém decisão inédita e afasta compensação de índio já punido pela tribo**. Disponível em: < [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/386186](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/386186)>. Acesso em 23.02. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conheça a Secretária (SESAI)**. Disponível em:<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/conheca-a-secretaria-sesai>>. Acesso em 07.03.2015.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. **RI Bolsa Família e Cadastro Único Brasil**. Disponível em: < [http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIv3/geral/relatorio\\_form.php?p\\_ibge=&area=0&ano\\_pesquisa=&mes\\_pesquisa=&saida=pdf&relatorio=153&ms=623,460,587,589,450,448](http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIv3/geral/relatorio_form.php?p_ibge=&area=0&ano_pesquisa=&mes_pesquisa=&saida=pdf&relatorio=153&ms=623,460,587,589,450,448)> Acesso em 02.10.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 1. Constitucional, administrativo e processual civil. **Assistência à saúde de comunidades indígenas**. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Legitimidade passiva da união. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Não violação. Sentença mantida. Apelações e remessa oficial não provida. Apelação Cível 00002404320084013201. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Sexta Turma. Data de Publicação: 10.07.2015.

\_\_\_\_\_. Assistência social. **Garantia de salário mínimo a menos afortunado** - estrangeiro residente no país - direito reconhecido na origem. Recurso Extraordinário (587970) RG, Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Publicação: 02.10.2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 4. Previdenciário. **Aposentadoria Rural Por Idade**. Bóia Fria. Coisa Julgada. Relativização. Apelação Cível: 2001.70.01.002343-0 (2343) PR. Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, Quinta Turma, Data de Publicação: 21.05.2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 1. Previdenciário e processual civil. Ação civil pública. Salário-maternidade. Previdenciário. **Atividade rural como indígena**. Qualidade de segurada especial. Benefício devido a partir dos 14 anos de idade. Cabimento. Apelação Cível 54217620054013800. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Turma. Data de Publicação: 10.12.2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 5. Previdenciário. **Aposentadoria Rural**. Comprovação da Condição de trabalhador rural. Vínculo empregatício urbano por período curto não descaracteriza a Atividade Rural. Concessão Do Benefício. Possibilidade. Apelação Cível 00002259220154059999 (578021). Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt. Primeira Turma. Data da Publicação: 05.03.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 5. Previdenciário. **Aposentadoria por idade de trabalhador rural**. Comprovação do período de carência e do exercício de atividade rural. Início de prova material complementada por prova testemunhal. Juros de mora. Critérios. Apelação Cível 00105059320134059999 (566399). Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão. Quarta Turma. DJE – Data de publicação: 16.01.2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 5. Processual Civil. Previdenciário. **Apelação do particular contra sentença que julgou improcedente pedido de aposentadoria por idade, em favor da rurícola, por descumprimento dos requisitos legais**. Apelação Cível 00010166120154059999 AL (580123). Apelante: Josefa Almeida da Silva Danta. Apelada: INSS - Instituto Nacional Do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Segunda Turma. DJE – Data da Publicação: 24.10.2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Maria Paula Dallari Bucci (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública – Uma abordagem crítica**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grezie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Othília Maria Baptista de, et.al. Ampliação do acesso de famílias de povos indígenas ao cadastro único e ao programa bolsa família. In: **Cadernos de Estudos Desenvolvimento Social em debate**. Número 10. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CLEVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça, igualdade. In: Robério Nunes dos Anjos Filho (Org.). **Direito Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013.

COIMBRA, Elisa Mara. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. Rede Universitária de Direitos Humanos, v.1, n.1, jan.2004. São Paulo, 2004.

COLAÇO, Thaís Luzia. O Direito Indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988, In: Antonio Carlos Wolkmer; Milena Petters Melo (Org). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013..

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Emily. **Júri Indígena em Roraima absolve réu de tentativa de homicídio**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em 15.12. 2015.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. In: Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Sur –Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 6, n. 10, junho, 2009.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed. Salvador: Jus Podium, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podium, 2015.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Modalidades da terra indígena**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em 01.09.2015.

GARNELO, Luiza. Política de Saúde Indígena no Brasil: notas sobre as tendências atuais do processo de implantação do subsistema de atenção à saúde. In: Luiza Garnele; Ana Lúcia Pontes (Org). **Saúde Indígena: uma introdução ao tema**. Brasília: Mec-Secadi, 2012.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Desaposentação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.indigenas.ibge.gov.br>>. Acesso em 19. 10. 2015.

JUSTIÇA GLOBAL BRASIL. **Brasil responderá na Comissão Interamericana por violações de direitos humanos em Belo Monte**. Disponível em: <<http://global.org.br/arquivo/noticias/brasil-respondera-junto-a-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-por-violacoes-de-direitos-humanos-relacionadas-a-hidreletrica-de-belo-monte/>> Acesso em: 18.01.2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LEITAO, Andre Studart; DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. Proteção social, planejamento e coerência: o efeito sanfona da previdência social brasileira e a medida provisória nº 664/2014.. In: CONPEDI/UFS. (Org.). (Org.). DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. Livro: **Direito do trabalho e seguridade social**. 24 ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Marco Aurélio e PEREIRA, Ricardo Neves R. Carteira Indígena: um processo em construção. In: **Cadernos de Estudos Desenvolvimento Social em debate**. Número 10. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGALHAES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano. Olhares Judiciais sobre os povos indígenas: comparativo das jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. In: Flávia Piovesan; Melina Girardi Fachin (coords). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea. Proteção Nacional, Regional e Global**. Curitiba: Juruá, 2015.

MAIA, Gretha Leite. Para entender “Selváticos”, “Silvícolas” e sujeitos: Um Diálogo com a literatura latino-americana contemporânea. In: Marcelo Campos Galuppo; André Karam Trindade; Luis Carlos Cancellier de Olivo. (Org.). **Direito, arte e literatura**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MARCONI, Marina de Andrade ; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

MEIRA, Márcio. Direitos indígenas no Brasil: reveses, avanços e contradições. In: Gustavo Venturi e Vilma Bokany (org). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.

OLIVEIRA, Rogério; RONALDO, Sérgio. **Nota conjunta aos servidores da FUNAI sobre o plano de carreira indigenista – PCI**. Disponível em: <[http://www.ansefunai.com.br/modules/mas-top\\_publish/?tac=carreira\\_indigena](http://www.ansefunai.com.br/modules/mas-top_publish/?tac=carreira_indigena)> Acesso em: 05.01.2016.

PALHETA, Rosiane Pinheiro. **Política Indigenista de Saúde no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2015.

PEREIRA, Ana Carolina Barbosa e TEIXEIRA, Leopoldo Fontenele. A Desvinculação das Receitas da União (DRU) e a efetivação de direitos fundamentais sociais. In: FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Direitos Fundamentais Sociais na Contemporaneidade**. São Paulo: LTR, 2014.

PIMENTEL, Spensy. Violação dos direitos humanos e a luta pela terra Guarani-Kaiowa. In: Gustavo Venturi e Vilma Bokany (org). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Márcia Michele Garcia. Conciliação e Mediação: Impacto do Novo CPC nos Juizados Especiais. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Juizados Especiais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PIOLA, Sérgio Francisco. **Financiamento público da Saúde: algumas questões**. In: Sandra Mara Campos Alves, Maria Célia Delduque, Nicolao Dino Neto (Orgs). Direito Sanitário em perspectiva. v.2. Brasília: ESMPU:FIOCRUZ, 2013.

PIOVESAN, Flávia e FACHIN, Melina Girardi. O abismo da universalização dos direitos e o papel do direito humano ao desenvolvimento como ponte. In: Flávia Piovesan; Melina Girardi Fachin (coords). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea. Proteção Nacional, Regional e Global**. Curitiba: Juruá, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios para reforma**. In: Robério Nunes dos Anjos Filho (org). Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Walter Costa. **Coleção Constituições Brasileiras: A Constituição de 1937**. 3. ed. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

RANGEL, Lucia Helena, et al. A presença indígena nas cidades. In: Gustavo Venturi e Vilma Bokany (org). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.

ROCHA, Daniel Machado da e SAVARIS, José Antônio. **Curso de Direito Previdenciário. Fundamentos de interpretação e aplicação do Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

ROLLA, Gustavo Augusto Pereira de Carvalho. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Premissas Interpretativas para a busca da máxima eficácia jurídica e aplicabilidade de suas normas. In: Gregório Assagra de Almeida, Jarbas Soares Júnior, Maria Elmira Evangelina do Amaral Dick (Coord.). **Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SALES, Tainah Simões. **O Estado, a Pobreza e o Programa Bolsa Família**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

SANTANA, Alexandre Ávalo. Os Princípios do Novo CPC e a Tutela Eficiente em tempo razoável. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade.** 6ª ed. São Paulo: Cortez, 1999..

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário.** Curitiba: Juruá, 2009.

SEGATO, Rita Laura. **Que cada povo teça os fios da sua história.** Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, janeiro-junho, nº 1, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo.** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Liana Amin Lima da; MARÉS, Carlos Frederico. Direito internacional dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais na América Latina. In: Flávia Piovesan; Melina Girardi Fachin (coords). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea. Proteção Nacional, Regional e Global.** Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Ricardo Alexandre. Dinamização do ônus da prova no projeto do Código de Processo Civil. . In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). Novas Tendências do Processo Civil. **Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés (coord). Pesquisa promovida sobre o tema “**Estatuto dos Povos Indígenas**”, objeto do “Projeto Pensando o Direito”, da Série Pensando o Direito n.º 002/2008, em parceria da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Disponível em: <[www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/19pensando\\_direito.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/19pensando_direito.pdf)> Acesso em: 01.09.2015.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Tutela das expectativas de Direito Fundamentais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. Um diálogo latino-americano.** Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

STIFTUNG, Rosa Luzemburg. **Indígenas no Brasil:** demandas dos povos e percepções da opinião pública. Disponível em: <[http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisa\\_completa.pdf](http://www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisa_completa.pdf)>. Acesso em 23. 12. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Direitos Humanos no Século XXI.** Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais/Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006..



VIANNA, Cláudia Salles Vilela. A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais e a carência necessária à obtenção do benefício. In: Jane Lucia Wilhelm Berwanger; Simone Barbisan Fortes (coords). **Previdência do Trabalhador Rural em Debate**. Curitiba: Juruá, 2012..

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2013.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **História do Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. Direito à Saúde, Sistema Único de Saúde e a integralidade da assistência. In: Lenir Santos. **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas/SP: Saberes Editora, 2010.

WEISSHEMER, Aurélio. **Bolsa Família - Avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

**ANEXOS**