

## **O TRABALHADOR INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA: O CAMINHO PARA UM NOVO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO NO DIREITO LABORAL**

**Jorge Luis Machado\***

### **RESUMO**

O presente estudo objetiva destacar o desenvolvimento de um novo paradigma jurídico antropológico: o direito à diferença, assim como ressaltar a relevância da consolidação dessa cultura normativa para a tutela dos direitos dos trabalhadores indígenas.

**Palavras-chave:** Direito. Trabalho. Indígena. Igualdade. Diferença.

### **SUMÁRIO**

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA**
- 3 DA IGUALDADE AO DIREITO À DIFERENÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**
- 4 O ÍNDIO E O DIREITO À DIFERENÇA**
- 5 O TRABALHO INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA**
- 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **1 INTRODUÇÃO**

Parte considerável das Constituições sancionadas ou que foram submetidas a reformas nos últimos vinte anos passaram a caracterizar os Estados como multiétnicos e pluriculturais, como no caso da Argentina (1994), Bolívia (1967-2004), Brasil (1988), Equador (1998), México (2001), Nicarágua (1987-1995) e Venezuela.

Esse fato reflete um processo de difusão de ideais proclamados em normas internacionais emblemáticas de proteção aos indígenas, tais como a Convenção n. 168 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que culminou com a introdução de um novo paradigma jurídico antropológico na América Latina: o direito à diferença, ainda em fase de consolidação.

A transição das vetustas políticas de assimilação e integração forçada que caracterizaram o século XX, para a ratificação do respeito à sociodiversidade e à pluralidade étnica e cultural, impõe uma alteração profunda nas relações de trabalho, assim como propicia alcançar um estágio mais amplo do princípio protetor, a fim de garantir direitos fundamentais aos trabalhadores indígenas.

---

\* Diretor da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde - GO; professor universitário; aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Buenos Aires.

## 2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA

Por séculos, o ideal de igualdade tem integrado o rol dos mais importantes valores que orientam o ordenamento jurídico dos povos ditos democráticos. Trata-se de um princípio fundamental que estrutura e norteia as Constituições contemporâneas, sob o pálio de ser o caminho para se rechaçar as mais diversas espécies de discriminação, assim como garantir o direito à dignidade humana.

A noção de justiça está tão associada à igualdade que Aristóteles assinalou: “o injusto é desigual, o justo é igual” (MALLETT, 2008).

Como dispõe Nascimento (2004), o embrião da igualdade, em sentido formal, germinou sob os ares da Revolução Francesa e visou redesenhar uma relação de direito público, cuja finalidade essencial era proteger o cidadão perante o Estado.

Nesse sentido, registra Mello (1993) que o principal destinatário do princípio da igualdade é o legislador e, por conseguinte, a legislação.

De fato, em um primeiro momento histórico, o princípio da igualdade visou repelir a sujeição descabida, arbitrária e intolerável imposta às grandes massas pelas forças sociais dominantes.

Ocorre que o simples fato de a norma constitucional proclamar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não nivela, por si só, os cidadãos, assim como não afasta as diferenças reais, sociais, históricas, culturais, antropológicas, geográficas, ou étnicas, verificadas entre europeus e africanos, cristãos e muçulmanos, ou brancos e índios.

Não se olvida da ampliação do conceito jurídico da igualdade, desde o seu sentido formal até a igualdade material, influenciada pelo igualitarismo marxista, pelo qual seria devido a cada um segundo a sua necessidade, e pela doutrina alemã que inspirou a Constituição de Weimar, de 1919, conforme registra Nascimento (2004). Entretanto, impõe-se reanalisar a bandeira da igualdade quando, sob seu manto, busca-se abstrair a realidade e impor ideologias.

O caminho para a equidade carece do reconhecimento formal e a compreensão da diversidade humana, condições necessárias para a elaboração de remédios jurídicos específicos e eficazes para cada patologia social enfrentada pelos grupos distintos.

Conforme leciona Ramella (2007), a crença e a obediência desmedida a leis gerais e universais, tanto na área jurídica quanto científica, acarretaram a imposição de padrões uniformes de vida e pensamento. Os grupos étnicos e minorias que não se adequaram a esse modelo imposto foram relegados à marginalidade político-social e despojados de direitos fundamentais, são os denominados cidadãos de papel, de que trata Dimenstain (2005).

Para esses grupos, a igualdade proclamada de forma abstrata nas Constituições ainda se apresenta como utopia, a espera da conscientização acerca de um novo paradigma antropológico do direito à igualdade: o distinto.

Rousseau (1994) afirma que, para se conhecer a origem da desigualdade entre os homens, é necessário desvendar o próprio homem. Para tanto, considerou a existência de duas classes de desigualdade na espécie humana: a natural ou física, derivada da própria natureza, tal como a idade, a saúde ou a força corporal de cada indivíduo; e a moral ou política, resultante de convenções sociais, como os privilégios por ser mais rico, mais respeitado ou mais poderoso.

Ao comparar a diversidade cultural, política e social verificada em sua época com a simplicidade e a uniformidade da vida selvagem, o pensador genebrino concluiu que as diferenças entre um homem e outro eram pouco relevantes em seu estado de natureza e tendem a intensificar-se na vida em sociedade.

Em suma, para Rousseau, a sociedade civil é o caldo de cultura que origina e propicia o desenvolvimento da discriminação e da desigualdade.

Sem contestar a procedência dessa célebre conclusão, vale notar que ela se mostra válida como notável ponto de partida para focalizar a origem e os fundamentos da desigualdade, mas não encerra a questão em si.

É preciso separar mentalmente a desigualdade discriminatória e juridicamente reprovável, de que trata Rousseau, do direito à diferença, à sociodiversidade, caracterizada pelo respeito à pluralidade cultural e étnica de cada sociedade.

A partir dessa distinção fundamental, infere-se que a imposição de políticas ditas igualitárias, quando desprovidas de uma análise criteriosa da realidade multicultural e multiétnica da sociedade, pode acarretar severas injustiças.

Em outras palavras, para se alcançar o ideal isonômico, primeiro o direito à igualdade foi apresentado ao homem, agora, impõe-se um novo desafio para a sua efetividade: apresentar a subjetividade humana ao direito.

### **3 DA IGUALDADE AO DIREITO À DIFERENÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

A história das relações laborais, desde a escravidão até o ideal traçado para o trabalho contemporâneo, reflete, em seu contexto, a gestação e a evolução do princípio da igualdade e, sobretudo, do direito à diferença.

Essa complexa trajetória retrata fatos importantes, que auxiliam a compreensão da relevância e pertinência do princípio isonômico como fator de estruturação do trabalho digno e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana.

Conforme dispõe a doutrina mais abalizada, os problemas políticos, sociais e econômicos originados da Revolução Industrial constituíram o berço e determinaram o “batismo oficial” do Direito do Trabalho (GOLDIN, 2009; BARROS, 2006; MELGAR, 2009).

Esse incipiente ramo do direito surgiu, portanto, sob a orientação de importantes movimentos sociais que buscavam alcançar ideais de efetiva liberdade, fraternidade e, em especial, igualdade.

Carecia às sociedades pré-industriais esse fermento, capaz de incitar a criação de um sistema de normas e, mais que isso, a conquista de uma cultura visando à proteção do trabalhador.

Vale relembrar que, na Antiguidade Clássica, principalmente entre os gregos e romanos, o regime de escravidão negava ao trabalhador até mesmo a sua natureza humana. Em boa parte das etapas da sociedade romana, o escravo era considerado coisa, um semovente e não sujeito de direito, assim como o trabalho mera mercadoria.

Conforme leciona Melgar (2009, p. 58), na Idade Média, apesar de se reconhecer aos servos das glebas alguns dos atributos da personalidade, eles encontravam-se em situação muito próxima da escravatura. A condição de servo era hereditária e a submissão aos duros trabalhos servis independia da sua vontade.

Somente com a generalização de um (suposto) regime de trabalho livre, surgido em decorrência da conjunção dos ideais liberais com os acontecimentos demográficos, econômicos e tecnológicos que caracterizaram a instauração do regime industrial, foi possível discutir a efetividade do direito à igualdade no trabalho e, por sua vez, fomentar normas que o tutelassem.

Ao contrário do que se pode concluir, o surgimento do Direito Laboral não foi caracterizado apenas pelo advento do trabalho voluntário, dependente e por conta alheia, mas por uma importante transformação cultural, motivada pela constatação de que a propalada liberdade contratual - sem igualdade - não alcançaria os objetivos traçados pela classe obreira.

Era necessário que fossem fixados limites objetivos aos contratos de trabalho, até então caracterizados por jornadas desumanas, salários insuficientes, instalações insalubres e degradantes, com graves riscos de acidentes, e a utilização abusiva da mão de obra infantil e feminina, as denominadas “meias-forças dóceis”, como registra Barros (2006).

Conforme foi constatado pelo Dr. Villermé, citado por Melgar (2009, p. 68), no início do século XIX, numerosos meninos, filhos de trabalhadores franceses, morriam entre os sete e os dez anos de idade, mal alimentados e submetidos a condições desumanas, durante jornadas de até dezessete horas.

Em oposição a essa extrema desigualdade social e econômica, foram desencadeados importantes movimentos obreiros que influenciaram a intensificação do processo legislativo em matéria laboral e a criação de órgãos públicos e privados capazes de garantir eficácia a esses direitos emergentes.

A maior parte dessas normas são orientadas, até hoje, pelo princípio da proteção do trabalhador, que estrutura todo o direito do trabalho com base no ideal de igualdade.

Leciona Nascimento (2004) que o princípio protetor encontra, atualmente, novos suportes para a sua função tutelar, com base na “teoria da igualdade, como justificação das desigualdades” e na proibição da discriminação.

Sob tal vertente, infere-se a construção de um novo modelo que revitaliza e amplia a atuação do princípio protetor, com base no direito à diferença no trabalho. Esse novo paradigma possibilita lançar novas luzes sobre questões de extrema relevância, como a discriminação no trabalho.

Não se trata apenas de normatizar as disparidades de ordem econômica, que determinam, por exemplo, a equiparação salarial no caso de trabalhos considerados de igual valor, mas de uma nítida ampliação da tutela laboral, no caso de qualquer manifestação discriminatória injustificada e nociva ao trabalhador, seja ela omissiva ou comissiva; por motivo de raça, idade, sexo, estado civil, situação familiar, convicção filosófica ou política, deficiência, nacionalidade, patrimônio genético ou outra peculiaridade que caracterize a subjetividade do obreiro.

Essa nova perspectiva, que alcança - aos poucos - o Direito do Trabalho, extravasa os limites tradicionais do estudo jurídico e permeia outros ramos da ciência como a etnologia, a sociologia, a história, a filosofia e a antropologia, na busca de um substrato científico mais consistente em questões enfrentadas recentemente, como o assédio moral e o *dumping* social.

Esse contato próximo e contínuo com outras ciências sociais menos herméticas talvez seja um bom caminho para que os operadores do direito alcancem

uma ótica realista do direito à diferença no trabalho, sobretudo quanto ao trabalhador indígena, historicamente negligenciado no seu direito de ser diferente, se considerar diferente e ser respeitado como tal.

#### 4 O ÍNDIO E O DIREITO À DIFERENÇA

Em 1512, alguns dos mais importantes teólogos e juristas de Castela reuniram-se em Burgos para analisar a situação enfrentada pelos nativos que habitavam o Novo Mundo. Buscava-se definir se os indígenas teriam alma, se poderiam ser qualificados como humanos e se deveriam sujeitar-se à escravidão (RAMELLA, 2007).

Segundo Lima Filho (2008) e Rangel (1990), era tão discutível a qualidade humana dos indígenas que, em 1537, o Papa Paulo III editou a Bula *Veritas Ipsa* declarando-os entes humanos, capazes, portanto, de serem catequizados.

Os desdobramentos desses fatos históricos registram as raízes da discriminação que ainda atinge esses povos e reflete a dificuldade de a sociedade compreender e aceitar a diversidade.

Como observa Ramella (2007, p. 1): “*Encerrados en la caverna de Platón no los percibían como personas y menos como sujetos de derechos.*”

Por muito tempo, a questão indígena foi negligenciada até mesmo pela comunidade acadêmica, a ponto de Francisco Adolfo Varnhagem, citado por Barbieri (2007), ressaltar na década de 1850 que: “para os índios não há história, há apenas etnografia”.

Quase quinhentos anos depois da promulgação das denominadas Leis de Burgos, ainda não está consolidado o direito indígena à diversidade, à alteridade e à autodeterminação, assim como também não lhes foi reconhecido o direito mínimo de se conduzir com base nas suas próprias instituições políticas, econômicas, jurídicas, sociais e culturais, como povos distintos.

Desde a colonização, em toda a América foram deflagradas ondas de exploração e extermínio dos silvícolas, que se mantiveram alijados da estrutura do Estado durante o constitucionalismo liberal do século XIX, caracterizado por uma política orientada para a sua espoliação territorial e submissão política, como registra Elizondo (2006).

Por sua vez, o século XX foi marcado pelo reconhecimento de certos direitos indígenas e por equivocadas políticas de assimilação e integração forçada, que ocasionaram a descaracterização étnica desses povos e o suicídio em massa de diversas etnias (BARBIERI, 2007; LIMA FILHO, 2008; RANGEL, 1990).

Ao tratar da política brasileira nesse período, Rangel (1990) expõe que os órgãos criados para a tutela indígena restringiram a sua atuação a um foco único: transformar cada reserva numa fazenda modelo e, por conseguinte, impingir aos índios o trabalho agrícola e artesanal, como verdadeiro agente civilizador.

Em face da carência de estrutura e da instabilidade do investimento estatal, essa política obtusa não só restou frustrada, mas acarretou a decadência e o desmatamento de importantes áreas indígenas, que se tornaram inadequadas para a subsistência das tribos (RANGEL, 1990).

Somente ao final do século XX e início do século XXI, sob a baliza de normas internacionais como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas

sobre os Direitos dos Povos Indígenas, tem sido registrado, de forma incipiente, o rompimento do famigerado constitucionalismo integracionista e o gradual surgimento de um constitucionalismo pluricultural ou multicultural, ainda em desenvolvimento (ELIZONDO, 2006).

Segundo Barbieri (2007), a questão indígena obteve visibilidade política mundial em decorrência do crescente movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, que tomou vulto após as atrocidades vivenciadas pela humanidade, depois de duas grandes guerras mundiais.

Entretanto, a condição de povo diferencial ainda oferece resistência ao reconhecimento formal em diversos ordenamentos jurídicos.

Conforme dispõe Ramella (2009), dentre vinte e uma Constituições sancionadas nos últimos vinte anos, treze contêm cláusulas referentes aos indígenas e várias delas caracterizam os Estados como multiétnicos e pluriculturais, como Bolívia (1967-2004), Equador (1998), México (2001), Nicarágua (1987-1995) e Venezuela, mas nenhuma se define plurinacional, o que demonstra que a América Latina encontra-se em um processo de revisão do paradigma constitucional clássico para um novo, ainda em construção.

Também as Constituições, do Brasil, de 1988, e da Argentina, de 1994, evidenciam um rompimento na política orfanológica e integracionista nesses países e indicam uma mudança de mentalidade em relação ao direito à diferença dos povos indígenas, ainda pendente de consolidação, como registram, respectivamente, Lima Filho (2008) e Ramella (2007).

Aos poucos, os movimentos indígenas emancipadores e de reconhecimento de suas identidades culturais adquirem força e visibilidade, como no III Encontro Continental do Povo Guarani, que reuniu centenas de índios em Assunção, no Paraguai, entre os dias 15 e 19 de novembro de 2010, conforme noticiado por Heck (2010).

Do outro lado do mundo, na Austrália, mais de quarenta anos depois de conquistarem a condição de cidadãos, os aborígenes organizam-se para fundar um partido político próprio, após a eleição do primeiro deputado nativo, Ken Wyatt, conforme veiculou Moël (2010), na edição de 25 de dezembro de 2010, do *Le Monde*.

Como se vê, o verbo “resistir”, que tão bem caracteriza o movimento indígena pelo direito à diferença, de forma paulatina, passa a exprimir não só a ideia de “conservar, sobreviver e subsistir”, para adquirir um novo sentido, mais coerente com suas lutas históricas, o de “opor resistência, não ceder, defender-se”, nesse longo caminho para alcançar um novo estágio axiológico: o direito de “reexistir”.

## **5 O TRABALHO INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA**

A ineficiência histórica das políticas de assimilação e integração forçada impostas aos povos indígenas e a omissão dos Estados na questão da demarcação e proteção de suas terras tornaram-nas insuficientes para a subsistência das tribos e, por conseguinte, impeliram os índios a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em um ambiente adverso a suas tradições, valores e concepções de vida (RANGEL, 1990; REZENDE, 2007).

A ruptura social e a desestruturação cultural, causadas pelo labor fora das suas comunidades, acarretaram o agravamento de sérias questões enfrentadas pelos indígenas, como o aumento dos casos de suicídio, estupro, alcoolismo e

homicídio. Também deram origem a novos problemas, como a exploração do trabalho infantil indígena e a submissão dos índios ao trabalho em situação análoga à de escravos.

As diferenças culturais e a ignorância das normas estatais e internacionais de proteção ao trabalhador, somadas à premente necessidade de subsistência e, muitas vezes, ao desconhecimento da língua nacional pelos trabalhadores indígenas têm aguçado a má-fé de empregadores que descumprem as normas de segurança e saúde do trabalhador e deixam de conceder-lhes direitos trabalhistas essenciais.

Alguns casos, como o narrado na ementa jurisprudencial abaixo transcrita, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, simbolizam a forma truculenta como esses trabalhadores são aliciados e o descaso com a sua dignidade:

DANO MORAL. CONTRATO DE EQUIPE. INDÍGENA. CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. RETORNO À ALDEIA. TRANSPORTE NÃO DISPONIBILIZADO. A situação dos autos envolve o retorno de trabalhador indígena a pé da reclamada, localizada na zona rural do Município de Brasilândia-MS, para a sua aldeia, em Coronel Sapucaia-MS, tendo despendido 18 dias nesse trajeto, em razão de a empresa não lhe ter propiciado transporte para o desiderato após a sua não contratação; tal quadro fático demonstra de forma inequívoca o descaso da empresa para com o trabalhador em prol apenas de seus interesses porquanto, quando lhe foi conveniente, se empenhou em retirá-lo da aldeia, fornecendo-lhe para tanto a devida condução, sendo que a mesma atitude se impunha quando de sua não admissão na empresa, devendo responder, por conseguinte, pelos danos morais causados. Recurso da reclamada a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 81800-12.2004.5.24.36. Relator: Juiz André Luís Moraes de Oliveira. Acórdão publicado no D.O./MS n. 6568, de 14/09/2005, p. 83).

Rezende (2007) relata que, em apenas duas usinas de álcool do interior do Mato Grosso do Sul, nos anos de 2007 e 2008, foram resgatados 926 trabalhadores indígenas das etnias Guarani e Terena, flagrados em condições de trabalho degradantes e vivendo em alojamentos superlotados, sem condições de habitabilidade e higiene; em meio a muito lixo, restos de comida, esgoto a céu aberto, além da constante falta de água.

A referida Procuradora do Trabalho também ressalta o crescente número de acidentes e doenças do trabalho na atividade agrícola, em boa parte movidos pelo desdobramento da produção de açúcar e álcool, que alcançou a marca de 28% dos acidentes laborais em todo Brasil e onde está concentrada a maior parte da força de trabalho indígena.

Campos (2008) registra que aproximadamente 10.000 aldeados labutavam somente nos canaviais do Mato Grosso do Sul, em 2008, provendo a subsistência de milhares de famílias.

Casos como os acima narrados destacam o desrespeito à dignidade do trabalho indígena e a precariedade da fiscalização e aplicação de normas trabalhistas fundamentais. Mais que isso, ressaltam a importância da implantação de uma política efetiva de conscientização e respeito à diversidade.

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, buscou a universalização de normas protetivas, dentre as quais, registra-se a Convenção n. 19,

sobre a igualdade de trato entre os trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho; a n. 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva; a n. 100, sobre igualdade de remuneração; a n. 111, sobre a discriminação no emprego e na profissão; a n. 117, sobre os objetivos e normas básicas de política social; a n. 118, sobre a igualdade de trato relativa à seguridade social; a n. 138, sobre a idade mínima para admissão e emprego; a n. 143, sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes; a n. 159, sobre a readaptação profissional e do emprego para pessoas incapacitadas, e a n. 169, sobre os povos indígenas e tribais, dentre outras.

Várias outras normas internacionais demonstram a expansão do ideal de igualdade e do direito à diferença, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, adotada pela Resolução n. 2.106-A, em 1965; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre as Mulheres das Nações Unidas, adotada pela Resolução n. 34/180, em 1979; o Protocolo de San Salvador, adotado pela OEA em 1988; as Diretivas n. 2.000/43/EC e 2.000/78/EC da União Europeia e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

Nessa voga, vêm se estruturando, de forma paulatina, uma nova abordagem doutrinária e a edição de normas jurídicas coerentes, como o festejado Código do Trabalho de Portugal, que dispõe em seus artigos 23º e 24º:

#### Artigo 23º

1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 - Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1.

#### Artigo 24º

1 - Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador.

2 - Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n.º 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.



3 - Constitui, em especial, assédio todo o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior (PORTUGAL, 2004).

A cultura do direito à diferença no trabalho rechaça a prática de qualquer forma de discriminação, em especial, a criação de subclasses de trabalhadores ou subempregos, como os impingidos aos indígenas, em total desrespeito a normas emblemáticas, como as dispostas no artigo 20 da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da contratação e condições de trabalho dos povos indígenas nos seguintes termos:

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:

a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;

b) remuneração igual por trabalho de igual valor;

c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão de obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção (OIT, 1991).

Na busca de minorar a discriminação, na última década, em todo o Brasil, tem sido incentivada a contratação de trabalhadores indígenas por meio de contratos de equipe, composta de até 60 trabalhadores, dentre os quais o líder (“cabeçante”), o cozinheiro e seu ajudante, de modo a favorecer a vida comunitária; assim como a negociação por meio de contratos coletivos de trabalho; o pagamento de salários em moeda corrente, mediante recibo que discrimine as parcelas salariais e a remuneração por produção, garantida uma renda mínima não inferior ao salário normativo da categoria (REZENDE, 2007).

No mesmo intento, Lima Filho (2008) enumera requisitos de validade e eficácia específicos do contrato de trabalho indígena, tais como:

- a) preservação do direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988;
- b) assistência pelo órgão tutor na contratação, fiscalização e extinção do contrato, exceto em casos extraordinários, quando o trabalhador revele plena consciência do ato praticado e da extensão de seus efeitos e desde que não lhe seja prejudicial (artigos 8º e 14 da Lei 6.001/73);
- c) não aplicação da prescrição prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, salvo quando o obreiro revele consciência de seus atos, e
- d) assistência do Ministério Público do Trabalho.

Em regra, esses requisitos mínimos têm encontrado ressonância nos tribunais trabalhistas, conforme se verifica do disposto nos arestos abaixo transcritos:

TRABALHADOR INDÍGENA. CAPACIDADE PROCESSUAL PARA ESTAR EM JUÍZO. Mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, os índios continuam enquadrados como relativamente incapazes, visto que a legislação especial aplicável, interpretada à luz dos arts. 231 e 232 da CR/88, não lhes confere a capacidade plena para a prática de todos os atos da vida civil. E, na condição de relativamente incapazes, eles devem ser assistidos, na forma da lei, pelo Ministério Público do Trabalho ou pela FUNAI, desde que as atividades judiciais prestadas pela Procuradoria Geral da Fundação Nacional do Índio não se confundam com a representação judicial da União. (BRASIL, 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário n. 00423.2006.081.23.00-2. Relator: Desembargador Tarcísio Valente. Decisão proferida em 13/02/2007).

VÍNCULO DE EMPREGO - INDÍGENA - IMPOSSIBILIDADE DE DISCRIMINAÇÃO. Uma vez presentes os requisitos indispensáveis à configuração do vínculo empregatício, pouco importa se os autores são ou não indígenas, há que se lhes reconhecer a proteção da legislação trabalhista, até porque é proibida a discriminação entre os trabalhadores indígenas e os demais (Lei 6.001/73, art. 14 - Estatuto do Índio). Também não se pode dar valia ao contrato de locação de serviços intermediado pela FUNAI, que pretende descaracterizar a relação de emprego vislumbrada nos autos, incidindo na hipótese a previsão contida no art. 9º, da CLT. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 0732/1997. Relator: Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Acórdão do Tribunal Pleno n. 2.081/1998).

1. TRABALHADOR INDÍGENA. PRESENÇA OBRIGATÓRIA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM TODOS OS ATOS DO PROCESSO - Se a audiência e a tentativa de conciliação se realizaram sem que o representante do Ministério Público estivesse presente, o ato encontra-se contaminado pelo vício da nulidade absoluta maculando todos aqueles que a ele se seguiram, nos precisos termos dos arts. 232 da Carta Suprema, e 246, parágrafo único do CPC.

2. CONFISSÃO. NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ÓRGÃO TUTOR E DO REPRESENTANTE DO *PARQUET*, PENA DE NULIDADE DO ATO - Não tem eficácia a confissão ficta de trabalhador indígena quando a intimação sob aquela cominação se fez sem a presença do órgão tutor e do representante do Ministério Público do Trabalho que também deixou de comparecer à audiência de conciliação e nenhuma defesa efetiva fez dos indisponíveis interesses do autor. Aplicação do que previsto nos arts. 213 do Código Civil e 351 do Código de Processo Civil. Processo anulado a partir da audiência de conciliação, inclusive. Recurso provido (BRASIL. 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Recurso Ordinário n. 120700-36.2009.5.24.21. Relator: Desembargador Francisco das C. Lima Filho. Acórdão publicado no D.O./MS n. 785, de 02.06.2010).

Entretanto, a evolução normativa e doutrinária ainda carece de sedimentação jurisprudencial, especialmente nos tribunais superiores, como se verifica das decisões proferidas, respectivamente, pela 4ª Turma e pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, da mais alta Corte Trabalhista do Brasil:

PRESCRIÇÃO. INDÍGENA. I - Embora o acórdão recorrido tenha se orientado pelas regras de direito intertemporal ao aplicar o Código Civil de 1916, o que, por si só, seria suficiente para demonstrar a impropriedade da invocação do art. 4º, parágrafo único, do Código Civil de 2002, percebe-se que o referido dispositivo limita-se a estabelecer que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial, não abordando a controvérsia em torno do prazo prescricional. II - Inviável, também, indagar sobre a ofensa suscitada ao artigo 7º da Lei 6.001/73, tendo em vista que o referido dispositivo, ao estabelecer que os índios não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei, não trata do instituto da prescrição. III - Por sua vez, a divergência jurisprudencial colacionada desserve à configuração do dissenso pretoriano, pois o recorrente não aludiu às teses que identificassem o conflito jurisprudencial, nos termos da Súmula 337 do TST. IV - Recurso não conhecido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 4ª Turma. Recurso de Revista n. 302/2005-091-24-00-1. Relator: Ministro Barros Levenhagen. Publicado no D.J.U. de 08.02.2008).

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. INDÍGENA. 1. A invocação de dispositivos de lei federal e da Carta Política não propicia o conhecimento dos embargos interpostos sob a égide da Lei n. 11.496/2007, porquanto hipótese não prevista no art. 894, II, da CLT, com a redação que lhe foi conferida pelo aludido diploma legal. 2. O único julgado paradigma coligido, proveniente da SDI-II desta Corte, afigura-se inespecífico, na medida em que - cingindo-se a assentar a impossibilidade de acolhimento da ação rescisória que não ataca o fundamento norteador da ação rescindenda - sequer expressa tese jurídica acerca da aplicabilidade

ou não da prescrição bienal ao indígena; o que tampouco é contemplado no acórdão embargado, que se limita a consignar a impertinência dos dispositivos legais invocados na revista, bem como a invalidade/inespecificidade dos arestos paradigmas trazidos naquele apelo. Óbice da Súmula 296, I, do TST. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, SBDI 1. Embargos em Recurso de Revista n. 30200-44.2005.5.24.0091. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber. Acórdão publicado no D.J.U. de 06.08.2010).

No caso vertente, o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região decidiu, por maioria, dar parcial provimento ao recurso patronal, para declarar prescritas as verbas reconhecidas pelo Juízo de 1º Grau, referentes aos quatro primeiros contratos firmados, “não obstante o meticuloso laudo antropológico” que constatou a incapacidade do trabalhador indígena para exercer os atos da vida civil.

Casos como o retratado acima revelam o paradoxo jurídico denunciado por Lima Filho (2008):

No âmbito trabalhista vem ocorrendo um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo em que o Estado exige a assistência do órgão tutor para o ingresso do trabalhador indígena em Juízo e a participação do Ministério Público em todos os atos processuais como condição de validade do próprio processo, mantém-se omissivo não adotando nenhuma providência necessária para que esse direito de natureza fundamental seja efetivamente exercitado. Todavia, quando o trabalhador indígena eventualmente age, após anos e até décadas de espera vem a alegação, por parte do empregador, da ocorrência da prescrição total do direito de ação, fundado no disposto no art. 7º, inciso XXIX, do Texto Constitucional que estabelece o prazo de cinco anos no curso do contrato e dois depois de extinto, para que o trabalhador possa reclamar contra a violação de eventuais direitos. Mesmo diante de tal constatação, dessa verdadeira omissão estatal em fazer valer no campo prático os direitos constitucionalmente garantidos, embora tenha o dever de promover as ações para sua reparação quando violados ou prevenir contra sua violação, a arguição de prescrição invariavelmente vem sendo acolhida pela Justiça do Trabalho, como se trabalhador indígena, tutelado pelo próprio Estado, não integrado à comunhão nacional, pudesse ou tivesse a capacidade de agir por si próprio e conhecesse as normas legais estatais disciplinadoras do direito de ação e o instituto da prescrição, quando a maioria deles sequer entende ou fala a língua nacional.

Tais fatos demonstram a descaracterização da aplicação do princípio protetor em casos nos quais a hipossuficiência do trabalhador alcança seu grau máximo, assim como a vulnerabilidade de direitos trabalhistas fundamentais, quando expostos à ineficácia das normas processuais que os resguardam. Trata-se da problemática da prevalência da norma de forma sobre a norma de fundo, de que trata Cañal (2003):

*Es que el derecho sustancial está siempre expresado en bellas palabras. Esas mismas que hacen sentir a la gente segura a su amparo y que la lleva a sostener animosamente: “Yo creo en la Justicia.”*

*Sin embargo, la realidad es bien distinta. Porque el derecho encuentra su realización a través de las normas formales, que lamentablemente muchas veces no coinciden con el contenido de las sustanciales a las que pretendidamente regulan.*

Em suma, não basta que a norma substantiva proclame o surgimento de um novo paradigma jurídico antropológico. A consolidação do direito à diferença do trabalhador indígena depende de uma ampla mudança cultural, a começar pelo reconhecimento da sua diversidade por aqueles que têm o dever de dizer o direito no caso concreto.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quase quinhentos anos após os debates jurídicos e filosóficos que deram origem às denominadas Leis de Burgos, nos quais se buscava definir se os índios do Novo Mundo teriam alma, se poderiam ser qualificados como humanos e se deveriam sujeitar-se à escravidão, ainda não está consolidado o direito do trabalhador indígena à diversidade.

O processo de sedimentação de um novo paradigma antropológico sinaliza um momento histórico propício para a estruturação de um enfoque jurídico que valorize o direito à subjetividade dessa classe vulnerável de trabalhadores e o resgate da dignidade dos povos indígenas.

### ABSTRACT

*This study aims to highlight the development of a new legal paradigm anthropological: the right to difference, as well as emphasize the importance of consolidation from that normative culture for the safeguard the rights of indigenous workers.*

**Keywords:** *Right. Work. Indigenous. Equality. Difference.*

### REFERÊNCIAS

- BARBIERI, Samia Roges Jordy. O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios. *DireitoNet*, [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3800/O-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-Brasil-e-os-indios>>. Acesso em: 04.06.2010.
- \_\_\_\_\_. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas. *DireitoNet*, [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3798/O-principio-da-igualdade-e-o-direito-indigena>>. Acesso em: 04.06.2010.
- \_\_\_\_\_. O princípio da igualdade e o direito indígena. *DireitoNet*, [S.l.], out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3799/O-principio-da-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-os-Povos-Indigenas>>. Acesso em: 04.06.2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.
- CAMPOS, André. Exploração de indígenas nos canaviais do MS é histórica. *Repórter Brasil Agência de Notícias*, [S.l.], 21 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1387>>. Acesso em: 04.06.2010.

- CAÑAL, Diana Regina. *Decisiones judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el Derecho del Trabajo*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Quorum, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Una visión pragmática del derecho*. 1. ed. Buenos Aires, Editorial Quorum, 2003.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.
- ELIZONDO, Héctor Ortiz. Constitucionalismo multicultural y derechos indígenas. In: CONGRESO DE LA RED LATINOAMERICANA DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA. 5, 2006, Oaxtepec. *Justicia y diversidad: retos de la Globalización*. [S.l.]: [s.n.], [2006]. p. 1-2.
- GOLDIN, Adrián (Dir.); ALIMENTI, Jordelina F. (Coords.). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- HECK, Egon. Documento final do III Encontro Continental do Povo Guarani. *Portal Ecodebate*, Assunção, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/11/24/documento-final-do-iii-encontro-continental-do-povo-guarani/>>. Acesso em: 24.11.2010.
- LIMA FILHO, Francisco das C. A proteção do trabalhador indígena e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. *Argumentum Jurídico*, Campo Grande, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/arq/download/biblioteca/24opiniao/A%20protecao%20laboral%20do%20trabalhador%20indigena....pdf>>. Acesso em: 03.06.2010.
- \_\_\_\_\_. A questão do direito indígena. *Universo Jurídico*, [S.l.], Disponível em: <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4325/A\\_Questao\\_do\\_Direito\\_Indigena](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4325/A_Questao_do_Direito_Indigena)>. Acesso em: 03.06.2010.
- MALLET, Estêvão. Direito do trabalho, igualdade e não discriminação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 41, n. 81, p. 233-258, jul./dez. 2008.
- MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 30. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MOËL, Marie Morgane Le. Na Austrália, os aborígenes criam seu partido para fazer valer seus direitos. *Le monde*, [S.l.], 25 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiglobal/lemonde/2010/12/25/na-australia-os-aborigenes-criam-seu-partido-para-fazer-valer-seus-direitos.jhtm>>. Acesso em: 25.12.2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *LTr Legislação do Trabalho Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, a. 69, v. 63, p. 777-787, jun. 2004.
- OIT. Convenção n. 169, adotada em 27 de junho de 1989. Sobre os Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv\\_169.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_169.pdf)>. Acesso em: 21.06.2010.
- PORTUGAL. Lei n. 99, de 27 de agosto de 2003. Aprova o Código do Trabalho. *Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social*. Disponível em: <[http://www.mtss.gov.pt/docs/Lei\\_reg\\_CT.pdf](http://www.mtss.gov.pt/docs/Lei_reg_CT.pdf)>. Acesso em: 22.08.2010.

- RAMELLA, Susana T. *El derecho a la diferencia en la Constitución Argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma antropológico. Universidad Nacional de Cuyo, proyectos bienales 2005 - 2007*, [S.l.], 2007. p. 298-321. Disponível em: <[http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/1509/ramellainforme07.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/1509/ramellainforme07.pdf)>. Acesso em: 04.04.2010.
- \_\_\_\_\_. *Estados latino-americanos plurinacionales y las naciones no estatales a través de la perspectiva analítica de Sousa Santos. Universidad Nacional de Cuyo, proyectos bienales 2007 - 2009*, [S.l.], 2009, p. 96-102. Disponível em: <[http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/3161/ramella2009.pdf](http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3161/ramella2009.pdf)>. Acesso em: 04.04.2010.
- RANGEL, Lúcia Helena Vitalli. Índios brasileiros: despossuídos da terra, mão-de-obra marginal. *Revista São Paulo em Perspectiva*. Fundação SEADE, jul./dez. 1990. v. 4, p. 3/4.
- REZENDE, Simone Beatriz Assis de. Os indígenas no corte da cana-de-açúcar no Estado de Mato Grosso do Sul: breve histórico da luta pelo reconhecimento de seus direitos trabalhistas. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul*, v. 1, n. 1, p. 153-176, abr. 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.