

O DIREITO DO INDÍGENA AO TRABALHO: “INTEGRAÇÃO”, SOCIEDADE E A CONVENÇÃO 169 DA OIT –(ESTUDO DE CASO)

THE INDIGENOUS RIGHT TO WORK: INTEGRATION, SOCIETY AND THE ILO'S 169 CONVENTION – (A CASE STUDY)

Eudardo Biacchi Gomes¹

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de discutir, sob o contexto das realidades brasileira e latino-americana, o acesso ao mercado do trabalho por parte dos indígenas, de forma a buscar a preservação de sua identidade cultural e social. O acesso ao mercado de trabalho é entendido, neste aspecto, dentro de uma perspectiva de um direito fundamental, como forma de preservação de sua cultura e dignidade da pessoa humana. Parte-se da análise especialmente no que diz respeito ao mercado de trabalho, assim compreendido como um direito fundamental, sem que isso necessariamente venha em prejuízo, contudo, da preservação de sua identidade. Parte-se da análise da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e de estudo de caso.

Palavras-Chave: Indígena. Dignidade. Trabalho. América Latina.

Abstract: This article aims to discuss, in the Brazilian and Latin American context, the labor access by the indigenous people, due to guarantee the preservation of their cultural and social identity. Access to the labor market is understood, in a perspective of a fundamental right as a way of preserving their culture and dignity of the human person. It starts with the analysis especially with regard to the labor market as well understood as a fundamental right, without this necessarily come at the expense, however, the preservation of their identity. It starts with the analysis of Convention 169 of the International Labour Organization and case study.

Keywords: Indigenous. Dignity. Work. Latin America.

Considerações iniciais

Atualmente, nos grandes centros do Brasil, o indígena ainda é visto como “estranho” aos olhos da sociedade, geralmente estigmatizado pelo seu aspecto físico e suas características peculiares. Frequentemente as questões indígenas e que muitas vezes dizem a disputas envolvendo demarcações de terras e reivindicações de tribos, ficam restritas aos noticiários televisivos, longe dos

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 1993, possui Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000), Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina, 2001 e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). É Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Atualmente é professor-adjunto integrante do quadro da UniBrasil, Graduação e Mestrado em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (professor titular) e da Facinter. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional e Direito da Integração, atuando principalmente nos seguintes temas: blocos econômicos, direito comunitário, direito internacional público, direito da integração, mercosul e direito constitucional, foi consultor jurídico do MERCOSUL em 2005 e 2006. É Editor gerente da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação

olhos do grande público, pois - aparentemente - existe um enorme abismo étnico, sociológico e cultural entre o chamado “homem branco” e o “selvagem”.

De acordo com dados do último levantamento realizado pelo IBGE, no censo demográfico de 2010, a população indígena brasileira é de 817,9 mil pessoas, sendo que 61,46% deste total reside em áreas rurais e 38,54% em áreas urbanas. Em relação à população total do país, os indígenas representam 0,42%².

Ampliando a questão para o âmbito internacional, mais precisamente nos anos iniciais do presente século, o mundo assistiu a eclosão de um fenômeno em alguns países da América Latina, em especial na Bolívia e , Equador, com a ascensão ao poder de representantes das forças contra-hegemônicas como presidentes, em que se buscou não só um protagonismo de determinadas organizações populares (sindicatos, rurais, etc.), como também um resgate histórico-cultural do indígena, chamando atenção o caso da eleição do boliviano Evo Morales, primeiro presidente desta etnia a comandar o país.

Voltando ao caso do Brasil, um país com dimensões continentais, formado por uma miscigenação de povos e, como visto acima, com uma população que se declara indígena representando menos de 1% do total da população nacional, seria praticamente impossível tal fenômeno ocorrer, o que certamente também se dá pela ausência de representatividade e de identificação do índio com os demais habitantes, sentimento este que é recíproco, da parte do brasileiro “típico”, o dito homem “comum”.

Segundo Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO e Rosely STEFANES PACHECO, o desconhecimento ou desprezo pelo papel da diversidade cultural no estímulo e reconhecimento das dinâmicas sociais e, principalmente, a recusa etnocêntrica da contemporaneidade de sociedades de orientação cultural diversa, tem sedimentado uma visão quase sempre negativa das sociedades indígenas.

Existe uma postura ideológica predominante, de que os índios não contam para o nosso futuro, uma vez que muitos os consideram como uma excrescência arcaica, marcados por uma perspectiva de fatalidade de extinção dessas sociedades³.

A despeito disso, há que se ressaltar que nos últimos anos assistiu-se no Brasil um gradativo reconhecimento de vários direitos aos indígenas, como, por exemplo, a utilização do sistema de cotas para acesso em universidades federais, o que os deixa plenamente capacitados para exercer atividades no mercado de trabalho, em iguais condições de oportunidade com um não indígena.

² Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/pt/graficos-e-tabelas-2>. Acesso em 09.06.2015.

³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. STEFANES PACHECO, Rosely A. Os povos indígenas e os difíceis caminhos do diálogo intercultural. Artigo publicado no Congresso Nacional do CONPEDI (16.: Belo Horizonte, MG). Anais eletrônicos... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_frederico_mares_de_souza_filho.pdf f, acesso em 06.08.2014. p. 3501-3502.

O presente trabalho, sem procurar se debruçar sobre a questão ideológica acerca das razões que implicaram o mencionado segregacionismo, mas reconhecendo, ainda, a existência atual deste, e sob a perspectiva do direito ao trabalho compreendido como um direito fundamental, pretende traçar um esboço histórico sobre a condição do indígena e da evolução normativa pertinente, com especial relevância aos termos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), não só no Brasil, mas também nos países andinos em que se observou o fenômeno de um reconhecimento amplo do indígena como cidadão, tendo, como pano de fundo, as respectivas constituições nacionais e a efetiva – ou não - concretização dessas normas.

Posteriormente, será realizado estudo de caso em que a plena capacidade do indígena foi objeto de discussão perante o Judiciário Trabalhista, a fim de analisar os elementos que permitam concluir até que ponto o membro de uma comunidade desta natureza tem seu discernimento para firmar ou resolver um contrato de trabalho.

1 O direito ao trabalho como direito fundamental e a questão indígena

Conforme leciona Alice Monteiro de BARROS, durante longos anos, e desde a sua origem etimológica, o trabalho encerra valores ora penosos, ora desprezíveis. Com o cristianismo, ele desfruta de um sentido mais digno⁴.

Assim, o termo “trabalho” se compreendido por uma concepção moral, possui o sentido de valorização do homem. Não obstante este tenha a necessidade de trabalhar para prover sua subsistência e de sua família, não raro em condições precárias, o homem se reconhece, se valoriza, enquanto trabalhador.

Sob outro e importante viés, o homem luta pelo reconhecimento no trabalho, o qual se externa perante terceiros, em especial a comunidade onde vive.

Leonardo WANDELLI, em pertinente obra sobre o tema, bem esclarece a questão, no sentido de que as expectativas de reconhecimento não só viabilizam a produção. Também do ponto de vista dos trabalhadores, o reconhecimento expressa necessidades do sujeito para a constituição adequada de uma autorrelação consigo e com a comunidade⁵.

Tanto é que, partindo dessa premissa do direito ao trabalho como um ideal de reconhecimento e realização, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dispõe neste sentido⁶.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 54.

⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012. p. 165-166.

⁶ Art. 23. I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (...). Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 22.06.2015.

Do mesmo modo, e como não poderia deixar de ser, a OIT, através da Convenção n. 122, sobre política de emprego, ratificada pelo Brasil, lança luz sobre a questão, já na exposição de seus motivos, ao declarar que:

“... nos termos da Declaração de Filadélfia cabe à Organização Internacional do Trabalho examinar e considerar as repercussões das políticas econômicas e financeiras sobre política de emprego à luz do objetivo fundamental, segundo o qual todos os seres humanos, qualquer que seja sua raça, credo ou sexo, tem o direito de assegurar o seu bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades⁷”,

Ademais, acrescenta em seu artigo 2º, “c”, que a política visando promover o pleno emprego procurará garantir “que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convier e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social”⁸.

Ainda, é importante registrar o contido no protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica, o qual consagra definição abrangente do direito ao trabalho⁹, calcados em ideais de dignidade e decoro¹⁰.

Como se vê, o direito ao trabalho está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, um princípio fundamental do homem, do que se depreende que este direito goza, portanto, deste mesmo *status*.

Neste sentido, podemos tomar como definição mais apropriada a de que, o direito fundamental ao trabalho é, ao mesmo tempo, mais específico que o direito fundamental do trabalho, uma vez que constitui um de seus conteúdos, e mais amplo, uma vez que relativo a todas as pessoas e em situações que excedem as relações de emprego, açambarcando, como uma parcela de seu conteúdo, o direito à proteção jurídica do assalariamento, em especial o direito ao conteúdo do próprio trabalho, mas também a proteção jurídica a outras formas de trabalhar, a

⁷ PRETTI, Gleibe. Direito internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil. São Paulo: Ícone, 2009. p. 323.

⁸ PRETTI, Gleibe. Idem. p. 325.

⁹ WANDELLI, Leonardo. Op. cit. p. 36.

¹⁰ O artigo 6º do Protocolo adicional dispõe no item 1 que: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita”, e em seu item 2: “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente às referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados-Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho”. Referido instrumento foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 56, de 19.04.1995.

promoção do acesso ao trabalho digno e, ainda, aquilo que se denomina de direito ao trabalho como primeiro direito humano e fundamental¹¹.

No que concerne à situação do indígena, não há razão para se crer que este não está inserido neste mesmo contexto. A diferença étnica e cultural com o homem “branco” e “civilizado” não implica em reconhecer que as percepções de dignidade entre um e outro sejam diferentes.

Ao indígena também são garantidos (e nada leva a crer que seja diferente), os mesmos direitos de exercer um trabalho em que se reconheça e se realize, o que suplanta a questão da subsistência como único fator, ou como fator preponderante.

2 O trabalho do indígena. Evolução normativa no âmbito internacional e brasileiro

Partindo-se da premissa de que o direito ao trabalho é, sobretudo, um direito fundamental do ser humano, no que tange ao indígena, o enfoque deve observar, antes de mais nada, um contexto histórico da inserção deste enquanto cidadão e trabalhador.

E, sob tal aspecto, não há como se negar que a história do indígena no Brasil e América Latina desde os tempos da colonização portuguesa e espanhola vem acompanhada de um contexto de exploração e de marginalização destes povos.

No início do século XVI, Bartolomé de Las Casas, já denunciava que “...em quarenta anos, pela tirania e diabólicas ações dos espanhóis, morreram injustamente mais de doze milhões de pessoas, homens, mulheres e crianças; e verdadeiramente eu creio, e penso não ser absolutamente exagerado, que morreram mais de quinze milhões”¹².

Conforme observação de Edilson VITORELLI, o problema do trabalho do índio brasileiro perpassou toda a história do país para chegar à atualidade do mesmo modo como se instalou no ano 1500 uma relação de exploração e abuso, marcada pelo preconceito e pela incompreensão da diferença cultural¹³.

Uma das maiores expoentes brasileiras sobre o assunto, a antropóloga Manuela CARNEIRO DA CUNHA, denota que muito embora as leis régias do período colonial brasileiro declarassem a autonomia dos índios, na prática, isso não se verificava, visto que se permitia o aprisionamento destes em caso de guerra. “Paradoxalmente, a soberania das nações indígenas foi reconhecida no contexto das discussões sobre escravização dos índios. Um dos títulos legítimos para

¹¹ WANDELLI, Leonardo. Op. cit. p. 224.

¹² LAS CASAS, Frei Bartolomé de. O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista da América Espanhola. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 28-29.

¹³ VITORELLI, Edilson. O trabalho indígena após a Constituição de 1988 e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: RAMOS FILHO, Wilson. (org). et al. Trabalho e Direito: Estudos contra a discriminação e patriarcalismo. Bauru: Canal 6, 2013. p. 55.

escravizá-los era aprisiona-los em guerra justa. Ora, a guerra supunha em presença nações soberanas. A Carta Régia de 9 de abril de 1655 declarava que seriam escravos os prisioneiros tomados em guerra defensiva, (...) ¹⁴”

No restante da América Latina, não houve dificuldades para que os indígenas fossem, de forma gradativa, escravizados, sendo submetidos a condições de trabalho extremamente degradantes, em especial nas minas de ouro e prata. Eduardo GALEANO, em sua obra clássica, narra que, a serviço do nascente mercantilismo capitalista os empresários mineiros converteram os índios e escravos negros em um “proletariado executivo” da economia europeia, arrematando que “a economia colonial latino-americana dispôs da maior concentração de força de trabalho até então conhecida, para possibilitar a maior concentração de riqueza que jamais possuiu qualquer civilização na História mundial” ¹⁵.

Um exemplo peculiar que bem ilustra a situação da exploração indígena no contexto latino-americano é a extração da prata em Potosí, na Bolívia, entre os séculos XVI e XVII. Os índios eram arrancados das comunidades agrícolas e empurrados, junto com suas mulheres e seus filhos, rumo às minas. De cada dez que iam aos altos páramos gelados, sete nunca regressavam ¹⁶. O frei dominicano Domingo de Santo Tomás denunciava ao Conselho das Índias, em 1550, logo do aparecimento da mina, que Potosí era uma “boca do inferno” que anualmente tragava índios aos milhares e milhares e que os rapazes mineiros tratavam os naturais como “animais sem donos” ¹⁷.

No século XVIII, os índios, os sobreviventes já asseguravam a vida cômoda de muitas gerações futuras. Como os deuses vencidos persistiam em suas memórias, não faltavam santos alibis para o usufruto de sua mão-de-obra por parte dos vencedores: os índios eram pagãos, não mereciam outra vida ¹⁸.

Como bem lembra Viviane FORRESTER, “Os valores ultrajados dos indígenas tornavam-se inoperantes no próprio local em que se tinham desenvolvido, onde ainda ontem se expandiam, mas onde agora se achavam vencidos, como que exilados, em face de um poder que se instalava sem conferir-lhes os meios de penetrar livremente, em pé de igualdade, no novo sistema importado à força, e sem lhes dar direito a qualquer direito” ¹⁹.

A transição deste período até a Revolução Industrial, considerada um marco na transformação das relações sociais, não parece ter afetado a condição indígena no contexto da América Latina, mesmo porque, a economia destes países

¹⁴ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Os Direitos do Índio. Ensaios e documentários. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 59-60.

¹⁵ GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 58.

¹⁶ *Idem*, p. 59-60.

¹⁷ *Idem*, p. 60.

¹⁸ *Idem*, p. 63.

¹⁹ FORRESTER, Viviane. O horror econômico. São Paulo: Editora da Unesp, 1997, p. 139-140.

continuou sendo eminentemente agrícola, a não ser pelo aumento da marginalização destas comunidades (então praticamente dizimadas).

Citando o caso do México em período anterior à revolução - e, portanto, a uma constituição pioneira no aspecto social -, Jorge Luiz SOUTO MAIOR observa que na Europa os conflitos de classe se desenvolvem dentro de uma lógica capitalista a partir de meados do século XIX.

No entanto, naquele país, não só continuou ocorrendo a escravização do índio que, ao mesmo tempo, era despojado de suas terras. “O aumento progressivo das terras dos colonos espanhóis (por intermédio de doações da Coroa) provoca o alargamento dessa situação, em que não apenas se explora o trabalho dos indígenas como também são apropriados seus animais e terras”²⁰.

No Brasil, após a proclamação da República, o Decreto nº 7, § 12, de 20 de novembro de 1889, determinava a competência aos governos dos Estados para “promover a catequese e civilização dos índios”, sendo que em 1906 atribuiu-se ao Ministério da Agricultura a política indigenista²¹.

Com o advento do século XX e a imigração europeia, não obstante o contexto acima, é possível se afirmar que se concretizou, de fato, a situação do índio como um ser isolado do restante da sociedade.

Posteriormente, e em razão justamente desta condição, o que se viu foi a adoção de uma postura extremamente integracionista, utilizando-se uma espécie de classificação para os indígenas como “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, conforme a Lei Federal 6.001, de 19.12.1973²² - logo, criada durante o período do regime militar -, deixando claro, desta forma, que a “evolução” do indígena como cidadão (assim compreendido aquele que goza plenamente dos direitos civis) se daria tanto quanto se desse, gradativamente, sua integração à sociedade²³.

Tal classificação é criticada justamente por tal argumento. Nas palavras de VITORELLI, “...por trás de declarações bem intencionadas de harmonia, preservação da cultura e “integração”, a pretensão da norma era, de modo

²⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: parte I. São Paulo: LTr, 2011, p. 272.

²¹ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Op. cit. p. 78.

²² BRASIL. Lei nº 6.001 de 19/12/1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 05.08.2014.

²³ Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. (...)

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

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.

“progressivo e harmonioso”, fazer com que os índios deixassem de existir enquanto tais, passando a integrar uma chamada “comunhão nacional” que nada mais era do que a sociedade não indígena.

O Estatuto do Índio, embora tenha trazido importantes normas de proteção dos índios, não albergava o mais importante dos direitos, que é o direito de continuar existindo enquanto índio. Não se reconheceu que os índios, enquanto tais, já fazem parte da comunhão nacional, preferindo-se estimular, ainda que de modo velado, a extinção progressiva dos traços culturais diferenciados das comunidades indígenas”²⁴.

Nesta mesma época da lei em questão, estava vigente a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (editada em 1957 e ratificada pelo Brasil em 1966), “concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”²⁵. Referido instrumento não se limitava a reger tão somente as relações de trabalho desta natureza, mas sim, estabelecer normas gerais para tais populações.

Também no âmbito internacional, portanto, existia o caráter de “integração” do indígena às respectivas comunidades nacionais.

Sob este aspecto, diversos doutrinadores já destacavam, na década de 1980, a necessidade de uma revisão do texto da referida Convenção, inclusive mencionando reunião de peritos da OIT no ano de 1986, a fim de que fosse discutida tal matéria. Para Manuela CARNEIRO DA CUNHA, em obra já citada, não obstante a Convenção n. 107 tenha marcado época, “... contém, por outro lado, artigos muito controvertidos, sobretudo pelo seu caráter assimilacionista e etnocêntrico...”²⁶.

Enquanto SOUZA FILHO e STEFANES PACHECO ressaltam o caráter desenvolvimentista da Convenção, que inclusive alguns dirigentes intentavam impor ao Brasil naquela oportunidade, por meio da integração do indígena²⁷, VITORELLI ousa ir ainda mais longe, destacando que este instrumento pretendia, em verdade, demonstrar explicitamente “a importância do trabalho como elemento de integração dos índios, que podem, por meio dele, passar da “inutilidade” à “utilidade social””²⁸. Ou seja, enquanto não “integrado”, o indígena não teria qualquer utilidade para a sociedade.

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, os indígenas receberam tratamento especial no capítulo VIII do Título VIII (Da Ordem Social), através dos artigos 231 e 232²⁹, muito embora estes dediquem atenção principalmente à questão das terras, no que se refere à utilização e aproveitamento

²⁴ VITORELLI. *Op. cit.*, p. 58.

²⁵ Ver íntegra em PRETTI. *Op. cit.*, p. 251-266.

²⁶ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Op. cit.* p. 128.

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. STEFANES PACHECO, Rosely A. *Op. cit.* p. 3508.

²⁸ VITORELLI. *Op. cit.*, p. 59.

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05/08/2014.

dos recursos destas, bem como sobre a inalienabilidade e a indisponibilidade das mesmas, ressaltando a competência da União para demarcá-las³⁰. De relevante, ainda, o reconhecimento da legitimidade dos indígenas para ingressar em juízo na defesa de seus interesses, com a interveniência do Ministério Público em todos os atos do processo³¹.

Interessante é a visão de Fernando Antônio de Carvalho DANTAS sobre este momento, no sentido de que “O direito estatal positivado na Constituição, como resultado do democrático processo instituinte das bases do Estado brasileiro, consagrou os direitos indígenas como múltiplos e diferenciados, e assim devem ser vistos e interpretados, porque essa foi a vontade política do legislador”³².

No ano de 1989, em decorrência do processo de revisão dos termos da Convenção n. 107, passou a vigor no âmbito internacional a Convenção 169 da OIT (internalizada no direito brasileiro, contudo, somente em 2004³³), de indiscutível avanço na questão da organização social e manutenção dos costumes, línguas, crenças e tradições da cultura indígena, afastando-se do caráter integracionista de outrora. Aliás, na introdução desta, este organismo faz uma espécie de *mea culpa*, ao reconhecer a tendência “integracionista” e “paternalista” do documento anterior, além de “obsoleta” para os tempos modernos³⁴.

De fato, os artigos 20 a 23 da referida Convenção, que são específicos em relação ao trabalho, denotam o caráter igualitário de tratamento que os indígenas devem ter em relação aos demais, ressaltando o dever de os governos adotarem medidas para o fim de serem reconhecidos os direitos e obrigações daqueles povos, de acordo com suas culturas e tradições.

Esta, diferentemente da Convenção n. 107, onde os indígenas não foram ouvidos, representou um enorme avanço no reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos, com identidade étnica específica e direitos históricos imprescritíveis. Esta Convenção procura definir detalhadamente, além dos direitos dos povos indígenas, os deveres e as responsabilidades dos Estados na sua salvaguarda³⁵.

³⁰ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...)

³¹ Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

³² DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Humanismo latino: o Estado Brasileiro e a questão indígena. In: MEZZARROBA, Orides (org). Humanismo latino e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Biteux [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003. p. 499.

³³ BRASIL. Decreto 5.051 de 19/04/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 05/08/2014.

³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. p. 6-7.

³⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. STEFANES PACHECO, Rosely A. Op. cit. p. 3508.

No Brasil, no ano de 2007, o Governo Federal editou o Decreto nº 6.040³⁶, o qual instituiu “Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”.

Verifica-se, através de seus artigos, um avanço em relação ao caráter integracionista constante da legislação nacional, da década de setenta.

Isto torna-se claro da análise, por exemplo, no artigo 1º, I, do anexo, que consubstancia como princípio “(...) o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desprezar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade;”.

Este “abandono” do aspecto integracionista, contudo, deve ser tomado com cautela, visto que

(...) a cultura indígena tradicional não segmenta as diversas tarefas da vida, como o faz a cultura envolvente. O índio vive simultaneamente os papéis de membro da comunidade, trabalhador, pai, religioso, transmissor de conhecimento e experiências, participante de festas e atividades de lazer etc. O trabalho é desempenhado segundo uma dinâmica própria, sem jornadas rígidas e sem subordinação. A cisão artificial de papéis sociais que ocorre na sociedade majoritária não alcança a cultura indígena. (...) “Por esta razão, pretender cindir o elemento trabalho, fazendo com que um índio, tal como um trabalhador não índio, saia de sua casa pela manhã, tome uma condução, trabalhe de modo subordinado, com jornada determinada, momentos bem definidos de descanso e submetido a um regime de disciplina, é simplesmente mais uma ferramenta para fazer com que ele deixe de ser índio³⁷.”

Com relação à América Latina, AGUILAR CAVALLLO, além de ressaltar o papel das duas Convenções da OIT mencionadas (107 e 169) no tocante ao trabalho do indígena, destaca também o “Programa Indigenista Andino”, que consistiu em um projeto de assistência técnica em virtude da qual a OIT, junto a outras agências especializadas e organizações internacionais, planejou, desenvolveu e aplicou em conjunto com os governos respectivos uma série de atividades destinadas a melhorar as condições de vida e de trabalho dos povos indígenas de territórios andinos para integrá-los à vida de seus países.

Este programa foi idealizado para os países da América do Sul com a presença de um número significativo de povos indígenas e estava previsto que

³⁶ BRASIL. Decreto 6.040 de 07.02.2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em 20.06.2015.

³⁷ VITORELLI, Edilson. Op. cit. p. 82.

fosse desenvolvido, inicialmente, em três países da zona do altiplano andino, a saber, Bolívia, Equador e Peru³⁸.

Conquanto em 1958 o Programa Indigenista Andino contasse com dez bases de ação nos três países acima referidos³⁹, mais uma vez, destacava-se, pela interpretação literal dos objetivos do mesmo, seu caráter integracionista, mediante um processo de aculturação do indígena⁴⁰.

De todo modo, destaca ainda referido autor que a OIT tem um papel de relevância junto às comunidades indígenas, mencionando a existência de projetos através dos quais se articula a assistência técnica daquela organização. Entre eles, o Projeto para Promover as Políticas da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (ITP), que iniciou-se em 1996 e é financiado pela dinamarquesa DANIDA (Agência Danesa para o Desenvolvimento Internacional). Tal projeto tem por objetivo promover a aplicação dos princípios da Convenção 169 e proporcionar assistência no desenvolvimento das políticas e legislações que abordam as necessidades particulares dos povos indígenas⁴¹.

A adoção de projetos desta natureza com especial enfoque para determinados países da América Latina – em especial os países andinos –, se justifica pelo fato de que a cultura indígena se encontra arraigada naqueles com muito mais ênfase do que, por exemplo, ocorre no Brasil, na Argentina, ou no Uruguai.

Nas palavras de Edgard de Assis CARVALHO, “essa identidade só se tornará compreensível, ideologizada, materializada – e porque não codificada – na medida em que for possível reconstruir a história e a inserção do “grupo étnico” no tecido das relações sociais mais amplas, suas formas de resistência, suas modalidades de reprodução econômico-social, suas relações políticas com o Estado e as condições psicológicas decorrentes do conjunto de estereótipos que a nação lhe atribui (...)”⁴².

Essa reconstrução e, porque não dizer, este resgate, talvez possa explicar o recente fenômeno latino-americano, com especial destaque às constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), após a ascensão ao poder de representantes das forças contra-hegemônicas. Conforme análise de Luís Henrique ORIO, neste cenário, brotou o protagonismo de organizações populares na tensão por sua inclusão no seio democrático, por uma radical renovação das instituições políticas e do próprio Estado. O amplo espectro dos movimentos que atuaram nestes processos, nos três países, reforça a extensão

³⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Dinámica internacional de la cuestión indígena. Santiago: Librotecnia, 2008, p. 55.

³⁹ *Idem*, p. 58.

⁴⁰ *Idem*, p. 57.

⁴¹ *Idem*, p. 67.

⁴² CARVALHO, Edgard de Assis. Identidade Étnico-Cultural e Questão Nacional. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). et al. Sociedades indígenas e o direito: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, CNPq, 1985, p. 67-74.

das crises que os assolavam, derivando na articulação de movimentos indígenas, rurais, urbanos, setores da sociedade civil, sindicatos, dentre outros⁴³.

Menciona ainda referido autor uma das características deste modelo constitucional, que é o da jurisdição própria indígena: “criação de um Estado plurinacional e intercultural, com ampla proteção de minorias étnicas e povos originários (positivada nos artigos 98, 283 e 403 da constituição boliviana, 119 a 126 da venezuelana e 56 a 58, 171 e 257 da equatoriana), o que se manifesta tanto na utilização de suas linguagens e símbolos no texto constitucional (veja-se que a constituição equatoriana estabelece como sendo uma das responsabilidades do Estado a perseguição do *sumak kawsay*, que é um valor indígena), como no reconhecimento das culturas indígenas e seus valores, sua auto-organização, jurisdição própria calcada em suas normatividades e amplo rol de direitos afeitos à sua identidade”⁴⁴.

3 Estudo de caso: a capacidade de discernimento do indígena no contrato de trabalho

Com base no raciocínio acima, parte-se para a análise de estudo de caso, de forma a demonstrar a relevância e a atualidade do tema, objeto do presente artigo.

O caso objeto de estudo diz respeito a ação trabalhista movida por indígena em face de seu ex-empregador, empresa do ramo de alimentos, e julgado em segundo grau pelo Tribunal Regional do Trabalho da Décima Segunda Região (Santa Catarina), em que se questionou a validade do pedido de demissão formulado pelo trabalhador⁴⁵.

Alegou-se, neste caso, que o pedido de demissão apresentado pelo empregador não correspondia à realidade fática, tendo em vista que o trabalhador não teria conhecimento do que estava assinando.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer, pugnou pela declaração de invalidade do ato, pois o indígena teria assinado documento sem a assistência de seu órgão tutelar.

Após análise do disposto na Lei 6.001/73, e a classificação do indígena em três categorias, a partir do caráter integracionista, a Desembargadora Relatora, Dra. Viviane Colucci, entendeu que o trabalhador não possuía, ainda, pleno

⁴³ ORIO, Luís Henrique. Situando no novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.). Crítica Jurídica na América Latina. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 165-166.

⁴⁴ ORIO, Luís Henrique. Op. cit. p. 180-181.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Autos nº 0004035-45.2011.5.12.0038. Des. Rel. Viviane Colucci. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=256699>. Acesso em 22.06.2015.

discernimento acerca dos documentos que estava assinando, concluindo pela invalidade do ato, dada a ausência de assistência:

“(…) Entendo que a condição de indígena do autor antecede a apreciação da matéria referente à causa justificadora do contrato – trazida a julgamento em razão da ampliação objetiva da demanda resultante da resposta da ré - até porque se trata de matéria de ordem pública⁴⁶.

A Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio – no seu art. 4º, classifica os indígenas em três categorias, a saber: isolados, em vias de integração e integrados.

Não há controvérsia de que o autor reside em uma comunidade indígena. O fato de o autor ter cursado o ensino fundamental e mantido relação de emprego apenas indica que ele está em vias de integração.

(…) se há especial interesse do Estado em preservar a identidade cultural e social da autora, este deve estender-se ao mundo do trabalho. Inclusive, visando preservar o direito dos indígenas ao trabalho sem atentar contra sua cultura, os parágrafos 1º e 2º do art. 4º da Lei nº 6.001/73 estipulam como segue:

§ 1º Será estimulada a realização de contratos por equipe, ou a domicílio, sob a orientação do órgão competente, de modo a favorecer a continuidade da via comunitária.

§ 2º Em qualquer caso de prestação de serviços por indígenas não integrados, o órgão de proteção ao índio exercerá permanente fiscalização das condições de trabalho, denunciando os abusos e providenciando a aplicação das sanções cabíveis.

Posteriormente, o Decreto nº 6.040/2007 tratou da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, incluídos os indígenas e, entre os seus princípios, consagrou os seguintes:

Art. 1º As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios:

I - o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade;

II - a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais deve se expressar por meio do pleno e efetivo exercício da cidadania;

Já entre os objetivos firmou que

Art. 3º São objetivos específicos da PNPCT:

(…)

XVII - apoiar e garantir a inclusão produtiva com a promoção de tecnologias sustentáveis, respeitando o sistema de organização social dos povos e comunidades tradicionais, valorizando os recursos naturais locais e práticas, saberes e tecnologias tradicionais.

O art. 8º da Lei nº 6.001/73 declara serem nulos os atos praticados sem a assistência do órgão tutelar competente, com a ressalva do parágrafo único, verbis:

⁴⁶ Art. 231, CF. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

No caso concreto, não há elementos que indiquem o conhecimento do ato praticado e de suas consequências. Pelo contrário, a alegação de que assinou pedido de demissão indica o total desconhecimento do conteúdo do documento.

Portanto, tratando-se de indígena em vias de integração (art. 4º, inc. II da Lei nº 6.001/73), era necessária a assistência pelo órgão competente para que fosse válida a homologação da resolução contratual, o que não foi observado no caso dos autos.

Neste norte, declaro a nulidade da resolução contratual, convertendo-a em rescisão por iniciativa da ré, ocorrida em 02-02-2010 – data informada na inicial como pedido de demissão.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para condenar a ré ao pagamento do aviso prévio, das férias proporcionais, da gratificação natalina proporcional, bem como a liberar o FGTS acrescido da indenização de 40%, autorizando o abatimento dos valores pagos a igual título. (...)”

Verifica-se, portanto, que a julgadora do processo em questão, tendo se baseado no conteúdo integracionista da norma, concluiu não haver elementos que indicassem o conhecimento do ato praticado pelo trabalhador indígena, determinando sua nulidade. Não deixou, contudo, de destacar o caráter de proteção não só da pessoa do trabalhador como também, neste caso em especial, de sua identidade cultural e social.

Considerações finais

Em síntese, pode se afirmar que, pelos termos da Convenção 169 da OIT, reconhece-se hoje que o indígena na América Latina possui um papel de relevância, em comparação ao que ocorria em décadas passadas, embora em alguns países isso se dê de forma mais acentuada, como é o caso, por exemplo, da Bolívia, em razão do advento de novas constituições em que se buscou um resgate histórico do indígena.

Na sua condição de trabalhador, o mesmo pode, portanto, exercer qualquer ofício, sem que isso, necessariamente, implique no afastamento de sua cultura.

No caso específico do Brasil, onde também se verifica avanços nesta questão, sendo que os indígenas têm acesso às universidades e, porque não dizer, a todos os meios de comunicação e as inovações tecnológicas, certamente o exercício de um ofício em um meio urbano não pode ser tomado, também, como um processo de “integração” à sociedade, no sentido que se buscou dar normas nacionais e internacionais de outras épocas.

O principal ponto a ser observado é que, sem que o indígena deixe de ser reconhecer como tal, respeitando sua autoidentidade étnica, segundo uma cultura que lhe é peculiar, pode – e deve – ter o direito, como cidadão, de buscar o

sentido de uma dignidade no trabalho, através do pleno acesso ao trabalho, assim compreendido este como um direito fundamental, seja onde bem entender. Não significa, contudo, que, enquanto trabalhador, possa vir a ter seus direitos usurpados sob uma pretensa “autonomia”. Há que se observar, caso a caso, o contexto em que está inserido o trabalhador indígena, a fim de se analisar sua plena capacidade de discernimento acerca das questões trabalhistas, como no julgado ora estudado.

Respeitado o contexto de cada país, as Constituições dos países andinos podem ser tomadas como exemplo, em vários sentidos, para o Brasil e outros países. Também aqui, há uma dívida histórica a ser paga aos indígenas.

Referências

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. **Dinámica internacional de la cuestión indígena**. Santiago: Librotecnia, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05.08.2014.

_____. Decreto 5.051 de 19/04/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm.

Acesso em 05.08.2014.

_____. Decreto 6.040 de 07.02.2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em 20.06.2015.

_____. Lei nº 6.001 de 19/12/1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em 05.08.2014.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Indígenas. Gráficos e Tabelas. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/pt/graficos-e-tabelas-2>. Acesso em 09.06.2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Autos nº 0004035-45.2011.5.12.0038. Des. Rel. Viviane Colucci. Disponível em: <http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=256699>. Acesso em 22.06.2015.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio. Ensaios e documentários**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CARVALHO, Edgard de Assis. **Identidade Étnico-Cultural e Questão Nacional**. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (org). et al. Sociedades indígenas e o direito: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: Editora da UFSC, CNPq, 1985. p. 67-74.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Humanismo latino: o Estado Brasileiro e a questão indígena**. In: MEZZAROBBA, Orides (org). Humanismo latino e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Biteux [Treviso]: Fondazione Cassamarca, 2003. p. 473-515.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 22.06.2015.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. São Paulo: Editora da Unesp, 1997.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. **O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista da América Espanhola**. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

ORIO, Luís Henrique. **Situando no novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.). *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 164-186.

PRETTI, Gleibe. **Direito internacional do trabalho e convenções da OIT ratificadas pelo Brasil**. São Paulo: Ícone, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho, volume I: parte I**. São Paulo: LTr, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. STEFANES PACHECO, Rosely A. **Os povos indígenas e os difíceis caminhos do diálogo intercultural**. Artigo publicado no Congresso Nacional do CONPEDI (16.: Belo Horizonte, MG). *Anais eletrônicos...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_frederico_mares_de_souza_filho.pdf, acesso em 06/08/2014. p. 3498-3518.

VITORELLI, Edilson. **O trabalho indígena após a Constituição de 1988 e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho**. In: RAMOS FILHO, Wilson. (org). et al. *Trabalho e Direito: Estudos contra a discriminação e patriarcalismo*. Bauru: Canal 6, 2013. p. 55-85.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

Recebido em: 8 de julho de 2015

Aceito em: 8 de fevereiro de 2015