

O TRABALHO INFANTIL COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL INDÍGENA E A ANTINOMIA ENTRE OS ARTIGOS 7º, XXXIII, E 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Child labor as an indigenous cultural manifestation and the antinomy between Articles 7, XXXIII, and 231 of the Constitution of the Republic

André Luis Nacer de Souza¹

RESUMO

A Constituição da República proíbe trabalho para menores de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, desde que a partir dos 14 anos (artigo 7º, XXXIII). Da mesma forma, a Carta Constitucional reconheceu aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (artigo 231), o que é entendido como o reconhecimento constitucional do direito consuetudinário indígena. É certo que cada povo indígena concede à infância um significado distinto, da mesma forma que a idade em que o indivíduo é reconhecido como adulto varia de acordo com a comunidade. A despeito da diversidade cultural entre os povos indígenas, os estudos antropológicos evidenciam que, em geral, a criança indígena é dotada de notável autonomia, sendo desde cedo integrada à vida dos adultos, o que faz com que suas atividades rotineiras sejam parecidas com as dos mais velhos, inclusive em relação ao trabalho. Verifica-se, nessas situações, conflito entre artigo 7º, XXXIII, e o artigo 231, ambos da Constituição da República. Neste trabalho, através de pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar o conflito existente entre os referidos dispositivos constitucionais, objetivando-se encontrar solução que, do ponto de vista jurídico, seja adequada à solução da antinomia. Ao final, através de método dedutivo, será analisada criticamente, inclusive sob o ponto de vista antropológico, a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic prohibits work for minors under the age of 16, except as apprentices, as of the age of 14 (Article 7, XXXIII). Similarly, the Constitutional Charter recognized the social organization, customs, languages, beliefs, and traditions of indigenous peoples (Article 231), which is understood as the constitutional recognition of indigenous customary law. Distinct indigenous peoples indeed give childhood a different meaning, just as the age at which an individual is recognized as an adult varies from community to community. Despite the cultural diversity among indigenous peoples, anthropological studies show that, in general, indigenous children have remarkable autonomy and are integrated into adult life from an early age, which makes their routine activities similar to those of their elders, including work. In these situations, there is a conflict between Article 7, XXXIII, and Article 231, both of the Constitution of the Republic. In this paper, by means of bibliographical research, we intend to analyze the conflict between the aforementioned constitutional provisions, aiming to find a solution that, from a legal point of view, is appropriate to solve the antinomy. Ultimately, through the deductive method, the issue of early work as a result of indigenous cultural manifestation will be analysed critically, including under the anthropological point of view.

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Juiz do trabalho da 24ª Região. ORCID: 0009-0003-3597-1413. Endereço eletrônico: andrenacer@gmail.com.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; trabalho infantil indígena; pluralismo jurídico; etnocentrismo.

Keywords: *Fundamental rights; indigenous child labor; juridical pluralism; ethnocentrism.*

Sumário: 1 Introdução. 2 O tratamento jurídico do trabalho precoce no Brasil. 3 O reconhecimento jurídico da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas. 4 O indígena e a infância. 5 Antinomia entre o artigo 231 e o 7º, XXXIII, ambos da Constituição da República. 6 Considerações finais. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 The legal treatment of early work in Brazil. 3 The juridical recognition of indigenous social organization, customs, languages, beliefs and traditions. 4 The indigenous and childhood. 5 Antinomy between Article 231 and Article 7, XXXIII, both of the Constitution of the Republic. 6 Final considerations. References.*

1 INTRODUÇÃO

É consenso que o trabalho precoce prejudica a convivência familiar da criança e do adolescente e causa prejuízos ao seu desenvolvimento biológico, psicológico e social. Diante disso, normas internacionais foram editadas com a finalidade de impor idades mínimas para admissão no trabalho e, no Brasil, o artigo 7º, XXXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), veda o trabalho aos menores de 16 anos. O Decreto 6.481/2008 (BRASIL, 2008), por sua vez, regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º, da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (1999), estabelecendo idades mínimas para ingresso em uma série de atividades profissionais.

Por outro lado, os indígenas têm direito à preservação dos valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais, garantindo-se o respeito a esses valores, práticas e às suas instituições próprias. Nesse sentido é o artigo 5º teor da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada pelo Decreto 5.051 de 19/04/2004 (BRASIL, 2004), e o artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que reconhece ao indígena a sua organização social, costumes e tradições.

O termo “infância”, tal como conhecemos, remete a um instituto particular da nossa civilização, tratando-se, portanto, de uma construção cultural e histórica do Ocidente. A forma com que uma sociedade lida com a infância e até mesmo o que se entende por infância é uma questão cultural, de modo que cada povo possui sua própria ideia sobre o instituto. Em determinados povos indígenas, as crianças participam do trabalho dos adultos por uma questão cultural sem que isso implique em prejuízo ao seu desenvolvimento perante a comunidade.

Em determinados contextos, portanto, o trabalho da criança evidenciará uma manifestação cultural indígena, razão pela qual, nestes casos, verifica-se conflito entre o artigo 7º, XXXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que veda o trabalho aos menores de 16 anos, e o artigo 231 da Constituição da República, que reconhece ao indígena a sua organização social, costumes e tradições.

Neste trabalho, através de pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar o conflito existente entre os referidos dispositivos constitucionais, objetivando-se encontrar solução que, do ponto de vista jurídico, seja adequada à solução da antinomia. Ao final, através de método dedutivo, será analisada criticamente, inclusive sob o ponto de vista antropológico, a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

Para isso, no primeiro capítulo deste artigo, serão esposadas as normas que tratam da vedação do trabalho precoce no Brasil. Já no segundo capítulo será explorado o conteúdo do artigo 231 da Constituição da República de 1988, que reconheceu a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas, bem como será abordado o conceito de pluralismo jurídico. No terceiro capítulo será realizada uma análise sobre a maneira com que os povos e comunidades indígenas lidam com a infância. No quarto capítulo será tratada a antinomia entre os artigos 7º, XXXIII, e 231, ambos da Constituição da República de 1988. E, por fim, serão apresentadas as conclusões sobre a temática desenvolvida.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO PRECOCE NO BRASIL

Durante os Séculos XVIII e XIX, quando ocorreu o incremento da indústria e, por consequência, do modelo capitalista de produção, não existiam normas regulamentadoras das relações de trabalho. As condições de labor eram ruins, as jornadas extensas, os salários baixos e crianças e mulheres grávidas eram empregadas em atividades penosas, dentre outras situações indignas.

Após a criação da OIT em 1919, normas internacionais foram editadas para estabelecer parâmetros mínimos de proteção ao trabalhador e, mais especificamente no tocante às crianças e aos adolescentes, para impor idades mínimas para admissão no trabalho.

Atualmente, é consenso que o trabalho precoce prejudica a convivência familiar da criança e causa prejuízos ao seu desenvolvimento biológico, psicológico e social, sendo certo que, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), destacam-se as Convenções 138, de 1973, que objetiva a abolição do trabalho infantil, ao estipular a idade mínima de admissão ao emprego e 182, de 1999, que exorta a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo a escravidão, o trabalho forçado e o tráfico de crianças.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 proíbe trabalho para menores de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, desde que a partir dos 14 anos (artigo 7º, XXXIII). O mesmo dispositivo também proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos.

Já o artigo 67, III e IV, da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990), proíbe o trabalho do menor de 18 anos em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, bem como o labor em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

O Decreto 6.481/2008 (BRASIL, 2008), por sua vez, regulamenta os artigos 3º, “d”, e 4º, da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (1999), estabelecendo idades mínimas para ingresso em uma série de atividades profissionais.

Ressalte-se que, segundo o artigo 2º da Lei 8.069/90, considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL, COSTUMES, LÍNGUAS, CRENÇAS E TRADIÇÕES INDÍGENAS

A Constituição da República de 1988 reconheceu aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231). Para examinar o alcance dessa norma é necessário esclarecer, de início, o conceito de pluralismo jurídico.

É certo que, na sociedade ocidental, não se reconhece outras fontes de Direito que não aquelas oriundas do Estado, que detém o monopólio de produzir normas jurídicas. Nesse contexto, a acepção jurídica de pluralismo reside na ideia de “[...] negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito” (WOLKMER, 2001, p. 15). É por essa razão que o termo é entendido como a oposição ao monismo jurídico.

Não entraremos, aqui, em discussões antropológicas no sentido de que outras formas de Direito existem em determinadas comunidades a despeito da presença estatal. Do ponto de vista jurídico, não existem normas válidas senão aquelas oriundas do Estado. Entretanto, há casos em que o próprio Estado reconhece como válidas normas que não são estatais. A título de exemplo, a Constituição da Bolívia, em seu artigo 179, I (BOLÍVIA, 2009), reconhece expressamente a jurisdição indígena, denominada “*jurisdicción indígena originaria campesina*”, que goza da mesma hierarquia em relação à jurisdição ordinária, conforme artigo 179, II. Nessa situação, há o reconhecimento, por parte do próprio Estado, da eficácia do pluralismo jurídico.

No caso brasileiro, a Constituição da República reconheceu aos indígenas sua organização social. Segundo Marés (2013, p. 17), tal instituto reconhece a eles “[...] exatamente o direito de formar sua ordem legal interna”. Nesse mesmo sentido, Villares (2014) afirma que “organização social”, tal como consta no artigo 231 da Constituição da

República, nada mais é do que o “[...] conjunto de regras e autoridades para elaborá-las, que é a ideia mais aproximada que o Direito faz de sistema jurídico” (p. 16).

O referido artigo ainda reconhece os costumes e as tradições indígenas, que são entendidos como normas de convívio de cada povo, aí inseridas aquelas relativas, por exemplo, ao matrimônio e à solução de conflitos. Segundo Marés (2013, p. 18)

Exatamente disso se trata quando a Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latinoamericanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado [...]

Souza Filho (2012, p. 123) igualmente afirma que “[...] usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito”, ou seja, “[...] normas do direito consuetudinário indígena”.

É manifesto, portanto, que a própria Constituição da República reconhece o direito consuetudinário indígena. Ressalte-se, ainda, o teor da Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1989), promulgada pelo Decreto 5.051 de 19/04/2004 (BRASIL, 2004), que no artigo 8.1 estabelece que “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

4 O INDÍGENA E A INFÂNCIA

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a “infância”, tal como conhecemos, é um instituto particular da nossa civilização. Trata-se de uma construção cultural e histórica do Ocidente. Segundo Cohn (2005, p. 22) “Em outras culturas e sociedades, a ideia de infância pode não existir, ou ser formulada de outros modos. O que é ser criança, ou quando acaba a infância, pode ser pensado de maneira muito diversa em diferentes contextos socioculturais, e uma antropologia da criança deve ser capaz de apreender essas diferenças”.

Ou seja, a maneira com que uma sociedade lida com a infância e até mesmo o que se entende por infância é uma questão cultural, de modo que cada povo possui sua própria ideia sobre o instituto.

Cohn (2005) cita o exemplo dos Xikrin, uma etnia indígena de língua jê que mora no Pará e se autodenomina *Mebengokré*. Para o referido povo, por exemplo, tanto o homem

quanto a mulher são considerados “criança” até o momento em que gestarem outra criança. A partir desse instante, “[...] a mulher se pintará com motivos do gênero e da idade, junto às outras mulheres, e o homem passará a ser pintado por sua esposa, usando também novos motivos” (COHN, 2005, p. 25).

Note-se, portanto, que para os Xikrin não existe o que chamamos de “adolescência”. A fase da infância é sucedida diretamente pela fase adulta.

Assim como é certo que a infância se encerra em idades distintas, a depender de cada povo, o conceito e os cuidados com o que chamamos de infância é distinto em cada comunidade.

Adote-se como exemplo o povo Guarani de Mato Grosso do Sul, conforme estudo etnográfico de Schaden (1974) realizado nas comunidades de Dourados, Panambi, Amambai, Taquapiri e Jacaréi. Segundo Schaden (1974) “A criança Guarani se caracteriza por notável espírito de independência [...]”, participando da “[...] vida, das atividades e dos problemas dos adultos” (p. 59). Esse fenômeno foi verificado pelo autor durante pesquisas de campo realizadas de 1946 a 1954, quando os indígenas já estavam submetidos a intenso processo de aculturação, levando-o a concluir que se trata de um “[...] traço fundamental ou essencial da cultura Guarani que por sua vez se revela constante, enquanto esta seja capaz de subsistir” (p. 59).

Ainda segundo Schaden (1974), o Guarani acredita que a personalidade humana se desenvolve “[...] livre e independente em cada indivíduo” (p. 59) e, como consequência, descrê em métodos educativos, “[...] a não ser a título excepcional ou por via mágica” (p. 59). Por serem tratadas como adultos, as crianças “[...] são mais francas e menos retraídas que estes, quando em contacto com estranhos” (p. 59). A criança é criada, portanto, em uma atmosfera na qual se revela “[...] um sentimento de autonomia e de independência que não pode senão leva-la a um comportamento em muitos sentidos mais característico de indivíduos adultos do que de personalidades em formação”. (p. 59)

Schaden (1974) observou ser “[...] quase nula a cultura infantil Guarani”, sendo certo que eram poucos os brinquedos que não limitavam a imitar atividades dos adultos (p. 60). Como há um respeito extraordinário pela individualidade da criança, a repressão é ínfima, o que, segundo o autor, faz com que entre os Guarani “[...] não se desenvolve forte senso de disciplina e autoridade” (p. 65) e não há “disciplina de trabalho”, já que “[...] ninguém lhe ensinou em criança” (p. 65).

Ainda nesse contexto, Schaden (1974) verificou entre os Guarani Nhandeva que existe a crença da reencarnação e de que os filhos são entes queridos que faleceram e retornaram ao mundo. Logo, segundo o raciocínio predominante na comunidade, não há condições de exigir-se submissão a uma criança que até pouco tempo era um adulto que com eles convivia.

Note-se, portanto, que a infância é compreendida pelos Guarani de uma forma totalmente diferente da concepção que a civilização ocidental empregou a essa fase da vida. Esclareça-se ainda que a infância dos meninos Guarani vai até o rito da perfuração dos lábios (geralmente entre 8 e 12 anos) e a infância das meninas se encerra com a menstruação (SCHADEN, 1974, p. 85-92).

Nesse contexto de autonomia da criança Guarani, já era esperado que o trabalho fosse um traço característico na infância.

Desde cedo, as crianças de um e outro sexo ajudam os pais, quer na roça, quer nos trabalhos domésticos. As meninas, por exemplo, carregam água e cuidam dos irmãos menores, enquanto os meninos trabalham na roça ou levam para casa os produtos que se tornaram necessários (SCHADEN, 1974, p. 73-74).

Em razão dos efeitos da aculturação dos Guaranis, o autor verificou que já havia divisão do trabalho entre as crianças de acordo com o gênero, como se observa:

A mulher não trata de ganhar dinheiro, ao passo que para o homem a sua capacidade de trabalho e de produção é fonte de meios pecuniários hoje considerados indispensáveis para a existência do grupo. Já as atitudes infantis se conformam a esta distinção. Dos oito aos dez anos, mais ou menos, o menino passa por um período que se pode chamar de aprendizado; acompanha o pai nas caçadas, na coleta de mel e em outras atividades, aprendendo também, sob a orientação paterna, a técnica de trançado e a fabricação dos mais diversos artefatos. Espontaneamente – e menos por iniciativa dos pais, ao contrário do que Virginia Drew Watson observou entre os Kayová da aldeia de Taquapiri – o menino faz a sua própria roça e, não raro, vende o produto; com o dinheiro compra alguma roupa de que precise ou algum presente para a mãe – um corte de vestido, por exemplo –; nada para o pai. Em Francisco Horta acontece que meninos Kayová de seus dez anos de idade fazem changa fora da aldeia. A partir dos doze, o menino Guarani em geral começa a manifestar sua independência, trabalhando apenas parte do tempo na roça do pai, até que, pelos quinze ou dezesseis anos, passe a morar com o sogro, em cuja lavoura terá que trabalhar muito mais do que os filhos deste (SCHADEN, 1974, p. 74).

Note-se, ainda, o povo Karipuna, conforme estudo realizado por Tassinari (2007). Em tal comunidade, as crianças participam do trabalho dos adultos por uma questão cultural, podendo abandonar as atividades quando bem entenderem. Conforme narra a referida autora,

[...] observei que as crianças trabalham junto com os adultos, fazendo pequenos trabalhos “de crianças” que se intensificam em complexidade e força conforme vão crescendo. Porém, se têm vontade de fazer outra coisa, as crianças podem deixar o trabalho inconcluso, coisa que

os adultos jamais podem fazer. Num mutirão para fazer farinha, por exemplo, crianças bem pequenas podem auxiliar as mães a descascar mandioca, portando com desenvoltura um grande facão. As crianças menores auxiliam carregando água do poço. Já as crianças maiores, com 9 ou 10 anos, têm responsabilidade de auxiliar os pais a raspar mandioca, a cuidar da farinha no forno, enquanto cabe aos jovens o serviço pesado de ralar mandioca. Nesses mutirões, somente as crianças menores podem abandonar o trabalho antes de terminado (TASSINARI, 2007, p. 16-17).

É possível, portanto, extrair as seguintes conclusões: (a) o significado que cada povo indígena dá à infância é distinto; (b) o final da infância ocorre em momentos diferentes a depender da cultura de cada comunidade indígena; (c) a despeito disso, é possível concluir que, de maneira geral, em boa parte das comunidades indígenas não existe a “adolescência”, de modo que a infância é sucedida pela fase adulta; (d) em geral, a criança é dotada de notável autonomia, sendo desde cedo integrada à vida dos adultos, o que faz com que suas atividades rotineiras sejam parecidas com as dos mais velhos, inclusive em relação ao trabalho.

É manifesto, por consequência, que a nossa concepção sobre a infância é distinta daquela empregada por outros povos. Isso não surpreende pois, no decorrer de nossa História recente, presenciamos, por exemplo, trágicas experiências da exploração do trabalho infantil nas fábricas nos primórdios do capitalismo, bem como nos deparamos com a exploração sexual de crianças e a violência a que seus pais ou elas próprias foram submetidas em diversos contextos sociais indesejados. Essas situações não se verificavam nas comunidades indígenas antes do contato com a civilização europeia.

As nossas crenças sobre o que hoje consideramos essencial para o desenvolvimento saudável de uma criança são frutos dos estudos de distintas áreas da ciência, como a psicologia, a medicina e a pedagogia, sobre essas experiências traumáticas, que não ocorreram no seio dos povos indígenas, sendo compreensível, portanto, que eles tenham concepções muito distintas sobre a infância.

5 ANTINOMIA ENTRE O ARTIGO 231 E O 7º, XXXIII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Em razão do acima esposado, pode-se perceber que, em alguns casos, o trabalho da criança ou do adolescente será algo inerente à própria cultura indígena. Isso porque (a) desde cedo as crianças participam das atividades dos adultos, podendo-se aí incluir, por exemplo, o labor na agricultura familiar e (b) na cultura indígena, a fase adulta pode ter início antes mesmo dos 16 anos, pelo que o trabalho seria algo natural a um indivíduo que, na nossa sociedade, é considerado adolescente e, portanto, é proibido de trabalhar.

Nesses casos, haverá um nítido conflito entre o artigo 7º, XXXIII, que veda o trabalho aos menores de 16 anos, com o artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que reconhece ao indígena a sua organização social, costumes e tradições. Em caso de conflito de regras, a solução se dá pelos critérios de solução de antinomia jurídica existentes: hierárquico, cronológico ou da especialidade.

Como ambas as regras são constitucionais, os critérios hierárquico e cronológico são inócuos. O critério da especialidade também não nos socorre já que ambas as normas possuem características semelhantes de generalidade e/ou especialidade. Para solução da antinomia, apresenta-se, neste trabalho, duas hipóteses.

A primeira delas é a adoção, com o escopo de solucionar o conflito, da Convenção 169 da OIT (1989), promulgada pelo Decreto 5.051/2004 (BRASIL, 2004), que em seu artigo 8 estabelece o seguinte:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses 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. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

A referida norma tem caráter supralegal, conforme decidido pelo STF no Recurso extraordinário 466.343 (BRASIL, 2008), e o artigo 8, parágrafo 2, estabelece que os indígenas têm 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” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). Note-se que o dispositivo cria uma cláusula de exceção ao artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), estabelecendo que são reconhecidos os costumes e tradições indígenas, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais.

No caso, a proibição de qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, é norma de direito fundamental, inserida no Título II da Constituição da República (“DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”), além de tratar-se de regramento de Direitos Humanos, de caráter internacional, conforme Convenção 138 da OIT (1973).

Logo, adotando-se o artigo 8, parágrafo 2, da Convenção 169 da OIT (1989), norma já vigente no ordenamento jurídico pátrio, embora os povos indígenas tenham o direito de conservar seus costumes e tradições, ainda assim seria vedado qualquer tipo de trabalho aos indígenas menores de 16 anos, mesmo que, repita-se, o labor seja desempenhado em um contexto culturalmente saudável e adequado aos padrões da sociedade indígena.

Frise-se, ainda, que a Convenção 169 da OIT (1989) tem, nesse aspecto, diretriz semelhante a outros diplomas universais. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, a título de exemplo, garante o respeito às diferenças advindas de outras culturas, mas ressalta no artigo 4º que “[...] ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002). No mesmo sentido está a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da Organização das Nações Unidas, que estabelece no artigo 2º que a “[...] diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005).

A segunda hipótese, entretanto, propõe reflexão crítica, inclusive sob o ponto de vista antropológico, sobre a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

É certo que a expressão “direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, adotada pela Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989) como sendo o padrão “mínimo” a ser observado pelos “costumes e tradições próprias” dos povos indígenas, refere-se ao conjunto de valores básicos da civilização ocidental.

A Antropologia nos ensina que “A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Este processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo” (LARAIA, 2001, p. 50). O mesmo autor acrescenta que “A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isto, discriminamos o comportamento desviante” (LARAIA, 2001, p. 67).

Essa tendência de o homem enxergar o mundo através de sua própria cultura é denominada etnocentrismo e tem como consequência a “[...] a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural” (LARAIA, 2001, p. 72). Segundo Laraia (2001), é “[...] comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão” (p. 73) e “Comportamentos etnocêntricos resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes. Práticas de

outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes e imorais” (p. 74).

Portanto, impor a idade mínima de 16 anos para todo e qualquer trabalho a uma comunidade indígena sem considerar os aspectos culturais e sociais já acima esposados caracteriza, ao menos no tocante a essa questão específica, mera adoção de uma visão etnocêntrica, marcada por valores ocidentais.

Nesse contexto, ao analisar eventual conflito entre o artigo 7º, XXXIII, que veda o trabalho aos menores de 16 anos, com o artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), em casos nos quais o trabalho precoce decorre de mera manifestação cultural indígena, o mais acertado seria ouvir previamente a comunidade sobre a questão, procedimento, aliás, estimulado pela própria Convenção 169 da OIT (artigo 6º, 1, a), prestigiando a aplicação do artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração do trabalho infantil é vista sob a ótica de desigualdade econômica, que tem como consequência o ingresso da criança no mercado de trabalho para complementar ou até mesmo garantir a renda familiar.

Nesse contexto, a “infância ideal” é aquela na qual a criança é submetida à educação escolar e a atividades lúdicas, características da dignidade infantil. Por outro lado, as crianças submetidas ao trabalho são desprovidas de um ou de ambos, havendo uma realidade nitidamente desigual, que deve ser combatida. É importante distinguir, portanto, casos de exploração econômica do trabalho infantil fora do âmbito cultural.

Conforme acima já analisado, o trabalho infantil como expressão cultural indígena em geral ocorre em duas situações: (a) quando a criança naturalmente permanece junto aos adultos e participa das atividades destes últimos, característica cultural própria da sociedade onde vive; ou (b) quando o indivíduo que consideramos criança ou adolescente já atingiu, na cultura indígena, a fase adulta da vida e, portanto, exerce atividades de subsistência tal como um adulto.

Acrescente-se, ainda que o trabalho, na cultura indígena, é apenas um meio de subsistência, diferentemente do que ocorre em nossa sociedade, na qual o trabalho é uma forma de acumulação de capital, prestígio social, etc. Nesse contexto, existem situações nas quais o trabalho de crianças indígenas consistirá, de fato, em mero objeto de exploração de mão-de-obra barata por indivíduos não indígenas ou por empresas, como no caso verificado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra Agrisul Agrícola Ltda e Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool/CBAA perante a Vara do Trabalho de Amambai-MS (USINA... 2011). A reclamação foi ajuizada em 2010 sob o 0000382-42.2010.5.24.0036 e na instrução processual foi constatado que menores indígenas eram

contratados para trabalhar no plantio e no corte de cana.

Também é possível que crianças ou adolescentes sejam explorados como mão de obra por seus próprios pais, familiares ou por outros indígenas, como, aliás, não é incomum constatar nas ruas de algumas cidades ou em rodovias. Esses e outros casos não estão abrangidos no contexto do trabalho infantil como expressão cultural indígena, tal como acima já delimitado, e, portanto, não suscitam dúvidas no sentido de que se inserem nas vedações impostas pelos artigos 7º, XXXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988); 67, III e IV, da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990); e pelo Decreto 6.481/2008 (BRASIL, 2008), sendo o caso, portanto, de serem adotadas políticas públicas estatais.

A dúvida surge quando se trata de trabalho infantil como expressão cultural indígena, como, por exemplo, o trabalho realizado em aldeias, no seio da família e da comunidade, sem exploração econômica e sem qualquer prejuízo à saúde e ao desenvolvimento físico e mental da criança ou do adolescente dentro da comunidade.

Nesse contexto, duas hipóteses foram tratadas para solucionar a antinomia verificada entre os dispositivos constitucionais mencionados. A primeira delas é a adoção do artigo 8, parágrafo 2, da Convenção 169 da OIT (1989), norma já vigente no ordenamento jurídico pátrio. Nesse caso, embora seja garantido aos povos indígenas o direito de conservar seus costumes e tradições, ainda assim seria vedado qualquer tipo de trabalho aos indígenas menores de 16 anos, mesmo que, repita-se, o labor seja desempenhado em um contexto culturalmente saudável e adequado aos padrões da sociedade indígena.

A segunda hipótese seria ouvir previamente as comunidades indígenas sobre a questão quando deparar-se com trabalho infantil como expressão cultural indígena, procedimento, aliás, estimulado pela própria Convenção 169 da OIT (artigo 6º, 1, a), prestigiando a aplicação do artigo 231 da Constituição da República ao caso concreto (BRASIL, 1988). Essa segunda hipótese se mostra mais adequada do ponto de vista antropológico ao afastar qualquer visão etnocentrista sobre a questão.

REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado 2009**. Disponível em: https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933. Acesso em 13 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da

Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 6.481 de 12 de junho de 2008**. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343**, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2022.

COHN, Clarice. **Antropologia da criança**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**, 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

NASCIMENTO, Adir Casaro *et al.* A Cosmóvisão e as representações das crianças Kaiowá e guarani: o antes e o depois da escolarização. In. NASCIMENTO, Adir Casaro (Org.). **Criança indígena: diversidade cultural, educação e representações sociais**. Brasília: Liber Livro, 2011.

OIT, Brasil. Combatendo o trabalho infantil: Guia para educadores V1 / **IPEC**. Brasília: OIT, 2001. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233633.pdf. Acesso em: 22 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 138 sobre idade mínima de admissão ao emprego**. Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Genebra (Suíça), 1973.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Conferência Geral da Organização Internacional do

Trabalho: Genebra (Suíça), 1989.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 182 da OIT sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação.** Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Genebra (Suíça), 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural.** Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura. Paris (França): 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais.** Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura. Paris (França): 2005.

SCHADEN, Egon. **Aspectos fundamentais da cultura guarani.** São Paulo: E.P.U./EDUSP, 1974.

TASSINARI, Antonella. Concepções indígenas de infância no Brasil. **Tellus**, ano 7, n. 13, p. 11-25, out. 2007 Campo Grande – MS. Disponível em: <http://www.gpec.ucdb.br/projetos/tellus/index.php/tellus/article/view/138/144>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MARÉS, Carlos. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.) **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI.** Curitiba, Ed: Letra da Lei, 2013.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2012.

USINA é condenada em R\$ 5 mi por trabalho infantil indígena. **Migalhas**, 19 set 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/141509/usina-e-condenada-em-r-5-mi-por-trabalho-infantil-indigena>. Acesso em: 27 jun. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista?: o reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil.** 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php>. Acesso em: 22 jun. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Síntese de uma nova cultura no Direito**, 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.11.2023

Aceito em: 22.12.2023