

**QUEM É INDÍGENA? UMA ANÁLISE À LUZ DO  
POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM  
SEDE DO RECURSO ESPECIAL 1.064.009 – SC:  
MULTICULTURALISMO E ACESSO À JUSTIÇA**

**WHO IS INDIGENOUS? AN ANALYSIS OF SUPERIOR TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA POSITION, IN PLACE OF RECURSO ESPECIAL  
1064009 - SC: MULTICULTURALISM AND ACCESS TO JUSTICE**

**Gabrielle Bezerra Sales<sup>1</sup>**

**Denise Almeida de Andrade<sup>2</sup>**

**RESUMO**

A definição de indígena no Brasil é complexa, pois ainda precisa superar o preconceito velado e séculos de subjugação. A Constituição Federal de 1988 avança como marco normativo, o que não se mostra, contudo, suficiente para garantir o reconhecimento e a efetivação dos direitos dos povos indígenas, a exemplo do acesso à justiça. Nesse contexto, pretendeu-se analisar as contribuições que a teoria do multiculturalismo pode trazer à efetivação de direitos, especialmente, o acesso à justiça, na medida em que aponta para o respeito às singularidades de cada pessoa ou grupo e a tolerância às diferenças. Para tanto, analisou-se o Recurso Especial 1064-SC, a partir da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Indígena. Multiculturalismo.

**ABSTRACT**

The definition of indigenous in Brazil is complex, because it still needs to overcome veiled prejudice and centuries of subjugation. The Federal Constitution of 1988 progresses as a normative framework, which is not shown, however, sufficient to ensure the recognition and realization of the rights of indigenous peoples, including access to justice. In this context, we sought to analyze the contributions to the theory of multiculturalism can bring the realization of rights, especially access to justice, in that it points to respect the uniqueness of each person or group, and tolerance for differences. To this end, we analyzed the Recurso Especial 1064-SC, from the decision rendered by the Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>1</sup> Doutora pela Universidade de Augsburg na Alemanha. Doutoranda em Bioética pela Universidade do Porto. Coordenadora Geral do Curso de Direito do UniChristus.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Bolsista CAPES/PROSUP-PRODAD.

Keywords: Access to Justice. Indigenous. Multiculturalism.

## INTRODUÇÃO

O objetivo desse estudo foi analisar uma decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, tendo como partes o Ministério Público Federal-MPF, como recorrido, e a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA e a União, como recorrentes, no que tange à controvertida percepção de quem é indígena no Brasil.

O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública – ACP contra a União e a FUNASA para garantir assistência médica a indígena da aldeia Xaçecó, na Justiça Federal de Santa Catarina, sob o argumento de que o indígena não precisa viver/morar em aldeia para fazer *jus* aos direitos inerentes à sua condição de indígena.

A ação foi julgada procedente em primeira instância e confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o que motivou a FUNASA e a União a apresentarem Recurso Especial ao STJ.

Primeiro será feito um breve relato sobre as peculiaridades da ação e do recurso, depois apresentar-se-á o marco normativo de proteção aos direitos dos indígenas e para ao final esclarecer quem, afinal, é considerado indígena no Brasil, com o objetivo de demonstrar que o acesso à justiça significa muito mais do que poder ingressar em juízo ou garantir o julgamento procedente de uma ação. Para se falar em acesso à justiça para os povos indígenas, é necessário sabermos que são e quais as prerrogativas que lhes foram garantidas pela Constituição Federal de 1988 e pelas demais normas infraconstitucionais brasileiras.

### **1 RECURSO ESPECIAL 1.064.009 - SC (2008/0122737-7): BREVE HISTÓRICO**

A União e a FUNASA interpuseram Recurso Especial contra decisão que determinou ser restritiva a interpretação de que para o indígena não aldeado<sup>3</sup> não está resguardada a prestação de assistência à saúde pela FUNASA, devendo ser atendido pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

O STJ acatou a tese defendida pelo MPF, confirmando que à FUNASA não cabia restringir o conceito de assistência à saúde, retirando desse escopo os cuidados

---

<sup>3</sup> As expressões “indígena aldeado” e “indígena não aldeado” foram utilizadas no acórdão em análise e, por isso, utilizadas nesse texto, a fim de preservar a originalidade das discussões travadas em sede de recurso especial.

odontológicos, tampouco limitar a condição de indígena aos que residem em aldeias ou reservas.

Entende-se que quatro argumentos do acórdão merecem destaque: a) o cabimento da multa (*astreinte*) contra a Fazenda Pública; b) o não cabimento dos Embargos de Declaração; c) a legitimidade do MPF para interpor a Ação Civil Pública; e d) a determinação de quem é indígena. Dentre esses argumentos, apenas os dois últimos serão, mais detidamente, analisados.

O ministro relator Herman Benjamin confirmou o cabimento da *astreinte* contra a Fazenda Pública, defendendo que caso a União e a FUNASA se negassem a cumprir a determinação judicial deveriam pagar multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), tendo em vista a pacificação do tema no STJ, não havendo afronta ao artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro.

No que se refere aos Embargos de Declaração, o ministro relator defendeu o não cabimento, sob o argumento de que o órgão julgador não está obrigado a pontuar, de maneira sequenciada, um a um os argumentos apresentados, pois a exigência normativa é a de que todos os fatos sejam analisados e devidamente esclarecidos, podendo se dar de maneira concisa e não linear.

Apresentados, sucintamente, os dois primeiros argumentos, por não guardarem estreita relação com o objeto desse trabalho, passa-se aos subsequentes, pela necessidade de confirmar a legitimidade *ad causam* do MPF para interpor a ACP, e de densificar as discussões sobre quem é indígena.

Defende-se que a legitimidade do MPF é ampla e alberga a defesa dos direitos e interesses da população indígena brasileira, bem como a proteção dos interesses individuais indisponíveis. Desta forma, o MPF estaria autorizado a ajuizar a referida ACP tanto por se tratar de proteção ao direito à saúde, bem como por comprometer o exercício de um direito constitucionalmente garantido ao indígena, que representa um grupo, historicamente, marginalizado no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 consubstanciou no artigo 129, V: “São funções institucionais do Ministério Público [...] defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas [...]”<sup>4</sup>, a legitimidade dessa instituição para representar

---

<sup>4</sup> Em complementação, tem-se o artigo 232 da CF/88: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

judicialmente, se for o caso, essa parcela da sociedade, sem apresentar distinção relacionada ao local onde residem.

Seguindo esse entendimento, a Lei Complementar nº. 75 de 1993, que versa sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPF traz no artigo 6º, XI: “compete ao Ministério Público da União defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, incluídos os relativos às terras por elas tradicionalmente habitadas, propondo as ações cabíveis”.

Já o artigo 127 da CF/88 dispõe: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, *in casu*, o direito à saúde.

Todavia, ainda resta um questionamento: essa legitimidade resguardaria o direito de apenas um indígena, ou está atrelada à defesa de interesses da população indígena, concebida como uma minoria?

O trecho abaixo, extraído do voto do ministro relator, apresenta uma articulação teórica interessante:

No caso, a tutela judicial buscada envolve a garantia do *status* de índio e o direito à saúde, inegavelmente indisponíveis. Assim, a legitimidade do Ministério Público para propor a Ação Civil Pública de que cuidam os autos sobressai evidente, por se tratar de atuação em defesa, não de um, mas de dois interesses indisponíveis (STJ: *on line*).

Perceba-se que se defende a legitimidade do MPF por se tratar da defesa de “dois interesses indisponíveis”, não se abordando a questão do grupo ou indivíduo indígena. A premissa utilizada é que a salvaguarda do direito à saúde, considerado como um direito indisponível, e de interesse de um indígena, integrante de um grupo hipervulnerável seria suficiente.

Todavia, em outro trecho, tem-se:

ressalto que a tutela buscada pelo Ministério Público, *in casu*, **não alcança apenas uma pessoa**: sua pretensão é de que seja assegurada assistência médica e odontológica **a todos os indígenas que se encontrem na mesma situação constatada no caso concreto**, que evidenciou a postura da Administração de **limitá-la aos habitantes do aldeamento específico** (grifou-se). (STJ: *on line*).

O entendimento que se entende como mais adequado é o acima, tendo em vista que a legitimidade do MPF para propor a ACP deriva da defesa de um direito que está sendo negado aos indígenas, concebidos como um grupo e não, de maneira, individualizada ou pontual.

Destaque-se, ainda, que a exigência de que residam em uma aldeia ou reserva para que possam, de fato, serem considerados indígenas também é afastada, deslocando a controvérsia do plano do “local onde reside” para “quais as características para ser considerado indígena”.

Reny Mendes faz *jus* a todas as ações relacionadas à assistência à saúde prestadas pela FUNASA, pois representa a população indígena brasileira, que não deve ser limitada ao local onde mora. A administração pública, nesse caso, defendeu a limitação de assistência médica aos indígenas que vivem em aldeia (aldeia Xapecó), desconsiderando que compete ao poder público assegurar o direito à vida saudável de toda a população indígena.

## **2 NORMAS DE PROTEÇÃO AOS INDÍGENAS: APANHADO À LUZ DO DIREITO À SAÚDE**

O artigo 196 da CF/88 dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Pode-se dizer que essa previsão constitucional influenciou o texto da Lei 8080/90<sup>5</sup>, que prevê um subsistema de atenção à saúde indígena, artigo 19-A: “As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei”.

O artigo 19-C é claro ao determinar que: “Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena”, não indicando qualquer espécie de restrição ou limitação para o atendimento.

---

<sup>5</sup> Essa lei “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

Já o artigo 19-F, põe a salvo a concepção mais ampla de saúde, que não se confunde com a ausência de enfermidade, indicando que no subsistema de atenção à saúde indígena, vários aspectos da vida humana têm que ser contemplados:

Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Ainda nesse sentido, o Decreto 3156/99<sup>6</sup> contempla as especificidades do atendimento à saúde da população indígena, cabendo destaque para o artigo 1º: “A atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição e com a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, objetivando a universalidade, a integralidade e a equanimidade dos serviços de saúde” e para o artigo 2º, VI:

Para o cumprimento do disposto no artigo anterior, deverão ser observadas as seguintes diretrizes destinadas à promoção, proteção e recuperação da saúde do índio, objetivando o alcance do equilíbrio bio-psico-social, com o reconhecimento do valor e da complementariedade das práticas da medicina indígena, segundo as peculiaridades de cada comunidade, o perfil epidemiológico e a condição sanitária:[...] VI - a assistência médica e odontológica integral, prestada por instituições públicas em parceria com organizações indígenas e outras da sociedade civil.

Desta forma, percebe-se que o arcabouço normativo de proteção à saúde da população indígena no Brasil é suficiente para parametrizar as medidas dos atores responsáveis.

Todavia, se ainda cabe discussão sobre o papel do Estado no respeito a esse direito, impõe-se a necessidade de ampliar o conhecimento e divulgação das normas voltadas à proteção da população indígena, bem como aprofundar o debate sobre quem é indígena e o que identifica essa população como tal.

É nesse sentido que se afirma que para se garantir o efetivo acesso à justiça aos povos indígenas precisa-se avançar em questões que transcendem o Poder Judiciário, na medida em que se mostra essencial o real respeito às suas origens e peculiaridades, a fim de superar o superficial e precário reconhecimento de seus direitos.

### **3 AFINAL, QUEM É INDÍGENA?**

---

<sup>6</sup> Esse decreto “Dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde[...]”.

O relator do processo, já na ementa do acórdão, expõe sua percepção acerca da condição de indígena, indicando que residir ou não em aldeia ou reserva não é determinante para conferir o *status* de indígena. Por outro lado, a recusa da União e da FUNASA se fundamenta, especificamente, nesse motivo.

Desta forma, impõe-se o questionamento: quem, afinal, é indígena?

Para aqueles que ainda residem em aldeias, em terras demarcadas ou em processo de demarcação, os quais ostensivamente mantêm os rituais e hábitos indígenas, historicamente reconhecidos como autênticos, não há grandes dúvidas.

O indígena que usa cocá, tanga e penas, participa dos rituais e danças da aldeia, recorre ao Pajé para curar suas enfermidades, reconhece a autoridade do cacique, não tem tido sua condição questionada, pelos “poderes” oficiais. Contudo, grande parte dos indígenas brasileiros não mais vive nas aldeias e passam a “não se encaixar” no estereótipo definido pela maioria.

O artigo 3º do Estatuto do Índio – Lei 6001/73, dispõe:

Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: **I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional**; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados(BRASIL: *on line*). (grifou-se).

Desta forma, aponta 2 (dois) critérios para que uma pessoa seja considerada indígena: se auto identificar como tal, manifestar que se entende e se percebe como indígena, e ser identificado pelo grupo ao qual faz parte, com o qual partilha características específicas como membro desse grupo.

Todavia, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT<sup>7</sup> dispõe no artigo 1º, ponto 2, que: “A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”, defendendo que a percepção individual do *status* de indígena é o requisito necessário para essa determinação.

---

<sup>7</sup> Ratificada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004.

Esse entendimento “dispensa” o segundo critério contido no artigo 3º do Estatuto do Índio, que é o reconhecimento do grupo ou comunidade indígena de que aquele indivíduo é, de fato, indígena<sup>8</sup>.

Percebe-se, então, que ao ratificar e internalizar o texto da Convenção 169 – OIT, no Brasil, é suficiente, para ter assegurado todos os direitos e interesses de indígena, que uma pessoa se autodeclare, se autoidentifique como tal, considerando que a construção da identidade do sujeito é marcada por uma percepção interna, autônoma de quais características lhe moldam a personalidade, lhe conectam às suas crenças, convicções, lhe reportam a essência da sua vida.

Há ainda o artigo 4º, do Estatuto do Índio, o qual garante ao indígena, que não vive em aldeia ou reserva, a manutenção de seu *status*, senão veja-se:

Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Importante ponderar que o tema é controvertido, muito em razão da condição de exclusão e de menosprezo que a população indígena brasileira vivenciou desde a chegada de colonizadores ao Brasil<sup>9</sup>. Nesse contexto, entende-se que a população indígena deve ser considerada como uma minoria, tendo em vista um passado de inferiorização e menosprezo, por possuir características próprias, que não se enquadram nos padrões estabelecidos pela sociedade ocidental como “normais e adequadas”.

---

<sup>8</sup> É importante indicar, apesar de não ser objeto da presente análise, que há várias críticas sobre a legitimidade e a credibilidade desse critério (autoidentificação) para determinar a condição de indígena, sob o argumento de não ser um mecanismo seguro para aferir a veracidade dessa informação.

<sup>9</sup> O conceito de minoria não é pacífico e a teoria do multiculturalismo é objeto de críticas doutrinárias. Todavia, para a realização desse trabalho, adota-se a definição de Capatorti sobre minorias, a partir da qual, confirma-se a condição de minoria étnica da população indígena: “*un groupe numériquement inférieur au resto de la population d’un Etat, en position non dominante, dont les membres – ressortissants de l’Etat – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l’effect de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue*”. Ver LESLIE, Peter M. *Rebuilding the relationship: Quebec and its Confederation Partners. Report of a conference. Kingston: The Institute of Intergovernmental Relations, 1987. Queen’s University.* Disponível em: <http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/books/RebuildingtheRelationshipQuebecanditsConf-PeterLeslie1987.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

Houve, ao longo dos últimos cinco séculos, o “compromisso”, por parte dos “brancos civilizados”, de “libertar” os indígenas da sua condição de ignorância e atraso, entendimento que só começou a ser questionado, de maneira mais efetiva, na segunda metade do século passado.

A partir disso, alguns esforços começaram a se traduzir em documentos internacionais de proteção à população indígena, em movimentos organizados de defesa dos interesses e direitos desse grupo, em instituições oficiais especializadas como a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, dentre outros.

Nesse contexto, destaca-se a teoria do multiculturalismo que se propõe a contribuir para a proteção e defesa de interesses de grupos minoritários, com o objetivo de respeitar a diversidade, por meio da tolerância, e combater a padronização das pessoas e sociedade.

O multiculturalismo defende a valorização da cultura dos diversos grupos que compõem a humanidade, na busca pelo reconhecimento de que a multiplicidade, a diferença, a pluralidade garantem a riqueza e a sobrevivência da humanidade, que há muito teria desaparecido se não fosse a criatividade e a ousadia inerentes à diversidade.

Para Andrea Semprini (1999, p. 42) o “multiculturalismo é, sem dúvida, a resultante de um processo de mistura e de encontro de diferenças [...], representa uma reação à dificuldade e, frequentemente, ao fracasso desse processo”. A teoria do multiculturalismo se firma no reconhecimento de que o desafio de conciliar interesses e convicções diferentes é grande, mas também é imprescindível para que se possa, de fato, preservar direitos de pessoas e grupos não hegemônicos.

Will Kymlicka (1996) afirma que a democracia atual tem que superar os conflitos etno culturais, fonte mais comum de violência política desde a década de 1990. Diz isso, por entender que as minorias foram, historicamente, exterminadas, excluídas ou assimiladas, criando um cenário de intolerância e subjugação.

O autor indica que a teoria dos Direitos Humanos não é capaz de lidar com essas questões, por estar centrada na pessoa humana, e propõe o multiculturalismo como um caminho:

*Las sociedades modernas tienen que hacer frente cada vez más a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y la acomodación de sus diferencias culturales, algo que a menudo se denomina el reto del multiculturalismo (KYMLICKA: 1996, p. 25).*

Reconhece, por outro lado, a dificuldade de se conceituar e definir o multiculturalismo, que, por vezes, se fragiliza em meio à multiplicidade de grupos minoritários e às inúmeras maneiras como esses grupos se relacionam com a sociedade “comum”.

*No obstante, el término multiculturalismo abarca formas muy diferentes de pluralismo cultural, cada una de las cuales plantea sus propios retos. Existen diversas formas mediante las cuales las minorías se incorporan a las comunidades políticas, desde la conquista y la colonización de sociedades que anteriormente gozaban de autogobierno hasta la inmigración voluntaria de individuos y familias. Estas diferencias en la forma de incorporación afectan a la naturaleza de los grupos minoritarios y el tipo de relaciones que éstos desean con la sociedad de la que forman parte. De ahí que las generalizaciones sobre los objetivos o las consecuencias del multiculturalismo pueden ser bastante equívocas. (KYMLICKA: 1996, p. 25).*

Para Ana Maria D’Ávila Lopes (2008, p. 21) “o multiculturalismo – também chamado de pluralismo cultural ou cosmopolitismo – tenta conciliar o reconhecimento e respeito à diversidade cultural presente em todas as sociedades”, e ainda:

O Multiculturalismo é a teoria que defende a valorização da cultura dos diversos grupos que compõem a humanidade, que defende que ser diferente não significa ser nem melhor nem pior do que ninguém, que é contra a uniformização ou padronização do ser humano, que valoriza as minorias e suas especificidades e que entende que o mais valioso que tem a humanidade é a sua diversidade. (LOPES: 2012, p. 5).

Percebe-se, desta forma, que o multiculturalismo se apresenta como um instrumento de compreensão da realidade da população indígena brasileira, a qual, por se diferenciar em crenças, hábitos, costumes, ainda vivencia uma situação de vulnerabilidade e subjugação em relação à sociedade “dominante”.

Diz-se isto, porque a discussão em torno da necessidade do indígena estar vivendo em aldeia ou reserva para ser reconhecido pela sociedade e pelo poder público como tal, está calcada em um estereótipo, a partir do qual se entende como indígena a pessoa que pinta o corpo, usa pena para se enfeitar, e mora em reservas ou aldeias, onde, reservadamente, pode ser considerado como indígena. Esse estreitamento de pensamento desrespeita a população indígena da mesma forma que há cinco séculos quando do início do processo de colonização.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>10</sup>, no artigo 27, esclarece:

No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIL E POLITICOS: *on line*).

Referida previsão reforça a ideia de que minorias estão mais sujeitas à discriminação e ao desrespeito e, por isso, devem contar com sistemas de proteção e de atenção específicos. No caso em tela, não se propõe qualquer espécie de prioridade aos indígenas não aldeados<sup>11</sup>, na verdade, a tutela judicial objetiva garantir tratamento adequado aos indígenas, que possuem uma história, vivência, costumes e hábitos diferentes dos da maioria:

Tal direito fundamental deve ser assegurado, atendendo à peculiar condição dos destinatários, a toda comunidade indígena, esteja ou não em aldeia, sob pena de descumprimento do dever que exsurge dos arts. 5º, caput; 196 e 231 da CF/88, combinados com as Leis ns. 6.001 (art. 54 e parágrafo único), 8.080/90 (arts. 19-B, 19-C, 19-D, 19-G, e § 2º); e 10.683/03 e Decreto nº 3156/99 (arts. 1º e 2º). (STJ: *on line*).

A decisão protege o direito da população indígena de manejar os instrumentos públicos criados para lhes garantir autonomia e igualdade, promovendo o respeito às diferenças e a preservação de seu *modus* de vida.

[...] Inegável que, com absoluta prioridade, constitui dever do Estado Democrático de Direito a tutela da saúde integral dos silvícolas, incumbindo ao Poder Judiciário atuar de acordo com a precaução e razoabilidade exigíveis no resguardo de tais bens jurídicos, mostrando-se fundamental estender aos silvícolas as prestações públicas imprescindíveis a que não sejam discriminados[...]. (STJ: *on line*).

Ainda sobre a definição de quem é indígena e de como essa definição se consubstancia na vida cotidiana dessa minoria, têm-se as contribuições de Patrick Thornberry (s/d), especialmente, a partir das reflexões feitas sobre o caso Kennewick<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Ratificado pelo Brasil e internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992.

<sup>11</sup> Corroborando esse entendimento o artigo 25, ponto 2, da Convenção 169 da OIT: “Na maior medida possível, os serviços de saúde **deverão ser** baseados na comunidade [...]”(grifou-se).

<sup>12</sup> O caso Kennewick se refere à mais antiga ossada humana da América do Norte, descoberta em 28 de junho de 1996, no Rio Columbia, perto de Kennewick, Washington, por dois moradores. As análises feitas indicam que referido “esqueleto” é de uma pessoa branca (caucasiana) e não de um indígena, pondo à prova a definição de quem é, de fato, indígena, na medida em que relativiza o conceito de “primeiro

Referidas ponderações levaram o autor a afirmar que existem 4 (quatro) vertentes intrinsecamente ligadas acerca da definição de indígena. (THORNBERRY: s/d).

A primeira se refere à relação do indivíduo com um lugar, esclarecendo que essa ligação se dá entre uma pessoa e uma localidade (Estado, País, distrito, etc.) que represente algo importante para sua existência e que interfira na sua percepção de mundo e de vida. Para o autor, essa definição conecta todos os seres humanos, salvo raras exceções, à condição de indígena, pois remete as pessoas aos seus ancestrais e raízes.

O segundo entendimento está diretamente atrelado à condição de primeiro habitante de um território, “*we were here before you, so we are indigenous*” (THORNBERRY: s/d). A dificuldade apresentada pelo autor é a de que pode não ser possível estabelecer essa “ordem de chegada”, e sem essa cronologia a indicação de quem é indígena fica prejudicada, pois é um parâmetro que necessita “de um outro referencial” para se confirmar. Nas palavras de Patrick Thornberry (s/d):

*This is a strong meaning in ordinary speech, and in some political contests it is proposed as the unique meaning of indigenous. This is about historical priority: where priority can be established, the prior group is indigenous; where it cannot, 'indigenous' is meaningless, applying to everyone and no one.*

A terceira se refere à indicação de ser o primeiro habitante ou o habitante original de um lugar, que independe de uma confirmação histórica e, por isso, a certeza dessa condição é ainda mais difícil de ser verificada e/ou comprovada. A discussão não é simples, pois, como as demais acepções, se relaciona, de uma forma ou de outra, com o que já foi historicamente definido e estabelecido, pela maioria (brancos, “civilizados”, etc.).

Por fim, a quarta acepção aposta na definição de indígena a partir de uma condição peculiar, ímpar, diferente da maioria dominante. Traços culturais e de costumes definem determinado grupo como diverso da maioria, que seria considerado indígena: “*this is not about history or place but about character and 'the diacritical marks of culture'*”[...]. (THORNBERRY: s/d).

---

habitante”. Ver THORNBERRY, Patrick. *Indigenous peoples and human rights*. Manchester: Manchester University Press, [s/d].

Para além dessas acepções, o termo indígena encontra outras dificuldades para se afirmar, tendo em vista que ao longo do processo de reconhecimento desse grupo como minoria e da elaboração de normas internacionais de proteção, foram sendo forjados termos como tribo, indígena, aborígine, utilizados ora como sinônimos ora como vocábulos diferentes<sup>13</sup>, o que afeta diretamente a precisão das discussões.

Desta forma, inegável que as controvérsias em torno da definição de “quem é indígena” são múltiplas, mas devem ser superadas a partir da premissa do respeito ao diferente e da proteção à diversidade, construindo opções de convivência harmônica, que transcendam as minúcias das terminologias e definições.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados percebe-se ser complexa a escolha de critérios para indicação de quem possui *status* de indígena, o que não impede se considere a população indígena como uma minoria étnica, em razão dos argumentos já apresentados.

No que se refere, especificamente, ao acórdão analisado, entende-se pela sua coerência e respeito aos normativos nacionais e internacionais, em especial, à CF/88 e à Convenção 169 da OIT, não merecendo reproche a decisão proferida pelo STJ.

Entende-se que a autoidentificação parece ser, por agora, a opção mais adequada à ideia de, paulatinamente, resgatar a autonomia e a independência da população indígena, ainda que, nesse processo, haja excessos e equívocos, reconhecendo-se esse critério como suficiente para garantir o *status* de indígena a uma pessoa.

A tarefa de indicar um critério fechado ou escolher uma única definição para indígena esbarra numa construção histórica controvertida e repleta de interesses que transcendem o cuidado com a minoria indígena, o que confirma a necessidade de se robustecer as discussões atinentes aos direitos e interesses dessa minoria, bem como em torno do multiculturalismo, que se mostra como um supedâneo teórico para essas ponderações.

---

<sup>13</sup> A Organização das Nações Unidas – ONU e a OIT seguem utilizando, prioritariamente, o termo indígena, que incorpora as 4 acepções discutidas a partir do caso Kennewick, minimizando o uso da expressão tribal.

Por fim, saliente-se que para se garantir o efetivo acesso à justiça aos povos indígenas é necessário não só admitir sua autoidentificação, mas perceber que a negativa se assim proceder impede o exercício do direito acima referido.

## REFERÊNCIAS

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: Edusc, 1999.

BRASIL. Decreto 3156/99. **Presidência da República**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3156.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3156.htm). Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Lei 6001/73. **Presidência da República**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 1 nov. 2012.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**: uma teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona; Buenos Aires; Mexico: Paidós, 1996.

LESLIE, Peter M. *Rebuilding the relationship: Quebec and its Confederation Partners. Report of a conference*. Kingston: The Institute of Intergovernmental Relations, 1987. **Queen's University**. Disponível em: <http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/books/RebuildingtheRelationshipQuebecanditsConf-PeterLeslie1987.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 45, n. 177, jan./mar. 2008.

\_\_\_\_\_. A contribuição da Teoria do Multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros. **Conpedi**. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado\\_dir\\_povos\\_ana\\_maria\\_lopes.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf). Acesso em: 20 nov. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Presidência da República**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 10 nov. 2012.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIL E POLITICOS. **Ministério da Justiça**. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm). Acesso em: 28 out. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1064009-SC. 2 Turma. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 1 nov. 2012.

THORNBERRY, Patrick. *Indigenous peoples and human rights*. Manchester: Manchester University Press, [s/d].

