I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

EDINILSON DONISETE MACHADO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

ANA FLÁVIA COSTA ECCARD

CARLA REITA FARIA LEAL

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Querino Tavares Neto; Edinilson Donisete Machado; Carla Reita Faria Leal; Ana Flávia Costa Eccard – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-041-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O I Encontro Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito –, sob o tema "Constituição, Cidades e Crise", ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho, promoveu primeira uma edição com uma série de inovações criadas por sua diretoria, especialmente, todas as atividades de forma remota síncrona, mediada por tecnologia da informação, resultando em um grande êxito, tanto na eficiência, como na grande e efetiva participação da comunidade cientifica do Direito.

Há que se registrar, que o evento foi realizado durante a maior crise humanitária, que assolou o mundo no último século vivido, pela pandemia do Sars-cov-2 que causou a doença covid-19, razão pela qual, com a máxima reverência, nos solidarizamos com os familiares das milhares de vítimas fatais.

Nesta coletânea encontram-se 17 capítulos com resultados de pesquisas desenvolvidas em mais de 10 Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil, possuindo representatividade de norte a sul do país, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área,

resultando na presente obra com os mais variados temas sobre a linha de pesquisa do Grupo de Trabalho, a saber: A desintegridade e a incoerência da reforma trabalhista: a necessidade de uma resposta adequada; A inconstitucionalidade do contrato de trabalho intermitente e as violações ao ordenamento jurídico pátrio; A ineficácia do princípio do "jus postulandi" na justiça do trabalho após a implantação do PJE: um estudo da efetividade do acesso à justiça como direito fundamental; A proteção contra a demissão arbitrária no direito brasileiro: entre a ambivalência da CRFB/1988 e os efeitos negativos da denúncia da convenção nº 158 da OIT; A proteção jurídica do trabalhador rural em relação à utilização dos agrotóxicos; A "modernização" da legislação trabalhista no brasil à luz de antigos modelos: relativizações ao princípio da proteção e à vulnerabilidade do trabalhador; Alternativas para empregadores durante a COVID-19: uma análise à luz do paradigma do estado democrático de direito; Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e mediação extrajudicial de conflitos; Empregabilidade das pessoas com deficiência: avanços e perspectivas; Fundamentos jurisprudenciais e doutrinários para aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas; incorporação dos tratados de direitos humanos no

brasil e os reflexos da proteção no direito do trabalho; O inadiável envolvimento da população no plano de ação emergencial de barragens de mineração; O trabalho escravo na indústria da moda brasileira; Reflexos da integração indígena no mercado de trabalho contemporâneo; Trabalho infantil no brasil e o enfoque das capacidades: uma análise da lei do aprendiz, e finalmente, “Dumping social” nas relações de trabalho.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, com a reflexão trazida, pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil, na abordagem a efetividade dos Direito Fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresarias, com suas implicações na ordem jurídica brasileira.

Assim a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à sociedade nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico, aferido nos vários centros de excelência que contribuíram na presente coletânea, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento. Ainda nesse sentido, importa destacar que "continuar pesquisando" é um ato de resistência e a produção intelectual auxilia a compreensão das novas relações que se estabelecem na sociedade contemporânea em tempos de pandemia.

Por fim, nossos sinceros agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar e apresentarmos a presente coletânea, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2020.

Organizadores:

Profª. Dra. Carla Reita Faria Leal - UFTM - Universidade Feral de Mato Grosso

Profº. Dr. Edinilson Donisete Machado- UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UNIVEM-Centro Universitário Eurípides de Marilia

Profº. Dr. José Querino Tavares Neto- UFG - Universidade Federal de Goiais

Profa. Dra. Ana Flávia Costa Eccard - UVA - Universidade Veiga de Almeida

Os artigos do Grupo de Trabalho Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

REFLEXOS DA INTEGRAÇÃO INDÍGENA NO MERCADO DE TRABALHO CONTEMPORÂNEO

REFLECTIONS OF INDIGENOUS INTEGRATION IN THE CONTEMPORARY LABOR MARKET.

Renata Vieira Meda
Francesca Odetta Santos Ribeiro Cosenza
Natália Goreti Barros Tomás

Resumo

Em decorrência dos efeitos das relações interétnicas, as populações indígenas sofreram mudanças em sua cultura, modo de vida e costumes, provocadas pela interferência do Estado contemporâneo. A aculturação das populações indígenas pelos colonizadores implicaram em novas relações de consumo e novos hábitos, os quais obstam a voltar à condição a qual tinham no passado, inserindo-os no mercado de trabalho. Esta inserção representa novos desafios para salvaguardá-los nas relações empregatícia. Para a sua preservação faz-se necessário órgão tutor, a fim de evitar a discriminação e o aviltamento de direitos sociais na relações trabalhistas interétnicas.

Palavras-chave: Políticas de integracão, Populações indígenas, Relações interétnicas, Contrato de trabalho, Ordenamento jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

As a result of the effects of interethnic relations, indigenous peoples have undergone changes in their culture, way of life and customs, caused by the interference of the contemporary State. The acculturation of indigenous populations by the colonizers implied new consumption relations and new habits, which prevented them from returning to the condition they had in the past, inserting them in the labor market. This insertion represents new challenges to safeguard them in employment relationships. For its preservation, it is necessary to have a tutor, in order to avoid discrimination and degradation of social rights in interethnic labor relations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Integration policies, Indigenous populations, Employment contract, Interethnic relations, Employment contract, Legal order

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da CF/1988 alterou-se a perspectiva integracionista que vigorava até então, reconhecendo-se o direito à alteridade, qual seja, o direito de autonomia dos povos indígenas, com o reconhecimento de suas diferenças étnicas, culturais, e históricas.

As transformações presenciadas por esses povos, em razão dos desdobramentos das forças políticas de integração, somado à omissão do Estado na proteção e demarcação das terras afetaram consideravelmente a relação de trabalho, nas aldeias, na produção de bens de consumo e sustento que ficaram comprometidos, forçando a saída do seu habitat natural em busca de trabalhado assalariado para garantir a sobrevivência.

Ocorre que, a previsão de integração do indígena estabelece que deverá debruçar-se o mesmo tratamento em relação aos demais obreiros no mercado de trabalho formal, o que enseja em aniquilar as especificidades culturais, implicando no aviltamento dos seus costumes e tradições, portanto em violações de direitos sociais trabalhistas e à discriminação.

O presente estudo analisa decisões judiciais referente à trabalhador indígena que ajuizou reclamação trabalhista em face da empresa na qual laborava, requerendo a demissão, entretanto, posteriormente alega não ter conhecimento do ato praticado.

O objetivo deste trabalho se perfaz em investigar o posicionamento de órgãos estatais, quais sejam: FUNAI - Fundação Nacional do Índio, MPT - Ministério Público Trabalho, MPF - Ministério Público Federal, na fiscalização das condições de contrato de trabalho celebrados com indígenas, em especial na contratação e rescisão do contrato.

A pesquisa ora apresentada foi fundamentada em normas constitucionais e internacionais, doutrina, estudo de caso, no intuito de estruturar a pesquisa em bases sólidas e adequadas à importância do assunto tratado.

A metodologia empregada para o seu desenvolvimento será histórica, dedutiva e estudo de caso, partindo-se de conceitos preestabelecidos e estruturados, passando por estudos de casos, nos quais se pretendeu estudar para se chegar à posição da inefetividade dos órgãos estatais na fiscalização dos contratos de trabalho indígenas.

1. A TUTELA INDÍGENA

Antes de adentrar-se ao a consolidação do conceito moderno de indígena no Estado Contemporâneo, convém realizar um breve prelúdio sobre a transição vinda do clássico e colonial para um moderno conceito legal internacional.

A Convenção 107 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, prevista em 05 de junho de 1957, representou um instrumento de referência para a proteção dos direitos das pessoas indígenas, não apenas na compreensão na luz do desenvolvimento político e normativo global, mas em uma aproximação envolvendo diversidade cultural, e particularmente pessoas indígenas. Ademais, representou a proteção das populações indígenas contra os atos de discriminação étnico-racial no âmbito das relações trabalhistas, assumindo a perspectiva de integrá-los aos padrões sócio-culturais da comunidade nacional dos respectivos Estados.

A política integracionista prevista pela Convenção 107 da OIT estabeleceu a relação entre a sociedade civil e povos indígenas, tribais e semi-tribais, demonstrando que a definição de população semi-tribal e tribal indígena é conceitualmente dependente da noção de integração, portanto, sendo vantagem aos povos indígenas à cultura ocidental, sendo esta última considerada superior, conforme artigo 1 da Convenção 107[1].

O elemento da "não integração" constitui o núcleo de definição das populações indígenas e tribais pela OIT, no sentido de um critério de distinção, levantando o problema indígena antes de 1956 "o problema do trabalho indígena é o problema da seção da população que, por razões históricas, não tem sido na prática totalmente integrados na vida econômica e social da comunidade" (PIÑERO, 2005, p. 164).

O Estatuto do Índio, previsto na Lei n. 6.001/1973[2] procurou estabelecer o ideal integracionista, de forma a defender da cultura de provisoriedade dos direitos, no sentido de resguardar os usos, costumes e tradições característicos de sua cultura.

Identifica-se que o art. 4º da Lei em comento dispõe de três fases para a integração dos indígenas; primeiramente eles são isolados, pertencentes a um grupo étnico e com cultura diversa do restante da sociedade; então se tornam em vias de integração, quando ainda conservam as características nativas, mas já estão em contato com a sociedade nacional; e por

---

[1] 1. A presente Convenção se aplica:
a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;
b) aos membros das populações tribais ou semitribais de países independentes que sejam consideradas como indígenas pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país, ou uma região geográfica a que pertença tal país, na época da conquista ou da colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme às instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que às instituições peculiares à nação a que pertencem.

[2] 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.

fim, aqueles considerados integrados quando estão de acordo com a comunhão nacional, ainda que mantenham resquícios de sua identidade indígena.

O Estatuto do Índio baseado em políticas integracionistas dispõe como propósito de preservar a cultura indígena e integrar os índios. Reconhece-se no artigo 5o § único do dispositivo que os direitos civis e políticos foram previstos de forma muito tímida, sendo somente concedidos após o propósito da Lei, qual seja, após efetivada a integração: "pois para um índio poder ter a possibilidade de proteger os direitos de sua comunidade, primeiro ele deveria fazer parte da sociedade repressora, para então observar seu povo" (GONÇALVES, 2003, p. 101).

O termo "integrado" (SOUZA FILHO, 1998, p. 102), decorre de políticas integracionistas com o objetivo de preservar a cultura e integrar comunidades tradicionais à comunidade nacional, sendo esta integração forçada pelos líderes de governo e pela sociedade brasileira que detinham estilo de vida ocidental-europeu, de forma a difundir a estrutura, sem consultar os grandes interessados, que ao menos tiveram poder de voto.

A Convenção 107 da OIT e sua Recomendação n. 104 tentaram alcançar um equilíbrio entre a proteção dos direitos indígenas e a integração das populações indígenas na sociedade nacional, entretanto, ao final da década de 1980 a proteção conferida pela Convenção mostrou-se ultrapassada pois não reconhecia a multiplicidade cultural indígena, tampouco o reconhecimento de seus direitos, o que impedia a integração nas organizações, assim, o "reconhecimento de direitos de pessoas indígenas na arena internacional, de forma que a linguagem da integração caiu definitivamente fora do reino da viabilidade no discurso das organizações" (PIÑERO, 2005, p. 258).

Portanto, identifica-se falha na Convenção 107 da OIT em relação às consequências da objetivada integração, tendo em vista que o texto compromete-se a sobrevivência cultural dos indígenas em prol do que é chamado integração, em uma noção muito vaga que anula a proteção conferida pela própria Convenção, desprotegendo as populações indígenas ao incluí-las sobre seu futuro e assuntos que lhes afetam.

Assim, insta reconhecer que se no passado a incapacidade absoluta ou relativa dos povos tribais eram consideradas pautadas no grau de integração, conforme Estatuto do Índio e Convenção 107; com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF/88, o texto os tornou capazes de construir a sua trajetória, a partir do novo relacionamento estabelecido com Estado, o que demonstra o rompimento dos indígenas ao paradigma da política integracionista.

Os preceitos constitucionais previstos nos arts. 231[3] e 232 da CF/88 demonstram o ideal integracionista, e portanto a extinção do indígena do passado previsto na Lei 6.001/73. Portanto, reconhece-se o fracasso das políticas de integração impostas aos povos indígenas somado à omissão do Estado, como o exemplo emblemático no que tange a proteção e demarcação das terras, como é o caso da ADCT 67: "A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de 5 anos a partir da promulgação da Constituição"– o que contudo, até o presente momento não foi concluída pelo Estado, gerando inúmeros conflitos territoriais hodiernamente.

Ainda no plano constitucional, tem-se que a previsão das terras indígenas e quilombolas pertence à propriedade da União Federal, sem considerar que no que tange as terras indígenas "o direito às terras é originário, ou seja, anterior ao próprio direito e até mesmo à própria lei" (SOUZA FILHO, 1998, p. 122).

Diante da política colonialista do Estado contemporâneo, tem-se ainda o movimento de territorialidade, isto porque os povos aborígenes são vistos - a partir de uma dicotomia social como isolados ou integrados, sendo que as demarcações de terras são a principal reivindicação dos indígenas.

A Constituição recepcionou as coletividades originadas por agrupamentos formados por escravos fugitivos com traços étnico-culturais distintos da comunidade nacional, marcados por um especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada. Ocorre que, na tentativa de incorporá-los à sociedade, aculturou-os, acarretando a perda de características

---

[3]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.
§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.
§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

indígenas, o que implica, em deixar de assegurar os seus direitos originários, inclusive sobre as terras; logo, um retrocesso na garantia de seus direitos:

> o Estatuto do Índio, portanto, é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a ideia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios (SOUZA FILHO, 1998, p.103)

Identifica-se as consequências negativas da perspectiva integracionista, no que tange o futuro dos indígenas consubstanciado na "prática de dominação colonial o monopólio estatal sobre as decisões relativas a temas de interesse indígena, em substituição à possibilidade de participação dos próprios grupos étnicos" (LACERDA, 2009, p. 6) .

A re-emergência das questões indígenas fez com que as Nações Unidas decidisse pela renovação e revisão da Convenção 107 da OIT, levando a adoção da Convenção 169 da OIT, motivada principalmente pela preservação da liderança em assuntos indígenas, contra uma intervenção das Nações Unidas neste campo.

1.2 A tutela indígena ao viés do ordenamento jurídico contemporâneo

A princípio os direitos fundamentais seriam aqueles direitos que visam a criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, reconhecidos positivamente por ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Contudo, os direitos fundamentais vão muito além daqueles que estão propriamente positivados, "pois o âmbito dos direitos fundamentais vai muito além dessa fundamentação, tendo em vista que, sobretudo no século XX, os direitos tidos como fundamentais são tão vastos que não poderiam entroncar todos na natureza da dignidade" (MIRANDA, 1998, p. 8-10) .

Nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", o que significa, conforme Piovesan (2002), que aqueles enunciados em tratados dos quais o Brasil seja parte estão incluídos, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos.

Por seu turno, a Emenda Constitucional – EC nº 45, de 30/12/2004, conferiu a seguinte redação ao §3º do art. 5º da CF/88: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos,

por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes a emendas constitucionais".

O dispositivo limitou o critério para conferir o status de direito fundamental: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes a emendas constitucionais", logo, passa a vislumbrar duas categorias de tratados que se referem aos direitos humanos: a primeira, tratados somente materialmente constitucionais como descrito supra e a segunda categoria seriam os tratados materialmente e formalmente constitucionais, quais sejam aqueles recepcionados de acordo com o quórum previsto constitucionalmente.

A redação da EC não prejudica o entendimento de ser as normas internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais, pois simplesmente estabelece que, quando for observado igual procedimento para aprovação dos tratados e convenções sobre direitos humanos àquele necessário às emendas constitucionais, serão os primeiros a elas equivalentes.

Ora, não havendo alteração no que fora determinado no §2º do art. 5º da CF/88, continua sendo possível conferir-lhe a mesma interpretação. Isso significa que, mesmo quando não for observado o procedimento indicado no §3º do art. 5º da CF/88, as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais ratificados continuarão a gozar de status constitucional, ainda que não sejam formalmente equivalentes a emendas constitucionais.

Aponta Piovesan (2006) que com o advento do § 3º do art. 5º da CF/88 derivado da EC 45/2004, os direitos material e formalmente constitucionais estão incluídos no marco temporal dos tratados aderidos pelo Brasil entre 1988 até 2004. Portanto, estes estão para além de materialmente constitucionais, isto é, pode-se acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à CF/1988.

Lafer (2005) identifica que a categoria de tratados internacionais de direitos humanos ensejam duas situações distintas; a primeira a hipótese, sendo intertemporal de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil aderiu e recepcionou em seu ordenamento jurídico desde a CF/88 até a EC 45/2004, seguindo a política jurídica do inciso II do artigo 4º da CF/88. Logo, como segunda hipóteses, os excluídos deste marco intertemporal, onde verifica-se os tratados e convenções de direitos humanos que entraram em vigor no Brasil ratificados após a EC 45/2004.

Outrossim, Rezek (2007) aponta que o próprio §2º do art. 5º da CF não exclui outros direitos e garantias decorrentes de princípios ou tratados internacionais em que o Brasil seja

parte. Inclusive, a EC 45/2004 não previu qualquer ressalva abjuratória de tratados sobre direitos humanos antes concluídos mediante processo simples, aos quais o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional.

Portanto, parte-se da premissa da edição da EC n. 45/2004, de 30/12/2004 - onde fora conferido restrição aos tratados de direitos humanos, de forma que os recepcionados no processo de internalização até a data da edição da EC, gozam de status constitucional; por outro lado, os tratados que recepcionados somente de acordo com o quórum previsto no §3º do art. 5º da CF, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em substituição à Convenção 107 da OIT, a Convenção 169 de 1989 (ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 143/2002), se perfaz como um instrumento internacional para a defesa dos direitos dos povos tradicionais, baseado no reconhecimento da pluridade étnico-cultural. A mencionada Convenção trata ainda dos direitos trabalhistas e das condições laborativas dos indígenas, da previdência social e da promoção da saúde e educação, como forma de garantir o acesso desses indivíduos aos direitos fundamentais de forma plena, conforme aponta Souza Filho (2013).

> Primeiro condenado abertamente e depois muito comemorado pelo movimento indígena internacional, a Convenção 169 constitui um compromisso entre pontos de vista sobre a abordagem da situação dos povos indígenas. A estranha combinação de sedimentos históricos de projetos fracassados para acabar com os povos indígenas e uma expressão moderna e aumentada do hibridismo subjacente ao regime contemporâneo de povos indígenas no direito internacional pós-colonial. (tradução livre) (PIÑERO, 2005, p. 258).

Portanto, a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, se perfaz como reconhecida dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e à aplicação de um direito fundamental que surge na CF/1988, reconhecida como bloco de constitucionalidade, na qual as normas que compõem essa convenção internacional, são os direitos essenciais da pessoa humana dos grupos humanos.

Identifica-se que a Convenção 169 da OIT encontrou na ordem de sintonia do cenário legislativo nacional, tendo em vista que um ano antes fora promulgada a Constituição Federal de 1988 que reconheceu a multietnicidade e a pluralidade cultural do país, assegurando aos índios o direito da diferença, isto é, de serem diferentes e tratados como tais, portanto, ganhando maior concretude com a ratificação da própria Convenção 169, esta como um tratado internacional de direitos humanos, inserida no bloco de constitucionalidade.

Nota-se o descompasso da CF/88 e Convenção 169 da OIT com o Estatuto do Índio e a Convenção 107, haja vista que estes últimos trazem como pauta o integrar indígenas, e os primeiros integralizaram os povos indígenas, lhes trazendo a garantia, como identifica-se "garantir aos indígenas a manutenção de sua organização social, sem exigir necessariamente a migração para a sociedade predominantemente urbana" (SOUZA FILHO, 2013, p. 87).

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo a temática indígena, conforme previsto nos artigos 231 e 232, reconhecendo "aos índios a sua organização social, costumes, línguas, tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens".

Reconhece-se a garantia da manutenção da organização social indígena, de forma que o poder decisório e primazias do desenvolvimento adentrasse ao diálogo do grupo, logo, identifica-se que o Estado Contemporâneo, enxergou o indígena em sua individualidade; igualmente quando estabelece o individualismo jurídico (ficção de empresas e estado serem pessoas) "estendeu-se para os povos indígenas, assim um direito originalmente coletivo foi transformado em individual" (SOUZA FILHO, 2013, p. 73)..

No contexto constitucionalista e na Convenção 169 da OIT têm-se a alusão ao indígena integrado à comunhão nacional e reconhecido no pleno exercício dos direitos civis; o que não retrata a realidade, mas sim representa a possibilidade de exceção, tendo em vista, que os indígenas, ainda majoritariamente, demonstram ausência de discernimento, aliado à existência de prejuízo em virtude de negócio jurídico praticado; logo, não considerado capaz para os atos da vida civil; o que portanto, segundo Gagliano (2014) não retrata adequadamente a situação prevista constitucionalmente a qual vislumbra a sociedade brasileira.

2. DISSÍDIO INDIVIDUAL: EMPREGADO INDÍGENA *VERSUS* EMPREGADOR

A ineficiência das políticas de assimilação e integração forçada imposta aos povos indígenas e a omissão do Estado na questão da demarcação de suas terras tornaram-nas insuficientes para a subsistência do coletivo, o que conforme Machado (2011) impulsionaram os indígenas a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em um ambiente adverso aos seus costumes.

A inserção dos indígenas no mercado de trabalho demonstra a necessidade de defesa de seus direitos sob duas análises: possuem os mesmos direitos sociais dos outros obreiros

que não-indígenas; e precisam de um tratamento diferenciado tendo em vista a sua cultura, necessitando de medidas de preservação.

Destaca-se a necessidade de participação de órgãos estatais que atuam para a defesa dos obreiros, não bastando ter a lei sem ter uma fiscalização adequada das condições de trabalho, que seja eficaz ao respaldo previsto nos instrumentos legais, buscando preservar suas peculiaridades culturais na relação do labor, evitando-se o aviltamento de seus direitos e a existência de discriminação.

Sobre a ausência de tutela indígena nas relações trabalhistas interétnicas, tem-se a o caso emblemático previsto na Reclamação Trabalhista, autos n. 0004035-45.2011.5.12.0038[4], ajuizada na 2ª Vara do Trabalho de Chapecó/SC, proposta pelo indígena Leocir Bellini em face do reclamado Bondio Alimentos S.A – objetivando a nulidade do pedido de dispensa, bem como a condenação da reclamada ao pagamento de parcelas de natureza indenizatória e remuneratória descrita na inicial.

Em sentença proferida em 28/09/2012, a Juíza Titular da Vara do Trabalho, Deisi Senna Oliveira indeferiu o pedido, por entender que o Reclamante (Leocir Bellini), ora indígena não havia comprovado que foi induzido a erro ao assinar a demissão.

> EMENTA: DA REVERSÃO DO PEDIDO DE DEMISSÃO – ATO JURÍDICO PERFEITO
> A parte-autora postula a reversão do pedido de demissão, alegando que, juntamente com outros colegas de trabalho, assinou documentos de cujo teor não possuía conhecimento. Requer a reversão do pedido de demissão para dispensa sem justa causa.
> Sem razão a parte reclamante.
> A parte-autora não demonstrou que foi induzida a erro ao formular o pedido de demissão (fl. 128), não tendo se desincumbido de seu ônus de prova (art. 818 da CLT). A condição de indígena do reclamante, por si, não justifica o acolhimento do pedido de reversão. Salienta-se que o vício de consentimento alegado pelo autor tem que ser amplamente demonstrado, o que não ocorreu no caso em questão.
> De todo o exposto, rejeita-se o pedido de reversão de demissão para despedida sem justa causa, bem como os pedidos de pagamento do aviso-prévio indenizado, indenização compensatória de 40% do FGTS e liberação de guias do seguro-desemprego.
> Também indeferem-se os pedidos de pagamento de férias proporcionais acrescidas de 1/3 e natalinas proporcionais, uma vez que, reconhecido o pedido de demissão, não há que se falar em projeção do aviso-prévio, e consta no TRCT da fl. 129 e no documento da fl. 132 o pagamento de referidas parcelas. (JT Chapecó, 2ª Vara do Trabalho, Juíza Deisi Senna Oliveira, DJ: 28/09/2012). (grifos nossos)

[4]Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: http://www2.trt12.jus.br/sajud/scripts/sentenca/resultado.asp?j=38. Acesso em 30/09/2019.

O trabalhador indígena, então, recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho- TRT da 12ª Região (RO 0004035-45.2011.5.12.0038)[5], ocasião na qual o Juízo verificou que o recorrente residia em comunidade indígena e considerou que o fato de que, ter cursado o ensino fundamental e mantido relação de emprego, apenas indicava que estava em vias de integração, razão pela qual a rescisão contratual deveria ter contado com a chancela da Fundação Nacional do Índio- FUNAI.

No cenário recursal, a Relatora do TRT 12a Região, Desembargadora Viviane Colucci aponta que havendo especial interesse do Estado em preservar a identidade cultural e social do Reclamante, este deve estender-se ao mundo do trabalho, salientando que: "O parecer do Ministério Público do Trabalho oferecido em 1ª Instância consignou que, diante da ausência de assistência do órgão tutelar do trabalhador indígena, nulo é o ato jurídico"[6].

Neste sentido, a Desembargadora Relatora Viviane Colucci, em 10/07/2013, deu provimento ao recurso para declarar a nulidade da resolução contratual, convertendo-a em resilição por iniciativa da ré, ocorrida em 02-02-2010 – data informada na inicial como pedido de demissão, tendo em vista que tratando-se de indígenas em vias de integração era necessária a assistência por órgão competente para que fosse válida a homologação da resolução contratual, o que não foi observado no caso dos autos.

A Presidente do TRT da 12ª Região denegou seguimento ao Recurso de Revista interposto pela Reclamada que insistiu na admissibilidade da revista, interpondo agravo de instrumento. A Relatora Dora Maria da Costa, da 8ª Turma do Superior Tribunal do Trabalho, em síntese, conheceu do agravo de instrumento, dando provimento parcial ao Recurso de Revista (TST-RR-4035-45.2011.5.12.0038), em 24/02/2014, para excluir a condenação as horas objeto de compensação por meio de banco de horas. No entanto, a Relatora não conheceu o Recurso de Revista em relação aos demais temas, como "concluiu não haver elementos que indiquem o conhecimento pelo reclamante do ato praticado e de suas consequências, bem como que o reclamante é indígena em vias de integração, razão pela qual a rescisão contratual deveria ter contado com a chancela da FUNAI" (TST, 2014)[7].

Reconhece-se a relação que a falta de fiscalização na contratação e rescisão dos obreiros indígenas pode acarretar, como a ocorrência de discriminação e a violação dos

---

[5]Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=256699>. Acesso em 30/09/2019.

[6]Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=256699>. Acesso em 30/09/2019.

[7]Tribunal Superior do Trabalho - TST. Disponível em< https://www.conjur.com.br/dl/pedido-demissao-indigena-chancela-funai.pdf>. Acesso em: 30/09/2019.

direitos trabalhistas.

As decisões judiciais apresentadas referentes ao trabalhador indígena Leocir Bellini são emblemáticas a este trabalho por tratar-se primeiramente, a decisão de 1ª instância na qual enquadrou o indígena com capacidade plena para os atos da vida civil, entendendo dispensável a tutela. Já as decisões de 2ª e 3ª instâncias consagram a necessidade de tutela especial pelo órgão competente ao que tange o contrato de trabalho indígena; ocasião na qual se demonstra em descompasso com a CF/88 e Convenção 169 da OIT que romperam com a política integracionista.

O resultado das normas estatais e internacionais que estabelecem as políticas integracionistas ficam à deriva do fracasso quando comparados na atualidade, como é o que se demonstra a judicialização das relações interétnicas entre empregadores e trabalhadores indígenas, em locais de vivência indígena ou não indígena; bem como entre empregadores e trabalhadores não indígenas em locais de vivência indígena.

3. CONTRATO DE TRABALHO INDÍGENA

Identifica-se que o constituinte rompeu com a visão integracionista ao transformar o indígena em civilizado, aculturando-os, e assegurando o direito de os índios serem e permanecerem diferentes, integrando-o à sociedade, e como consequência, passando a (des)valorizar os direitos originários.

Partindo-se de premissa no cumprimento de políticas integracionistas previstas dentre as normatizações, tem-se que: "O Estatuto do Índio, portanto, é um retrocesso do ponto de vista teórico em relação à tutela, porque recria a ideia da emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente por seus titulares perderem a qualidade de índios" (SOUZA FILHO, 1998, p.103).

Não se enquadra no rompimento da política integracionista pretendida pela CF/88, o indígena isolado ou em vias de integração, previsto pelo Estatuto do Índio. Isto porque, verifica-se que conforme o art. 4º parágrafo único do Código Civil de 2002, ao tratar sobre a capacidade dos indígenas, remeteu o seu regulamento para lei especial - um regime de tutela com o condão de suprir a incapacidade relativa, estando apto a deixar esta condição quando inseridos na cultura nacional, adaptando-se aos hábitos e costumes não indígenas aliado à inexistência de prejuízo em virtude de ato praticado, e assim considerando os indígenas capazes para os atos da vida civil.

Diante da política integracionista prevista constitucionalmente, reconhece-se o

aparato que objetiva a segurança jurídica dos indígenas à comunhão nacional, logo garantindo-lhes aos indígenas os direitos trabalhistas oriundos de contrato de trabalho.

Por força do Decreto 5.051, de 19/04/04, foi aprovado a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT que passa a integrar o bloco de constitucionalidade, na medida em que trata dos direitos fundamentais dos povos indígenas (art. 5o, §§ 1º e 3º da Carta de 1988, na redação da Emenda 45), dispondo dentre outros sobre o campo laboral.

Nos termos do artigo 20[8] da mencionada normativa internacional tem-se o dever dos Estados adotarem medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a povos indígenas e tribais uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidos eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral; de forma a evitar a discriminação entre trabalhadores indígenas e trabalhadores não indígenas, especialmente quanto ao (i) acesso ao emprego; (ii) remuneração igual por trabalho de igual valor; (iii) 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; iv) 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.

---

[8] Artigo 20

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 ao 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 conseqüência 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.

As medidas adotadas deverão garantir dentre outras, especialmente o gozo da "proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categoriais nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem" (art. 20, item 3.a da Convenção 169 da OIT).

Reconhece-se a garantia da norma internacional com *status* de constitucional no que tange à proteção laboral garantida aos trabalhadores indígenas assegurada aos demais trabalhadores, devendo ser reconhecido o vínculo trabalhista quando presentes os requisitos da relação de emprego, e assegurado a esse trabalhador todos os direitos laborais previstos em proteção especial, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.

No plano da contratação de trabalhador indígena Lima Filho (2008) salienta que deverá ser respeitado alguns requisitos previstos na Lei 6.001/73 dada a condição de tutelado do indígena, que deverá ser assistido pelo órgão tutor, bem como ter preservado "seus direitos, organização social, costumes, línguas, crenças e tradições" (art. 231 da CF/88). Isto porque, o artigo 14 do Estatuto do Índio estabelece a não discriminação do trabalhador indígena em relação aos não indígenas:

> Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.
> Parágrafo único. É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

Ademais, o artigo 8º do Estatuto pressupõe a assistência de órgão tutor na pactuação de mão-de-obra indígena, sendo "nulos os atos praticados entre índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente".

Os indígenas não integrados são considerados os que estão isolados ou em vias de integração, conforme art. 4º do Estatuto do Índio. Corroborando ao raciocínio de classificação indígena, a própria lei mencionada estabelece que a assistência do órgão tutor não se fará necessária quando o trabalhador indígena revelar "consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos" (§ único do art. 8º[9]).

[9]Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Partindo-se da premissa de previsão de direito fundamental ao trabalho do indígena tem-se que "a regra geral é de que para validade do contrato de trabalho celebrado com indígena a assistência do órgão tutor ainda se faz necessária como uma das formas de protegê-lo de eventual exploração" (LIMA FILHO, 2008, p. 186).

A tutela somente será dispensável, se o trabalhador indígena integrado revelar consciência de seu ato e de suas consequências, e desde que não represente prejuízos, o que é justificado por Lima Filho (2008) ao apontar que o Código Civil ao prever a capacidade relativa indígena os remete para tutela de legislação especial.

A proteção para a contratação dos trabalhadores indígenas encontra-se prevista no artigo 16 da Lei 6.001/73, que dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio; sendo nulos os atos praticados nas relações interétnicas que possam prejudicar o trabalhador, quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente (art. 8º).

A contratação do trabalhador indígena deve obedecer certos requisitos previstos em legislação trabalhista como os demais trabalhadores, atentando-se a prevenir contra a violação de seus direitos sociais dada à condição de tutelado, o que necessita da subsidiariedade do direito próprio dos povos indígenas, portanto, não se deve integrá-lo na condição de empregado como os demais trabalhadores, o que lhe discriminaria ou excluiria da proteção legal em razão de sua origem.

Nas relações interétnicas pactuadas entre empregadores não indígenas e empregados indígenas, "deverão ser assegurados ao trabalhador indígena, ainda quando nula a contratação, todos os direitos dela oriundos como se fosse válida, inclusive as eventuais parcelas resilitórias" (LIMA FILHO, 2008, p. 188). Isto porque, o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabelece que o empregado poderá pleitear a devida indenização quando "não cumprir o empregador as obrigações do contrato".

Os preceitos específicos para a validade do contrato de trabalho indígena são apontados por Lima apud Pereira (2017):

> a) 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);
> b) preservação do direito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 art. 231;

Parágrafo único. 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.

> 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. (LIMA FILHO *APUD* PEREIRA, 2017, p. 103)

Celebrada a relação empregatícia, caberá verificar a validade da relação partindo-se para a análise dos requisitos de um contrato de trabalho indígena, bem como seus elementos jurídico-formais.

Parte-se a analisar os pressupostos válidos para o negócio jurídico, tal como o contrato entre as partes, conforme o artigo 104 do Código Civil: "I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou defesa em lei". A capacidade indígena remetida ao Código Civil de 2002 não tratou o indígena como relativamente incapaz, mas determinou legislação especial para regulamentar matéria. A legislação que regulamente a capacidade jurídica encontra-se prevista no Estatuto do Índio, ao dispor sobre a concepção dependente do grau de integração, a qual classifica os indígenas em: isolados, em vias de integração e integrados.

Portanto, somente deverão ser considerados capazes os índios integrados, ao passo que os não integrados, e em vias de integração, estão sujeitos ao regime tutelar que é exercido pela União, por intermédio da FUNAI, conforme art. 1º parágrafo único da Lei 5.371/1967: "A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais".

A possibilidade do indígena capaz celebrar negócio jurídico encontra-se interpretada pela Constituição Federal de 1988, que considera pessoa privada plenamente capaz para os atos da vida civil. Corrobora neste sentido, a Convenção 169 da OIT, ao deixar de considerar o indígena absolutamente incapaz, pelo fato de ser índio, estabelecendo ao governo adotar medidas para garantir proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego.

Sendo assim, a capacidade indígena para celebrar um contrato de trabalho necessita de órgão tutelado, tendo em vista o agente indígena incapaz, conforme estabelecido como regra pelo Estatuto do Índio; o que por outro lado, identifica-se estar em descompasso com a previsão constitucional, bem como a norma internacional com status de constitucional, as quais ao atribuir ao indígena a capacidade como pessoa privada para os atos da vida civil, lhes desprotegem, que segundo Gagliano (2014) não retrata adequadamente a atual situação brasileira.

Neste sentido, não se deve raciocinar na existência de conflitos de normas, visto que se trata de situação de admite ponderação, mediante a aplicação ao direito próprio dos povos indígenas ao direito do trabalho.

Logo, "a contratação desses indivíduos deve cumprir determinações previstas em lei especial, Constituição, na Convenção 169 da OIT e Estatuto do índio a fim de prevenir a violação de seus direitos dada a condição de tutelado" (PEREIRA, 2017, p. 103), e para isto, faz-se necessário os preceitos específicos para a validade do contrato de trabalho indígena.

Considerando que os indígenas, conforme o Estatuto do Índio, ficam sujeitos ao regime tutelar, tem-se que os contratos de trabalho com sujeitos indígenas dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio, exercendo permanentemente fiscalização das condições de trabalho, denunciando os abusos e providenciando a aplicação de sanções quando cabíveis, mediante indenização derivada de cosmologia.

No plano da rescisão contratual trabalhista, tem-se a necessidade de proteção pelos órgãos competentes, especialmente referente a forma de dispensa e a quitação das verbas trabalhistas, "não devendo ter eficácia sem a assistência da Fundação Nacional do Índio ou do Ministério Público" (PEREIRA, 2017, p. 105).

Ainda que a CF/88 não recepcione o teor tutelar aos indígenas, reconhece-se conforme o Estatuto do Índio, a obrigatoriedade da assistência da FUNAI na prática de atos do trabalhador indígena, como visto no caso emblemático, no qual o indígena em vias de integração assinou o termo de rescisão contratual, mas não teve a presença da FUNAI, o que portanto, foi declarado nulo o hipotético pedido de demissão e convalidado em rescisão contratual para a dispensa imotivada, condenando a reclamada ao pagamento de verbas rescisórias decorrentes desse ato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A omissão e o descaso do Estado na questão da demarcação e proteção de terras indígenas, bem como as políticas de integração forçada aos povos indígenas, implicaram na subsistência destes povos, logo, os mesmos passaram a buscar trabalho assalariado fora das aldeias, em ambiente adverso às suas tradições e costumes.

Quanto ao que tange o contrato de trabalho indígena, uma das questões recorrentes que permeiam as decisões do Poder Judiciário refere-se a ausência da presença de órgão tutelado - FUNAI, na contratação e rescisão dos contratos celebrados com indígenas, e como resultado vislumbra-se a prática de discriminação, diante de fraudes e indevidos pagamentos

de verbas trabalhistas.

Portanto, a ausência da FUNAI na contratação ou rescisão dos contratos de trabalho indígenas, se justifica amparado no reconhecimento da capacidade civil prevista nos termos dos artigos 231 e 232 da CF/88, o que entretanto foge da finalidade do Estatuto do Índio de classificar os indígenas segundo ao grau de integração, perpetuando a integração forçada, mantendo, mesmo que violentadas as especificidades culturais, os indígenas no mercado de trabalho.

Considerando que as condições de trabalho exercidas por indígenas realizam-se de modo diverso do constante do contrato de trabalho não-indígena; deve-se raciocinar não na colisão de tutelados direitos dos trabalhadores não-indígenas *versus* trabalhadores indígenas, mas sim na harmonização do Direito do Trabalho ao Direito Próprio dos povos indígenas, mediante prévia consulta.

Portanto, o contexto político reconhece que o plano constitucional ao prever que os indígenas devem estar inseridos à comunhão nacional, os acultura inserindo-os no mercado de trabalho, ofendendo suas especificidades culturais que ficam expostas sem o acompanhamento de fiscalização das condições de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: http://www2.trt12.jus.br/sajud/scripts/sentenca/resultado.asp?j=38. Acesso em 30/09/2019

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. TRT 12ª Região. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=256699>. Acesso em 30/09/2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - TST. Disponível em< https://www.conjur.com.br/dl/pedido-demissao-indigena-chancela-funai.pdf>. Acesso em: 30/09/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil***.** v. 1: parte geral, 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACERDA, Rosane Freire. *A Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: Origem, conteúdo e mecanismos de supervisão e aplicação*. 2009, p. 5. Disponível em: <http://www.slideshare.net/zazab023/aconveno-169-da-oit-sobre-povos-indgenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-de-superviso-e-aplicao.htm>. Acesso em: 30/09/2019.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri/SP: Manole, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Contrato de trabalho dos indígenas: requisitos, validade e eficácia.* Revista Jurídica Unigran, Dourados, v. 10, n. 19, p. 183-188, jan./jul. 2008.

MACHADO, Jorge Luis. *O trabalhador indígena e o direito à diferença:* o caminho para um novo paradigma antropológico no direito laboral. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_83/jorge_luis_machado.pdf>. Acesso em: 09/09/2019.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, Tomo IV.

PEREIRA, Celene Moura. Contrato de trabalho do indígena: requisitos e o respeito pela diferença. In: *Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará* – Belém, v. 4, n. 5, Jun. 2017. Disponível em: < http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito>. Acesso em: 20/09/2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 5ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7a ed., Editora: Saraiva, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*. 10a ed./3a tir., Saraiva, 2007.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis**.** *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law: The ILO Regime (1919-1989).* Oxford University Press, 2005.

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

_____. Da tirania à tolerância. O Direito e os índios. In: NOVAES, Adauto (org.). *A outra margem do ocidente.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI.* Curitiba : Letra da Lei, 2013.

VAN DYKE, Vernon. *Human rights, ethnicity, and discrimination*. Greenwood Press Westport, Connecticut, London, 1985.