
DESAFIOS PARA A REDE TRANSLABORAL NOS DIREITOS INDÍGENAS COMO FERRAMENTA PARA COMPENSAÇÃO SIMÉTRICA, EM RELAÇÕES INTERÉTNICAS E INTRAÉTNICAS, NAS DEMANDAS TRABALHISTAS

Lourival José de Oliveira¹

Renata Vieira Meda Meda²

RESUMO

Partindo-se da Convenção 169 da OIT que respingou na internalização dos direitos coletivos indígenas reconhecidos no texto constitucional, povos indígenas em vias de integração, insurgem-se em demandas trabalhistas pretendendo a aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos coletivos em face dos direitos individuais. No cenário contemporâneo, com a ausência gradual do Estado, a luta dos movimentos indígenas pelo reconhecimento dos direitos não hegemônicos tem gerado um corpo de ação que em torno de sua relação com os movimentos transnacionais, busca por obter reconhecimento como sujeito de direitos coletivos em muitos países latinoamericanos. Na rede transnacional, as organizações indígenas partem a gerar acordos políticos em torno de suas demandas em cada país, pela capacidade da política de identidade em mobilizar-se e articular politicamente os sujeitos indígenas locais, ao tempo em que se criam redes transnacionais de apoio com o contexto de globalização. Com o contexto pós-colonial, os movimentos indígenas alcançam as legislações trabalhistas, no entanto, diante da política de identidade deve-se raciocinar no alcance dos direitos coletivos para possibilitar a flexibilização da legislação trabalhista.

1

Palavras-chave: convenção 169 da OIT; povos indígenas; Constituição Federal; relações de trabalho; rede transnacional.

ABSTRACT

A partir del Convenio 169 de la OIT, que resultó en la internalización de los derechos colectivos indígenas reconocidos en el texto constitucional, los pueblos indígenas en proceso de integración, se alzan en demandas laborales buscando la aplicación por parte del Poder Judicial de los derechos colectivos frente a los derechos individuales. En el escenario contemporáneo, con la paulatina ausencia del Estado, la lucha de los movimientos indígenas por el reconocimiento de derechos no hegemónicos ha generado un cuerpo de acción que, en torno a su relación con los movimientos transnacionales, busca obtener el reconocimiento como sujeto de derechos colectivos. derechos en muchos países latinoamericanos. En la red transnacional, las organizaciones indígenas comienzan a generar acuerdos políticos en torno a sus demandas en cada país, a través de la capacidad de las políticas identitarias para movilizar y articular políticamente a los sujetos indígenas locales, al mismo tiempo que se crean redes de apoyo transnacionales con el contexto de la globalización. En el contexto poscolonial, los movimientos indígenas alcanzan la legislación laboral, sin embargo, frente a las políticas

¹ Universidade Estadual de Londrina, Profº. Dpto de Direito Público e Pós-Graduação Estrito Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito Negocial da UEL, Londrina, BR, lourival.oliveira40@hotmail.com

² Universidade Estadual de Londrina, Profª. Dpto de Direito Privado; Londrina, Brasil; e Universidade Veiga de Almeida, Profª do Curso de Direito da UVA, Rio de Janeiro, Brasil, renatameda@uel.br



identitarias, hay que razonar sobre el alcance de los derechos colectivos para permitir la flexibilidad de la legislación laboral.

Key-words: convenio 169 de la OIT; indigenous people; Constituicion Federal; relaciones laborales; red transnacional.

INTRODUÇÃO

Parte-se a compreender a valoração simétrica referente ao caso interétnico consubstanciado em uma Reclamação Trabalhista que envolveu a comunidade wapichana e o professor da etnia macuxi.

Insurge-se a percorrer a temática da autonomia dos povos indígenas de forma a manter suas tradições, costumes ou sistemas próprios, aplicando o processo legal insculpido em norma sancionatória como forma de reparação, marcado pelo não Eu-rocentrismo.

Com efeito, cabe debruçar-se sobre casos relevantes de direito coletivo dos povos indígenas, ou ainda, a autonomia do direito dos povos indígenas, através da metodologia de estudos de casos judiciais que contribuíram sob o prisma da jusdiversidade, pautadas no direito consuetudinário.

2

1 A PASSAGEM DA CONVENÇÃO 107 PARA A CONVENÇÃO 169 DA OIT

A Organização Internacional do Trabalho - OIT convidou representantes indígenas para participar como observadores na Reunião de Peritos para a realização da revisão da Convenção 107 da OIT que foi substituída pela Convenção 169 da OIT.

O caráter tripartite da OIT acrescentou o elemento de discussão para com os povos indígenas: questões de legitimidade e participação, envolvendo a participação ativa de delegados de empregadores e trabalhadores. O grupo de empregadores assumiu uma posição rígida, juntando-se a posição dos estados mais obstinados a negar qualquer afirmação de direitos indígenas no instrumento revisado, pedindo até mesmo a suspensão do processo de revisão no que tange ao reconhecimento de direitos indígenas. Em contraste com os empregadores, o grupo de trabalhadores desempenhou papel central de apoio às propostas apresentadas pelo grupo indígena, endossando a maioria delas. “Na maioria das vezes, os delegados dos trabalhadores deram total apoio às propostas da bancada indígena” (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 306) de forma que as propostas apresentadas pelo grupo de trabalhadores era



o mesmo procedimento documental do grupo indígena, como participante político da organização.

O consenso normativo, proposto pelo eleitorado tripartite da OIT, sobre o reconhecimento de direitos indígenas, tornou-se o elemento central na consolidação de um corpo de normas internacionais consuetudinárias relativas aos direitos das populações indígenas. A mudança de perspectiva sobre as questões indígenas, abordadas na Convenção 107 para a Convenção 109, foi tratada como a transição derivada da abordagem política para a abordagem de direitos na Convenção como sendo um processo problemático e, em certa medida, inconcluso.

Da perspectiva política, a Convenção 169 pode ser atualmente lida como uma continuação da antiga convenção por outros significados, com exceção a previsões sobre cooperação transfronteiriça, do qual se projetará adiante. Já na perspectiva de direitos, a Convenção 169 poderá e deverá ser propriamente interpretada no sentido que transcende sua própria história e se conecta ao desenvolvimento jurídico e político no âmbito dos direitos humanos em relação aos povos indígenas, e em um diálogo normativo que passa a envolver os próprios povos indígenas, sem deixar de considerar a relação tripartite que promoveu a movimentação da culturalização da Constituição de 1988.

3

2 OS DESAFIOS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO COLETIVO NO CONTEXTO DA JUSTIÇA TRABALHISTA

Parte-se da premissa a reconhecer os direitos coletivos dos povos indígenas no contexto pós-colonial brasileiro, direitos que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo. Esses direitos se comparam aos direitos nacionais quanto à titularidade, sendo titulares somente os membros da comunidade.

Dentro do sistema, a dificuldade está em aceitar os direitos coletivos, notadamente os pressupostos da legitimidade e da representatividade para a tomada de decisões pelo Poder Judiciário que se torna impotente para reconhecê-los no exercício dos direitos coletivos.

Este tópico visa demonstrar a incompreensão dos tribunais frente a resolução de disputas interétnicas e intraétnicas, para “fazer prevalecer os coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes porque seus poderes, faculdades e direitos estão descritos na lei” (Souza Filho, 2018, p. 81).



Pretendendo atender a aplicação dos direitos coletivos em relações entre etnias, em 17 de abril de 2012, o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região publicou, no Diário Oficial da União, o edital n. 001/2012 que tornou público o Concurso de Provas e Títulos para provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto C-073. O certame insurgiu-se a compreender a valoração jurídica considerada pelos tribunais frente a análises de relações interétnicas (relações entre etnias diferentes) e intraétnicas (etnias indígenas e a sociedade).

A prova dissertativa teve como cerne um caso gerador referente ao índio de etnia Macuxi, Adalto da Silva, que ajuizou reclamatória trabalhista em face de Associação dos Amigos de Roraima e contra o Município de Pacaraima (RR), sustentando que trabalhou para a primeira ré - Associação, exercendo a função de professor de escola do ensino fundamental de comunidade indígena localizada na região rural do Município de Pacaraima (RR), pelo período de 02/05/2011 a 25/11/2011. A primeira empregadora foi contratada pelo segundo réu - Município, após processo licitatório, para atuar em serviços médicos e educacionais dirigidos à população indígena, residente naquele município.

Durante o período do contrato de trabalho, o empregado indígena Adalto da Silva atuava em regime de confinamento, com 7 dias corridos de folga a cada mês, laborando das 07h às 11h30 e das 13h00 às 15h30. Aduziu que o local de trabalho era de difícil acesso e percebia de remuneração de R\$ 1.000,00 mensais. Suscitou que foi comunicado da dispensa mediante aviso prévio, discriminatória e sem o pagamento das verbas rescisórias. Enfatizou a dispensa discriminatória por parte do empregador, em razão da Associação e Município (Empregadores) atenderem a solicitação dos pais dos alunos indígenas da etnia Wapichana, que não concordavam em ter um professor de etnia Macuxi, lecionando para seus filhos wapichanos.

Alegou o empregado indígena tratar-se de discriminação odiosa, em função de sua etnia, abalando a sua honra e dignidade, pressupondo violação aos artigos 5º, caput e inciso IV artigo 3º, ambos da Constituição Federal de 1988, devendo a Associação e o Município serem condenados a reparar o dano moral infligido com indenização, em quantum que estabeleça verdadeiro efeito pedagógico.

Adalto da Silva, autor indígena, requereu: o reconhecimento da responsabilidade solidária ou subsidiária do Município de Pacaraima (RR) quanto ao pagamento dos créditos trabalhistas e indenização que lhe são devidos; o reconhecimento do vínculo empregatício e declaração de nulidade da rescisão contratual e da dispensa, com a respectiva reintegração ao



serviço, com pagamento dos salários vencidos e vincendos, 13º salários e depósitos do FGTS, com relação ao pedido do afastamento até sua efetiva reintegração; e sucessivamente ao pedido retro de reintegração, que fosse reconhecida a mora patronal do pagamento dos créditos trabalhistas devidos, bem como a condenação da Associação ao pagamento de aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% de todo o período trabalhado; incluindo ainda o pagamento das multas dos artigos 467 e 477 (parágrafo 8º) da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; (iv) pagamento de adicional de confinamento, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, na proporção de 30% sobre o salário pago durante todo o período laboral e respectivos reflexos sobre as verbas rescisórias. Para fins de compensação simétrica entre as etnas, o empregado indígena pleiteou indenização por dano moral, decorrente da dispensa discriminatória, na importância de R\$ 200.000,00. Por fim requereu, a assinatura e baixa na CTPS, com recolhimento previdenciário do período trabalhado, acrescido de juros e correção monetária. Do acesso à justiça, requereu a justiça gratuita e honorários advocatícios na proporção de 15% sobre o valor da condenação. Valor da causa arbitrado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). A primeira proposta conciliatória entre as partes litigantes foi recusada.

5

A Associação dos Amigos de Roraima apresentou sua defesa, alegando a incidência de carência de ação por legitimidade ad causam, uma vez que inexistia vínculo empregatício entre as partes, de forma que o empregado indígena atuava como professor-voluntário em comunidade indígena, nos termos da Lei n. 9.608/98, e que a alegada remuneração referia-se a uma ajuda de custo. Em seguida, enfatizou ser uma entidade sem fins lucrativos, que admite como incontroversos o período de jornada de trabalho, bem como a atividade desenvolvida, sendo o empregado figurado como voluntário, como tantos outros que buscam colaborar com o sistema de ensino de populações indígenas.

Ainda, a Associação reconheceu que a cessação dos serviços do professor indígena ocorreu devido à exigência dos pais indígenas da etnia Wapichana que não aceitam seus filhos serem ensinados por índios de outra etnia (Macuxi); logo, justificando que deve ser respeitado os processos próprios de aprendizagem dos índios de etnia Wapichana, nos termos do §2º do artigo 210 da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Quanto aos alegados danos morais, a Associação opôs-se ao pedido de danos morais, alegando que não houve dispensa discriminatória, sendo o valor da indenização desprovida de qualquer razoabilidade. Acrescentou ainda que “não é devedora de qualquer verba trabalhista



ao reclamante, ressaltando que os pedidos de adicional de confinamento e honorários advocatícios são desprovidos de amparo legal”. Ao final, a Associação requereu o acolhimento da preliminar e, no mérito, a improcedência de todos os pedidos articulados na inicial.

O Município de Pacaraima (RR), na qualidade de litisconsorte passivo, arguiu sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do processo, justificando que a relação de trabalho foi mantida com a primeira reclamada – Associação dos Amigos de Roraima, entidade vencedora de licitação pública para atuar na prestação de serviços médicos e educacionais dirigidos à comunidade indígena residente no município; sendo assim, não havia o que se falar na possibilidade de condenação solidária ou subsidiária, nos termos da Lei n. 8.666/93, sendo a primeira ré responsável pelo pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários atinentes à execução do contrato de prestação de serviços. Em seguida, defendeu a impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício alegado na inicial, uma vez que o professor indígena não prestou serviço a partir da aprovação em certame público. Propugnou ao final pela rejeição integral de todos os pedidos articulados na inicial.

6

Considerando o caso emblemático referente a relações interétnicas decorrentes de direitos próprios de indígenas entre etnias distintas, analisa-se o caso emblemático na interface entre a sociologia e o direito, no intuito da compensação simétrica entre as etnias, a partir do reconhecimento da jusdiversidade de cada comunidade indígena.

3 A COMPENSAÇÃO SIMÉTRICA ENTRE AS ETNIAS DISTINTAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Trata-se, em síntese, de pedido de condenação da primeira ré Associação dos Amigos de Roraima e subsidiariamente da segunda ré – Município de Pacaraima (RR), na obrigação de pagar a quantia referente a créditos trabalhistas em decorrência do reconhecimento do vínculo empregatício e do termo de rescisão do contrato de trabalho, bem como do pedido de condenação à indenização por danos morais pela dispensa discriminatória motivada pelo cumprimento do direito coletivo, no sentido da jusdiversidade.

O pedido de indenização pela despedida discriminatória requerido pelo professor indígena trata-se de despedida arbitrária pela Associação, ora Reclamados, que decidiram em



rescindir o contrato de trabalho com o indígena macuxi, visto que a prestação de serviços de professor da etnia macuxi não poderia ser dada continuidade, tendo em vista que os pais dos alunos indígenas da etnia wapichana não concordavam mais em ter um professor de etnia diferente lecionando para seus filhos.

A premissa da dispensa do empregado pela Associação pode-se justificar pelo atendimento a disposição do art. 215 da CF/1988. Mas se de um lado, a Associação compensou a comunidade indígena wapichana ao rescindir o contrato, por outro lado, não atendeu o direito coletivo do sujeito de direito do professor da etnia macuxi, qual seja, o direito à auto-organização própria da etnia indígena do professor.

Em relação à análise quanto ao pedido de indenização em decorrência da dispensa do professor indígena pelos reclamados, tem-se que a caracterização da discriminação odiosa em função da etnia do empregado, afrontou os preceitos dos arts. 5º caput, e inciso IV do art. 3º da CF/88, sendo o risco do contrato de trabalho a ser suportado pelo empregador(es), ora Associação e Município.

O pedido de compensação requerido envolve o cumprimento ou não de decisão dos pais dos alunos da etnia Wapichana - o próprio local em que o empregado prestava serviços, qual seja, uma etnia indígena distinta da etnia do empregado, que por conservarem a sua identidade étnica e pessoal no convívio com outras etnias e com os não-índios - não concordaram em ter um professor de etnia distinta no aprendizado de seus filhos, sendo o risco da presente atividade econômica a ser assumido pelo empregador (es), não podendo ser transferido para o empregado.

Desse modo, para atender a finalidade da compensação simétrica entre as etnias, busca-se, neste artigo, percorrer a aplicação do direito coletivo que não se amolda às configurações jurídicas formais do direito hegemônico (que, para cumprir a decisão dos pais dos alunos da etnia wapichana, afastaria o direito à indenização do professor indígena macuxi). Contrariamente, o direito não-hegemônico, ou ainda, o estudo da interface entre a sociologia e o direito visam promover o reconhecimento da jusdiversidade.

A prática de discriminação constitui crime, segundo a lei federal 9.029, de 13 de abril de 1995, igualmente na CF/88 que, enquanto Estado democrático e social de direito, tem, dentre outros fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, objetivos fundamentais da República para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais, sem preconceitos de origem, raça, sexo,

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, sendo que, ao prever as garantias individuais e coletivas fundamentais, dispõe sobre o direito à igualdade.

Com efeito, a Convenção 111 da OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, define a discriminação como (art. 1º) “a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão”; e ainda compreende, “b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão [...]”, “após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados”.

A Convenção 169 da OIT tem grande relevância para enfrentar o embate da discriminação por raça, que “exige adotar medidas especiais para satisfazer as necessidades particulares dos grupos indígenas e outros grupos que são vítimas da discriminação” (Um guia da Convenção 169 da OIT, 2009, p. 159), como por exemplo, subsídios especiais para a educação ou empregos reservados no setor público.

De outra parte, a Constituição reconhece a jusdiversidade como sendo “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” (art. 231), portanto, notadamente, para além de um conflito, existe uma harmonização que parte da premissa de que a classe dos direitos humanos fundamentais previstos na CF/88 consubstancia-se em vetores de influências recíprocas.

Segundo Carlos Maximiliano (2008, p. 105), entre a norma-princípio de proteção dos trabalhadores e a norma princípio de tutela da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, enfim, no direito coletivo de cada etnia indígena cabe ao aplicador adotar “a interdependência metódica”.

No sentido de ceder às tentações de abolir as conquistas minoritárias em benefício próprio, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu art. 34, dispôs que os “povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos”.



Na mesma linha, dispôs o art. 8º da Convenção n.169 da OIT que, “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário” (inc. I) e, ainda, que referidos “povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos” (inciso II), ressaltando, enfim, que “sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio”.

Ao seu turno, urge pontuar a norma inscrita no art.1º da Lei n. 6.001/1973, o Estatuto do Índio, que 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, assinalado no artigo 6º que serão “respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”.

Diante do positivismo encartado no ordenamento jurídico proposto pelo monismo estatal, alerta Daniel Sarmento (2014) que diante do embate envolvendo relações intraétnicas, a solução estaria na CF/88 que detém em seu ápice a construção de um constitucionalismo democrático, devendo, por isso, irradiar a sua força normativa para a validade de toda a organização política, administrativa, legislativa ou jurisdicional, e conclui que “além de valorar positivamente o fato de a Constituição ser dotada de supremacia, procura atribuir importância devida às deliberações populares” (Sarmento, 2014, p. 9).

A resolução da problemática envolvendo indígenas de etnias diferentes e o Estado encontra-se permeada por uma questão de suposto choque cultural, porque as teses jurídicas relacionadas à espécie parecem se desconhecerem do direito dos povos indígenas. Os discursos revelam o despreço de fazer prevalecer os direitos coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes, porque seus poderes estão positivados na legislação comum, mantendo um padrão ideológico e cultural ao aplicar o direito hegemônico.

Na perspectiva de comprovar o fato constitutivo do direito do professor indígena da etnia Macuxi pela procedência da indenização por danos morais, em razão da violação à jusdiversidade relacionada a sua etnia Macuxi, bem como assegurar a tradição da etnia Wapichana na qual um índio não pode ser alfabetizado por professor de outra etnia senão a



Wapichana, há que se reconhecer a o direito interno de cada etnia, conforme previsto no art. 231 da Constituição.

Deve-se raciocinar, portanto, na linha de pensamento que se articula, outras possibilidades direcionadas ao reconhecimento das decisões e das práticas originárias dos povos indígenas, que certamente contrasta com o formato do Estado moderno como fonte de produção hegemônica, o que também foi apontado por Thaís Maria Lutterback Saporetti Azevedo:

Esse cenário contrasta, de certo modo, com a fundação dita moderna da compreensão do Estado como fonte de produção hegemônica das normas jurídicas que pela retórica da cidadania, da igualdade e da soberania que tratou de forças homogeneizações culturais – a supervalorização da identidade nacional – ou tornar ilegais (no sentido de desvios), práticas e comportamentos que não seguiam a cartilha dos valores instituídos com status de lei. (Azevedo, 2017, p. 424).

Cabe elucidar que, se aplicado somente o direito nacional do Estado aos povos indígenas e, portanto, culturalmente diverso de forças heterogêneas, se abonaria o direito próprio da diversidade (*jusdiversidade*), perpetuando-se um modelo colonialista cujo nascedouro destoa da cultura que se mostra intrínseca e peculiar aos povos indígenas, eliminando a própria cultura, além de distorcer princípios milenares, ensejando uma protrusão na estrutura social.

10

4 A REDE TRANSNACIONAL DOS DIREITOS INDÍGENAS

Pretendendo atender a aplicação dos direitos coletivos em casos de judicialização envolvendo direitos individuais e coletivos, buscando decisões judiciais no sentido da valoração simétrica em relação às diferentes etnias, e ainda em relação às etnias e a comunidade nacional, busca-se a aplicação do direito coletivo que não se amolda às configurações jurídicas formais do direito hegemônico.

Samuel Barbosa e Manoela da Cunha (2018) consideram a ausência e deturpação dos Tribunais para aplicar os direitos coletivos sobre os individuais, mesmo diante do resultado de um longo processo de reivindicação dos povos indígenas para o reconhecimento dos direitos coletivos que foram incorporados pelas Constituições nacionais e no sistema internacional de direitos humanos:



Nem as Constituições da América Latina, nem as leis que os regulamentaram descrevem com clareza o conceito dos direitos coletivos. O que é esta evidente é que os direitos coletivos estão em oposição aos direitos individuais, especialmente o direito de propriedade, ou, melhor ainda, os direitos de propriedade, incluindo a propriedade intelectual e a propriedade da terra com seus derivativos, posse, uso, gozo, fruição e disponibilidade. Nem mesmo os poderes ou faculdades dos sujeitos dos direitos coletivos estão descritos. Essa ausência facilita a não aplicação ou deturpação, especialmente porque os tribunais, acostumados cultural e ideologicamente a aplicar os direitos individuais, têm dificuldade, no caso concreto, de fazer prevalecer os coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes porque seus poderes, faculdades e direitos estão descritos na lei. Por causa dessa incompreensão, há uma insistência em aplicar os princípios dos direitos individuais nos coletivos, como a determinação do momento do nascimento e morte do direito. Os direitos de propriedade individuais não nascem com o nascimento da pessoa, se adquirem, mas os direitos de uma comunidade, como as indígenas e quilombolas, que se criou em função de uma terra determinada, nascem com ela. (Barbosa; Cunha, 2018, p. 81).

Os conflitos dos direitos coletivos com os direitos individuais e mesmo com sua realização em direitos individuais gera dificuldades, especialmente para a categoria de direito dos povos indígenas como sujeitos de direitos, isto é, o sujeito coletivo de direitos (povos indígenas) tem uma formação natural sendo reconhecido quando “nasce o povo ou a comunidade, por isso, quando o Estado e os organismos internacionais reconhecem a existência do povo ou comunidade como portador de direitos, reconhecem seus direitos coletivos” (Barbosa; Cunha; 2018, p. 84).

11

Considerando que esses sujeitos são naturalmente constituídos, seus direitos são originários e frutos da sua própria existência, de modo que o que os define é a autoidentificação o que conflita com fortes interesses econômicos:

O direito de existir como grupo diferenciado inclui usar o idioma, cultura a religião, praticar as festas, em liberdade. Portanto, não se trata do direito de não ser morto por causa da etnia, raça, prática religiosa ou grupo a que pertence, já tipificado no genocídio, trata-se do direito de praticar livremente seus usos, costumes e tradições, e mantê-los. O direito é de ser e continuar sendo. É portanto, um direito muito amplo e cuja realização conflita muitas vezes com fortes interesses econômicos.

Conforme parecer de José Afonso da Silva (2008), os direitos coletivos dos povos estão arraigados aos direitos individuais, de modo que os direitos fundamentais dos índios podem ser classificados como direitos de solidariedade, detendo ao mesmo tempo uma dimensão ‘individual’ e dimensão ‘coletiva’, uma vez que concerne ao índio como pessoa



humana, bem como às coletividades humanas: comunidades indígenas. No mesmo trilha, Souza Filho (2006) aponta que os direitos individuais refletem os direitos coletivos, como os direitos culturais, à organização social, ao idioma – mas que o Direito nacional poderá não os reconhecer, sendo omitidos, e desconsiderados pelo direito estatal.

Embora reconhecidos os direitos dos povos indígenas, “ao existir um povo, existe o direito, reconhecido ou não” (Barbosa; Cunha; 2018, p. 89), resta evidente que o Estado pode negar todos os direitos coletivos, embora continuem existindo para o determinado povo, e neste sentido, não se tratam de criação de direitos, mas de reconhecimento de existência de direitos coletivos, ou declaração:

Aliás, quando um direito ou um povo não é reconhecido por um Estado Nacional, já há instâncias internacionais para tentar reverter a situação de negação de direitos. Por isso, não é correto dizer que o reconhecimento de direitos coletivos sejam “novos” direitos; ao contrário, são velhos direitos agora reconhecidos. (Barbosa; Cunha, 2018, p. 89).

Portanto, o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano, estando ameaçado e sujeito à críticas visto que os fenômenos novos serão ineficazes se tratados dentro do espaço tradicional, e sendo assim, surge a necessidade de articular medidas para atender aos novos desafios impostos pelo fenômeno global.

12

Devido às condições especiais do direito dos povos indígenas, reconhecidos nos processos de positivação, generalização, internalização e especificação, entretanto falhos ao que tange ao processo de internalização, diante da “falta de um poder coercitivo acima dos Estados e na falta de homogeneidade entre os países e os seus interesses”, Marcos Leite Garcia denota a necessidade de articular novas medidas para a efetividade dos “novos” direitos, pelo fenômeno da transnacionalização:

A internacionalização dos direitos fundamentais em direitos humanos é um fenômeno ainda incompleto e para muitos um falido processo de tentativa de internacionalizar a questão. Sua principal crítica situa-se na falta de um poder coercitivo acima dos Estados e na falta de homogeneidade entre os países e os seus interesses, que leva a uma carência de democracia no contexto da Comunidade Internacional: o que deixa infelizmente prevalecer a situação tradicional, primitiva, selvagem lei do mais forte, que impõe sua vontade. Esse processo incompleto situa-se exatamente em um âmbito jurídico que carece de um Poder político, que garanta plenamente a eficácia do ordenamento internacional dos diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos, ainda que as tentativas sejam válidas e muito interessantes. (Garcia, 2011, p. 178)



Segundo Joaquim Herrera Flores (2011) o fenômeno das demandas transnacionais identificam-se com os chamados novos direitos ou novos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são um fenômeno da Modernidade, pois as condições para o seu florescimento dão-se no chamado trânsito à modernidade, conforme a tese das linhas de evolução desenvolvidas pelo professor Peces-Barba. Assim, depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes, os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação. Os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção. (Flores, 2011, p. 176). (grifo meu).

Novos direitos fundamentais emergiram e para tratar de questões referentes a fenômenos novos justificam-se as demandas transnacionais, a partir da necessidade de criação de espaços públicos.

Os chamados novos direitos ou direitos fundamentais de terceira geração detêm condições especiais diferentes dos demais direitos fundamentais, sendo: individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso são considerados transindividuais, destacando-se que “São transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado Nacional” (Flores, 2011, p. 179).

A percepção da transformação de direitos fundamentais em “novos” direitos como a declaração do reconhecimento do direito dos povos indígenas, traz a conscientização e legislação ambiental que denotam ter “um tratamento transnacional e ser compartilhada entre todos os membros da comunidade – seja regional ou internacional – para cuidar das questões ambientais e de outras questões dos direitos provenientes do processo de especificação” (Garcia, 2011, p. 181). Como processo de especificação, explica o autor:

Poderíamos até falar de um processo de concreção, uma vez que supõe não somente a seleção e matização dos processos anteriores, senão que a inclusão de novos elementos que levam ao enriquecimento e a complementação dos anteriores grupos de direitos fundamentais. O jusfilósofo italiano Norberto Bobbio destaca que a especificação se produz na direção dos titulares e o jusfilósofo espanhol Gregorio Peces-Barba também considera a direção dos titulares e destaca que a especificação dos “novos” direitos em relação ao conteúdo dos mesmos. Ambos os jusfilósofos concordam que a especificação dos direitos se insere como transformadora da visão dos direitos fundamentais e por isso que dá uma nova face à cultura política e jurídica moderna: ou como diz o professor Pérez Luño: agora já pós-moderna. Em nossa opinião o fenômeno da transnacionalização está intimamente conectado com o processo de especificação quanto ao

conteúdo, ainda que não devemos olvidar que as questões de especificação quanto aos titulares também são de direitos fundamentais transnacionais. (Garcia, 2011, p. 182).

As demandas transnacionais de direitos indígenas tratam-se questões polêmicas, sobretudo porque para sociedades de modernidade tardia, como a brasileira que está acostumada ao descaso que sofrem os menos favorecidos, como os povos indígenas que estão sujeitos a uma condição social e cultural, em situação de inferioridade nas relações sociais, como no caso do mercado de trabalho, na qual necessitam de uma proteção especial para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade.

A questão dos povos indígenas como titulares de direitos fundamentais indigenistas tem sua relevância na transnacionalidade, visto que denota pensar no Direito de forma diferente, no sentido de reforçar a defesa dos direitos fundamentais, e proteger os seus titulares.

Considerando que o fenômeno da transnacionalização do direito encontra-se intimamente conectado com o processo de especificação do titular quanto ao conteúdo, Garcia (2011) aponta a necessidade de demanda transnacional relativa aos povos indígenas: “As demandas relativas ao processo de especificação quanto ao conteúdo em princípio são em um primeiro momento basicamente três: o direito à paz, a questão ambiental e o direito ao desenvolvimento dos povos” (Garcia, 2011, p. 185).

14

O tema do direito ao desenvolvimento dos povos está amplamente vinculado com o direito à paz e a importância do direito ambiental, tratando-se de um tema fundamental para o futuro da humanidade e do planeta, onde no cerne do direito ao desenvolvimento encontram-se valores de fraternidade e igualdade, dependentes da aplicação de direitos econômicos, sociais e culturais, para fins de generalizar as liberdades e a democracia tanto nas suas relações como no interior dos países:

O direito ao desenvolvimento internamente traduz-se em direitos sociais vistos de uma perspectiva global e são os direitos sociais como uma vida digna, a uma morada descente, a uma saúde pública, à previdência social, à educação, etc. É o chamado direito coletivo dos povos e nações e que por culpa da pobreza, da ignorância, da imigração econômica para os países mais ricos, das guerras por motivos algumas vezes étnicos ou por outros tipos de intolerâncias radicais, que levam a genocídios e matanças sem precedentes, da exploração econômica de forma primitiva da natureza, que leva à deterioração das últimas reservas que o planeta possui etc., certamente é um direito difuso, transfronteiriço e por isso uma questão transnacional. (Garcia, 2011, p. 191) (grifo meu).



A proteção dos direitos dos povos indígenas trata-se de um típico tema que necessita da fundamentação moral da transnacionalização do direito através do direito de solidariedade, que exige a superação do etnocentrismo presente no Estado hegemônico, “sobretudo a superação da dicotomia nós/eles, sobretudo da dialética amigo/inimigo, e das perspectivas antropológicas, que vêem ao homem como um ser isolado que não pode ou que não deve estabelecer laços de união com seu entorno” (Garcia, 2011, p. 194).

As lutas transnacionais instaladas na prática política internacional se converteram em uma das expressões mais novas de resistência contra-hegemônica global, insurgindo-se no contexto contemporâneo para denunciar o paradigma estatal que fomenta a produção da sociedade hegemônica de risco, conduzida pelo desenvolvimento, pela ciência e tecnologia, pelo mercado e instituições políticas liberais.

Ao que tange o transnacionalismo indígena, Gabriel Andrés Arévalo Robles (2011) aponta que a luta indígena iniciada no século XV e perpetrada até o momento contemporâneo, tem se caracterizado por incitar redes transnacionais:

por estar vinculado a redes transnacionais, impactar e criar regulamentações legais, mobilizar discursos locais protegidos em identidades transfronteiriças, criar processos de solidariedade internacional e instalar na agenda global diferentes temas que desde suas próprias visões de mundo desafiam os discursos, normas e práticas da civilização ocidental. (Robres, 2011, p. 44).

15

As atribuições e significados derivados das normativas da Organização Internacional do Trabalho - OIT orientaram os movimentos sociais e o desenvolvimento de políticas de governo, as quais Ronaldo Siqueira Lobão (2018) denominou de regimes de acoplamento, produzindo desdobramentos na positivação das demandas sociais, como acordos e documentos celebrados.

Desse modo, no contexto brasileiro contemporâneo, a fonte de engajamento e acoplamento foi promovida pela Convenção 169 aprovada em 1989 pela OIT, visando “assegurar aos grupos nativos ou tribais, nos estados democráticos de direitos contemporâneos, direitos à sua reprodução social, cultural e material de forma autônoma, apesar da atribuição heterônoma desses direitos” (Lobão, 2018, p. 380).

Buscando efetivar a hipótese de direitos indígenas que não-hegemônicos, Alison Brysh (2009) busca demonstrar que a possibilidade de sucesso do movimento indígena não pode ser explicada unicamente pela capacidade das organizações povos indígenas para gerar



acordos políticos em torno de suas demandas em cada país, mas pela capacidade da política de identidade em mobilizar e articular politicamente os sujeitos povos indígenas locais, ao mesmo tempo em que cria redes de apoio transnacionais no contexto da globalização.

A estratégia do movimento indígena transnacional pretende evidenciar os elementos para ajudar a interpretar a natureza dos direitos políticos representados e a emergência dos atores políticos de caráter étnico, e ao mesmo tempo, desenvolver estratégias para enfrentar o poder e o mercado, e para moldar os fluxos de informação a seu favor.

Para tanto, no âmbito normativo internacional, o bloco de constitucionalidade da Convenção 169 da OIT tem sido referência na construção discursiva da defesa jurídica dos direitos dos povos indígenas para estabelecer o reconhecimento constitucional dos direitos políticos, econômicos e cultural para povos indígenas, ou ao menos a sua negociação.

O caso emblemático ajuizado na Justiça do Trabalho que envolveu a aplicação dos direitos coletivos em relação a diferentes etnias (intraétnicas) e interétnicas (etnia e comunidade nacional), quando considerado no âmbito do movimento transnacional em defesa dos direitos indígenas denota um impacto nas leis trabalhistas tuteladas pelo Estado Contemporâneo.

16

O comando judicial como determinado, ao contrário do que se pretende alcançar pelo estado, poderá trazer insegurança às relações desenvolvidas diante de duas etnias distintas e da Reclamada estar inserida na comunidade nacional, relação (eles x eles x nós), podendo inclusive gerar uma situação de conflito. Isso porque, as práticas reiteradas por gerações seriam suplantadas pelo regramento estatal, que não se revela ao entendimento de todos os integrantes da comunidade indígena.

Desse modo, diante do enfraquecimento do poder estatal, no contexto da politização do movimento transnacional em defesa dos direitos indígenas, em atenção ao caso emblemático, não se deve raciocinar na linha de pensamento de existência de conflito de normas, visto se tratar de caso típico de colisão que admite conformação do direito fundamental da saúde e segurança dos trabalhadores, insurgindo-se pela flexibilização do Direito Internacional do Trabalho, aplicando-se subsidiariamente ao Direito próprio dos povos indígenas.



CONCLUSÃO

Parte-se da premissa a reconhecer os direitos coletivos dos povos indígenas no contexto pós-colonial brasileiro, direitos que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo, onde destaca-se o art. 4º da Convenção 169 da OIT de grande relevância para enfrentar o embate de fazer prevalecer os direitos coletivos sobre os direitos individuais, que exige adotar medidas especiais para satisfazer as necessidades particulares dos grupos indígenas e outros grupos que são vítimas da discriminação.

A resolução do caso emblemático envolvendo indígenas de etnias diferentes e o Estado encontra-se permeada por uma questão de suposto choque cultural, porque as teses jurídicas relacionadas à espécie parecem se desconhecer do direito dos povos indígenas. Os discursos revelam o despreço de fazer prevalecer os direitos coletivos sobre os individuais, dando preferência a estes, porque seus poderes estão positivados na legislação comum, mantendo um padrão ideológico e cultural ao aplicar o direito hegemônico.

De outra parte, a Constituição reconhece o direito coletivo próprio dos indígenas como sendo “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”.

Quanto ao caso emblemático, cabe ressaltar que o obreiro professor indígena encontra-se inserido no âmbito de proteção das normas do direito laboral, como os demais trabalhadores. Todavia, a contratação deverá obedecer a certos requisitos previstos em lei especial a fim de prevenir contra a violação de seus direitos dada à condição de tutelado.

Não se pode discriminar ou excluir o indígena da proteção legal trabalhista em razão da origem autóctone, e não atentar-se quanto aos princípios albergados na Convenção 169 da OIT, incorporados no ordenamento jurídico nacional, que pensado como um bloco de constitucionalidade, conforme interpretação de Ministro Celso de Mello³, o direito laboral indígena também encontra-se protegido pelo bloco de constitucionalidade, devendo-se pensar na flexibilização do Direito do Trabalho, para aplicar subsidiariamente o Direito próprio dos povos indígenas, mediante prévia consulta, conforme previsto no art. 8º da Convenção 169 da OIT.

17



Ainda no campo do bloco de constitucionalidade da Convenção 169 da OIT, que estendendo-se para os demais direitos e garantias fundamentais, têm sido referências na construção discursiva da defesa jurídica dos direitos dos povos indígenas, promovendo o reconhecimento constitucional, através da aliança internacional consubstanciada na alta politização do movimento transnacional em defesa dos direitos indígenas, para modificar as relações de poder no âmbito político, no âmbito econômico e no âmbito da informação.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Marcos Leite. *Direitos fundamentais e transnacionalidade: Um estudo preliminar*. Direito e Transnacionalidade. /Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). Curitiba: Juruá, 2011.

GUIA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

LOBÃO, Ronaldo. Notas revisadas em favor de um programa de pesquisa de antropologia no direito em contextos de jusdiversidade. *Revista Juris Poiesis* ano 19, nº 20, jun./set. 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis. *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: The ILO Regime (1919-1989)*. New York: Oxford University Press, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de Trabalho*. ed. Fórum, 2014.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

STF. ADI 3239/TO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Celso de Mello. DJ: 08/02/2018. p.3787. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203239%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 03 dez. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 1a Ed. 1998.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 1a Ed. 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 5a Tiragem, 2006.

