

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR
MARIA CLAUDIA CRESPO BRAUNER
JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA
(Coordenadores)



EDITORA LTDA

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaripe, 271
CEP 01324-003
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2187-1101
www.ltr80.com.br
Gorumbi, 2014

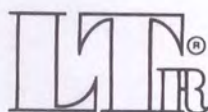
Projeto Gráfico e Edição Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: FÁBIO GIGLIO
Impressão: DAYM GRÁFICA E EDITORA

Direito e Saúde Construindo a Justiça Social

Direito Fundamental à Saúde

01	02	03	04	05	06
07	08	09	10	11	12
13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30
31	32	33	34	35	36
37	38	39	40	41	42
43	44	45	46	47	48
49	50	51	52	53	54
55	56	57	58	59	60
61	62	63	64	65	66
67	68	69	70	71	72
73	74	75	76	77	78
79	80	81	82	83	84
85	86	87	88	89	90
91	92	93	94	95	96
97	98	99	100	101	102
103	104	105	106	107	108
109	110	111	112	113	114
115	116	117	118	119	120
121	122	123	124	125	126
127	128	129	130	131	132
133	134	135	136	137	138
139	140	141	142	143	144
145	146	147	148	149	150
151	152	153	154	155	156
157	158	159	160	161	162
163	164	165	166	167	168
169	170	171	172	173	174
175	176	177	178	179	180
181	182	183	184	185	186
187	188	189	190	191	192
193	194	195	196	197	198
199	200	201	202	203	204
205	206	207	208	209	210
211	212	213	214	215	216
217	218	219	220	221	222
223	224	225	226	227	228
229	230	231	232	233	234
235	236	237	238	239	240
241	242	243	244	245	246
247	248	249	250	251	252
253	254	255	256	257	258
259	260	261	262	263	264
265	266	267	268	269	270
271	272	273	274	275	276
277	278	279	280	281	282
283	284	285	286	287	288
289	290	291	292	293	294
295	296	297	298	299	300
301	302	303	304	305	306
307	308	309	310	311	312
313	314	315	316	317	318
319	320	321	322	323	324
325	326	327	328	329	330
331	332	333	334	335	336
337	338	339	340	341	342
343	344	345	346	347	348
349	350	351	352	353	354
355	356	357	358	359	360
361	362	363	364	365	366
367	368	369	370	371	372
373	374	375	376	377	378
379	380	381	382	383	384
385	386	387	388	389	390
391	392	393	394	395	396
397	398	399	400	401	402
403	404	405	406	407	408
409	410	411	412	413	414
415	416	417	418	419	420
421	422	423	424	425	426
427	428	429	430	431	432
433	434	435	436	437	438
439	440	441	442	443	444
445	446	447	448	449	450
451	452	453	454	455	456
457	458	459	460	461	462
463	464	465	466	467	468
469	470	471	472	473	474
475	476	477	478	479	480
481	482	483	484	485	486
487	488	489	490	491	492
493	494	495	496	497	498
499	500	501	502	503	504
505	506	507	508	509	510
511	512	513	514	515	516
517	518	519	520	521	522
523	524	525	526	527	528
529	530	531	532	533	534
535	536	537	538	539	540
541	542	543	544	545	546
547	548	549	550	551	552
553	554	555	556	557	558
559	560	561	562	563	564
565	566	567	568	569	570
571	572	573	574	575	576
577	578	579	580	581	582
583	584	585	586	587	588
589	590	591	592	593	594
595	596	597	598	599	600
601	602	603	604	605	606
607	608	609	610	611	612
613	614	615	616	617	618
619	620	621	622	623	624
625	626	627	628	629	630
631	632	633	634	635	636
637	638	639	640	641	642
643	644	645	646	647	648
649	650	651	652	653	654
655	656	657	658	659	660
661	662	663	664	665	666
667	668	669	670	671	672
673	674	675	676	677	678
679	680	681	682	683	684
685	686	687	688	689	690
691	692	693	694	695	696
697	698	699	700	701	702
703	704	705	706	707	708
709	710	711	712	713	714
715	716	717	718	719	720
721	722	723	724	725	726
727	728	729	730	731	732
733	734	735	736	737	738
739	740	741	742	743	744
745	746	747	748	749	750
751	752	753	754	755	756
757	758	759	760	761	762
763	764	765	766	767	768
769	770	771	772	773	774
775	776	777	778	779	780
781	782	783	784	785	786
787	788	789	790	791	792
793	794	795	796	797	798
799	800	801	802	803	804
805	806	807	808	809	810
811	812	813	814	815	816
817	818	819	820	821	822
823	824	825	826	827	828
829	830	831	832	833	834
835	836	837	838	839	840
841	842	843	844	845	846
847	848	849	850	851	852
853	854	855	856	857	858
859	860	861	862	863	864
865	866	867	868	869	870
871	872	873	874	875	876
877	878	879	880	881	882
883	884	885	886	887	888
889	890	891	892	893	894
895	896	897	898	899	900
901	902	903	904	905	906
907	908	909	910	911	912
913	914	915	916	917	918
919	920	921	922	923	924
925	926	927	928	929	930
931	932	933	934	935	936
937	938	939	940	941	942
943	944	945	946	947	948
949	950	951	952	953	954
955	956	957	958	959	960
961	962	963	964	965	966
967	968	969	970	971	972
973	974	975	976	977	978
979	980	981	982	983	984
985	986	987	988	989	990
991	992	993	994	995	996
997	998	999	1000	1001	1002

LTR®
80



EDITORA LTDA.
© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Outubro, 2016

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: PAYM GRÁFICA E EDITORA

Versão impressa: LTr 5647.5 — ISBN: 978-85-361-9025-9

Versão digital: LTr 9042.9 — ISBN: 978-85-361-9035-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito e saúde : construindo a justiça social / Marco Aurélio Serau Junior,
Maria Claudia Crespo Brauner, José Ricardo Caetano Costa, (coordenadores). – São
Paulo : LTr, 2016.

Vários autores
Bibliografia

1. Direitos fundamentais 2. Direito à saúde 3. Justiça social 4. Saúde - Leis
e legislação - Brasil 5. Saúde pública - Brasil 6. Serviços de saúde - Brasil I. Serau
Junior, Marco Aurélio. II. Brauner, Maria Claudia. III. Costa, José Ricardo Caetano.

16-06717

CDU-34:351.77(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito da saúde 34:351.77(81)
2. Brasil : Saúde : Direito 34:351.77(81)

DIREITO FUNDAMENTAL DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS À SAÚDE

Paulo Thadeu Gomes da Silva*

De início propõe-se mudar o título para Direito fundamental das populações indígenas à saúde – a proposta de título recebida era: Direito fundamental à saúde da população indígena. A inversão e o plural se justificam porque, em primeiro lugar, se confere uma expressa titularidade do direito fundamental à saúde às populações indígenas, e em segundo lugar, utiliza-se a expressão prevista na norma constitucional do art. 129, V, que prescreve ser função institucional do Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

A mudança aqui proposta, e problematizada, não é de somenos importância. Com relação à titularidade de direito fundamental por parte das populações indígenas, há a necessidade de se refletir sobre a correção da afirmação, pois que, como se sabe, direito fundamental é produto da sociedade ocidental, e não das sociedades indígenas, estas que são assim nomeadas e consideradas com base, exatamente, em uma ou várias distinções, não se igualando, em um processo de homogeneização, uma às outras.

Dessa distinção apontada resulta uma outra, que acaba por justificar o plural inerente às populações indígenas, representada pela existência de várias sociedades indígenas distintas entre si. No Brasil, por exemplo, segundo o Censo de 2010 do IBGE, havia 305 etnias e mais de 270 línguas para uma população de mais de 800 mil índios. Heterogeneidade, como se vê, indicativa de uma alta complexidade.

Há, portanto, problemas, travestidos de paradoxos ou contradições, a serem, sequencialmente, resolvidos, o que tentar-se-á fazer neste artigo.

A titularidade de direito fundamental por parte dos índios coloca duas ordens de problemas: (i) podem os índios, coletivamente, ser titulares de direito fundamental? (ii) podem os índios, individualmente, ser titulares de direito fundamental?

Para que essas perguntas possam ser respondidas impõe-se, primeiro, que se desvende de que maneira geral os índios podem ser titulares de direito fundamental. Uma primeira objeção – até onde se sabe – vem, *en passant*, de Durham, para quem há uma contradição em os movimentos sociais indígenas brandirem a bandeira dos direitos humanos, pois estes foram fabricados pela sociedade ocidental que deles se diferencia (DURHAM, 2004, p. 303).

A afirmação, ainda que de forma passageira, produz séria consequência na compreensão dos direitos dos índios, e por isso mesmo deve ser problematizada. Do que se pode extrair, ao menos *prima facie*, a interpretação aí exposta considera os direitos humanos como um rol fixo e fechado em si mesmo, o que contraria até o surgimento histórico de novos direitos humanos, indo de encontro à ideia de que direitos humanos são sempre um trabalho em progresso, um processo sem fim.

Todavia, a mesma afirmação leva os estudiosos a tentarem construir uma teoria que dê conta de ex-

* Doutor em Direito, Procurador Regional da República em São Paulo, Professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU.

aplicar o evento. Estévez escreve de forma adequada a respeito. Para ela, os direitos humanos têm de ser compreendidos em um determinado contexto social e histórico, pois assim poder-se-ia pensar neles a partir da realidade latino-americana (ESTÉVEZ, 2012, p. 222) – a despeito de as sociedades indígenas existirem na maior parte da sociedade mundial, pontua-se.

A autora trabalha essa possibilidade por meio das ideias de analogia e intertextualidade. Assim, na América Latina, os direitos humanos são uma formação discursiva cuja genealogia pode revelar tanto as relações de força que levaram a uma contraestratégia de luta, quanto à formação de conceitos tais como “desaparecimento forçado” ou “direitos coletivos dos povos indígenas” (ESTÉVEZ, 2012, p. 237).

Este ponto é bastante importante para a compreensão do tema. É que essa abordagem genealógica permite pensar no discurso dos direitos humanos como algo flexível, e não rígido ou fixo, sem fundamentos naturais ou morais, pois é essa mesma flexibilidade que dá margem à expansão dos sujeitos, objetos, conceitos e estratégias novas aos quais o discurso dos direitos humanos acaba por se abrir (ESTÉVEZ, 2012, p. 238). Dito de outra maneira, não se pode pensar na formação de um discurso dos direitos humanos a partir de uma naturalização dos seus fundamentos, o que é feito pela teoria liberal – e parece ser o caso também de Durham –, assentada em sacrosantos princípios representados pelo carro-chefe da propriedade individual. Esse impedimento encontra justificação na necessidade de se atrelar o discurso que forma o conceito de direitos humanos ao contexto histórico-social em que ele é produzido.

E o que vai permitir essa construção genealógica do discurso dos direitos humanos é a intertextualidade. A intertextualidade, que tem origem na crítica literária, se refere à inexistência de textos completamente novos ou autônomos, portanto, sua construção leva em conta textos passados e atuais inseridos em contexto histórico-social próprio (ESTÉVEZ, 2012, p. 239).

Agora já pela pena deste autor, é o caso mesmo de se pensar na interpretação, por exemplo, no que diz com os direitos dos povos indígenas, das Convenções 107 e 169, OIT, as quais demonstram uma linha, ainda que parcial, de desenvolvimento da compreensão desses direitos que vai do abandono da assimilação e integração à positivação do direito à diferenciação social. No plano interno, as Constituições de vários países latino-americanos positivaram o direito coletivo ao território indígena.

Por fim, Estévez define os direitos humanos “como uma construção linguística político-legal (uma

formação discursiva), cujos valores e instrumentos são intertextuais e podem ser reinterpretados pelas lutas sociais para articular suas demandas e construir novas petições de direitos humanos no âmbito legal, mas sobretudo no sociopolítico” (ESTÉVEZ, 2012, p. 243). Como se pode perceber, esse conceito não é feito a partir do direito, que sempre foi norteado pelo constitucionalismo liberal, mas sim das demandas dos movimentos sociais por seus direitos humanos (ESTÉVEZ, 2012, p. 245), o que pode ser ilustrado pelos movimentos nacionais e internacionais indígenas que acabaram por positivar documentos constitucionais e internacionais nos quais seus direitos foram reconhecidos – o que, de igual efeito, não quer dizer que seus direitos estejam consolidados e mesmo sejam respeitados.

O que vem de ser problematizado permite pensar em que o discurso dos direitos humanos e, por necessária consequência, a titularidade desses mesmos direitos, sem embargo de, historicamente, terem sido construídos na sociedade ocidental – embora mesmo a sociedade ocidental não tenha sempre se constituído por uma tradição dos direitos humanos, v. g., as guerras religiosas até antes do século XVII (TALBOTT, 2005, p. 8) –, podem como que transcender essas amarras teóricas que os confinam a uma determinada sociedade e espalhar seus sentidos para outras sociedades, o que ocorre desde que não se os considere como algo fixo e imutável, mas sim como um evento que se manifesta em cada realidade social específica, v. g., no caso latino-americano, sociedades nas quais o conflito e as sociedades indígenas estão presentes.

Essa compreensão leva, necessariamente, a que se considere o regime de direitos dos índios como sendo de dupla afetação: (i) os índios são titulares de direitos fundamentais ocidentais, v. g. direito à saúde; (ii) os índios são titulares de direitos indígenas propriamente ditos, e. g., direito de aplicar seus próprios métodos de solução de conflitos.

Esse regime jurídico de dupla afetação existe porque os índios vivem, originariamente, em suas sociedades indígenas e, naqueles casos em que ocorra a integração, por derivação, na sociedade ocidental. Isso não significa um hiperdeferimento de direitos aos índios, mas decorre, sim e diretamente, da peculiar posição moral ou social por eles ocupada, o que permite pensar na manifestação de uma dignidade coletiva e de uma individual.

A titularidade dos índios de direitos fundamentais ocidentais se justifica, em geral, quando há a integração – e não assimilação, proibida pela Constituição de 1988 –, por exemplo, quando o índio opta por viver na

sociedade ocidental; a integração, portanto, é sempre um ato quase espontâneo de escolha – não é totalmente espontâneo por causa da pressão existente por parte da sociedade ocidental e que decorre do inexorável processo do contato. A justificativa é em geral, e não em todos os eventos, porque haverá casos em que o índio pode ser titular de direito fundamental ocidental mesmo não se integrando à sociedade envolvente, v. g., o direito à saúde, o que será mais explicado mais adiante – nessa linha se encaixa, também, o direito ao salário-maternidade, de matiz essencialmente ocidental, mas que vem sendo deferido às índias menores de 16 anos de idade com base em seu trabalho exercido junto às famílias nas áreas indígenas, i. e., em um *modus vivendi* especificamente indígena¹.

Já a titularidade dos índios de direitos propriamente indígenas se deixa representar por dois níveis de proteção: (i) há os direitos fundamentais propriamente ditos de proteção aos direitos dos índios; (ii) há os direitos dos índios propriamente ditos.

Os direitos fundamentais de proteção aos direitos dos índios encontram-se positivados no art. 231, *caput*, da Constituição, e podem ser traduzidos da seguinte maneira: há o direito fundamental geral à diferenciação social e, decorrente desse gênero, há as espécies direito à terra, à organização social e à cultura.

Desses direitos decorrem os direitos dos índios mais específicos, e que são, por exemplo, os direitos de falarem a própria língua, de manterem uma relação de não exploração econômica com a terra e, no que interessa aqui mais de perto, sem prejuízo de outros, preservarem um sistema próprio de saúde ou, mais especificamente ainda, de etnomedicina.

Aqui uma contradição surgida na descrição que vem de ser exposta deve ser dissolvida. É que, neste artigo, ao mesmo tempo em que se argumenta que o direito do índio à saúde é de caráter fundamental ocidental, aponta-se o mesmo direito como sendo de caráter indígena propriamente dito. Ora, na distinção aqui proposta, ou ele é de matriz ocidental ou é de natureza indígena?

A contradição se dissipa pela observação que se pode fazer do direito em jogo e que parece indicar que ele pode pertencer às distintas sociedades que mantêm relações entre si, quais sejam, as sociedades indígenas e a ocidental, todas com seus atinentes métodos de prevenção de e repressão às doenças. O direito à saúde, então, e pensando metaforicamente, mantém um pé em cada canoa, seja ela indígena, seja

ela ocidental – essa aparente antinomia demonstra, no limite, a complexidade da descrição dos direitos dos índios, cujas sociedades se encontram dispostas ao lado da sociedade ocidental, o que leva o pensamento, ainda que *prima facie*, à seguinte classificação: (i) direitos originários dos índios (v. g., língua); (ii) direitos derivados dos índios: (ii [a]): direitos derivados sem integração (e. g., salário-maternidade); (ii [b]): direitos derivados com integração (e. g., direito político).

Portanto, e em breve resumo, os índios tanto podem ser titulares de direitos coletivos, v. g., direito à saúde e à terra, quanto de direitos individuais, e. g., direito previdenciário ou assistencial – com a ressalva de que o direito ao salário-maternidade, embora de titularidade individual, se constitui com relação ao coletivo, representado pelo modo de viver da comunidade. Contudo, o problema que remanesce, e que merece atenção, é agora aquele referente a como construir sentidos possíveis e adequados, por meio da interpretação, ao direito fundamental das populações indígenas à saúde.

Toda vez que se vai problematizar um direito fundamental dos índios há a obrigatoriedade de se fazê-lo levando-se em consideração as relações que as sociedades indígenas mantêm com a ocidental. Então, um primeiro aspecto da análise do direito aqui tratado é que ele, direito, constitui-se em um problema de relação. E isto, também, não é de pouca relevância.

A relação que existe – ou ao menos deve existir – entre as sociedades indígenas e a ocidental é de heterarquia, e não de hierarquia. Isso quer dizer que o território, a organização social e a cultura das sociedades indígenas devem ser respeitados pela sociedade ocidental. Vale, também, para o tema da saúde. Então, para se compreender, de forma minimamente adequada, o direito em análise, deve-se descrever o sistema de saúde e medicina da sociedade ocidental e o das sociedades indígenas.

A sociedade ocidental é diferenciada funcionalmente. Dentre os vários subsistemas sociais que a compõem, v. g., político, jurídico, econômico, há o da medicina. Esses subsistemas direcionam forte pressão, assimétrica, por certo, às sociedades indígenas, que apresentam, em seu interior, outra forma de diferenciação distinta da funcional, que é a segmentária. O problema reside em que essas sociedades devem conviver lado a lado, não sendo lícito à ocidental atuar para que as indígenas deixem de existir.

1. O STJ, em 18.8.2015, no REsp n. 1.439.894, por sua 1ª Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso do INSS, para reconhecer o direito ao salário-maternidade às índias menores de 16 anos que trabalham com suas famílias em áreas indígenas, excluindo essa situação da regra de proibição do art. 7, inciso XXXIII, da Constituição.

A teoria sistêmica da sociedade diferenciada funcionalmente não tratou do sistema da saúde, mas sim apenas do sistema médico, que possui um código binário expresso em *são/doente*; programa representado pelo juramento de Hipócrates; *medium* representado pelos tratamentos e procedimentos de cura e como função a assistência e os cuidados da doença (REESE-SCHÄFER, 1999, p. 176-177). Para Luhmann, o valor que interessa à medicina é o positivo, expresso na doença, pois é esta que interessa aos médicos (LUHMANN, 2015).

Contudo, saúde significa algo mais que tão só a medicina, e tal como positivada na Constituição de 1988, mais que um direito. É, normativamente, um subsistema do sistema da seguridade social, composto também pelos subsistemas da previdência social e da assistência social. Nessa estruturação, implica a concorrência de saberes outros que não exclusivamente o médico, constituindo-se mesmo em uma rede hipercomplexa de conhecimentos aplicáveis em caráter preventivo e repressivo das doenças.

Se não parece haver dúvida a respeito da consideração normativa da saúde como um subsistema do sistema da seguridade social, há alguma dificuldade em se indicá-la como um sistema da sociedade, já que a teoria responsável por isso, sistêmica, não o faz, limitando-se a descrever a medicina como tal.

Esse suposto obstáculo teórico não é insuperável, pois que, conforme se verá a partir de agora, há toda uma normatização que trata da saúde das populações indígenas. Historicamente a saúde indígena, ao menos até a promulgação da Constituição de 1988, foi tratada, aos olhos de uma observação atual, de forma inadequada, primeiro pelo SPI, até a década de sessenta, e depois pela FUNAI, a partir de 1967, pois que as políticas públicas existentes eram formuladas sob a égide da integração, o que implicava a desconsideração dos métodos tradicionais de saúde. Representativos desse quadro são os Decretos n. 736, de 6 de abril de 1936; 10.652, de 16 de outubro de 1942 e 52.665, de 11 de outubro de 1963, todos direcionados

à observação, por parte do índio, de práticas higiênicas e de prestação de assistência médico-sanitária, por parte do Estado.

Na década de setenta, com a edição da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, denominada de Estatuto do Índio, por seu art. 54 e parágrafo único, há uma continuidade das políticas públicas de saúde sob o paradigma normativo da integração, com o reconhecimento, aos índios, pela primeira vez, do direito de acesso aos meios de saúde da sociedade ocidental e de especial assistência, em todas as fases de suas vidas, por parte dos poderes públicos, em estabelecimentos próprios. Mas não há qualquer referência ao reconhecimento da medicina tradicional nem ao método da atenção diferenciada. Vale dizer, com Lacerda, que até então a saúde nunca havia sido um espaço para o direito e a cidadania, e a medicina tradicional sempre foi vista como superstições e curandeirismo (LACERDA, 2015, p. 313 e 315).

Esse estado de coisas inadequado começa a mudar em 1988, com o novo texto constitucional positivando o direito dos indígenas à diferenciação social, especialmente no art. 231, *caput*. Como decorrência direta do quanto disposto nesse texto, aliado ao que previsto no art. 196², que trata do direito à saúde, foi editada a Lei n. 8.080/91, que criou o Sistema Único de Saúde, contudo, sem tratar expressamente da saúde indígena. Ainda em 1991, o Decreto n. 23, de 4 de fevereiro de 1991, da Presidência da República, constituiu a Coordenação de Saúde do Índio – COSAI, e a Resolução n. 11, de 31 de novembro de 1991, do Conselho Nacional de Saúde – CNS, criou a Comissão Intersetorial de Saúde do Índio, formada por representantes do Governo federal, de universidades, organizações não governamentais e indígenas.

Em 1999, depois de muita mobilização do movimento social indígena e mesmo da intervenção do Ministério Público Federal no tema da saúde indígena, o Parlamento aprovou a Lei n. 9.836, de 23 de setembro de 1999, chamada Lei Arouca, que criou o Subsistema de Saúde Indígena – SASI-SUS, instituindo os Distritos Sanitários Especiais – DSEIs³, responsáveis

2. Aqui é importante destacar que não há, no que previsto no art. 196, da CF, uma hierarquia entre 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, de modo a orientar eventual ação estatal que dê preferência, por exemplo, à cura da doença, em detrimento de sua prevenção. O destaque se justifica porque se deve ter todo cuidado com a captura de determinados eventos pela política e pela economia – de mercado, por suposto! –, o que já acontece com a função social da propriedade rural, prevista no art. 186 e incisos I-IV, da CF, e cuja construção de sentido se marca fortemente pela opção, em primeiro plano, da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e o aproveitamento racional e adequado da terra, deixando em segundo plano a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente e a observância das disposições que regulam as relações de trabalho.

3. Os Distritos Sanitários foram implantados no Brasil a partir de 1987 e são reconhecidos como unidade operacional e administrativa mínima do sistema de saúde, definida com critérios geográficos, populacionais, epidemiológicos, administrativos e políticos, onde se localizam recursos de saúde públicos e privados, organizados com a participação da sociedade organizada para desenvolver ações de saúde capazes de resolver a maior quantidade possível de problemas de saúde (ATHIAS; MACHADO, 2001, p. 427).

pela execução dos serviços de saúde – atenção básica, prevenção e saneamento, por meio de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos –. Após várias críticas dos indígenas à FUNASA, a quem havia sido deferida a atribuição do sistema pelo Decreto n. 3.156, de 27 de agosto de 1999, foram editadas a Lei n. 12.314, de 19 de agosto de 2010, e o Decreto n. 7.336, de 19 de outubro de 2010, que criaram a Secretaria Especial de Saúde Indígena – SESAI, vinculando o subsistema de saúde indígena diretamente ao Ministério da Saúde.

Esse o quadro normativo infraconstitucional que, na observação aqui desenvolvida, decorre tanto do disposto em nível constitucional interno, quanto em nível convencional externo. O prescrito no art. 231, *caput*, da Constituição, ganha reforço de sentido do previsto no art. 216, do mesmo texto, que considera como patrimônio cultural brasileiro as formas de criar, de fazer e de viver.

Além disso, a Convenção n. 169⁴, OIT, traz em alguns artigos tratamento direto à saúde indígena. São eles: (i) proteção geral: arts. 2º, b e 7, “2”; (ii) proteção específica: art. 25, “1-4”. Essas normas estão assim redigidas:

Art. 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e 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 socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade.

Art. 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual,

bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se ...

Art. 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país (grifou-se).

Essa proteção geral e específica à saúde indígena tem, dentre outros, três pontos que merecem destaque, quais sejam, a organização comunitária dos serviços, a participação dos indígenas e a estrutura do sistema de saúde indígena⁵. O primeiro aspecto diz com a titularidade coletiva do direito à saúde; o segundo com o direito de participação dos indígenas na formulação de políticas públicas afetas a eles mesmos – esse direito de participação, e não mais apenas de cooperação, representa uma viragem na abordagem dos direitos dos índios, pois a Convenção n. 107, OIT,

4. Promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

5. À Convenção n. 169, OIT, deve ser acrescida a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, que, embora seja uma *soft law*, também traz em seu texto, especificamente no art. 24, incisos 1 e 2, o direito dos índios aos seus medicamentos tradicionais e à manutenção de suas práticas de saúde, assim como ao acesso e usufruto do mais alto nível possível de saúde física e mental.

que dispunha sobre a matéria, tratava os indígenas como objeto de políticas públicas, e a 169 passou a tratá-los como sujeitos dessas mesmas políticas –; além disso, o direito de participação se especifica pelo direito: (i) de participação política; (ii) de consulta prévia; (iii) de participação geral, que engloba terra, seguridade, educação e saúde (SILVA, 2015, p. 147).

O terceiro aspecto, cujo destaque se justifica pela relevância, como que indica a estruturação do direito à saúde presente nas sociedades indígenas: métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais. Aqui, métodos, práticas e medicamentos tradicionais referentes a cada sociedade indígena existente, cuja tradicionalidade da saúde exprime um sentido próprio de observar a saúde segundo uma particular cosmovisão.

Ainda em nível normativo, essa mesma proteção geral e específica à saúde indígena sofre um processo de pormenorização pelo disposto na Lei n. 9.836, de 23 de setembro de 1999, que acrescentou dispositivos à Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para instituir o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. O art. 19-A, por exemplo, dispõe sobre as ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, e que obedecerão ao disposto nesta Lei; o art. 19-F preceitua que 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; e o art. 19-H, que dispõe que as populações indígenas terão direito de participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso.

Tudo somado, o produto dessa conta normativa serve de pano de fundo a um esboço das relações que podem e devem ser travadas entre o sistema de saúde ocidental e os tradicionais e que são representadas por políticas oriundas do Estado e da sociedade, ou seja, horizontais e verticais.

Nas 1ª e 2ª Conferências de Proteção à Saúde do Índio, 1986 e 1993, respectivamente, dois princípios foram estabelecidos: (i) a necessidade de implantação de um subsistema atinente à saúde indígena; (ii) a necessidade de um modelo de atenção diferenciada referente a cada grupo (LANGDON, 2005, p. 115). Na 3ª, realizada em 2001, o foco foram os obstáculos

à implementação dos DSEIs e o relatório final propôs que deviam ser levadas em conta as diferenças existentes entre as sociedades indígenas no que diz com seus sistemas de saúde tradicionais; e a 4ª, ocorrida em 2006, teve como mote orientar a atuação dos DSEIs pela tríade “território de produção de saúde, proteção da vida e valorização das tradições”.

Nessa linha, e tendo em mira que esses objetivos já se encontram positivados em lei – a preocupação atual mais forte parece ser com o controle social da atuação dos DSEIs –, três pontos são importantes para que se compreenda as relações entre os sistemas de saúde das sociedades indígenas e da sociedade ocidental: (i) a experiência da doença; (ii) a experiência intercultural; (iii) os desafios enfrentados pelos profissionais na construção de um modelo de atenção diferenciada (LANGDON, 2005, p. 116).

A experiência da doença indica uma distinção entre a biomedicina e a etnomedicina. Para esta, a doença é um processo sociocultural, portanto, dinâmico, e para que possa ser compreendida há a necessidade de se entender todo o seu episódio, o que se faz por meio das seguintes etapas: (i.a) o reconhecimento dos sintomas do distúrbio como doença; (i.b) o diagnóstico e a escolha do tratamento; (i.c) a avaliação do tratamento (LANGDON, 2005, p. 119).

O reconhecimento dos sintomas varia de cultura para cultura, pois que não é apenas corporal, mas também ambiental, v. g., do grupo ou da natureza; o diagnóstico e a escolha do tratamento ocorrem, em um primeiro momento, na família, mas pode haver a intervenção de um xamã ou pajé; a avaliação do tratamento pode ser realizada várias vezes, desde que a doença persista até que ela termine, e aqui também são consideradas as relações sociais, ambientais e espirituais (LANGDON, 2005, p. 119-121).

De sua vez, a experiência intercultural demonstra que, se não há rejeição da biomedicina por parte dos índios, eles a veem como algo complementar à medicina tradicional. A razão dessa interpretação está em que a medicina indígena apreende saúde e cura de uma forma radicalmente distinta da biomedicina, pois enquanto esta reduz esses fenômenos aos processos biológicos, a medicina indígena entende o processo saúde/doença como fazendo parte da ordem cosmológica e alberga as forças invisíveis, as forças da natureza e as forças humanas (LANGDON, 2005, p. 123-124).

Daí a necessidade, por parte daqueles que compõem o sistema médico ocidental, de compreender que a doença, para os índios, pode ser fruto da quebra de um tabu ou mesmo de um conflito social, cuja cura vai demandar a observação do sofrimento físico,

espiritual e moral (LANGDON, 2005, p. 125). O processo, por isso mesmo, não se pode constituir apenas de distribuição aleatória de medicamentos – o que foi feito, e ainda é, pelos europeus nos primeiros contatos, reduzindo o evento a uma questão de poder.

No campo antropológico dois exemplos podem ser dados sobre como os povos indígenas compreendem a doença: (i) os Kaiowa; (ii) os Yanomami. Os Kaiowa pertencem ao grupo Guarani, que também compreende os Nandéva e os Mbya, e habitam o Cone Sul do Estado de Mato Grosso do Sul. Para essa etnia, o corpo dos indivíduos adultos possui dois tipos de alma: a corporal e a espiritual (MURA; SILVA, 2012, p. 136). A moralidade dos Kaiowa, que se desenvolve em seu território – *Tekoha* – é conhecida como *teko porã*, que é o correto modo de ser e de viver. Contemporaneamente, tendo em vista as pressões e mudanças oriundas do contato com a sociedade ocidental, há a formação de várias compreensões a respeito do modo correto de ser e de viver, variabilidade que é denominada de *teko reta*. Essa por assim dizer concorrência de interpretações da realidade acaba por gerar certa desestrutura social, e é nesse quadro que a doença se apresenta como “anomias sociais e cósmicas – transcendendo-se assim a dimensão puramente individual” (MURA; SILVA, 2012, p. 142). As doenças com sintomas de dor na barriga, nos músculos e nas articulações, desde que leves e passageiras, não demandam a cura espiritual; já as doenças na área da cabeça, o mais eficaz é o uso da cura espiritual (MURA; SILVA, 2012, p. 144).

Para os Yanomami, a pessoa humana, além do envelope corporal (*siki*), se constitui de quatro componentes imateriais: (i) o pensamento consciente (*pihi*); (ii) a imagem essencial (*ütupê*) e o princípio vital (*nôreme*); (iii) o pensamento inconsciente (*po-re*); (iv) o duplo animal (*rĩxĩ*) (ALBERT; GOMEZ, 1997, p. 44). Estar doente é ter a sua imagem essencial agredida e/ou levada por agentes etiológicos humanos e não humanos (ALBERT; GOMEZ, 1997, p. 45). Assim como nos Kaiowa, nos Yanomami todas as doenças são tratadas pelo xamanismo, excluindo-se apenas “as feridas, as parasitoses intestinais e as dores passageiras” (ALBERT; GOMEZ, 1997, p. 49).

Essas duas breves descrições, que demonstram as distinções entre a saúde e as medicinas indígenas e ocidental, permitem um fechamento segundo o qual a medicina ocidental tem como características a assepsia, a impessoalidade e o cuidado do indivíduo de

forma isolada, além de ser oriunda de política de saúde destinada a uma comunidade abstrata e genérica, o que vai de encontro à concepção xamânica da medicina indígena (MURA; SILVA, 2012, p. 152), que leva em consideração a família, a comunidade e a dimensão cósmica da doença, ou, nas palavras de LANGDON: “Para as culturas indígenas, o corpo é construído social e espiritualmente através das dietas especiais, ritos de passagem e outras práticas que constroem a pessoa social” (LANGDON, 2005, p. 125). Indicam, assim, modos de fazer e de viver distintos, conforme previsto na Constituição, art. 216, II.

A descrição aqui exposta, portanto, demonstra as distinções que existem entre as várias concepções de saúde. Essas diferenças marcam as relações travadas entre as sociedades indígenas ou tradicionais e a ocidental. Para que essas relações ocorram, tanto quanto possível, de uma forma adequada, i. e., simétrica, em que as formas de ser e de viver indígenas sejam respeitadas, são necessárias ações harmônicas da sociedade ocidental em direção às indígenas, que vão criar uma verdadeira casuística, tendo em vista a complexidade que cerca o tema.

No campo jurídico um caso ilustrativo dessa harmonização foi vivido no Estado do Amazonas. Envolveu o tratamento à saúde de uma criança indígena da etnia Tukano que então sofrera uma picada de cobra. Já no hospital havia a possibilidade de se amputar a perna da criança. Os índios procuraram o Ministério Público Federal e por intervenção desse órgão estatal obteve-se a harmonização⁶ dos sistemas tradicionais e clássicos de saúde, consenso construído extrajudicialmente e mediante um profícuo diálogo entre os representantes das culturas envolvidas e que produz a teórico-normativa complementaridade entre os dois sistemas. O tratamento ocorreu mediante a intervenção médica ocidental, não havendo a necessidade de amputação do membro, aliado à do pajé, que explicou aos médicos no que consistia a medicina tradicional indígena, por exemplo, a criança não poderia ser tratada por enfermeira ou médica na fase menstrual e restrições referentes à dieta (GADELHA, 2011, p. 249-277).

Esse caso indica as distinções que existem entre as formas de ser tradicionais e ocidental. Para o caso da saúde indígena há lei, já aqui citada, fundamentando o respeito ao conhecimento tradicional, a de n. 9.836, de 23 de setembro de 1999, o que não torna, necessariamente, a prática aqui analisada uma norma de cará-

6. Harmonização, acomodação, ponderação são todas palavras que, aqui, possuem o mesmo significado, que é o de se levar em consideração, nos processos de interpretação realizados pelo Estado, quando instado a atuar, os sistemas de saúde que se relacionam entre si e as suas distintas concepções de doença e métodos de cura.

ter tradicional, isto é, nem todas as práticas e relações que informam a vida social são objeto de lei. Além disso, e também conforme já descrito neste artigo, esse caso mostra que nas sociedades tradicionais não há uma rígida separação entre o científico, o jurídico e mesmo o religioso, contrariamente ao que caracteriza a sociedade ocidental, formada por subsistemas sociais parciais. Nas sociedades tradicionais há como que uma combinação de regras jurídicas com as morais e religiosas (KENFACK, 2009, p. 156), portanto, não são sociedades diferenciadas funcionalmente: isso não é bom nem ruim, é apenas assim.

E é exatamente por serem distintas da sociedade ocidental que as sociedades indígenas têm de ser observadas também de maneira diferente. Em nível normativo, por exemplo, o art. 19-F, acrescentado pela Lei n. 9.836, de 23 de setembro de 1999 à Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, determina que, na atenção diferenciada à saúde indígena, deve ser contemplada, dentre outros requisitos, a demarcação de terras, pois é o território um necessário antecedente de todos os outros fatores – nutrição, habitação, meio ambiente, educação sanitária e integração institucional –, de vez que é ele que organiza as famílias e a comunidade.

A título de conclusão, em geral a análise teórica empreendida a respeito da sociedade ocidental refere-se à relação entre os seus próprios subsistemas sociais, v. g., político, jurídico, econômico, de saúde etc., marcando-se por discussões a respeito da judicialização das políticas públicas atinentes. Aqui a proposta é outra.

Tentou-se descrever as relações existentes entre a sociedade ocidental, por seu sistema de saúde ou médico, e as sociedades indígenas, estas também com seus sistemas exclusivos tradicionais de saúde e de medicina.

O referencial teórico aqui assumido é relevante porque a sociedade ocidental, que envolve e pressiona as indígenas, se autorreproduz por meio de seus subsistemas, daí que qualquer análise a ser realizada deve levar em consideração as relações que há entre essas sociedades e suas respectivas formas de autorreprodução.

De maneira geral, quando se pensa nessas relações, que são objeto do inexorável processo do contato, o que vem à mente é algo marcado pelo símbolo do lado negativo, percepção natural, desde que se pense nos efeitos deletérios causados pela sociedade ocidental às sociedades indígenas a partir do primeiro contato feito e cuja permanência ainda se faz sentir nos dias atuais.

No que diz com a saúde ocorre o mesmo, pois que basta uma pesquisa empírica mínima para se concluir que a falta de terra e as doenças causadas aos indíge-

nas pelos não indígenas, que produzem aglomerados de pessoas pertencentes a etnias diversas em pequenos espaços de território, bem como altos índices de alcoolismo e dependência química de substâncias entorpecentes, são responsáveis pela falta de saúde e pela forte presença de doenças nas sociedades indígenas.

Por outra observação, o direito fundamental das populações indígenas à saúde tem um sentido positivo, de vez que não objetiva promover a integração dos índios à sociedade ocidental, mas tem, sim, a finalidade de levar aos povos indígenas métodos de cura de doenças – ainda que causadas por ela mesma, sociedade ocidental –, sem a exclusão dos métodos tradicionais, os quais, se por um lado são acomodados pela sociedade ocidental junto aos métodos ocidentais, por outro são também aceitos pelos próprios indígenas, que, ao fim e ao cabo, são as pessoas legitimadas a tanto. Por essas razões pode-se afirmar que, ao menos com relação ao direito de que aqui se trata, há espaço para a manifestação de um sentido de proteção à saúde dos índios, seja ele entendido como medida reparatória, seja como expiação da própria culpa pelos danos causados.

Já no crepúsculo, a descrição aqui realizada, centrada nas relações existentes entre a saúde da sociedade ocidental e a das sociedades indígenas, permite, primeiro, demonstrar a manifestação dos próprios problemas atinentes à medicina ocidental e, segundo, a reflexão que já vem sendo feita sobre o tema, que engloba, também, a relação entre a sociedade ocidental e os seus imigrantes.

Segundo Baraldi, a crise da medicina ocidental se refere à interação entre médico e paciente, calçada não mais na comunicação entre eles, mas sim sobre um complexo sistema tecnológico de aferição do diagnóstico. A isso acresça-se o relevante fato de o sistema médico ter de tratar de uma clientela multiétnica, o que gera problema de tipo linguístico – acentuação da improbabilidade da compreensão – e de tipo cultural – acentuação da improbabilidade da aceitação – (BARALDI, 2015).

Com relação ao primeiro problema talvez haja mesmo a real possibilidade de o sistema médico ocidental, mediante uma abertura cognitiva, aprender com a etnomedicina, que leva em consideração não apenas o indivíduo, mas também o grupo em que ele está inserido; e com relação ao segundo problema, ao menos no Brasil, há condições de possibilidade de se chamar a mediação da comunicação a ser realizada entre os sistemas médicos distintos por diferentes agentes, sejam eles antropólogos, sejam eles representantes do Estado que protege a parte mais fraca nas relações a serem travadas.

Referências bibliográficas

- ALBERT, Bruce; GOMEZ, Gale Goodwin. *Saúde Yanomami – um manual etnolinguístico*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 1997.
- ATHIAS, Renato; MACHADO, Marina. A saúde indígena no processo de implantação dos Distritos Sanitários: temas críticos e propostas para um diálogo interdisciplinar. In: *Cadernos de Saúde Pública*. RJ: Escola Nacional de Saúde Pública, n. 17 (2), mar.-abr., 2001.
- BARALDI, Claudio. Teoria dei sistemi social e forme dell'interazione medico-paziente. In: CORSI, Giancarlo (a cura de). *Salute e malattia nella teoria dei sistemi – a partire da Niklas Luhmann*. Milano: FrancoAngeli, 2015.
- DURHAM, Eunice Ribeiro. *A dinâmica da cultura*. São Paulo: Cosac Naify, 2004.
- ESTÉVEZ, Ariadna. *Por uma conceitualização sociopolítica dos direitos humanos a partir da experiência latino-americana*. São Paulo: Lua Nova, 2012.
- KENFACK, Pierre-Étienne. La gestion de la pluralité des systèmes juridiques par les États d'Afrique noire: les enseignements de l'expérience camerounaise. In: *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*. Caen: Presses Universitaires de Caen, n. 7, 2009.
- LACERDA, Rosane Freire. Pluralismo e descolonização em saúde indígena no Brasil: contribuições e desafios da Convenção n. 169 da OIT. In: DUPRAT, Deborah (org.). *Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.
- LANGDON, E. Jean. A construção sociocultural da doença e seu desafio para a prática médica. In: BARUZZI, Roberto G.; JUNQUEIRA, Carmen (orgs.). *Parque indígena do Xingu – saúde, cultura e história*. São Paulo: Terra Virgem, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Il codice della malattia. In: CORSI, Giancarlo (a cura de). *Salute e malattia nella teoria dei sistemi – a partire da Niklas Luhmann*. Milano: FrancoAngeli, 2015.
- MURA, Fabio; SILVA, Alexandra Barbosa da. Tradição de conhecimento, processos experienciais e práticas de cura entre os Kaiowa. In: GARNELO, Luiza (org.). *Saúde indígena: uma introdução ao tema*. Brasília: MEC-SECADI, 2012.
- REESE-SCHÄFER, Walter. *Niklas Luhmann zur Einführung*. Hamburg: Junius, 1999.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei, 2015.
- TALBOTT, William J. *Which rights should be universal?* Oxford: Oxford University Press, 2005.