

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS - UFAM
MESTRADO EM CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS NA AMAZÔNIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A VULNERABILIDADE DA CRIANÇA INDÍGENA NO CONTEXTO DE
EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO ESTADO DO AMAZONAS**

Stella Litaiff Ispere Abrahim Cândido

Manaus-AM
2023

STELLA LITAIFF ISPER ABRAHIM CÂNDIDO

**A VULNERABILIDADE DA CRIANÇA INDÍGENA NO CONTEXTO DE
EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO ESTADO DO AMAZONAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Juliano Ralo Monteiro

Área de Concentração: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia

Manaus-AM
2023

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

C217v Candido, Stella Litaiff Ispers Abraham
A vulnerabilidade da criança indígena no contexto de exploração do trabalho infantil no estado do Amazonas / Stella Litaiff Ispers Abraham Candido . 2023
109 f.: il. color; 31 cm.

Orientador: Juliano Ralo Monteiro
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas.

1. Vulnerabilidade. 2. Criança indígena. 3. Trabalho infantil. 4. Amazonas. I. Monteiro, Juliano Ralo. II. Universidade Federal do Amazonas III. Título

**A VULNERABILIDADE DA CRIANÇA INDÍGENA NO CONTEXTO DE
EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO ESTADO DO AMAZONAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Juliano Ralo Monteiro

Área de Concentração: Constitucionalismo e Direitos na Amazônia

Examinada em: _____ de _____ de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juliano Ralo Monteiro
Presidente e Professor Orientador
Universidade Federal do Amazonas

Prof. Dr. Maurílio Casas Maia
Membro Interno
Universidade Federal do Amazonas

Prof. Dr. Mauro Augusto Ponce de Leão Braga
Membro Externo
Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

A Deus, que tudo tornou possível até este momento.

Ao meu amado marido e eterno professor Rafael Cândido, cujo brilhantismo e paixão pelo magistério sempre foram fonte de inspiração e admiração.

Ao meu amado filho Otávio, que me ensina desde os primeiros dias de vida que o amor é um caminho árduo que merece ser trilhado, residindo em suas curvas a maior recompensa do ser humano.

Aos meus amados pais, Francy e Jorge, cujo amor, carinho e ensinamentos edificaram a pessoa que me tornei.

Ao meu eterno companheiro, hoje e sempre, Bóris, que me ensina diariamente que o verdadeiro amor é gratuito e compreendido mesmo no silêncio das palavras.

RESUMO

ABRAHIM CÂNDIDO, Stella Litaiff Ispér. **A vulnerabilidade da criança indígena no contexto de exploração do trabalho infantil no Estado do Amazonas.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Amazonas, 2023.

A presente pesquisa tem por objetivo compreender em que medida práticas de aprendizagem desenvolvidas por crianças indígenas inserem-se em um contexto cultural, a serem preservadas e protegidas segundo o direito à diversidade e autodeterminação dos povos indígenas, ou, a depender do contexto fático em que se apresentam, poderiam configurar um verdadeiro trabalho infantil, cuja proibição tem assento constitucional. Assim, parte-se inicialmente de uma análise acerca do reconhecimento da vulnerabilidade da criança e do adolescente na CF/88, dada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, traçando-se um retrospecto histórico desde a Doutrina da Situação Irregular, que enxergava a criança como objeto de tutela e intervenção do Estado, até a consolidação de seu papel enquanto sujeito de direito, através da adoção da Doutrina da Proteção Integral, que confere lugar de destaque a esta categoria social tanto no Texto Constitucional quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. Este último passa a regulamentar, de forma expressa, o princípio do melhor interesse da criança e adoção, com máxima prioridade, de políticas públicas em matéria de infância. Em seguida, busca-se analisar o direito subjetivo de autodeterminação dos povos indígenas, previsto constitucionalmente no art. 231 da CF/88, que reconhece, em posição de destaque, o direito à diferença destes povos através da proteção e respeito aos seus costumes, tradições, modo de vida e organização social. Assim, em um Estado Plural de Direito, a interpretação de normas constitucionais, a exemplo da do art. 7º, inc. XXXIII, da CF/88, que proíbe o trabalho infantil, deve ser realizada de forma dialógica, observando-se a concepção de infância para os povos indígenas, que possui marcadores étnico-culturais bastante diferentes da tradicional concepção ocidental de infância. Por fim, em seu derradeiro capítulo, o presente estudo analisa a vulnerabilidade agravada da criança indígena no panorama de proteção à infância e erradicação do trabalho infantil, na medida em que inexistem, no cenário brasileiro, políticas públicas que observem a condição diferenciada da criança indígena sob uma perspectiva intercultural, evidenciando-se a escassez de debates e medidas no enfrentamento ao trabalho infantil indígena, diante de práticas prejudiciais à criança que transponham o caráter de tradicionalidade dos povos indígenas.

Palavras-chaves: Vulnerabilidade. Doutrina da Proteção Integral. Criança indígena. Aprendizagem cultural. Trabalho Infantil. Doutrina da Proteção Plural.

ABSTRACT

The vulnerability of indigenous children with child work exploitation in the State of Amazonas

The present research aims to understand to what extent learning practices developed by indigenous children fit into a cultural context that must be preserved and protected due to the right to diversity and self-determination of indigenous peoples. Depending on the factual context in which they occur, these practices could either be considered an integral part of cultural heritage or, alternatively, be perceived as a form of child labor, the prohibition of which is constitutionally grounded. Thus, the starting point is an analysis of the recognition of the vulnerability of children and adolescents in the 1988 Brazilian Constitution (CF/88), due to their unique status as individuals in development. This involves a historical overview, beginning with the Doctrine of Irregular Situation, which viewed children as subjects of state guardianship and intervention, leading to the consolidation of their role as rights-holders. This transition is marked by the adoption of the Comprehensive Protection Doctrine, emphasizing the pivotal status of this social category in both the Constitutional Text and the Child and Adolescent Statute of 1990. The latter explicitly regulates the principles of the best interest of the child and the adoption, with the highest priority, of public policies concerning childhood. Subsequently, the study aims to analyze the subjective right to self-determination of indigenous peoples, constitutionally provided for in Article 231 of the CF/88. This article recognizes, in a prominent position, the right to the difference of these peoples through the protection and respect for their customs, traditions, way of life, and social organization. In a Plural Rule of Law, the interpretation of constitutional norms, such as Article 7, item XXXIII, of the CF/88, which prohibits child labor, should be conducted dialogically, considering the indigenous peoples' conception of childhood, which has ethno-cultural markers quite different from the traditional Western conception of childhood. Finally, in its concluding chapter, this study analyzes the aggravated vulnerability of indigenous children in the panorama of childhood protection and eradication of child labor. This is due to the absence, in the Brazilian scenario, of public policies that consider the differentiated condition of indigenous children from an intercultural perspective. This highlights the scarcity of debates and measures in addressing indigenous child labor, in the face of harmful practices that transcend the traditional character of indigenous peoples.

Keywords: Vulnerability. Comprehensive Protection Doctrine. Indigenous child. Cultural learning. Child labor. Plural Protection Doctrine.

LISTA DE SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CONANDA - Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente

DDC – Declaração de Direitos da Criança da ONU

DNUDPI – Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas

DPI – Doutrina da Proteção Integral

DPP – Doutrina da Proteção Plural

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMT – Organização Mundial de Turismo

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PNAD – Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios

SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos

LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Quadro comparativo entre a Doutrina da Situação Irregular e a Doutrina da Proteção Integral da Criança e Adolescente	22
Figura 02: Gráfico demonstrativo do percentual de crianças e adolescentes, por cor e raça, em situação de privação de direitos básicos.....	90
Figura 03: Mapa ilustrativo do cenário de privação monetária por estado da federação.....	91
Figura 04: Gráfico demonstrativo do percentual de crianças e adolescentes, por cor e raça, em situação de privação monetária.....	91
Figura 05: Gráfico demonstrativo do percentual de crianças e adolescentes, por cor e raça, em privação de alimentação.....	92
Figura 06: Gráfico demonstrativo do percentual de crianças e adolescentes, por cor e raça, em situação de trabalho infantil.....	93

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A PROIBIÇÃO DO TRABALHO INFANTIL	15
1.1 O reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como categoria vulnerável e a superação da Doutrina da Situação Irregular	18
1.1.1 A proteção internacional da infância sob a perspectiva dos Direitos Humanos	22
1.1.2 O microssistema jurídico brasileiro de proteção à infância e a Doutrina da Proteção Integral.....	26
1.2 O direito fundamental ao não trabalho e ao trabalho decente envolvendo crianças e adolescentes	30
1.2.1 A Convenção 182 da OIT e as piores formas de trabalho infantil	35
1.2.2 Exceções normativas à proibição do trabalho precoce no Brasil	39
2. OS POVOS ORIGINÁRIOS E O DIREITO SUBJETIVO À AUTODETERMINAÇÃO	43
2.1 Marcos normativos internacionais de proteção e promoção de direitos dos povos indígenas.....	45
2.1.1 O direito à autodeterminação dos povos indígenas	52
2.2 Multiculturalismo no Brasil: A proteção do direito à diferença dos povos indígenas ..	56
2.3 Indígena criança: repensando o conceito de infância sob uma perspectiva plural	61
2.3.1 O trabalho infantil da criança indígena como prática de aprendizagem cultural	65
2.3.2 A licença-maternidade concedida à mulher indígena menor de 16 anos: conformação constitucional à luz do interculturalismo	69
3. A (HIPER) VULNERABILIDADE DA CRIANÇA INDÍGENA: UMA ZONA CINZENTA ENTRE A PRÁTICA CULTURAL E A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL	76
3.1 Aprendizagem cultural ou trabalho infantil? Uma fronteira étnico-simbólica	76
3.1.1 O etnoturismo e a exploração econômica da cultura	82
3.2 A vulnerabilidade e invisibilidade da criança indígena no panorama brasileiro de proteção à infância.....	87
3.3 A Doutrina da Proteção Plural e a complexidade dos desafios no enfrentamento ao trabalho infantil indígena: proteger sem ameaçar	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	106

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, inspirada na universalização dos direitos humanos e na centralização do homem como protagonista do qual se irradiam direitos e deveres, rompe com a dogmática anterior ao conferir ampla proteção às crianças e adolescentes, reconhecendo-as como sujeitos prioritários de direito a quem se aplica a doutrina da proteção integral, sob a tríplice responsabilidade a cargo do Estado, da sociedade e da família (art. 227, CF/88). É nesse contexto, de uma perspectiva promocional de direitos e em observância à vulnerabilidade da criança, dada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que o art. 7º, inc. XXXIII da CF/88 estabelece a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Evidencia-se, assim, a erradicação do trabalho infantil como um dos principais objetivos do constituinte.

Na mesma linha inovatória, o art. 231 da CF/88 ao reconhecer aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, consolidou em nosso ordenamento jurídico o direito à diferença e à autodeterminação destes povos, em clara superação à política ancestral de assimilação *manu militari* das comunidades tradicionais. Indo ao encontro do que dispõe os instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos (notadamente a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais), pode-se dizer que a referida norma constitucional foi, além de oportuna, salutar, na medida em que o Brasil cresceu e se difundiu em termos econômicos à custa da exploração da mão de obra indigenista. Com efeito, não se pode ignorar o número expressivo de membros das comunidades indígenas em nosso país que, segundo o censo do IBGE (2022), totaliza 1.693.535 pessoas, das quais 51,2% estão concentradas na Amazônia Legal. Ainda, dados recentes divulgados pelo IBGE demonstram que o Estado do Amazonas é o estado da federação com a maior população indígena (409,9 mil), ao passo que o município de Manaus, em 2022, concentrava a maior quantidade de habitantes indígenas em seu território (71,7 mil), seguido de São Gabriel da Cachoeira/AM (48,3 mil) e Tabatinga/AM (34,5 mil).¹

O intuito do constituinte, ao traçar palavras no texto constitucional como “costumes” e “tradição” dos povos indígenas, revela claro o sentido de elencá-las como marcadores

¹ Dados extraídos do sítio eletrônico <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/dados-do-censo-2022-revelam-que-o-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas> .

simbólicos da fronteira étnico-cultural entre os povos indígenas e a sociedade ocidentalizada. Assim, tem-se que o desrespeito à diversidade cultural desses povos, na prática, tanto num plano social quanto político, obstaculiza sobremaneira o exercício do direito à cidadania, relativamente a sua identidade étnico-cultural.

Com efeito, dentro de um panorama multicultural constitucionalmente protegido, identificam-se práticas próprias dos povos indígenas que, em um primeiro momento, parecem chocar-se com as demais normas constitucionais de natureza proibitiva, impondo então ao operador do direito o exercício da técnica da ponderação, através de um verdadeiro diálogo étnico-jurídico, de modo que o conteúdo de uma norma não soterre, em absoluto, o direito à diferença desses povos.

É o que acontece com a questão do trabalho infantil. Diferentemente da visão ocidentalizada que atribui ao trabalho o risco de comprometimento e prejudicialidade ao pleno desenvolvimento da criança (daí porque a norma proibitiva no Texto Constitucional), para os povos indígenas o trabalho desempenhado pela criança constitui verdadeiro elemento de aprendizagem cultural e inserção desta na comunidade em que vive. Em atividades que vão desde afazeres domésticos ao efetivo exercício do labor em favor da comunidade indígena - a exemplo da pesca, caça, transporte de pessoas em canoas e artesanato - , para esses povos, é através do trabalho, desde a mais tenra idade, que se constroem os laços entre a criança e sua família, bem como entre aquela e a sua comunidade.

Desta forma, evidenciando-se o aspecto cultural da prática laborativa, reputa-se inquestionável a sua validade, afastando-se a norma geral que proíbe o trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. A grande problemática que envolve o tema e sobre a qual se debruça a presente pesquisa reside, justamente, nas situações em que não é possível identificar o elemento cultural, zonas cinzentas em que se observa uma substituição gradual de tarefas cotidianas por verdadeiro trabalho infantil indígena.

Atualmente, tem se tornado cada vez mais comum a exploração de crianças indígenas na agricultura, no comércio, em coletas de lixo urbano, dentre outras. As razões para tal são inúmeras, variando desde a migração compulsória de comunidades tradicionais para a cidade, diante da impossibilidade de uma economia de subsistência decorrente da exploração da terra, até a invisibilidade social desses povos perante o Poder Público. Em que pese a necessidade de se reconstruir o conceito de trabalho infantil partindo da compreensão da cultura e do modo de enxergar a criança pelos povos indígenas, é dever do Estado tutelar a integridade física e psíquica das crianças e adolescentes como um todo, aí incluídas também as crianças indígenas. O princípio do melhor interesse da criança, decorrente da Doutrina da Proteção Integral da infância,

é de observância obrigatória pelo Estado, família e sociedade.

Assim, a pertinência social da presente pesquisa fundamenta-se na ausência de políticas públicas de erradicação do trabalho infantil voltadas especialmente para a proteção da criança indígena, uma vez que o Poder Público, sob um discurso de proteção à autodeterminação desses povos, tem utilizado como escudo a diversidade cultural para omitir-se em seu dever de fiscalização. Neste aspecto, destaca-se a determinação contida no art. 17 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas (2008), que impõe aos Estados o dever de proteção das crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo o trabalho que possa trazer prejuízos à sua integridade biopsicossocial.²

Tendo como objetivo geral compreender, à luz da Constituição Federal de 1988 e dos instrumentos normativos internacionais de proteção à infância, em que medida o trabalho infantil desenvolvido no âmbito das comunidades indígenas amazonenses insere-se num contexto de aprendizagem cultural, a presente pesquisa estabelece, dentre seus objetivos específicos, a análise, através de bibliografia especializada e dados estatísticos, das atividades laborais praticadas por crianças e adolescentes no âmbito das comunidades tradicionais que estão inseridas e de que forma este labor constitui um elemento de integração e formação cultural. Outrossim, tendo em vista marcadores étnico-culturais próprios dos povos originários, tem-se também como objetivo específico da presente pesquisa o debate acerca da necessidade de implementação de uma política pública plural, interdisciplinar e dialógica, que possibilite ao Estado a fiscalização do trabalho desempenhado pela criança indígena, considerando sempre o princípio do melhor interesse da criança, sem que se viole a autodeterminação desses povos e do seu direito à diferença.

Deste modo, o presente trabalho divide-se em três capítulos, que abordam desde a Doutrina da Proteção Integral à infância e o direito fundamental ao não trabalho, perpassando pelo direito subjetivo de autodeterminação dos povos indígenas, até a necessidade de se criar políticas públicas de base plural e interdisciplinar, que tutele na íntegra os direitos da criança indígena, protegendo-a contra a exploração do trabalho infantil.

Sem a pretensão de exaurir o tema, é certo que o reconhecimento constitucional da vulnerabilidade da criança e do adolescente, considerando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, fundamentou todo o aparato normativo de proteção à infância, criando para o

² Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos indígenas: “Art. 17. 1. Os indivíduos e povos indígenas têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos estabelecidos no direito trabalhista internacional e nacional aplicável. 2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou que possa ser prejudicial à saúde ou ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança, tendo em conta sua especial vulnerabilidade e a importância da educação para o pleno exercício dos seus direitos. 3. As pessoas indígenas têm o direito de não serem submetidas a condições discriminatórias de trabalho, especialmente em matéria de emprego ou de remuneração.”

Poder Público o dever inafastável de uma proteção integral, com máxima prioridade, a este grupo etário. Tratando-se da criança indígena, cuja invisibilidade social a coloca em um patamar de hipervulnerabilidade, o dever de cuidado impõe-se ao Estado de forma ainda mais imperativa, uma vez que o alcance da igualdade substancial constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira.

Por fim, utilizando-se o método teórico-dogmático, busca-se compreender, em *ultima ratio*, de que forma a Doutrina da Proteção Integral e a Política de Erradicação ao Trabalho Infantil podem dialogar com práticas culturais indígenas que incentivam o trabalho da criança na comunidade como elemento formador de sua aprendizagem cultural. Indo além, busca-se identificar elementos que subsidiem a construção de uma Doutrina da Proteção Plural, que proteja a criança indígena contra práticas exploratórias, sem que se ameace o direito desses povos à sua identidade étnico-cultural.

1. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A PROIBIÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Historicamente, a tutela jurídica da vulnerabilidade encontra-se diretamente atrelada ao colapso social que eclodiu por ocasião da segunda guerra mundial³. A sistemática violação de direitos humanos que marcou o período colocou a própria sociedade mundial em uma nova perspectiva, nascendo então a necessidade de um olhar mais acurado voltado ao indivíduo em sua forma concreta (não mais considerado abstratamente). É a partir da colocação do ser humano em um papel de centralidade⁴, como protagonista e titular de direitos humanos caracterizados pela universalidade, irrenunciabilidade e indivisibilidade que surge a tutela dos grupos sociais considerados vulneráveis, merecedores de especial atenção por parte do legislador e do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Neste ponto, faz-se importante mencionar que será abordado na presente pesquisa a vertente do conceito de vulnerabilidade atinente a grupos sociais que, diante de características intrínsecas e peculiares de seus membros, os tornam mais suscetíveis a determinados riscos. Em que pese a polissemia do vocábulo e de sua utilização em diversas áreas da ciência, bem como o fato de que, em uma acepção mais ampla, o termo vulnerabilidade poder ser atrelado à própria condição humana de forma generalizada, é certo que, no campo das relações jurídico-sociais, existem grupos de indivíduos cuja particularidade das características demandam uma atenção diferenciada por parte do ordenamento jurídico.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, a tutela jurídica das vulnerabilidades ganha força e expressão com a Constituição Federal de 1988, berço de um Estado Social de Direito

³ Neste sentido, destaca André de Carvalho Ramos: “Até meados do século XX, o Direito Internacional possuía apenas normas internacionais esparsas referentes a certos direitos essenciais, como se vê na temática do combate à escravidão no século XIX, ou ainda na criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1919), que desempenha papel importante até hoje na proteção de direitos trabalhistas. Contudo, a criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos está relacionada à nova organização da sociedade internacional no pós-Segunda Guerra Mundial. Como marco dessa nova etapa do Direito Internacional, foi criada, na Conferência de São Francisco de 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). O tratado institutivo da ONU foi denominado “Carta de São Francisco”. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018, p. 48-49).

⁴ Sobre o tema, importante novamente as lições de André de Carvalho Ramos: “No plano internacional, os direitos humanos sofreram uma ruptura ocasionada pelos regimes totalitários nazifascistas na Europa na Segunda Guerra Mundial e, após, foram reconstruídos com a internacionalização da matéria. Com isso, o Direito Internacional passou por uma lenta mudança do seu eixo central voltado à perspectiva do *Estado* preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais. Com a ascensão da temática dos direitos humanos previstos em diversas normas internacionais, os direitos humanos promoveram a entrada em cena da preocupação internacional referente à promoção da dignidade humana em todos os seus aspectos”. (ibidem).

de base pluralista, que tem como eixo central o indivíduo e a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. De difícil conceituação, dada sua ampla aplicação principiológica, a dignidade da pessoa humana para Maria Celina Bodin de Moraes⁵ encontra esteio nos postulados da igualdade, da tutela da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade, sendo o espectro da isonomia a manifestação primeira da dignidade. Em contraponto à consagração do referido princípio pela CF/88, impõe-se à ordem jurídica verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

O reconhecimento jurídico de grupos vulneráveis surge, portanto, a partir do momento em que a aplicação do princípio da igualdade, em sua acepção meramente formal, revela-se insuficiente e discriminante, colocando em desvantagem determinados grupos de pessoas que, dadas suas peculiaridades, tornam-se impossibilitadas de gozar integralmente os direitos fundamentais de que são titulares. Diante deste cenário, deve-se buscar a igualdade substancial, que determina ao Estado o dever de equacionar as diferenças, através de mecanismos próprios que permitam que pessoas em situação de desigualdade possam usufruir de forma igual dos mesmos direitos.⁶

Originariamente, o estudo acerca da vulnerabilidade no ordenamento jurídico brasileiro restringia-se quase que exclusivamente às relações de consumo, constando referência expressa no Código de Defesa do Consumidor a três espécies de vulnerabilidade, quais sejam, a técnica, a contábil e a socioeconômica. Nesses casos, atribui-se de forma automática a condição de vulnerável à parte que figura como consumidora na relação jurídica.⁷ O mesmo instrumento normativo elenca também como vulnerabilidade agravada situações que envolvem consumidores idosos, analfabetos, doentes ou em situações que possam agravar o

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017, p. 117-128

⁶ Sobre o tema: “A dignidade da pessoa humana concretiza-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana, a efetivação dessa cláusula, em qualquer caso, deve levar em conta a vulnerabilidade inerente às pessoas humanas e as diferenças existentes entre elas, para que se possa obter, o quanto possível, a igualdade substancial. A proteção que lhes é assegurada deve dar-se integralmente, em todas as situações, existenciais ou patrimoniais, de modo a contemplar todas e cada uma de suas manifestações. Indispensável por em destaque que, além da complexidade do processo de ida do ser humano, que o expõe com frequência à vulneração, há um grande número de pessoas que já se encontram, quando já não nascem, vulneradas, atingidas em sua dignidade, em razão de condições adversas de ordem psicofísica, social e/ou econômica. Não há para tais pessoas, possibilidade de exercer seu direitos, por vezes sequer de ter acesso a eles, em igualdade de condições, sendo necessário que o direito lhes propicie os meios para tanto”. (BARBOZA, Heloisa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; Oliveira, Guilherme de (Orgs.). *Cuidado & Vulnerabilidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 108)

⁷ CDC, “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...)”

risco a que se submete o consumidor comum (art. 39, IV e art. 54-C, inc, IV, do Código de Defesa do Consumidor).⁸

Ainda no campo das relações de consumo, a jurisprudência nacional consolidou-se de forma pacífica acerca do reconhecimento de subgrupos de consumidores que se enquadram na condição de vulnerabilidade agravada ou a chamada hipervulnerabilidade, por motivos de idade avançada, saúde ou outras condições que possam, na prática, potencializar os riscos a que normalmente se sujeitam os demais consumidores, senão vejamos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO POR ADESÃO. MORTE DO TITULAR. EXCLUSÃO DE DEPENDENTE IDOSA, APÓS A REMISSÃO. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. JULGADOS DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Polêmica acerca da exclusão de beneficiária idosa de plano de saúde coletivo por adesão em virtude da morte do titular. 2. Nos termos da Súmula Normativa 13/ANS: "o término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo". 3. Inexistência de norma da ANS sobre o direito de permanência do dependente em planos "coletivos" após o período de remissão. 4. **Hipervulnerabilidade do consumidor idoso no mercado de planos de saúde.** Doutrina sobre o tema. 5. Necessidade de se assegurar ao dependente idoso o direito de assumir a titularidade do plano de saúde, em respeito aos princípios da confiança e da dignidade da pessoa humana. Julgados desta Corte Superior. 6. O agravante não impugnou os fundamentos centrais da decisão agravada. 7. Agravo Interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1780206, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 21/09/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2020) (grifo nosso)

Atualmente, a tutela jurídica conferida a grupos reconhecidamente vulneráveis vai muito além daquela outrora empregada ao consumidor. Isto porque a própria Constituição Federal, em concretização à acepção material do princípio da igualdade, conferiu especial proteção a categorias de indivíduos que, pelas características que carregam, demandam um tratamento jurídico diferenciado, com mecanismos próprios para o alcance integral dos direitos de que são titulares. São exemplos a proteção constitucional conferida à pessoa idosa (art. 230 da CF⁹), à criança (art. 227 da CF¹⁰), à pessoa com deficiência (art. 227, §2º, da

⁸ CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; e Art. 54-C (...) IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.

⁹ CF, Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Ainda sobre a vulnerabilidade do idoso,

CF¹¹) e aos povos indígenas (art. 231 da CF¹²). Nas lições de Maurílio Casas Maia, tais grupos representam o que se convencionou chamar de *necessitados constitucionais*, uma vez que o constituinte expressamente lhes atribuiu especial proteção em face da constatação, em cada caso, de uma vulnerabilidade específica.¹³

1.1 O reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como categoria vulnerável e a superação da Doutrina da Situação Irregular

A Constituição Federal de 1988 inaugurou no Direito brasileiro uma nova ordem jurídica, tendo como peça motora principal a promoção da dignidade da pessoa humana. Conforme supramencionado, este foi o marco jurídico que possibilitou uma tutela diferenciada a grupos de pessoas que, em razão de traços próprios (fisiológicos, étnicos, culturais, dentre outros) que as distinguem do restante da sociedade, enquadram-se na categoria de vulneráveis, impondo ao Estado a adoção de políticas públicas que as permitam usufruir, na integralidade, do leque de direitos de que são titulares. Incluídas nessa categoria

pontua Elida Séguin: “O idoso está contextualizado como grupo vulnerável que sofre a ação de preconceitos, denominado de etarismo. Um dos problemas que nos defrontamos é o desconhecimento do perfil do idoso brasileiro acrescido de mitos que ficam na berlinda sem corresponderem a uma realidade. A casa do idoso também deve refletir as diferenças e as novas necessidades deste segmento social. Ela é rebatizada com nomes atrativos, como lugar de convivência, casa de repouso, alegria da terceira idade, fugindo do estigma da palavra ‘asilo’. Mas, muito além da designação existem normas a serem cumpridas para garantir a segurança de seus ocupantes, sabido que é em casa que a maioria dos acidentes acontecem” (SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7)

¹⁰ CF, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹ CF, Art. 227 (...) §2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

¹² CF, 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.

¹³ Nos ensinamentos do autor, destaca-se: “Embora a Constituição não registre de modo literal, o constituinte elegeu alguns indivíduos e coletividades enquanto ‘necessitados de tutela jurídico-estatal diferenciada’, sendo, por isso, mercedores de especial proteção jurídica pelo Estado Brasileiro (Estado Executivo, Legislador, Juiz, A proteção dos vulneráveis e o direito civil: um mandamento constitucional? Breves reflexões Página 9 Acusador e Defensor). Nessa esteira argumentativa, surgem os necessitados constitucionais ou jurídicos, eleitos constitucionalmente para receber especial proteção estatal. Em relação aos referidos grupos deve existir presunção de se tratar de necessitados jurídicos, em decorrência de seu específico quadro de vulnerabilidade social e hipossuficiência de recursos para enfrentar tais dificuldades, razão pela qual a Constituição lhes conferiu tratamento diferenciado.” (CASAS MAIA, Maurílio. *A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis*. In: Marques, Cláudia Lima; GSELL, Beate (Org.). *Novas tendências de direito do consumidor: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 443)

estão justamente a criança e o adolescente, cuja proteção constitucional restou expressa no art. 227 do Texto Constitucional.¹⁴

Da leitura do texto constitucional observa-se de plano a superação da antiga Doutrina da Situação Irregular do menor de idade, que o tratava como objeto de tutela e intervenção do Estado, para colocá-lo na posição de sujeito de direito, com absoluta prioridade na aplicação de qualquer política pública, considerando o reconhecimento de sua condição peculiar de pessoa em fase especial de desenvolvimento. O reconhecimento de que essas pessoas estão em fase de maturação – física, psíquica, moral, sexual e social – as coloca em um patamar prioritário em que o Estado e a sociedade lhes devem garantir todos os meios necessários para o seu pleno desenvolvimento, possibilitando o exercício da cidadania e sua emancipação. Assim, embora esta condição coloque a comunidade infanto-juvenil em uma perspectiva de futuro, o sistema jurídico a reconhece como titular de direitos em seu momento presente, e não apenas como um “vir a ser”.

O novo paradigma rompe em sua essência com a então Doutrina da Situação Irregular, oriunda do antigo Código de Menores (Código Mello Mattos de 1927 e Código de Menores de 1979). De forte caráter assistencialista e conferindo amplos poderes de intervenção ao juiz e ao Estado sobre a pessoa e o adolescente (notadamente pobres), o Código de Menores de

¹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. §2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. §7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. §8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

1927 foi criado inicialmente como mecanismo de controle pelo Estado de crianças e adolescentes em situação “irregular”, que viviam em condições marginalizadas da cidadania, razão pela qual teriam mais chances de delinquir.

Como pontua Irene Rizzini acerca do Código Mello Mattos, “*o que impulsionava era ‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os menores, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, redução, reabilitação, preservação, reforma e educação*”.¹⁵

Tendo sido estabelecido à época que a pobreza era a principal causadora da criminalidade que açoitava a sociedade, o referido diploma legal reuniu em sua essência conceitos de justiça e assistência como fundamento para que o então Juízo de Menores exercesse plena autoridade centralizadora, protecionista e intervencionista sobre a infância pobre, considerada potencialmente perigosa. Por certo que tal postura acabou fornecendo instrumentos ao Estado de natureza extremamente abusiva, que passou a intervir diretamente da liberdade e individualidade dessas famílias vulneráveis e de suas crianças. Com a adoção da doutrina da situação irregular estabelecida pelo Código de Menores permitiu-se que crianças fossem retiradas de seu convívio familiar, transferindo-se ao Estado a responsabilidade por reeducá-las.

Como se vê, no período anterior à redemocratização do Brasil, em que a criança e o adolescente eram tratados apenas como objeto de tutela do Estado, o propósito maior era a readaptação do jovem, pelo Poder Público, que não se encaixasse no modelo padrão de comportamento social imposto, ainda que isso significasse mantê-lo recluso em instituições e longe da família. Com o intento de reduzir a marginalidade envolvendo o segmento infanto-juvenil, o que se via era uma política higienista e segregacionista que atingia, sobremaneira, famílias pobres e negras.¹⁶

Mesmo em 1979, com a adoção do Novo Código de Menores, ainda vigorava a Doutrina da Situação Irregular, de viés assistencialista. Segundo o instrumento normativo citado, considerava-se menor em situação irregular aqueles privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e educação, fosse por omissão dos pais ou responsáveis legais, ou por impossibilidade fática de assim o fazerem¹⁷. Ressalte-se ainda que o Código de Menores de

¹⁵ RIZZINI, Irene. A criança e a Lei no Brasil. Rio de Janeiro. 2000, ED. USU, p 28.

¹⁶ RIZZINI, Irene. A criança e a Lei no Brasil. Rio de Janeiro. 2000, ED. USU, p 136.

¹⁷ Código de Menores de 1979: “Art. 2º - Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-los; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos

1979 também não fazia qualquer diferenciação entre o menor em situação de abandono e o menor delinquente, considerando-os ambos em situação de irregularidade, passíveis de intervenção pelo Juízo de Menores.¹⁸

Para a norma retrocitada, evidenciava-se a distinção entre *criança* e *menor*, sendo aquela proveniente de família financeiramente abastada e menor o filho(a) oriundo de família pobre. Assim, a assistência prestada pelo Estado ao público infante-juvenil, notadamente aos *menores*, voltava-se para a proteção da criança contra a ação ou omissão da família, considerada pelo Poder Público incapaz de educá-la.

Sobre os Códigos de Menores de 1927 e 1979, Josiane Veronese pontua, de forma bastante elucidativa, que tais diplomas normativos representavam apenas o que a doutrinadora optou por chamar de “coisificação da infância”, nos quais colocava-se a criança em “situação irregular” sob a mira do controle repressivo estatal, verdadeiros alvos das mais diversas violências cometidas no período de vigência das referidas normas.¹⁹

Curta foi a duração do Código de Menores de 1979. A tutela jurídica da infância no ordenamento brasileiro sob égide da norma em questão dissoava sobremaneira da proteção conferida às crianças e adolescentes pela sociedade internacional, que vivia o apogeu da consolidação dos direitos humanos, marcados pelos sinais da universabilidade e indisponibilidade. Diante de inúmeros documentos internacionais que priorizavam a proteção da criança, sem qualquer aspecto discriminatório, o Brasil passou a ser palco de intensos debates sobre o tema, considerando-se classista e excludente a expressão “menor” prevista no normativo interno.

Amplamente influenciado pelo Direito Internacional, em especial pela Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), o sistema jurídico brasileiro alcançou em 1986 um feito até então inédito, com a criação da Comissão Nacional Criança e Constituinte, na Assembleia Constituinte, que

bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - com desvio de conduta, em virtude de grave estado de inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único - Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial

¹⁸ A respeito do assunto, registrem-se as lições de Martha Abreu e Alessandra Martinez, para quem o Código de Menores de 1979 “reafirmava a concepção de anormalidade dos ‘menores criminosos e delinqüentes’, ampliando seu leque de ações ao caracterizar uma série de situações chamadas de ‘risco’ (abandono, violência doméstica, pobreza, indigência, exploração do trabalho, criminalidade, vícios, orfandade, etc.) nas quais a intervenção do Estado - via judiciário - seria legítima e necessária” (ABREU, Martha; MARTINEZ, Alessandra Frota. Olhares sobre a criança no Brasil: perspectivas históricas. In: RIZZINI, Irene (org.). *Olhares sobre a criança no Brasil: séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Universidade Santa Úrsula/Amais, 1997)

¹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente: A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Coleção Pensando o Direito no Século XXI, Vol. V. Florianópolis, SC: Ed. Fundação Boiteux, 2012.

culminou na proteção especial da infância em nossa CF/88. Em uma vertente diametralmente oposta, crianças e adolescentes, até então objeto de tutela e correção por parte do Estado, passaram a ser considerados sujeitos de direito, cuja vulnerabilidade reconhecida constitucionalmente implica na absoluta primazia da execução de políticas públicas que garantam seu pleno desenvolvimento, prevalecendo os laços afetivos de convivência como fator determinante de sua formação.

Inspirado pela ordem jurídica internacional, que desde a segunda metade do século XX reconhece o papel da criança e do adolescente como titular de direitos humanos, rompe-se no Brasil com a “tutela menorista” e a concepção de “menor em situação irregular” para dar espaço à Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente. Ilustrativamente, traz-se um quadro comparativo em que é possível visualizar as principais diferenças entre as duas correntes. Registre-se que uma abordagem mais detalhada acerca da Doutrina da Proteção Integral será feita em tópico próprio da presente pesquisa.

Figura 01²⁰

Aspectos	Anterior	Atual
Doutrinário	Situação Irregular	Proteção Integral
Caráter	Filantropico	Política Pública
Fundamento	Assistencialista	Direito Subjetivo
Centralidade local	Judiciário	Município
Competência Executória	União/Estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Co-Gestão Sociedade Civil
Organização	Piramidal Hierárquico	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

1.1.1 A proteção internacional da infância sob a perspectiva dos Direitos Humanos

A proteção internacional da infância e o reconhecimento de direitos humanos mínimos atribuídos a crianças e adolescentes remonta à própria história da humanidade, na medida em que a eclosão da Revolução Industrial, com ápice na segunda metade do século XIX e o fim da Primeira Guerra Mundial em 1918, fundamentaram a criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT (1919), constituindo esta o organismo internacional responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais de trabalho. Logo em sua primeira conferência, ainda em 1919, a OIT adotou 6 convenções, estabelecendo em uma delas a

²⁰ Quadro extraído da obra de Leonardo Brancher: Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude, in Encontros pela Justiça na Educação – Brasília – 2000 – FUNDESCOLA/MEC – p. 126.

definição de idade mínima de 14 anos para o trabalho nas indústrias e a proibição do trabalho noturno para os menores de 18 anos.

Longe de conferir proteção integral à categoria infanto-juvenil, uma vez que a referida convenção tratava apenas sobre critérios etários para a admissão no mercado de trabalho, é certo dizer que foi neste momento histórico que surgiu, no plano internacional, as primeiras normas protetivas da infância. Isto porque, ao longo da Revolução Industrial, a busca por maiores índices de produção e redução de custos ensejou em uma exploração intensa de mão de obra infantil, expondo crianças a todos os riscos inerentes a um ambiente de trabalho marcado por condições insalubres e perigosas. Com o reconhecimento à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (ainda que à época não tivesse sido adotado de forma expressa o termo), em processo de maturação, passou-se a proibir terminantemente o trabalho de menores de 14 anos na indústria, bem como o trabalho noturno aos menores de 18 anos.

Em que pese o relevante papel desempenhado pela OIT na defesa de direitos humanos, foi somente com o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, que surge o que chamamos de Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. As barbaridades cometidas contra o ser humano ao longo da guerra (tanto pelo grupo dos Aliados quanto do Eixo) colocaram o direito até então positivado em uma nova perspectiva, surgindo a premente necessidade de se criar um arcabouço jurídico de nível global voltado à promoção da dignidade da pessoa humana em si considerada. É neste contexto que surge a Organização das Nações Unidas em 1945, organismo internacional voltado à proteção dos direitos humanos.

Confrontando a dogmática anterior em que predominava o positivismo interno de cada Estado, a Declaração das Nações Unidas de 1948, instrumento normativo que sedimenta a prevalência dos direitos do homem no plano internacional, traz importante mudança de paradigma ao dispor, de forma expressa, acerca da universalidade dos direitos humanos, que alcançam todas as pessoas independentemente do local onde se encontrem.²¹

De forma pioneira, a DUDH menciona expressamente especial proteção à infância, senão vejamos:

²¹ DUDH – “Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Art. 2º. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.”

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. **A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.**

Em atenção à proteção da infância, diz-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU inaugura o que se convencionou chamar de microsistema internacional de proteção à infância, reconhecendo crianças e adolescentes como seres em desenvolvimento, merecedores de especial tutela por parte do Estado e Sociedade para que possam exercer, de forma plena, suas capacidades ainda em processo de transformação. É a partir da DUDH e inspirada nesta que surgem os principais instrumentos jurídicos internacionais sobre os direitos das crianças, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos da Criança, pelas Nações Unidas, em 1959.

A Declaração Universal dos Direitos da Crianças, considerada o marco jurídico internacional do surgimento da Doutrina da Proteção Integral, enuncia 10 princípios voltados primordialmente à proteção social da infância, com destaque à previsão do princípio do melhor interesse da criança, senão vejamos:

Princípio 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. **Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.**

Outrossim, em contramão à Doutrina da Situação Irregular que vigorava no Brasil por ocasião da promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Crianças em 1959, em que a responsabilidade pela educação do menor de idade e situação considerada “irregular” (conforme a disposição legal) seria do Estado, o texto internacional deixa claro a prevalência

das relações familiares e a importância destas para o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade da criança, conforme infere-se do Princípio 6º.²²

Com ampla proteção à infância, apontam-se no bojo da Declaração Universal dos Direitos da Crianças direitos como igualdade, pleno desenvolvimento, liberdade, dignidade, nome, nacionalidade, previdência social, saúde, alimentação, recreação, assistência médica, cuidados especiais, tratamento e educação para o deficientes, amor, compreensão, proibição de tratamentos cruéis ou desumanos, além da proibição de contratação em idade inferior à estabelecida como mínima para o trabalho.

Sedimentando a Doutrina da Proteção Integral, tem-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, pela Organização das Nações Unidas, em 1989, que é considerado ainda hoje o instrumento jurídico internacional de maior alcance na história da humanidade, contando com a ratificação de 196 países, dentre eles o Brasil.

Para o referido documento, considera-se criança todo ser humano com idade inferior a 18 anos, devendo os Estados Partes prestarem obediência aos direitos enunciados na convenção, sem nenhum tipo de discriminação, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. (Art. 2º da CDC - ONU).

Ainda, constou de forma expressa o princípio do melhor interesse da criança, ao dispor que toda medida empreendida pelas instituições públicas ou privadas que tenham como alvo as crianças, nos termos do diploma normativo, devem considerar primordialmente o melhor interesse daquelas (art. 3º da CDC - ONU).

De maneira inovadora e em observância ao reconhecimento das crianças como sujeitos de direito, a Convenção sobre os Direitos da Criança assegura o respeito às suas opiniões e a garantia de sua oitiva, levando-se em consideração a idade e maturidade da criança, em assuntos que lhes sejam pertinentes.²³

²²DUDC - “Princípio 6º. Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

²³ Convenção dos Direitos da Criança: “Artigo 12. 1. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança. 2. Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos

Importante mencionar que durante as discussões e tramitação do projeto que acabou por culminar no texto final que compõe a Convenção dos Direitos da Criança, pela ONU, a delegação brasileira teve intensa participação nos debates, integrando o Grupo de Trabalho que se reuniu anualmente no período de 1980 a 1988. Não por coincidência, no mesmo período o Brasil passava por uma transição constitucional, em plena fase de redemocratização, que teve como principal produto a promulgação da Constituição Federal Brasileira em 05 de outubro de 1988, voltada para a promoção dos direitos humanos e proteção especial a grupos minoritários e vulneráveis, aí incluídas as crianças e adolescentes.

Inspirado nos documentos internacionais de proteção à infância, surge com a Constituição Federal de 1988 um novo marco jurídico-político de proteção à infância, bem como o arcabouço do que se convencionou chamar de microssistema jurídico brasileiro de proteção da criança, composto, em sua essência, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que revogou na íntegra o Código de Menores de 1979.

1.1.2 O microssistema jurídico brasileiro de proteção à infância e a Doutrina da Proteção Integral

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era na tutela dos direitos das crianças e adolescentes, colocando-os na posição de sujeitos prioritários de direito. Representou, também, a superação da Doutrina da Situação Irregular, até então regulada pelo Código de Menores, para dar lugar à Doutrina da Proteção Integral, cuja regulação se deu por ocasião do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Para viabilizar a implementação das mudanças decorrentes desse novo paradigma, para além do princípio do melhor interesse (previsto expressamente nas normas internacionais), a CF/88 consagrou outros princípios, como a responsabilidade compartilhada entre Estado, família e sociedade, prioridade absoluta, descentralização político-administrativa e o da participação popular. O conjunto dos princípios ora mencionados formam o ideário normativo da infância, regulamentado exaustivamente através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, para o Estatuto em questão, define-se criança como a pessoa de até doze anos incompleto, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º do ECA).²⁴

que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

²⁴ ECA: Art. 2º. 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. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Registre-se o esforço

O art. 3º, por sua vez, consagra o princípio da prioridade absoluta, impondo a primazia no atendimento das necessidades de crianças e adolescentes, desde as básicas até as mais complexas, considerando para tanto a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento e consequente vulnerabilidade. Como decorrência ainda deste princípio, deve a criança e o adolescente ter prioridade de atendimento em todos os órgãos e serviços disponibilizados pelo Poder Público, bem como ser os destinatários dos recursos públicos disponíveis, preferindo aos demais grupos sociais. Devem, ainda, ser priorizadas políticas públicas voltadas para o segmento infanto-juvenil, tendo a infância prioridade também na execução de programas sociais, principalmente na área da saúde (campanhas de vacinação, segurança alimentar, dentre outros) e da educação, a exemplo da universalização do ensino fundamental e obrigatoriedade dos municípios ofertarem creches para crianças de até 5 anos.²⁵

No que toca ao princípio do melhor interesse da criança, tem-se que, em qualquer situação fática ou jurídica, havendo mais de uma solução decorrente da aplicação das regras incidentes sobre a matéria, deve-se observar a alternativa que melhor salvaguarda os interesses da criança ou do adolescente, de modo a concretizar, na prática, os direitos fundamentais titularizados por este grupo etário. Ademais, em caso de eventual conflito de interesses de outras pessoas no âmbito de uma relação jurídica, prepondera o interesse superior da criança/adolescente.

Dada a importância do princípio em comento, observa-se que boa parte da jurisprudência nacional, em questões envolvendo guarda da criança, adota como baliza a solução que melhor atenda ao interesse da criança ou adolescente envolvido, sendo sua oitava, quando possível, de suma importância.²⁶ Outro clássico exemplo em que prevalece o

intencional do legislador em não utilizar o termo “menor”, de caráter pejorativo e classista, em face do anterior Código de Menores.

²⁵ ECA: Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

²⁶ Sobre o tema, ilustra-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. **PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** GUARDA ALTERNADA. DISTINÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA DOS GENITORES EM CIDADES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. 1- Recurso especial interposto em 22/7/2019 e concluso ao gabinete em 14/3/2021. 2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação da guarda compartilhada é obrigatória no sistema jurídico brasileiro; b) o fato de os genitores possuírem domicílio em cidades distintas representa óbice à fixação da guarda compartilhada; e c) a guarda compartilhada deve ser fixada mesmo quando inexistente acordo entre os genitores. 3- O termo "será" contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda

princípio do interesse superior da criança é na adoção *intuitu personae*, também conhecida como adoção direta, não prevista expressamente no direito brasileiro²⁷. Em que pese a adoção constituir um processo complexo, exaustivamente regulamentado pelo ECA em seus arts. 39 e seguintes, no qual os interessados à adoção na condição de adotantes necessitam primeiramente inscrever-se em um Cadastro Geral de Adoção, excepcionalmente nos casos em que a criança já possua laços afetivos com as famílias interessadas, decorrentes de um período de convivência prolongado no tempo, dispensa-se o cadastro de adoção, permitindo-se a adoção direta, em clara observância ao interesse superior do adotando.²⁸

No que toca ao princípio da responsabilidade compartilhada, também conhecido como responsabilidade tripartite, tem-se a previsão de que a comunidade infanto-juvenil deve gozar de proteção especial da família, a sociedade e do Estado. Com responsabilidades próprias e solidárias, cada um dos agentes institucionais possui o dever de prover e proteger a criança ou adolescente, ofertando todas as possibilidades para o seu integral desenvolvimento.

À família, para além do núcleo natural, aí incluída também a substituta, compete a responsabilidade primordial de criar, educar e garantir a convivência familiar e comunitária. Especificamente em relação aos pais, incumbe o dever de sustento, guarda e educação, devendo ser assistidos pelo Estado no caso de insuficiência de recursos. Como novidade

do menor. 4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar. 5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial. 6- A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada. 7- É admissível a fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos. 8- Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1878041 SP 2020/0021208-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2021)

²⁷ Diz-se *intuitu personae* a adoção em que o adotante é previamente indicado por manifestação de vontade da mãe ou dos pais biológicos ou, não os havendo, dos responsáveis legais quando apresentado o consentimento exigido do artigo 45 do ECA e, por isso, autorizada a não observância da ordem cronológica do cadastro de adotantes.

²⁸ Sobre o tema, cita-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM DE CADASTRAMENTO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA INFANTE NO LAR EM QUE RESIDE. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE. 1. Estar devidamente habilitado no cadastro de adotantes para postular a adoção de criança não é regra absoluta. 2. O cadastro de adotantes pode ser mitigado em observância ao princípio do melhor interesse da menor, diante do princípio da livre convicção do juiz. 3 Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso conhecido e provido. (TJ-AM 00000707120168040906 AM 0000070-71.2016.8.04.0906, Relator: Lafayette Carneiro Vieira Júnior, Data de Julgamento: 28/08/2017, Conselho da Magistratura)

trazida pela nova ordem constitucional e pela Lei n. 8.069/90, o estado de hipossuficiência econômica não mais constitui fundamento para o Estado intervir na vida familiar e na tutela da criança.

A responsabilidade da sociedade e da comunidade, por sua vez, assume uma feição ético-jurídica, indicando um dever de todos de proteger a infância em toda sua vulnerabilidade, bem como de não se omitir no caso de violação de direitos humanos de crianças e adolescentes. Por fim, ao Estado compete a regulação e implementação de políticas públicas que tenham como destinatários primeiros as crianças e adolescentes, de modo que possam explorar, na integralidade, suas capacidades e direito de maturação e emancipação.

Como um dos desdobramentos da doutrina da proteção integral, identifica-se também o princípio da descentralização político-administrativa. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a política assistencial foi descentralizada e ampliada, resguardando-se à União a competência para dispor sobre as normas gerais e coordenação de programas assistenciais. Já a execução dos programas de política assistencial passou a ser competência das esferas estadual e municipal, bem como as entidades beneficentes e de assistência social.

Sob este lume, quanto maior a proximidade entre a esfera pública e a população envolvida nos programas de assistência social, melhores serão as condições de cuidar das adaptações necessárias à realidade local. Daí a grande importância dos municípios na realização das políticas públicas de abrangência social (resvalando no princípio da municipalização). Neste sentido, constou de forma expressa no ECA a municipalização do atendimento voltado para crianças e adolescentes, com a criação de conselhos municipais, além de outros multiníveis.²⁹

²⁹ ECA: “Art. 88 Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei; VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade. VIII - especialização e formação continuada dos profissionais que trabalham nas diferentes áreas da atenção à primeira infância, incluindo os conhecimentos sobre direitos da criança e sobre desenvolvimento infantil; IX - formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a intersectorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral; X - realização e divulgação de pesquisas sobre desenvolvimento infantil e sobre prevenção da violência

Da análise dos princípios ora delineados, observa-se que a Doutrina da Proteção Integral parte da compreensão de que as normas relacionadas à proteção da infância devem conceber crianças e adolescentes como cidadãos plenos, porém sujeitos à uma tutela jurídica prioritária e específica, tendo em vista a condição de pessoas em desenvolvimento físico, psíquico e moral. Neste sentido, tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram uma série de mecanismos e garantias para que se concretize, na prática, a tão aclamada proteção integral da infância, em todos os seus aspectos.

1.2 O direito fundamental ao não trabalho e ao trabalho decente envolvendo crianças e adolescentes

A afirmação da dignidade da pessoa humana em suas múltiplas zonas de aplicação e abrangência é fruto de um lento processo de conquistas históricas, marcado por avanços e por vezes até retrocesso. No ordenamento jurídico brasileiro ganhou expressão e relevância por ocasião da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que traz um leque de garantias com vistas a assegurar a implementação do referido macroprincípio em todas as suas esferas e vertentes.

Como decorrência direta da política de promoção da dignidade da pessoa humana e da Doutrina da Proteção Integral da infância, a Constituição Federal de 1988 passou a proibir, expressamente, o trabalho noturno aos menores de 18 anos e qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (art. 7º, inc. XXXIII, CF/88)³⁰.

Quanto ao tema, a previsão consitucional não poderia ter sido outra. Conforme abordado em tópicos anteriores da presente pesquisa, com o reconhecimento da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento à criança e ao adolescente, ainda em processo de maturação, o sistema jurídico brasileiro sedimentou o que já havia sido consagrado pela sociedade internacional acerca da prejudicialidade do trabalho precoce no processo de formação do público infanto-juvenil.

Trata-se, assim, de norma constitucional de natureza proibitiva em que se evidencia o escopo protetivo, ao passo que estabelece o direito fundamental ao não trabalho de crianças e adolescentes em idade de desenvolvimento físico, psíquico, moral e social. Simultaneamente,

³⁰ CF, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

institui também o direito fundamental ao trabalho decente nas hipóteses consagradas pela CF/88, de modo a preservar a formação, educação, lazer e convivência familiar da criança ou adolescente.

Imperioso ainda destacar que o constituinte, ao proibir o trabalho infantil, o fez de forma abrangente, vedando não apenas o trabalho remunerado e tipicamente subordinado, como também aquele prestado de forma voluntária, eventual, autônoma ou mesmo em prol da família, em situações que comprometam o pleno desenvolvimento da criança.

A amplitude da norma proibitiva fundamenta-se em fatores de naturezas diversas que potencializam os riscos a que se submete a criança ou adolescente no contexto de exploração do trabalho infantil. A seguir, ilustram-se alguns³¹:

a) *Psíquico e moral*: Frequentemente, crianças submetidas ao trabalho precoce apresentam traumas, medos, reações violentas e dificuldades para estabelecer vínculos afetivos, por força das condições desfavoráveis presentes. Ademais, crianças expostas a este tipo de trabalho muitas vezes se colocam em uma situação ainda maior de vulnerabilidade, tornando-se suscetíveis a todo tipo de abuso, desde o assédio moral à violência sexual.

b) *Econômico*: Evidencia-se o risco de natureza econômica uma vez que a contratação informal de crianças e adolescentes para o trabalho, com o objetivo de redução de custos, aumenta exponencialmente o dano social³², além de aumentar, também, a taxa de desemprego entre a população adulta e economicamente ativa. Ainda, estudos apontam que a precocidade do trabalho infantil acaba por implicar em uma menor renda na fase adulta, em face do prejuízo à qualificação do indivíduo.

c) *Social*: Privar crianças e adolescentes da adequada capacitação e instrução escolar, de modo que se qualifiquem satisfatoriamente para o ingresso formal no mercado de trabalho, implica mantê-los em um constante ciclo de exclusão.

d) *Jurídico*: Os riscos de natureza jurídica identificam-se na medida em que a criança e o adolescente, ainda em processo de formação e sem a plena compreensão dos termos do contrato de trabalho (em sua maioria verbais ou mesmo inexistentes), são incapazes de valorar as condições laborativas a que são expostos.

³¹ Consequências do Trabalho Infantil, cuja cartilha pode ser acessada através do sítio eletrônico <https://livedetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/consequencias/>

³² Conceitua-se dano social como aquele que, através de uma conduta socialmente reprovável, dolosa ou culposa, ultrapassa a órbita individual da vítima, atingindo os direitos difusos e ocasionando uma diminuição do nível de vida da coletividade, ou seja, de sujeitos indeterminados ou indetermináveis.

e) Fisiológico: Considerando a condição de pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescente em situação de trabalho infantil estão sujeitas a maiores riscos de saúde, sendo ainda mais suscetíveis a acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Sobre o tema, em louvável iniciativa e com vistas a reforçar a Política de Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil, o Ministério do Trabalho e Emprego editou cartilha intitulada “*Saiba tudo sobre o trabalho infantil*”,³³ em que foram listadas algumas justificativas de ordem fisiológica que corroboram a proibição do trabalho em idade precoce, senão vejamos:

- Crianças ainda não têm seus ossos e músculos completamente desenvolvidos. Correm maior risco de sofrer deformações dos ossos, cansaço muscular e prejuízo ao crescimento e ao desenvolvimento, dependendo do ambiente e condições de trabalho a que forem submetidas.
- A ventilação pulmonar (entrada e saída de ar dos pulmões) é reduzida; por isso, crianças têm maior frequência respiratória, o que provoca maior absorção de substâncias tóxicas e maior desgaste do que nos adultos, podendo, inclusive, levar à morte.
- Crianças têm maior frequência cardíaca que os adultos para o mesmo esforço (o coração bate mais rápido para bombear o sangue para o corpo) e, por isso, ficam mais cansadas do que eles, ainda que exercendo a mesma atividade.
- A exposição das crianças às pressões do mundo do trabalho pode provocar diversos sintomas, como por exemplo, dores de cabeça, insônias, tonteadas, irritabilidade, dificuldade de concentração e memorização, taquicardia e, conseqüentemente, baixo rendimento escolar. Isso ocorre mais facilmente nas crianças porque o seu sistema nervoso não está totalmente desenvolvido. Além disso, essas pressões podem causar diversos problemas psicológicos, tais como medo, tristeza e insegurança.
- Crianças têm fígado, baço, rins, estômago e intestinos em desenvolvimento, o que provoca maior contaminação pela absorção de substâncias tóxicas.
- O corpo das crianças produz mais calor que o dos adultos quando submetidos a trabalhos pesados, o que pode causar, dentre outras coisas, desidratação e maior cansaço.
- Crianças têm a pele menos desenvolvida, sendo mais vulneráveis que os adultos aos efeitos dos agentes físicos, mecânicos, químicos e biológicos.
- Crianças possuem visão periférica menor que a do adulto, tendo menos percepção do que acontece ao seu redor. Além disso, os instrumentos de trabalho e os equipamentos de proteção não foram feitos para o tamanho de uma criança. Por tudo isso, ficam mais sujeitas a sofrer acidentes de trabalho.
- Crianças têm maior sensibilidade aos ruídos que os adultos, o que pode provocar perdas auditivas mais intensas e rápidas.

³³ Texto integral disponível nos sítios eletrônicos: <https://livredetrabalhoinfantil.org.br> e <https://www.gov.br>

Da leitura parcial da cartilha em análise, evidencia-se a vulnerabilidade fisiológica que atinge crianças e adolescentes, sujeitando-os a maiores riscos de acidentes de trabalho, inclusive de natureza fatal. Sobre o tema, preocupantes são os dados estatísticos de acidentes de trabalho envolvendo crianças e adolescentes no cenário brasileiro.

Segundo o Observatório da Prevenção e da Erradicação do Trabalho Infantil³⁴, acidentes graves de trabalho envolvendo menores de 14 anos aumentaram 30% em 2020. De 2012 a 2019, foi registrada uma média de 54,7 mil denúncias relacionadas ao trabalho precoce. Já no período de 2012 a 2021 foram registrados 19,7 mil acidentes de trabalho envolvendo adolescentes de 14 a 17 anos de idade. Na zona rural a situação é ainda mais alarmante, uma vez que, somente no ano de 2017, foram identificadas 580 mil crianças e adolescentes de até 13 anos trabalhando em estabelecimentos agropecuários no Brasil, o que corresponde a 3,8% do total de pessoas ocupadas no setor.³⁵

Especificamente em relação ao Estado do Amazonas, dados do Fórum Estadual de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalho do Adolescente no Amazonas (Fepeti-AM), apontam que o referido estado tem o maior índice de trabalho infantil relativo à média nacional. No ano de 2019, a população estimada na faixa etária de 5 (cinco) a 17 (dezessete) anos no estado era de 937.193 (novecentos e trinta e sete mil e cento e noventa e três), e havia aproximadamente 56.600 (cinquenta e seis mil e seiscentas) crianças e adolescentes na mesma faixa etária em situação de trabalho infantil, conforme aponta a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (Pnad).³⁶

Desse modo, observa-se que no Estado do Amazonas 6% do total de crianças e adolescentes encontra-se em situação de trabalho infantil, superando a média nacional de 4,6%. O universo de crianças trabalhadoras abrange em sua grande maioria crianças ribeirinhas, indígenas, sem-terra, urbanas e imigrantes, sendo que 32,4% - ou seja, 18.330 (dezoito mil, trezentos e trinta) do total apurado em 2019 – trabalhavam com agricultura, principalmente com o cultivo da mandioca. A segunda atividade mais praticada era a pesca, com 6%, seguida pelo comércio de produtos alimentícios, bebidas e fumo, com 5%.

O direito fundamental ao não trabalho, expresso na Constituição Federal de 1988 como uma das garantias e desdobramentos da proteção integral conferida às crianças e adolescentes,

³⁴ O Observatório da Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil é um dos cinco observatórios digitais da plataforma *SmartLab* de Trabalho Decente, um laboratório multidisciplinar de gestão do conhecimento com foco na promoção do trabalho decente no Brasil, de iniciativa do Ministério Público do Trabalho e da OIT.

³⁵ Dados extraídos do sítio eletrônico <https://smartlabbr.org>

³⁶ Dados extraídos do sítio eletrônico <https://fnpeti.org.br/foruns/amazonas>

fundamenta a Política Nacional de Erradicação ao Trabalho Infantil no Brasil, implementada não apenas pelo Poder Público como também por instâncias autônomas, a exemplo do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), criado em 1994, com o apoio da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Erradicar o trabalho infantil é uma meta globalmente compartilhada. Para isso, é necessário um somatório de atuações decisivas e articuladas entre Poder Público, organizações de trabalhadores, empregadores e a sociedade civil para que se possa avançar na prevenção e eliminação deste cenário de grave violação de direitos. No Brasil, muitos são os recursos e instrumentos utilizados para a erradicação do trabalho infantil, contudo, os desafios são ainda maiores.

No ano de 2015, o Brasil participou da reunião da ONU em Nova Iorque onde os 193 (cento e noventa e três) Estados-membros comprometeram-se com a Agenda de Desenvolvimento Sustentável, denominada Agenda 2030 da ONU. Dentre os compromissos traçados em relação ao Trabalho Decente e Desenvolvimento Econômico, o Objetivo n.8 determina o dever de *“promover o crescimento econômico inclusivo e sustentável, o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos”*.³⁷

Por isso, no §7º do Objetivo n.8, foi determinado que os Estados-membros adotassem medidas imediatas para a erradicação de todas as formas de trabalho forçado, escravidão contemporânea e a abolição do trabalho infantil, nas suas mais diversas formas, até o ano de 2025.³⁸

Atualmente, faltando apenas dois anos para o término do prazo estabelecido para a erradicação do trabalho infantil, os índices de crianças e adolescentes submetidos a essa prática estão longe de indicar um cenário de melhora, notadamente com a crise econômica instaurada por ocasião da pandemia da COVID-19.³⁹

³⁷ É possível visualizar a íntegra do documento através de acesso ao sítio eletrônico <https://brasil.un.org>.

³⁸ Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos. 8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.

³⁹ Sobre o tema, transcreve-se trecho de estudo publicado pela UNICEF em 10 de junho de 2021: *“Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward* (Trabalho infantil: *Estimativas globais de 2020, tendências e o caminho a seguir – disponível somente em inglês*) – divulgado às vésperas do Dia Mundial contra o Trabalho Infantil, em 12 de junho – alerta que o progresso para acabar com o trabalho infantil estagnou pela primeira vez em 20 anos, revertendo a tendência de queda anterior que viu o trabalho infantil diminuir em 94 milhões entre 2000 e 2016. O relatório aponta para um aumento significativo no número de crianças de 5 a 11 anos em situação de trabalho infantil, que agora respondem por pouco mais da metade do número total global. Outro alerta é o número de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em trabalhos perigosos – definido como trabalho que

Sem qualquer apelo poético, partindo-se da premissa literal de que a criança e o adolescente representam o futuro da nação, garantir na prática o respeito ao direito fundamental ao não trabalho na infância, bem como a observância do trabalho decente envolvendo adolescentes, é garantir também a integridade físico-psíquica deste grupo social, seu pleno desenvolvimento e profissionalização adequada para um futuro mercado de trabalho qualificado pela alta performance dos profissionais. Ademais, a observância do princípio da solidariedade intergeracional revela-se latente em matéria de proteção à infância e do combate ao trabalho infantil, na medida em que a norma constitucional foi expressa ao estabelecer a responsabilidade tripartite do Estado, da família e da sociedade no que toca à tutela dos direitos da criança e do adolescente.

Com efeito, a proibição do trabalho infantil no Brasil tem como principal objetivo possibilitar o processo de maturação da criança, permitindo que complete sua formação física, psíquica, educacional e profissionalizante. Igualmente, a proibição ao trabalho infantil também tem como objetivo proporcionar um maior tempo de convivência da criança e do adolescente no âmbito familiar, uma vez que a manutenção desses laços afetivos revela-se primordial para o seu pleno desenvolvimento, nos termos da Doutrina da Proteção Integral.

1.2.1 A Convenção 182 da OIT e as piores formas de trabalho infantil

Em 04 de agosto de 2020 a Organização Internacional do Trabalho comemorou um feito sem precedentes na história do Sistema Internacional dos Direitos Humanos. Naquela data, pela primeira vez, um tratado internacional foi ratificado por todos os países membros de um organismo internacional de alcance global. O tratado em questão refere-se à Convenção n. 182 da OIT, criada em 1999, que dispõe acerca das piores formas de trabalho infantil e os mecanismos necessários para a sua eliminação.

pode prejudicar sua saúde, segurança ou moral – chegou a 79 milhões, um aumento de 6,5 milhões de 2016 a 2020.(...) O relatório adverte que, globalmente, 8,9 milhões de crianças e adolescentes adicionais correm o risco de ser empurrados para o trabalho infantil até o final de 2022 como resultado da pandemia. Um modelo de simulação mostra que esse número pode aumentar para 46 milhões se eles não tiverem acesso a uma cobertura crítica de proteção social. Choques econômicos adicionais e fechamentos de escolas causados pela Covid-19 significam que as crianças e os adolescentes que já estão em situação de trabalho infantil podem estar trabalhando mais horas ou em piores condições, enquanto muitos mais podem ser forçados às piores formas de trabalho infantil devido à perda de emprego e renda entre famílias vulneráveis.” O acesso á integralidade da matéria pode ser feito através do sítio eletrônico <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo> .

Ratificada pelo Brasil em 02 de fevereiro de 2000, o referido documento internacional consolidou a afirmação dos direitos da infância, tendo sido assumido pelo Estado Brasileiro, em caráter de urgência, o compromisso internacional de eliminar as piores formas de trabalho infantil.

A notoriedade da Convenção 182 da OIT já se sobressai ainda no preâmbulo, ao destacar o critério da prioridade, da eficácia e da imediatividade das ações voltadas para a eliminação das piores formas de trabalho infantil.⁴⁰

Ainda, nos termos do art. 3º da Convenção, a expressão “piores formas de trabalho infantil” compreende:

a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;

b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;

c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;

d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Considerando a abstração contida na alínea “d”, a Convenção deixou a cargo da legislação interna de cada Estado-membro a catalogação das atividades laborais que poderiam ocasionar danos à saúde física e psíquica da criança, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessados (art. 4º, ponto 1, da Convenção 182).⁴¹ A referida determinação foi implementada no ordenamento jurídico brasileiro através da edição, em 2008, do Decreto n. 6.481, que elenca um rol de 93 atividades consideradas como piores formas de trabalho infantil.

⁴⁰ Convenção 182 da OIT: “(...) Considerando que a efetiva eliminação das piores formas de trabalho infantil requer ação imediata e global, que leve em conta a importância da educação fundamental e gratuita e a necessidade de retirar a criança de todos esses trabalhos, promover sua reabilitação e integração social e, ao mesmo tempo, atender as necessidades de suas famílias;”

⁴¹ Convenção 182 da OIT: “Artigo 4º. 1. Os tipos de trabalho a que se refere o artigo 3º d) serão definidos pela legislação nacional ou pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, levando em consideração as normas internacionais pertinentes, particularmente os parágrafos 3ª e 4ª da Recomendação sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, de 1999. 2. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e trabalhadores interessadas, localizará onde ocorrem os tipos de trabalho determinados conforme o parágrafo 1º deste artigo. 3. A relação dos tipos de trabalho definidos nos termos do parágrafo 1º deste artigo deverá ser periodicamente examinada e, se necessário, revista em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas.

Conhecida também como Lista “TIP” (Lista das piores Formas de Trabalho Infantil), o Decreto n. 6.481/08 representou um forte avanço no combate ao trabalho infantil no Brasil. Ao lado das 93 atividades consideradas prejudiciais à saúde, segurança e moralidade da criança e do adolescente, com descrição específica para cada atividade, o legislador aponta também os riscos ocupacionais de cada uma delas. Cita-se como exemplo o trabalho em indústrias de cerâmicas, que sujeitam as crianças e adolescentes ao transporte de peso, posturas inadequadas, movimentos repetitivos, exposição ao calor, à umidade, à poeira, além de acidentes envolvendo o aparato fabril.

Igualmente, não se pode deixar de abordar a aclamada novidade trazida pelo Decreto n. 6.481/08, que identifica o trabalho doméstico como uma das piores formas de trabalho infantil⁴². De matiz essencialmente cultural e enraizado na história brasileira, o trabalho doméstico desempenhado por crianças e adolescentes sempre foi uma realidade em nosso país. Mais grave ainda, a prática era amplamente aceita sob o argumento de que o trabalho em residências de famílias mais abastadas dignificaria crianças que se encontravam em situação de miséria, sendo extremamente comum que crianças fossem trazidas de cidades interioranas para o labor doméstico na casa de terceiros que, em troca, proporcionariam alimentação e educação.

Diante da adoção da Doutrina da Proteção Integral, que teve como consequência a proibição do trabalho precoce, a prática revelou-se incompatível com o microssistema jurídico de proteção da infância trazido pela CF/88. Contudo, diante da invisibilidade desta forma de trabalho, das subnotificações e de uma aceitação social velada, a fiscalização por parte do Poder Público mostrava-se quase que impossível. Com a repercussão mundial da Convenção 182 da OIT e a edição do Decreto n. 6.481/08, que trouxe expressamente o trabalho doméstico como uma das piores formas de exploração de trabalho infantil, observa-se uma gradativa mudança de conscientização social, atribuída também a um aumento dos mecanismos de controle e denúncia, a exemplo do Disque 100. O desafio ainda é grande, especialmente em localidades mais remotas em que o Poder Público se mostra ausente. Entretanto, não se pode deixar de louvar o legislador que, neste aspecto, rompe com uma cultura secular de exploração infantil.

⁴² Item 76 da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil: “Trabalho Doméstico. Prováveis Riscos Ocupacionais: Esforços físicos intensos; isolamento; abuso físico, psicológico e sexual; longas jornadas de trabalho; trabalho noturno; calor; exposição ao fogo, posições anti-ergonômicas e movimentos repetitivos; tracionamento da coluna vertebral; sobrecarga muscular e queda de nível. Prováveis Repercussões à Saúde: Afecções músculo-esqueléticas (bursites, tendinites, dorsalgias, sinovites, tenossinovites); contusões; fraturas; ferimentos; queimaduras; ansiedade; alterações na vida familiar; transtornos do ciclo vigília-sono; DORT/LER; deformidades da coluna vertebral (lombalgias, lombociatalgias, escolioses, cifoses, lordoses); síndrome do esgotamento profissional e neurose profissional; traumatismos; torturas e fobias”.

No contexto internacional, diante do cenário de adesão universal, diz-se que a Convenção 182 da OIT alcançou resultados até então nunca vistos, tendo inclusive incentivado a uma maior adesão à Convenção 138 da OIT, que dispõe sobre a idade mínima para a admissão no trabalho. Em termos numéricos, relatórios da OIT apontam para uma queda mundial de 40% do número de vítimas de exploração do trabalho infantil, desde a entrada em vigor do tratado internacional.

É certo que o resultado mencionado não decorre única e exclusivamente da adesão à Convenção 182, mas sim da congregação, em vários países, de políticas públicas voltadas para a universalização do ensino básico, atenção à saúde e alimentação de crianças em idade escolar, além de programas de transferência de renda, condicionados à matrícula da criança em entidades de ensino. Outrossim, não se pode deixar de mencionar a implementação de diversos programas de cooperação técnica internacional, dirigidos pela OIT e UNICEF, com vistas à elaboração de mecanismos de combate e monitoramento do trabalho infantil em cada Estado.

Como expoente desta iniciativa plural de cooperação técnica entre organismos internacionais e instituições nacionais, trazemos como exemplo aqui no Brasil o já citado Observatório da Prevenção e da Erradicação do Trabalho Infantil, implementado em parceria entre o Ministério Público do Trabalho e OIT, cuja constante atualização das estatísticas através da plataforma digital *SmartLab* permite um monitoramento e controle muito mais eficaz acerca da prática em território brasileiro.

A expressiva redução numérica de casos envolvendo trabalho infantil no mundo, desde a edição da Convenção, atraiu olhares bastante otimistas para a política de combate a esta violação de direitos humanos. Contudo, nos últimos anos, os desafios revelam-se mais complexos e ainda maiores, considerando uma estagnação das estatísticas no período de 2012 a 2019. No período de 2020 a 2022 a situação torna-se ainda mais urgente diante do crescimento exponencial do trabalho informal e de crianças marginalizadas do acesso à educação e condições mínimas de cidadania, em decorrência da pandemia causada pela COVID-19. Diante do atual cenário pandêmico, coloca-se em uma perspectiva extremamente desafiadora a possibilidade do Brasil e das demais nações de alcançar, até 2025, a meta imposta pelos Objetivos Sustentáveis da ONU de erradicação do trabalho infantil.

1.2.2 Exceções normativas à proibição do trabalho precoce no Brasil

Como as demais normas de direitos humanos, a regra constitucional que proíbe o trabalho infantil não é absoluta. De início, a própria Constituição Federal, em seu art. 7º, inc. XXXIII, autoriza o trabalho do adolescente em idade inferior a 18 anos e acima dos 16 anos, desde que não seja em horário noturno ou em condições perigosas ou insalubres, considerando a condição de pessoa em desenvolvimento.

Ainda, o mesmo dispositivo constitucional permite o trabalho do maior de 14 anos, desde que seja na condição de aprendiz. Neste aspecto, insta mencionar que a aprendizagem constitui modalidade especial de contrato de trabalho, regulamentada pelos arts. 428 e seguintes da CLT. Nos termos da legislação trabalhista em comento, define-se o contrato de aprendizagem como contrato especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Da literal compreensão desta modalidade de contrato, nota-se que o principal objetivo desta relação de trabalho não é remunerar o adolescente ou fornecer mão de obra ao empregador, mas sim, promover a adequada aprendizagem profissional do empregado para que alcance uma melhor qualificação futura no mercado de trabalho. Sem que haja qualquer forma de comprometimento à moral, educação, lazer e convivência familiar do aprendiz, o contrato de aprendizagem celebrado com a pessoa maior de 14 anos reputa-se inteiramente válido, desde que se obedeçam os requisitos formais da legislação trabalhista, a exemplo da assinatura da carteira de trabalho e controle de jornada.

Com efeito, a profissionalização do jovem aprendiz constitui, hoje, um importante instrumento de combate à exploração da mão de obra infantil, através da inserção qualificada daqueles no mundo do trabalho, no contexto da relação empresa-aprendiz, em que se garante uma formação prático-teórica, além de um leque de direitos ao adolescente.

Outro exemplo de exceção à regra da proibição ao trabalho infantil é o do exercício de atividade de natureza desportiva, na hipótese de atleta não profissional em formação, a partir dos 14 anos, que implica em pagamento de um auxílio financeiro por parte da entidade de prática desportiva formadora sob a forma de bolsa aprendizagem.

Regulamentado pela Lei n. 9.615 de 1998, também conhecida como Lei Pelé, classifica-se o desporto brasileiro como formal ou não-formal, a depender do desempenho da atividade em caráter profissional ou não. Ainda, o referido instrumento legal classifica o desporto, em seu art. 3º, em três modalidades, quais sejam: educacional, de participação ou de

rendimento.⁴³ Assim, é no contexto do desporto de rendimento que se pode identificar a formação profissional do atleta adolescente ou mesmo sua contratação como empregado. Com efeito, somente nesta hipótese é que serão aplicadas as normas de proteção à infância, a exemplo da idade mínima para o trabalho.

Conforme dispõe o art. 29, §4º, da Lei Pelé, o atleta não profissional em formação, maior de 14 anos e menor de 20 anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes. A despeito do diploma legal ter afastado expressamente a natureza empregatícia da relação pactuada pelas partes da hipótese ora mencionada, é inegável o caráter trabalhista da relação, razão pela qual se impõe as vedações contidas no art. 227 c/c art.7º, inc. XXXIII, da CF/88.⁴⁴

⁴³ Art. 3º da Lei Pelé: Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer; II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente; III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. IV - desporto de formação, caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição. (Incluído pela Lei nº 13.155, de 2015) § 1º O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.155, de 2015) I - de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva; II - de modo não-profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio. (Redação dada pela Lei nº 9.981, de 2000).

⁴⁴ Sobre o Tema, transcreve-se importante julgado do Tribunal Regional da 1ª Região: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATLETAS EM FORMAÇÃO - FUTEBOL CATEGORIAS DE BASE - DESPORTO DE RENDIMENTO - RELAÇÃO DE TRABALHO** I - O ponto central a ser dirimido na presente demanda alude ao fato de estar, ou não, evidenciada uma relação de trabalho entre o Clube de Regatas Vasco da Gama e os menores que frequentam suas categorias de base, destinadas à formação de futuros atletas profissionais. Para tanto, deve-se perquirir em qual modalidade de prática desportiva estão enquadrados os menores que treinam nas categorias de base do clube recorrente. II - É certo que os menores das categorias de base do Clube de Regatas Vasco da Gama estão inseridos na modalidade de desporto de rendimento, organizado e praticado de modo não-profissional, que pressupõe a ausência da relação de emprego, mas não afasta a existência de uma verdadeira relação de trabalho entre os jovens atletas e o clube réu. Afinal de contas, aqueles - ao mesmo tempo que usufruem de benefícios oferecidos pelo clube, como moradia, educação, alimentação, acompanhamento médico, fisioterápico, odontológico e psicológico, entre outros - obrigam-se ao treinamento e à participação em torneios, visando ao aperfeiçoamento na prática do esporte e à profissionalização. Dessa forma, a entidade desportiva possui a prerrogativa de exigir que os jovens atletas treinem e participem de competições oficiais, objetivando encontrar e lapidar talentos para, futuramente, auferir lucros. **Diante da constatação de existência de relação de trabalho, devem incidir, no caso, as normas contidas nos artigos 7º, XXXIII, 227, § 3º, I, da CR/88, e 403, da CLT, que proíbem expressamente o trabalho aos menores de 14 anos.** III - Nesse contexto, não se pode conceber que o clube réu admita menores com idade inferior a 14 anos para integrar suas categorias de base com objetivo de formação profissional, e menos ainda que eles sejam mantidos em regime de alojamento, sem convivência familiar e comunitária, tal como ocorreu, efetivamente, nas dependências do clube reclamado, conforme se infere dos documentos anexados à inicial. IV - De outro giro, saliente-se que a Lei nº 9.615/98 dispõe que o primeiro contrato profissional entre clube e atleta pode ser assinado a partir de 16

Registre-se que, diante da imperatividade da norma que estabelece a idade mínima para o trabalho e, em face da natureza trabalhista do desporto de rendimento envolvendo o adolescente, qualquer prática desportiva de futebol envolvendo pessoas menores de 14 anos só pode ocorrer em estabelecimentos voltados exclusivamente para finalidades recreativa e educacional, sem qualquer caráter profissionalizante.

Como última exceção à regra geral de proibição do trabalho infantil no ordenamento jurídico aponta-se o trabalho de natureza artística, a exemplo de apresentações em circos, teatros e participação em programas televisivos, desde que haja uma autorização judicial específica para a atividade a ser desempenhada. Neste caso, permite-se inclusive o trabalho do menor de 14 anos, uma vez que se comprove que o desempenho da atividade não acarretará prejuízos ao desenvolvimento da criança. Registre-se ainda que a autorização judicial para o trabalho artístico configura, hoje, a única hipótese de intervenção do Poder Judiciário para o exercício do trabalho por pessoas menores de 18 anos.⁴⁵ Qualquer exigência de autorização judicial para a prática de outras formas de trabalho reputa-se ilegal, afastando qualquer interpretação que coloque o menor como objeto de tutela pelo Estado, como assim o fazia a antiga Doutrina da Situação Irregular prevista pelo Código de Menores de 1979.

Em obediência aos princípios da proteção integral e prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, mesmo nos casos de autorização judicial, o trabalho artístico desempenhado pela criança deve observar, sempre, a excepcionalidade da medida, bem como condições de trabalho que não impliquem, em nenhuma hipótese, prejuízo ao

anos de idade, com duração máxima de 5 anos (artigo 29, caput). Ainda de acordo com a Lei Pelé, o atleta não profissional em formação (14 a 21 anos) -poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes- (artigo 29, § 4º). E estando vedado, pela Constituição da Republica e pela CLT, o exercício de qualquer trabalho a menores entre 14 e 16 anos, exceto na condição de aprendiz, a conclusão a que se chega é a de que o atleta não profissional em formação detém condição similar ao aprendiz. Nesse passo, restou corretamente exposto na r. sentença que o vínculo jurídico, no caso do atleta não profissional em formação, não é de emprego, é de aprendizagem (relação de trabalho). O menor entre 14 e 16 anos somente pode estar vinculado ao clube por meio de contrato de aprendizagem. Tanto é assim que na própria Lei Pelé há disposição no sentido de que o primeiro contrato profissional só será assinado apenas após 16 anos de idade. E tratando-se de uma modalidade especial de contrato de aprendizagem que deve ser celebrado entre a entidade desportiva e os atletas não profissionais em formação, incidem não só as regras próprias do desporto, como também, em caráter subsidiário, as disposições alusivas ao contrato de aprendizagem contidas na CLT, no que forem compatíveis. Recurso ordinário da parte ré a que se nega provimento.

(TRT-1 - RO: 00011882520125010076 RJ, Data de Julgamento: 15/03/2016, Quinta Turma, Data de Publicação: 28/03/2016)

⁴⁵ ECA: Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: (...) II - a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

desenvolvimento biopsicossocial da criança ou adolescente, devidamente aferido por laudo médico, sem comprometimento da matrícula escolar e da proibição do trabalho em condições perigosas ou insalubres, independentemente da idade do adolescente. No que toca ao trabalho noturno ao menor de 18 anos, a jurisprudência nacional tem se manifestado pela possibilidade excepcional, desde que preservada a integridade da criança ou adolescente.⁴⁶

Por fim, pode-se dizer que o Estado Brasileiro, ainda que a passos lentos, rompe gradativamente com uma cultura ancestral que normalizava o trabalho desempenhado por crianças e adolescentes, atribuindo à prática até mesmo um viés positivo, sob o clássico mito de que “é melhor a criança estar trabalhando, do que na rua, abandonada e furtando”. Diante do atual cenário de um microsistema protetivo da infância, tanto no plano internacional quanto doméstico, qualquer trabalho desempenhado por pessoas menores de 16 anos fora das hipóteses ora mencionadas caracteriza-se como exploração ilegal de mão de obra infantil, ensejando reparação decorrente da violação do direito fundamental ao não trabalho das crianças e adolescentes.

⁴⁶ Como exemplo, cita-se acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás: APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. APRESENTAÇÃO ARTÍSTICA. PERÍODO NOTURNO. ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO MENOR. NECESSIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. 1. Não obstante a proibição prevista no artigo 7º, inciso XXXIII da CF/88 sobre o trabalho infantil, há exceções em que a autoridade judiciária pode autorizar, via alvará, o trabalho do menor, como por exemplo, apresentação artística. 2. A autorização para que o menor realize apresentações artísticas deverá conter condições para que seja preservada a sua integridade física e moral. 3. In casu, constata-se que trata-se de uma dupla sertaneja em que um dos componentes já atingiu a maioridade e o outro possui 17 (dezessete) anos. Assim, observando os princípios protetivos da criança e do adolescente, os costumes atuais e considerando as demais condições impostas pela sentença, tenho que o horário para o término das apresentações dos representados deve ser estendido para 02:00 horas. 4. Deixo de majorar os honorários sucumbenciais, vez que se trata de procedimento de jurisdição voluntária. 5. Quanto ao prequestionamento pretendido pelo apelado, registre-se que o julgador não tem o dever de abordar especificamente todos os argumentos delineados pelas partes, tampouco os dispositivos legais e constitucionais invocados como alicerce do direito que alegam, mas, tão somente, julgar a causa, compondo a lide. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. (TJ-GO - AP 01948268220168090052, Relator: MARIA DAS GRAÇAS CARNEIRO REQUI, Data de Julgamento: 10/10/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 10/10/2018)

2. OS POVOS ORIGINÁRIOS E O DIREITO SUBJETIVO À AUTODETERMINAÇÃO

Em uma breve retrospectiva histórica, é certo dizer que os povos indígenas representam uma das minorias étnicas mais violentadas do continente latino-americano. Isto se deve, primordialmente, a complexos processos sociais e históricos que estabeleceram práticas discriminatórias persistentes até os dias atuais e que implicaram na desapropriação sistemática de seus territórios, meios de subsistência e até de seus costumes.

Segundo dados registrados, estimam-se que antes da chegada dos europeus ao que se convencionou chamar de “Novo Mundo”, havia aproximadamente 100 milhões de indígenas no continente americano. Restringindo-se ao território hoje conhecido como o Brasil, indica-se que aproximadamente 5 milhões de nativos viviam organizados em diversas tribos, conforme o tronco lingüístico ao qual pertenciam: Tupi-guarani (região litorânea), Macro-jê ou Tapuia (região do planalto central), Aruaque e Caraíba (Amazônia), os quais, dentre várias ramificações, totalizavam cerca de 900 comunidades, com mais de 2 mil dialetos.⁴⁷

Em um mundo à época dominado pelo eurocentrismo, o período de colonização do Brasil foi marcado por uma forte política assimilacionista, por meio da qual pregava-se a hegemonia europeia e uma integração dos povos indígenas à cultura e ao modo de viver ocidentalizado. Neste sentido, destaca Boaventura de Souza Santos, em sua obra *Reconhecer para libertar*, que o processo de colonização sobre os povos indígenas não terminou com a conquista plena de seu território, sendo a ideia de inferioridade deste povo o ponto específico na dimensão conceitual da descoberta imperial, que não se limitou apenas a assentar tal inferioridade, mas sim a legitimá-la e aprofundá-la, colocando o nativo abaixo e às margens do europeu. Ressalta ainda o emérito professor que foi justamente tal posição de inferioridade social e cultural que justificou, ao longo dos séculos seguintes, as relações entre “descobridor” e “descoberto” e todas as atrocidades daí decorrentes.⁴⁸

Nas palavras de Ederson Dornelles, o antigo invasor “branco” se tornou o novo protetor dos territórios ocupados, buscando, em uma primeira etapa da integração, a imposição da Língua Portuguesa aos povos nativos, de modo a inseri-los na então sociedade que se formava. Posteriormente, os sucessivos governantes do Brasil, à época da colonização,

⁴⁷ Dados extraídos no sítio eletrônico <https://www.suapesquisa.com/indios/>

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 74-75

guardavam a expectativa de que os povos tribais deveriam adotar um comportamento e modo de viver típico do europeu colonizador, institucionalizando inúmeras violações culturais de que foram vítimas os povos indígenas.⁴⁹

Em um processo de dominação e conquista extremamente traumático, a sobreposição de uma civilização sobre a outra acabou produzindo transformações profundas. No aspecto cultural, ocorreu uma transfiguração, com o dominador impondo sua cultura aos dominados, que se viram obrigados a abdicar de seus usos e costumes em favor da nova cultura ocidental, fenômeno este que acabou por aniquilar, inclusive, algumas culturas ancestrais. No aspecto econômico, tem-se a escravização dos povos indígenas pelos portugueses e espanhóis, que necessitavam da mão de obra para a manutenção dos latifúndios. Quando da negativa de trabalhar em troca de produtos europeus (escambo), pois não os viam mais como novidades, os indígenas passaram a ser escravizados e obrigados a desempenhar as mais diversas tarefas, tendo alguns sido, inclusive, mandados para a Europa de modo a servir à nobreza e à corte.⁵⁰

Em um árduo processo civilizatório, os povos indígenas no Brasil foram vítimas de inúmeras barbáries e discriminações, até mesmo quanto à própria concepção de ser humano, vistos pelos europeus como animais selvagens e sem alma, justificando a exploração perpetrada pelo homem branco. O genocídio deste povo, em um primeiro momento, causado em razão de suas terras e riquezas naturais, perpetrou-se ao longo da história pela exploração do capital humano, sem o reconhecimento de quaisquer direitos ou proteção por parte do colonizador. O discurso colonial como aparato de poder se apoiou, desde o princípio, no repúdio às diferenças raciais, culturais e históricas, assumindo uma forma de governabilidade que passou a se apropriar, a dirigir e a dominar o outro (diferente), em suas várias esferas de atividades.

O quadro de opressão ora descrito não foi uma realidade exclusiva do Brasil. À época, idêntica situação reproduzia-se ao longo do continente americano com os demais povos originários, a exemplo dos incas, maias e astecas, levados à extinção. A política de assimilação forçada destes povos perpetuou-se durante os séculos seguintes, sendo o direito à cultura, como bem juridicamente tutelado, e a proteção dos povos indígenas, uma construção contemporânea, calcada na segunda metade do século XX, com a consolidação do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. Somente com o fim da Segunda Guerra

⁴⁹ DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. *Indígenas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 18

⁵⁰ RIBEIRO, Berta Gleizer. *O índio na história do Brasil*. 10.ed. São Paulo: LP&M, 1996. p. 29

Mundial e com a criação da Organização das Nações Unidas (1945), é que se passou a tutelar o direito à cultura e à autodeterminação desses povos.

2.1 Marcos normativos internacionais de proteção e promoção de direitos dos povos indígenas

Conforme supramencionado, somente nas últimas décadas, após o fim da Segunda Guerra Mundial e a consagração da universalidade dos direitos humanos é que os povos indígenas foram vistos sob uma nova perspectiva promocional de direitos, tutelando-se a diversidade cultural e o direito à autodeterminação desses povos.

Neste sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, promulgada em 1948, inaugura a ordem jurídica internacional dispendo, pela primeira vez, acerca da universalidade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todos os seres humanos, em evidente resposta às atrocidades cometidas ao longo da II Guerra Mundial, refutando a ideia de uma superioridade ariana sobre os demais grupos étnicos.⁵¹ Em 1966 foi promulgado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, juntamente com a Declaração Internacional de Direitos Humanos, formam a conhecida Carta Internacional de Direitos Humanos. De forma pioneira, a tutela de grupos minoritários, aí incluídos os povos indígenas, passa a ter expressa previsão no art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, senão vejamos:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Ao lado do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, pode-se citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), sobre Povos Indígenas e Tribais, como o marco jurídico fundamental que consolidou o Sistema Específico de Proteção

⁵¹ Art.1º da DUDH: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Art. 2º da DUDH: 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.”

aos Direitos Humanos dos povos indígenas e sua emancipação social.⁵² Composta por quarenta e três artigos, divididos em dez seções (política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através das fronteiras, administração, disposições finais e transitórias), o referido instrumento normativo passa a prever ampla proteção, em todos os espectros, aos povos indígenas, concebendo, pela primeira vez, a ideia de autodeterminação desses povos.⁵³

Quanto ao tema, Marcelo Gasparini destaca que o referido instrumento normativo internacional define, de forma prioritária, a política geral a ser adotada no tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver uma ação coordenada e sistemática no intuito de proteger os direitos desses povos, garantindo o respeito à sua integridade (art. 2º), o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos ou discriminação, de modo a promover uma maior eficácia das obrigações assumidas pelos Estados signatários.⁵⁴

A promulgação da Convenção e sua ratificação por vinte e dois países, dentre eles o Brasil, sem dúvidas constitui um avanço histórico no reconhecimento da diversidade sociocultural que compõem os Estados signatários, na medida em que afirma direitos fundamentais como à autodeterminação, autoreconhecimento e participação dos povos tribais impondo, por outro lado, obrigações aos Estados na relação com os povos tradicionais.⁵⁵ Verdadeiro produto da luta dos povos originários pelo reconhecimento do direito à diferença, a Convenção 169 na OIT finalmente rompe com o paradigma da assimilação cultural ainda presente na anterior Convenção Internacional n. 107 da OIT, de 1957. Merece destaque, também, a previsão do instituto da consulta prévia, novidade prevista no citado instrumento normativo, como forma de proteção à população indígena de empreendimentos ou ações realizadas pelo Estado que possam, de alguma forma, interferir no seu modo de viver.

⁵² Neste sentido, leciona Flávia Piovesan: Ao contrário do sistema geral de proteção que tem por destinatário toda e qualquer pessoa, abstrata e genericamente considerada, o sistema especial de proteção dos direitos humanos é endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e concreticidade de suas relações. Vale dizer, do sujeito de direito abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, etnia, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, p. 353-368, 1998)

⁵³ Art. 5º da Convenção 169 da OIT: Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

⁵⁴ GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo Tarso. Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba: Juruá, 2016, p. 76.

⁵⁵ Anteriormente à Convenção 169 da OIT, tinha-se a Convenção 107 de 1957, também da OIT, considerada até então um dos tratados internacionais de maior destaque em matéria indígena. Contudo, marcada ainda por traços paternalistas e integracionistas, passou a ser considerada obsoleta e dissonante do Sistema Internacional de Direitos Humanos que se consagrava à época, impulsionando, assim, a promulgação da Convenção 169 da OIT.

Para bem compreender o real significado do direito à consulta e sua abrangência, é imperioso fazer uma leitura dos dispositivos que a estabelecem. Com esse propósito, ilustra-se o disposto no art.6º da Convenção 169 da OIT, *in verbis*:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas

Da leitura da disposição normativa em espeque, observa-se que a consulta é, acima de tudo, um direito inerente aos povos indígenas no sentido de efetivamente influenciar na tomada de decisões administrativas e legislativas que lhes possam atingir.⁵⁶ Assim, o direito à consulta prévia põe fim a qualquer possibilidade de manutenção de políticas tendentes à integração forçada das comunidades indígenas. Tão importante quanto esta constatação, é fazer uma delimitação adequada das características do mencionado direito, a fim de que suas disposições não se tornem letra morta, sem efetividade prática.

Da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, extraem-se como características intrínsecas do direito à consulta: a) trata-se de um dever do Estado; b) envolve medidas legislativas e administrativas; c) deve ser executada de boa fé; d) deve ser prévia, livre e informada. Insta salientar que, em que pese o

⁵⁶ Neste sentido, as lições de Raquel Fajardo: Os direitos de participação, consulta e consentimento se fundam no princípio de que os povos indígenas têm igual dignidade em relação a todos os povos e culturas e têm igual capacidade de controlar suas instituições e determinar livremente suas formas de vida e seu modelo de desenvolvimento. Assentam novas bases na relação entre as comunidades indígenas e o Estado e permitem a superação do modelo tutelar baseado na ideologia da inferioridade e da incapacidade indígena. (FAJARDO, Yrigoyen Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. Amazônica - Revista de Antropologia, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p. 375)

instituto da consulta prévia constituir verdadeiro dever ao Estado, não o é para os povos indígenas, que não podem ser compelidos a aceitar o procedimento, se assim não lhes convier.⁵⁷

Ainda, deve o Estado garantir, no procedimento da consulta prévia, o diálogo e a negociação, pautados sempre na boa fé. Se ao final do procedimento não for alcançado um consenso, caberá ao Estado decidir, sem olvidar, contudo, o máximo respeito aos direitos da população indígena, seus interesses, fundamentando adequadamente o ato.⁵⁸

Por fim, no que toca à novidade da consulta prévia trazida na Convenção 169, como verdadeiro processo dialógico que o é, a informação clara e adequada consubstancia um instrumento indispensável para que haja uma real participação dos indígenas nas decisões que os afetem. Do contrário, haverá um procedimento meramente formal, sem o condão de efetivamente refletir a sua vontade. Assim, a adoção de medidas que possibilitem aos indígenas compreenderem e serem compreendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos configura um dever do Estado. Deve ser conferido às comunidades tradicionais o direito de estabelecerem seus próprios meios de informação, em seus idiomas, lhes sendo garantido o acesso a todos os demais meios de informação não indígenas, sem qualquer tipo discriminação.

Ao lado do sistema global de direitos humanos, geral ou específico, sobressai o sistema regional de direitos humanos, que, nas Américas, tornou-se realidade através da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e pela constituição da Organização dos Estados Americanos⁵⁹. O referido tratado, conhecido também como Pacto de San José da Costa Rica, tem como objetivo a promoção e consagração dos direitos de primeira dimensão, direitos

⁵⁷ Neste sentido, o doutrinador espanhol Bartolomé Clavero: “A consulta é um direito e não uma obrigação, para os povos indígenas. É uma garantia de direitos e não um trâmite de cortesia. O Estado não pode impor a consulta ao povo indígena com o argumento de que para ele se constitui um dever. Não o é se o povo que se deseja consultar manifesta que não prestará seu consentimento e que não considera apropriado entrar em um procedimento para chegar a um acordo. A consulta agora complementa a autonomia, não a substitui mesmo nos casos em que a autonomia indígena não está organizada.” (CLAVERO, Bartolomé. *La consulta en serio (como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional e en el estado plurinacional)*. 2012. Disponível em: <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012052903>>. Acesso em: 12.08.2023.

⁵⁸ Sobre o processo de negociação, importante a lição de Raquel Fajardo: “Agora, se instalado um processo de diálogo, o povo em questão, em princípio, não aceita a medida proposta, caberia iniciar hum processo de negociação que visa chegar a um acordo, em que ambas as partes podem rever as suas ideias iniciais. Se se chega a um acordo, o Estado fica vinculado. Se não se chega a nenhum acordo, o Estado tem a atribuição de tomar uma decisão. No entanto, não é um ato arbitrário, mas, como todo ato estatal, o Estado é obrigado a motivá-lo. Quanto ao procedimento, o Estado deve explicar como aplicou o direito de consulta e como considerou as abordagens indígenas. Em termos substantivos, apesar de não chegar a um acordo, o Estado deve também assegurar o máximo respeito possível” (FAJARDO, Yrigoyen Raquel. *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación*. *Amazônica - Revista de Antropologia*, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009, p. 384).

⁵⁹ Constituída através da Carta de Bogotá, em 1948.

negativos que visam a impedir a interferência abusiva do Estado sobre a esfera individual de cada um, dispendo acerca das liberdades pessoais e instituições democráticas como entidades garantidoras daquelas. Tem como grande diferencial a criação de instituições internacionais de acompanhamento de sua aplicação e cumprimento, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (dito órgão executivo do Sistema Interamericano)⁶⁰ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão jurisdicional, exercendo a função contenciosa).⁶¹

Sem dúvidas, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos representa no cenário internacional uma das maiores salvaguardas à proteção dos direitos dos povos indígenas, já tendo a Comissão Interamericana (CIDH), ainda em 1972, se manifestado no sentido de que, por razões históricas, morais e humanitárias, constituía um dever sagrado dos Estados a proteção, de forma especial, das comunidades tradicionais.

De maneira a reforçar a sua atuação e a observância dos direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana contam com alguns instrumentos de controle e prevenção de violações de direitos humanos, a exemplo das Medidas de Urgência, classificadas em Medidas Cautelares (quando emitidas pela Comissão) e Medidas Provisórias (quando prolatadas pela Corte no bojo de um processo contencioso).⁶²

No âmbito do Sistema Interamericano, importantes precedentes de proteção em matéria de povos indígenas tem se firmado, a exemplo do Caso do povo Indígena Xucuru vs Brasil,

⁶⁰ Art. 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América. b) formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

⁶¹ Art. 52 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. 2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.”

⁶² Art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”

processo que versava, essencialmente, sobre a demarcação de terras do povo Xucuru⁶³. *In casu*, a Corte reforçou que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras, bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. Entre os povos indígenas e tribais, há uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, a Corte também delineou que se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros.

Por essas e outras razões, a sentença declarou o Estado brasileiro como internacionalmente responsável pelas violações do direito à garantia judicial, pela violação dos direitos de proteção judicial e à propriedade coletiva previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não obstante a mencionada condenação, o Estado Brasileiro ainda foi alvo, recentemente, de medida cautelar emitida pela Comissão Interamericana, em julho de 2020, com intuito de proteção aos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, durante a pandemia da COVID-19, que estavam sendo expostos a situação de vulnerabilidade, com graves riscos à saúde de seus membros e conseqüentemente à vida dos mesmos.⁶⁴

⁶³ Com sentença publicada em 05.02.2018, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana, que concluiu pela violação do direito à propriedade do povo indígena Xucuru, além da violação à integridade física de seus membros. Neste sentido, a Corte determinou que o Estado Brasileiro garantisse, de forma “imediate e efetiva”, o direito de propriedade do povo Xucuru, concluísse a retirada de indivíduos não indígenas das terras mediante o pagamento de indenizações pendentes, e pagasse indenizações por danos causados pela demora em demarcar a referida terra. A íntegra da decisão pode ser acessada no sítio eletrônico da Corte IDH https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf.

⁶⁴ Sobre o caso, transcreve-se notícia extraída do site da Organização dos Estados Americanos: “Na resolução, a Comissão levou em conta o risco diferenciado que os povos indígenas enfrentam diante da pandemia devido à sua particular vulnerabilidade imunológica, principalmente os povos de contato recente ou em isolamento voluntário; o estado crítico do sistema de saúde projetado para atender a população beneficiária; bem como a presença de terceiros não autorizados em seu território. Por sua vez, a CIDH avaliou a existência de uma resolução judicial ordenando a reabertura das três Bases de Proteção Etnoambiental da região, que teria sido apenas parcialmente cumprida, com a reabertura de uma. A CIDH considerou que as informações apresentadas pelo Estado são gerais e programáticas e não permitem ver as ações implementadas diretamente à população beneficiária. Conseqüentemente, com base no artigo 25 de seu Regulamento, a CIDH solicitou ao Brasil que adote as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal dos membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana, implementando, de uma perspectiva culturalmente apropriada, medidas preventivas contra a disseminação da COVID-19, além de fornecer assistência médica adequada em condições de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, de acordo com os parâmetros internacionais aplicáveis. Foi também solicitado que o Estado acorde com as pessoas beneficiárias e seus representantes as medidas a serem adotadas e que informe as ações adotadas para investigar os fatos alegados e, assim, evitar sua repetição.” A íntegra da notícia pode ser acessada através do sítio eletrônico <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/168.asp>.

Por fim, no âmbito do Sistema Internacional Global de Proteção de Direitos Humanos, quanto à proteção dos povos indígenas, faz-se imperioso mencionar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, cujo texto, extremamente avançado, reflete um conjunto de reivindicações deste grupo em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados, bem como estabelece parâmetros mínimos para outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Proposta em 29 de junho de 2006 pelo Conselho dos Direitos Humanos da ONU, a Declaração foi aprovada pela Assembleia Geral em 13 de setembro de 2007, tornando-se oficial da 107ª Sessão Plenária na sua sede, em Nova York. Seu texto, composto por 46 artigos, reconhece de forma expressa princípios como a igualdade de direitos e a proibição de discriminação, o direito à autodeterminação e a necessidade de fazer do consentimento e do acordo de vontades o referencial de todo o relacionamento entre povos indígenas e Estados aderentes, *in verbis*:

Artigo 2.

Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Muito embora não constitua um instrumento juridicamente vinculante, a Declaração da ONU serve para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais que dizem respeito aos povos indígenas. Além disso, como visto, a Declaração reconhece direitos importantes e reafirma alguns direitos já estipulados de forma vinculante por tratados internacionais de direitos humanos e pela prática de organismos internacionais como, por exemplo, o direito às terras tradicionalmente ocupadas e aos recursos naturais nelas existentes, e o direito à consulta prévia e informada.

Em última instância e coroando o Sistema Internacional de Proteção dos Povos Indígenas, a Declaração reflete um compromisso do Estado e todos os seus poderes, à nível federal, estadual e municipal, para com os povos indígenas. Neste aspecto, o texto aprovado pode e deve ser utilizado para orientar projetos de leis, políticas públicas e decisões judiciais em matéria de povos indígenas, além de servir à toda sociedade como instrumento de

conscientização sobre os povos indígenas, seus costumes, modo de viver e aspirações particulares, auxiliando no combate à discriminação e violência cometidos contra esta minoria étnica.

2.1.1 O direito à autodeterminação dos povos indígenas

As sistemáticas violações de direitos humanos de que os povos indígenas foram vítimas ao longo dos últimos séculos culminou, conforme visto, na consolidação de um Sistema Internacional Específico de Proteção de Direitos Humanos com vistas a tutelar, de forma abrangente, a diversidade cultural e modo de vida desses Povos, preservando seus costumes e saberes. Superando-se o paradigma do integracionismo e a ideia de inferioridade civilizatória que estigmatizou este grupo social até a primeira metade do século XX, o reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos indígenas sem dúvidas marcou o início de uma nova fase na história dos direitos humanos, calcada no pluralismo e respeito mútuo à diversidade. Ainda, a observância a tal princípio congrega os Estados a subordinarem suas legislações internas de modo a preservar a cultura e organização própria dos povos tradicionais, razão pela qual se faz necessária uma abordagem mais detalhada sobre o tema, de modo a compreender em quais medidas direitos e deveres individuais devem ser repensados quando aplicados a este grupo social.

Em um primeiro momento, busca-se compreender o real alcance do termo autodeterminação e suas dimensões quando da aplicação principiológica em matéria de povos indígenas. Conquanto o termo “autodeterminação”, em sentido literal, possivelmente tenha sido calcado entre filósofos alemães no século XIX, a essência do conceito remete a inúmeros momentos históricos que tiveram forte contribuição para a formação da comunidade internacional atual. Associados à ideia literal de autodeterminação dos povos, ainda que em conflito com o princípio da forma como foi reconhecido no direito internacional, destacam-se três desses momentos, reiteradamente tratados na literatura, sendo o primeiro deles a Paz de Vestefália (1648), conjunto de tratados celebrados entre os incipientes Estados europeus para por fim aos conflitos conhecidos como Guerra dos Trinta Anos (1618-1648).

Em um retrospecto histórico, observa-se que no início do século XVII, o continente europeu encontrava-se organizado em Estados reais, formados a partir da centralização do poder na pessoa do rei, sem delimitação objetiva de fronteiras entre os territórios existentes. Com a ascensão do protestantismo e o estopim de conflitos preponderantemente religiosos, a disputa por territórios também ganhou forma, culminando com a definição de parâmetros para

que fosse possível se estabelecer uma paz duradoura no continente. Assim, a Paz de Vestefália representou tanto a delimitação de fronteiras entre os territórios europeus quanto a cisão entre Estado e Igreja, cumprindo àquele o desempenho do poder político, ocasião em que coube à Igreja questões meramente espirituais.⁶⁵

Neste momento histórico, em que se privilegiou a não-intervenção de um Estado em assuntos internos de outro Estado (especialmente ligadas à religião), concebeu-se os primeiros traços, através de um tênue esboço, da autodeterminação. Diz-se traços, destacando o adjetivo tênue, pois, em que pese a territorialidade definida, o poder absoluto restringia-se à pessoa do monarca, que determinava os objetivos do Estado frente aos demais, sem observar o anseio da população.

Apenas com o surgimento do movimento iluminista, quase um século depois, é que passou-se a questionar tal panorama. Os princípios deste movimento filosófico, bem retratados na célebre resposta dada por Immanuel Kant à pergunta “O que é Esclarecimento (*Aufklärung*)?”⁶⁶ estão intimamente ligados à ideia do homem desvencilhar-se da tutela de outro e “ousar saber” (“*sapere aude*”), situação à época bem caracterizada pelo poder absoluto do monarca sobre o povo.

Em um segundo momento histórico cita-se a Revolução Francesa, de 1789, que marcou o fim do absolutismo e a ascensão da burguesia. Embora pesem diversas críticas sobre a extensão do movimento, que atendia majoritariamente anseios de uma minoria burguesa em detrimento dos demais, não se pode dizer que o referido movimento histórico não representou, ainda que simbolicamente, a reivindicação de autodeterminação de um povo frente à falta de representatividade de seu governo, evidenciando um aspecto interno da literalidade do conceito. Isto é, o povo de um Estado soberano clamando por uma autodeterminação no sentido de romper com a ordem política vigente. Não é à toa que é justamente neste momento da história que temos o nascimento das primeiras liberdades que compõem o rol dos direitos

⁶⁵ Neste sentido, traz-se à baila as lições de Giuliana Redin acerca da realidade histórica após a Paz de Vestefália: “...restou fortificado o princípio da territorialidade como arma de combate ao domínio espiritual da igreja e ao poder secular do Império, emergindo uma nova racionalidade política que substituiu o espaço unificado da cristandade pela pluralidade de territórios contíguos. Assim, o conceito de Estado passou a estar ligado aos princípios de território e soberania. A soberania, na sua face externa, passou a significar independência perante o papa e o imperador e, no plano interno, a ser compreendida como o monopólio exclusivo do território por parte do soberano (Direito à autodeterminação dos povos e desenvolvimento: uma análise a partir das relações internacionais. Passo Fundo: IMED, 2006, p. 16)

⁶⁶ Esclarecendo o termo alemão, diz-se que *Aufklärung* é a fuga do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de compreensão, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. Diz-se por sua vez *Sapere aude* como a coragem de fazer uso de teu próprio entendimento. O termo alemão *Aufklärung* não possui tradução satisfatória em português, sendo representado frequentemente por iluminismo ou esclarecimento.

humanos de 1ª dimensão, quais sejam, direitos civis e políticos caracterizados pela negatividade, uma vez que negam a intervenção estatal sobre a esfera individual de cada um, restringindo o poder absoluto do Estado.

Por último, como terceiro e último momento, cita-se a Revolução Americana, que culminou na declaração de independência dos Estados Unidos da América, à época formado por 13 colônias. Embora situada em momento histórico imediatamente anterior à Revolução Francesa, a Guerra de Independência dos Estados Unidos está mais associada à ideia contemporânea de autodeterminação dos povos, como será demonstrado adiante, razão pela qual é analisada como último marco dessa evolução linear.

Neste sentido, tem-se que a Revolução Americana é precedida por um panorama no qual as colônias europeias localizadas no continente americano, especialmente as britânicas, já se encontravam desenvolvidas e organizadas ao ponto de, insatisfeitas com a forte exploração, reivindicarem sua liberdade e autodeterminação. Foi nesse contexto de insatisfação que as colônias entraram em guerra com a Grã-Bretanha, contando com o apoio de França e Espanha, que elevaram o conflito a proporções globais. A guerra objetivando a descolonização e a desvinculação da Coroa Britânica, foi o precedente que deu início a uma série de reivindicações por independência das demais colônias americanas observadas ao longo do século XIX, dentre elas o Brasil, em 1822.

É certo que mesmo com a Revolução Americana, ainda não se discutia um direito à autodeterminação dos povos, tal como se tem hoje, razão pela qual a digressão histórica ora mencionada tem como fim o resgate dos principais antecedentes da história ocidental ligados diretamente à ideia fática de autodeterminação, demonstrando que as reivindicações são essencialmente as mesmas, sempre associadas a um ideal de libertação frente ao poder opressor, seja ele externo, interno ou decorrente da relação colonial. Nesse sentido, tem-se que o princípio da autodeterminação foi originariamente concebido tanto como direito individual de insurgência frente ao poder absoluto e tirano, quanto de revolta dos povos contra diferentes formas de relações de dominação.

Foi somente com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 que o conceito de autodeterminação efetivamente alcançou os contornos jurídicos tal como conhecemos hoje. Não apenas passou a ser concebida a ideia de cada Estado autodeterminar-se sem a interferência dos demais, como se viu, nas décadas que sucederam à criação da ONU, um verdadeiro incentivo por parte do organismo internacional à descolonização das dependências políticas ainda existentes após a Segunda Guerra Mundial, ampliando o reconhecimento do direito à autodeterminação a esses casos. A Declaração Sobre

a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, de 1960 representa claramente este movimento, na medida em que declara que a subjugação, a dominação e a exploração de um povo constitui uma negação aos direitos humanos, reafirmando o seu direito à autodeterminação, reforçando ainda que toda tentativa que vise reduzir ou eliminar a unidade nacional e a integridade territorial de um país é incompatível com os propósitos e princípios das Nações Unidas.⁶⁷

Especificamente quanto à aplicação do princípio aos povos indígenas, tem-se que o mesmo evidenciou uma clara superação à teoria do indigenismo, corrente surgida inicialmente no México, que concebia os povos tradicionais como uma classe inferior e marginalizada dos padrões europeus, considerados até então mais avançados. De aspecto assimilacionista, a perspectiva da teoria do indigenismo era a integração do indígena à sociedade ocidentalizada, sob a premissa de que o homem branco o estaria “salvando”. A ideia de que esses povos teriam a sabedoria e capacidade para se autoorganizarem era até então inaceitável, visto a posição civilizatória inferior que ocupavam, sob o conceito europeu.

Em que pese a questão indígena tenha ganhado destaque no cenário internacional com a Convenção n. 107 da OIT, de 1957, foi somente com a Convenção n. 169 da OIT, de 1989, que o direito de autodeterminação dos povos indígenas ganhou força e expressão, afastando o caráter paternalista que ainda permeava a Convenção n. 107. Neste lume, a Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais rompe com o paradigma integracionista, promovendo a autodeterminação desses povos. Preserva-se e protege-se, assim, os costumes e modo de vida dos povos indígenas, suas tradições, direitos originários sobre as terras que ocupam, sendo reconhecidos como categoria social diferenciada, sujeitos coletivos, com identidade, vontade e direitos próprios. Deixam, portanto, a zona da invisibilidade para ganharem expressa tutela no Direito Internacional e, concomitantemente, no direito interno de cada Estado signatário da referida convenção.

Sem que se defenda a autodeterminação em seu sentido territorial, isto é, de formarem um território independente e desvinculado do Estado, a autodeterminação reconhecida aos povos indígenas é o direito justamente de se autodeterminarem conforme seus usos e tradições, sem a necessidade de sujeitarem-se à cultura ocidentalizada. A partir de uma perspectiva pluralista, calcada na observância do princípio da autodeterminação, devem os

⁶⁷ Declaração da ONU Sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960): “1. A sujeição de povos à subjugação, exploração e domínio estrangeiros constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa da promoção da paz e cooperação mundiais; 2. Todos os povos têm o direito à autodeterminação; em virtude deste direito, podem determinar livremente o seu estatuto político e prosseguir livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural;”

Estados observar e respeitar a identidade cultural desses povos quando da aplicação de medidas legislativas/executivas internas, através de um diálogo institucional e intercultural que promova o usufruto de direitos fundamentais aos povos indígenas, sem que se ignore seus costumes e tradições.

2.2 Multiculturalismo no Brasil: A proteção do direito à diferença dos povos indígenas

Nas últimas décadas, buscou-se definir e compreender os efeitos do multiculturalismo na ordem jurídica internacional e seus desdobramentos no âmbito de cada Estado. Em linhas gerais e, sem a pretensão de esgotar o tema quanto às suas nuances filosóficas, pode-se entender o multiculturalismo como o movimento social que rompe com o paradigma do etnocentrismo, opondo-se à posição hierarquicamente superior tradicionalmente atribuída à cultura ocidental do homem branco, através do respeito às diferenças culturais existentes na sociedade contemporânea e respeito às minorias.

Em um breve retrospecto, observa-se que à proteção a grupos minoritários somente ganhou expressão e relevância jurídica por ocasião do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (PIDCP), de 1966, que estabeleceu em seu art. 27 a proteção às minorias étnicas, lingüísticas e religiosas⁶⁸. Neste momento, consideravam-se minorias apenas os grupos sociais com traços étnicos, religiosos ou linguísticos distintos do grupo social hegemônico do Estado. Atualmente, diante do aprofundamento dos debates acerca do tema e a transformação da própria sociedade, tem-se um conceito ampliado da noção de minoria. Neste ponto, destaca-se a definição trazida por Andrea Semprini⁶⁹:

Uma segunda interpretação do multiculturalismo privilegia sua dimensão especificamente cultural. Ela concentra sua atenção sobre as reivindicações de grupos que não têm necessariamente uma base ‘objetivamente’ étnica, política ou nacional. Eles são movimentos sociais estruturados em torno de um sistema de valores comuns, de um estilo de vida homogêneo, de um sentimento de identidade ou pertença coletivos, ou mesmo de uma experiência de marginalização. Com frequência é esse sentimento de exclusão que leva os indivíduos a se reconhecerem,

⁶⁸ Art. 27 do PIDCP da ONU: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

⁶⁹ SEMPRINI, Andréa. Multiculturalismo. Bauru: EDUSC, 1999, p. 44.

ao contrário, como possuidores de valores comuns e a se perceberem como um grupo à parte.

Do ponto de vista democrático, o multiculturalismo defende o diálogo intercultural dentro de um Estado pluralista, tendo como peça-chave a diferença, alocada em um espaço de tolerância. Neste particular, faz-se importante destacar as lições de Will Kymlicka⁷⁰, que teorizou a existência de dois modelos de Estados multiculturais, sendo eles o Estado multiétnico e o Estado multinacional.

Nas lições do filósofo canadense, o Estado multiétnico consiste em um Estado que congrega mais de uma nação, produto de um complexo processo de imigração, a exemplo dos Estados Unidos, Canadá e Austrália. Os imigrantes, que não ocupam terras natais, podem se tornar grupos considerados minoritários, desde que se estabeleçam conjuntamente e obtenham competências de autogoverno. Para tais Estados, o grande desafio é garantir aos imigrantes ali residentes o usufruto de direitos fundamentais, como a participação política para fins de representatividade. Deve-se, portanto, facilitar o acesso à cidadania, para que haja um gozo integral e substantivo de direitos fundamentais.

O Estado multinacional, por sua vez, é aquele em que coexistem mais de uma nação devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias deste tipo de estados são basicamente nações que existiam originariamente no território ocupado, passando a conviver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos indígenas canadenses ou dos indígenas brasileiros. É especificamente para este grupo minoritário que Kymlicka dedica sua teoria multiculturalista, reconhecendo-lhes o direito à autodeterminação, representação política diferenciada e direitos poliétnicos, como salvaguardas à diversidade cultural e mitigação da injustiça histórica sofrida pelos povos indígenas no continente americano.

Em um panorama histórico do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que até a promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia uma tutela efetiva de proteção aos povos indígenas que, até então, sujeitavam-se a regimes tutelares de caráter assimilacionista, em desrespeito à sua condição de sujeito de direito, dotado de tradições e costumes próprios. Somente com o Texto Constitucional de 1988 que se superou o paradigma integracionista, dando espaço ao paradigma multicultural, reconhecendo-se a pluralidade sociocultural da sociedade brasileira.

⁷⁰ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996

No início do período republicano, muito embora o Brasil passasse por enormes mudanças no campo político e jurídico, a Constituição de 1891 foi inteiramente silente quanto à questão indígena. Em 1910, sob o governo de Hermes da Fonseca, foi instituído o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), cuja finalidade era a implementação da política indigenista no Brasil, como ferramenta estratégica de garantir a unidade e ocupação territorial. Na Constituição de 1934, a temática indígena pela primeira vez ganhou expressão, através do art.5º, inc. XIX, alínea “m” e art. 129 da referida Carta. Contudo, os dispositivos em comento primavam, essencialmente, pela integração dos povos indígenas ao restante da sociedade, colocando-os em um patamar civilizatório inferior, dados seus distintos traços culturais e modo de viver.

Seguindo a cronologia constitucional, verifica-se na Constituição de 1967 algumas pequenas alterações acerca da temática indígena no seu texto. A primeira delas é a previsão constitucional que inclui entre os bens da União as terras ocupadas pelos silvícolas (art. 4º, inc. IV) e, a segunda, disposta no art. 186, é a concessão aos indígenas do direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais sobre as suas terras ou, no próprio dizer normativo, “*É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes*”. Inobstante o avanço trazido no aludido Texto Constitucional, ainda prevalecia, à época, a política de homogeneidade cultural e o etnocentrismo.

Em 1973, foi aprovada a Lei n. 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio. Em que pese sua forte inspiração indigenista, o referido estatuto teve o importante papel de definir, de forma mais objetiva, a identificação de terras indígenas e os direitos decorrentes de sua demarcação, tais como a inalienabilidade das terras, sua posse permanente e usufruto exclusivo. Entre outras previsões, destaca-se a classificação trazida no referido instrumento normativo, que passou a dividir os indígenas em *índios isolados, em vias de integração e integrados*⁷¹, sujeitando os não integrados a regime tutelar e possibilitando a aquisição individual de capacidade civil plena através de requerimento ao Juiz competente, preenchidos os requisitos legais.⁷² Vê-se, portanto, que o período pré-constituente anterior à 1988 foi

⁷¹ Art. 4º do Estatuto do Índio: “Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

⁷² Art. 9º do Estatuto do Índio: Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os

marcado pela ausência de políticas públicas que visassem a conciliação democrática das diversidades.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que os povos indígenas ganham, pela primeira vez, posição de destaque no texto constitucional. Pautada na superação do ideal integracionista até então observado, além de reafirmar o direito originário dos povos nativos sobre as terras tradicionalmente ocupadas e a competência da União para demarcá-las, a CF/88 trouxe o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o que certamente representa um reconhecimento ao menos formal do direito de autodeterminação em seu aspecto interno, associado à autonomia ou ao autoregulação. Neste sentido, dispõe o art. 231 da Carta Magna:

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,

requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

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.

A previsão constitucional foi salutar e acompanhou, à época, o cenário internacional de cunho pluralista que se consolidava, à luz dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que passaram a proteger minorias sociais, afastando qualquer espécie de etnocentrismo. Neste sentido são as lições de Boaventura de Souza Santos⁷³:

Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e multiétnica, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento. Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada. Não são fruto de uma relação jurídica, mas apenas uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais. Isto quer dizer que os direitos coletivos não nascem de uma relação jurídica determinada, mas de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados, ou ainda garantias para viver em sociedade, como trabalho, moradia e certeza da qualidade dos bens adquiridos.

Tendo como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988, afasta o tradicional estereótipo da infantilidade, ao passo que permite aos povos indígenas a possibilidade de representação judicial para a defesa de seus próprios interesses, impondo ao Ministério Público o dever de zelo e fiscalização quanto aos atos do processo. Tais inovações constitucionais rompem com a política sistemática de assimilação e desenraizamento cultural até então preponderante, semeando um campo fértil para a política de acolhimento dos povos tradicionais. A partir de então, a visualização dialética da realidade da minoria indígena propiciou um grande avanço no sentido de compreender que uma democracia pluralista é feita também de minorias, diferentes do restante da sociedade, menores em número, mas não em direitos.

⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 94-95.

Em um plano concreto de materialização dos direitos previstos na Constituição de 1988, a simples previsão de um modelo constitucional multiculturalista, baseado em uma sociedade caracterizada pela diversidade cultural, revela-se insuficiente para a efetiva proteção da singularidade étnica e cultural dos povos indígenas. Isto porque, o mero horizonte da tolerância e de reconhecimento das diferenças culturais não se demonstra apto a garantir a proteção de grupos culturalmente diferenciados.

Nesta perspectiva, vislumbra-se uma proposta intercultural diante das experiências latino-americanas de construção social, em que comunidades étnicas e grupos sociais se reconhecem em suas diferenças, buscando mútua compreensão e valorização. Conforme esclarece Ramón Soriano⁷⁴, o multiculturalismo restringe-se à uma constatação empírica de coexistência de várias culturas, enquanto que o interculturalismo funda-se em uma pretensão normativa ou prescritiva em que se impõe um tratamento igualitário às diferentes culturas. Sob este lume, o prefixo “inter” expressaria uma interação positiva que concretamente se expressa na busca da supressão das barreiras entre os povos, as comunidades étnicas e os grupos humanos.

Assim, partindo-se de uma premissa dialógica marcada pela interculturalidade, a previsão e aplicação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 aos povos indígenas deve observar, sobretudo, suas vivências e tradições, perquirindo de que forma tais práticas dialogam com o sistema constitucional vigente, de modo a preservar sua autodeterminação.

2.3 Indígena criança: repensando o conceito de infância sob uma perspectiva plural

O que é ser criança? O que é infância? As respostas a tais questionamentos, longe de uma visão simplista, perpassam por um complexo processo antropológico, cujos preceitos podem sofrer modificações a depender do contexto social e cultural a que estão submetidos. Neste sentido, importante transcrever os ensinamentos de Clarice Cohn⁷⁵ acerca do aspecto cultural e ocidental de se pensar a infância nos moldes tradicionalmente difundidos:

A infância é um modo particular, e não universal, de pensar a criança. O estudo histórico de Philippe Ariès sobre *A criança e a vida familiar no Antigo Regime* mostra que a idéia de infância é uma construção social e histórica do Ocidente. Ela

⁷⁴ SORIANO, Ramón. Interculturalismo. Entre liberalismo y comunitarismo. Córdoba: Almuzara, 2004, p. 91.

⁷⁵ COHN, Clarice. Antropologia da criança. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 21-22.

não existe desde sempre, e o que hoje entendemos por infância foi sendo elaborado ao longo do tempo na Europa, simultaneamente com mudanças na composição familiar, nas noções de maternidade e paternidade, é no cotidiano e na vida das crianças, inclusive por sua institucionalização pela educação escolar. O que Ariès nos mostra é a construção histórica do que denomina um *sentimento da infância*. Este não deve ser entendido, vale dizer, como uma sensibilidade maior à infância, como um sentimento que nasce onde era ausente, mas como uma formulação sobre a particularidade da infância em relação ao mundo dos adultos, como o estabelecimento de uma cisão entre essas duas experiências sociais. Portanto, contemporaneamente, os direitos das crianças e a própria idéia de menoridade não podem ser entendidos senão a partir dessa formação de um sentimento e de uma concepção de infância.

Em outras culturas e sociedades a, idéia 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.

Do texto transcrito, observa-se que o conceito de infância, bem como a definição do que é ser criança constitui uma construção social dentro de um contexto cultural específico, cujo sentido pode variar no âmbito de uma sociedade plural, com percepções e tradições diferentes, a exemplo dos Povos Indígenas, cuja organização social enxerga a criança com um olhar diferente do empregado pela cultura ocidental. Desta forma, em matéria de povos indígenas, quando nos deparamos com normas protetivas e direitos humanos voltados a crianças e adolescentes deve-se, primeiro, buscar compreender a realidade sociocultural de tais destes povos, bem como a forma que enxergam a criança indígena como membro da comunidade.

Muito embora não se possa definir um modelo único para a concepção da infância indígena, porquanto os traços comuns não possam ser generalizados para qualquer contexto sociocultural dos povos originários, é possível, segundo estudos etnográficos, sistematizar minimamente algumas características acerca da identidade da criança indígena. Segundo Tassinari⁷⁶, identifica-se como uma característica marcante o reconhecimento pelas comunidades indígenas da autonomia das crianças e sua capacidade decisória: as etnografias têm demonstrado que as crianças indígenas possuem liberdade de escolhas com o condão de afetar diretamente seus genitores e demais membros da comunidade, sendo a criança respeitada como sujeito de sua própria educação. Ainda, o autor aponta como outra

⁷⁶ TASSINARI, A. Concepções indígenas de infância no Brasil. In *Revista Tellus*, n 13, 2007.

característica o reconhecimento das diferentes habilidades frente aos adultos: a liberdade dada às crianças está vinculada ao reconhecimento de habilidades próprias de aprendizagem, sem que se retire do membro adulto a responsabilidade por educá-las e proporcionar condições de aprendizagem, como a realização de trabalhos familiares, comunitários e participação em rituais.

Neste contexto, transcreve-se novamente as lições de Clarice Cohn, a respeito de sua experiência com a povo indígena Xikrin, etnia indígena de língua jê, situados no Pará e que se autodenominam *Mebengokré*⁷⁷:

Em meus estudos sobre as crianças xikrin, tento demonstrar que elas não simplesmente aprendem as relações sociais em que têm e terão que se engajar ao longo da vida, mas atuam em sua configuração. Vejamos que isso é feito, como tudo que temos apontado aqui, com uma relativa autonomia. Certamente, haverá relações possíveis a elas, outras impossíveis; umas dadas e inevitáveis, outras mais abertas à construção. No entanto, e de acordo com a margem de manobra que lhes é dada culturalmente, as crianças xikrin constroem grande parte das relações sociais em que se engajarão durante a vida. Deve-se entender que falamos em margem de manobra não como uma subversão ou manipulação do sistema, mas como algo que é inerente a ele; afinal, como dissemos acima, a criança não é apenas alocada em um sistema de relações que é anterior a ela e reproduzido eternamente, mas atua para o estabelecimento e a efetivação de algumas das relações sociais dentre aquelas que o sistema lhe abre e possibilita.

Percebe-se que para a citada autora é importante e até mesmo imprescindível entender o conceito de cultura para entender o papel da criança na sociedade. Para chegar neste entendimento, a antropologia cultural na década de 60 realizou uma grande revisão nos seus modelos de modo compreender o caminho que a ciência percorreu para situar a criança como um ator importante na compreensão da sua realidade sociocultural. As escolas evolucionistas, culturalistas e funcionalistas realizaram uma revisão atualizando os seus conceitos-chaves, para que caminhos fossem abertos para novos entendimentos sobre o papel do indivíduo e das crianças na sociedade.

A antropologia, revendo tais conceitos-chaves, teve condições de ver a criança sob um novo olhar. Não mais como seres incompletos, treinando para uma vida adulta, encenando papéis sociais enquanto são socializados ou adquirindo competências e formando sua personalidade social, mas sim como protagonistas na definição de sua própria condição.

⁷⁷ COHN, Clarice. Antropologia da criança. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 27-28

Em um Estado Democrático de base plural, em que se observa e se preserva a identidade étnico-cultural de minorias indígenas, não se pode pensar em um aparato normativo de proteção à infância sem antes buscar compreender, através de uma noção antropológica e intercultural, o que é ser criança para os povos indígenas. Cristian Silva aborda o tema de forma pontual fazendo justamente a interlocução da definição de criança segundo critérios etários, para o homem branco, com a concepção indigenista, calcada nos costumes e tradições de cada comunidade, senão vejamos:

O aspecto a ser ressaltado é que a partir das cosmologias de indígenas de diferentes etnias “crianças” e “adolescentes” costumam ser percebidos como sujeitos com corpos em transformação, como todas as demais pessoas e corpos. Portanto, suas opiniões e perspectivas próprias sobre o mundo deveriam ser tomadas como as de todos os demais seres, consideradas suas ontologias. Em suma, são seres que fazem e transformam o mundo, como todo mundo. São sujeitos autônomos em corpos distintos, mas que desde seu ponto de vista participam, intervêm e modificam substantivamente as culturas das quais fazem parte. Para diversas culturas indígenas não há porque destacar estes sujeitos em detrimento dos outros e as questões problematizadas por esses povos voltam-se à dimensão social, que, por conseguinte, precisa ser objeto de investigação antropológica, ainda que voltada à especificidade de um segmento.

É sob esta ótica antropológica que o autor destaca as representações diferenciadas que as etnias indígenas possuem acerca dos grupos etários, bem como dos problemas sociais por eles enfrentados, evidenciando conflitos éticos interculturais entre estes povos e a sociedade ocidentalizada. Nas lições do referido autor, tais conflitos não podem ser debatidos e solucionados a partir do direito posto, sem exame minucioso do contexto cultural das comunidades indígenas, sob pena de ampliar-se a desigualdade de direitos a partir de uma visão etnocêntrica.⁷⁸

⁷⁸ SILVA, Cristhian Teófilo da. Crianças e adolescentes indígenas em perspectiva antropológica: repensando conflitos éticos interculturais. *Revista Bioética*, [S.l.], v. 20, n. 1, mai. 2012. ISSN 1983-8034. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br>>.

2.3.1 O trabalho infantil da criança indígena como prática de aprendizagem cultural

As transformações históricas que marcaram a sociedade ao longo dos últimos séculos por certo contribuíram para a mudança da compreensão sobre a criança em uma perspectiva ocidentalizada. Contudo, não se pode olvidar que as crianças indígenas, enquanto seres historicamente situados, ao entrarem em contato com a cultura do homem branco no Brasil, também sofreram influências do modelo de vida europeu em seus cotidianos. Neste contexto, muitas atividades, em especial o brincar, que eram originadas e praticadas dentro da tradição indígena, sofreram transformações a partir do momento em que entraram em contato com a cultura dos colonizadores, que introduziram brincadeiras ocidentais no cotidiano dessas crianças no período colonial. Em igual sentido, descreve Mary Del Priore:⁷⁹

Nas escolas jesuíticas, o lazer ficava por conta do banho de rio, e no “ver correr as argolinhas”. Tradição lusa antiquíssima. Brincavam com miniaturas de arco e flecha, ou com instrumentos para pesca. Outras brincadeiras: o jogo do beliscão, o de virar bunda canastra, o jogo da peia queimada, [...]. Piões, papagaio de papel e animais, gente e mobiliário reduzidos confeccionados em pano, madeira ou barro eram brinquedos preferidos. A “musicaria” atraía loucamente as crianças indígenas, adoravam instrumentos europeus como a gaita ou o tamboril que acompanhavam segundo os cronistas jesuítas, ao som de maracas e paus de chuva.

A literatura histórica demonstra que a criança indígena vai incorporando os conhecimentos culturais transmitidos pelos colonizadores, ditos socializadores secundários, integrando o que aprenderam na socialização primária, ao passo em que constroem o seu próprio conhecimento, segundo suas próprias convicções, permitindo que a cultura dos povos originários dialogue com a cultura européia, ampliando a visão de mundo na consolidação de sua própria identidade como um sujeito social que participa de forma ativa na construção do contexto social e cultural em que está inserido.

Estudos etnográficos, a exemplo das pesquisas realizadas por Clarice Cohn com os povos da etnia Kayapó-Xikrin, evidenciam que a cultura indígena perpetua-se no tempo e é transmitida de uma geração a outra através do ensino, baseado na prática de seus costumes e tradições. Tem-se então que as crianças indígenas, através do “brincar”, socializam experiências nas dimensões culturais da vida social, participando de todas as atividades e espaços do cotidiano de suas comunidades. Acompanham a vida dos mais velhos, observam e

⁷⁹ DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORI, Mary (org.) História das Crianças no Brasil. 7ª ed. 1ª reimpressão, São Paulo Contexto, 2013.

aprendem com eles, sempre com enorme liberdade na vivência do tempo e do espaço. O cultivo desse modo de vida possibilita para as crianças ensinamentos que serão essenciais para a vida adulta, constituindo um modo próprio de aprendizagem, dissonante do método de educação tradicional. Em que pese a multiplicidade de etnias indígenas em nosso país, tais tradições, isto é, a educação da criança através do brincar e do trabalho na comunidade, nos parece ser uma característica constante no âmbito das aldeias indígenas.

O ensaio antropológico *Pequenos xamãs: crianças indígenas, corporalidade e escolarização*, desenvolvido com precisão e sensibilidade por Aracy Lopes da Silva⁸⁰, serve de referencial para a compreensão, na tradição indígena, do modo próprio de aprendizagem das crianças indígenas, composta pela tríade do *brincar – trabalhar – aprender*. Neste particular, transcreve-se importante trecho da obra:

A menina e seu trançado, à sombra, na roça. Sua minúscula cesta. Encarapitada no alto da árvore, trabalha. A sua volta, a mata ciliar que ladeia o rio e a roça de milho, arroz, banana, melancia, mandioca [...], onde há pouco trabalhavam seus pais. Agora, que eles descansam, depois de uma breve refeição, ela também o faz. Cantando e conversando com os que estão na esteira sob as árvores, ela tece pequenos fios de fina fibra vegetal, que aos poucos tomam forma. Sua cesta, seus trabalhos, seu brinquedo, sua brincadeira, seu aprendizado. Tudo isso numa cápsula de tempo e de ação, por deliberação e ritmo próprios: brincar-experimentar-trabalhar-descobrir-aprender, numa só existência, num só momento (Aldeia Xavante Ritu Waré, Terra Indígena Parabubure, 1977.) As meninas e o arroz: dois corpos e um pilão. As mãos do pilão se alternam, esfarinhando os grãos de arroz trazidos da roça nas grandes cestas penduradas à testa da mãe, das tias e avós; as mãos das meninas subindo e descendo, ritmadamente. O jogo dos pequenos corpos para traz, em busca do impulso, e para a frente no desfechar preciso do golpe. O alimento, o trabalho, a precisão dos gestos, a produção, a aprendizagem (Aldeia Naminkurá, 1977; a mesma cena em 1974, Aldeia Paraíso e, em 1994, na Aldeia Estrela).

Em uma breve leitura dos relatos trazidos pela antropóloga, observa-se que o conjunto da brincadeira – trabalho – aprendizagem insere-se dentre de um contexto de assimilação da cultura e conexão da criança indígena com a comunidade em que vive. O sentimento de pertencimento e a aprendizagem de suas tradições culturais dão-se justamente em um contexto de trabalho no qual a criança é incumbida da realização de atividades do cotidiano, a exemplo da pesca, trançado, preparo dos alimentos e agricultura. As atividades culturais de

⁸⁰ SILVA, Aracy Lopes, MACEDO, Ana Vera L.S. Pequenos xamãs: crianças indígenas, corporalidade e escolarização, em Crianças Indígenas, Ensaios Antropológicos, SP, Ed. Global, 2002, p. 65.

aprendizagem e desenvolvimento próprias de cada comunidade começam desde a mais tenra idade, com rituais, festas, brincadeiras, caça, pesca e artesanato. Assim, gradativamente as crianças aprendem os princípios e sua organização social, de modo a desenvolverem seus papéis da realidade sociocultural de sua comunidade.

É comum que os meninos, desde muito cedo, cacem animais, domesticuem pássaros e outras espécies, acompanhando os pais na caça e na pesca, bem como auxiliando na construção de canoas, principal meio de transporte dos povos tradicionais no estado do Amazonas, por exemplo. As meninas por sua vez têm por hábito acompanharem suas mães nos afazeres domésticos, auxiliando nas plantações, colheitas e cozimento e preparo dos alimentos a serem ofertados ao restante do grupo. Neste ínterim, transcrevem-se os ensinamentos do pesquisador Julio Cezar Menatti⁸¹:

Meninos e meninas costumam imitar os adultos de seu sexo, nos brinquedos, preparando-se assim para o futuro. As meninas brincam com as bonecas, os meninos flecham calangos e passarinhos com a ajuda de pequenos arcos. Mas nem tudo que as crianças fazem é brinquedo: as meninas ajudam a tomar conta dos irmãos menores, por exemplo. Há, pois, tarefas que são atribuídas a pessoas de determinadas idades. Por exemplo, entre os índios Krahó, cabe aos meninos e aos velhos carregar as armas e a carne para a aldeia, enquanto os caçadores entram na aldeia disputando uma corrida de toras. Entre os mesmos índios cabe às crianças e aos velhos espantar os pássaros das roças no período que precede à colheita. Entre os antigos Tupinambá eram as moças que mastigavam as raízes com que se faziam bebidas

As considerações até então narradas são necessárias para que se possa compreender de que forma os povos indígenas enxergam a criança, que, desde cedo, possui um papel a desempenhar em sua aldeia, incorporando a cultura de seus povos através de métodos próprios de aprendizagem, a partir do trabalho realizado em conjunto com a família e demais membros da comunidade. Neste aspecto, o trabalho infantil desenvolvido pelas crianças indígenas constitui um marcador étnico-cultural que não pode ser confundido com o trabalho infantil desempenhado pela criança branca, cuja norma proibitiva tem assento constitucional.⁸² Na tradição secular dos povos indígenas, o trabalho desempenhado pela

⁸¹ Melatti, Cézar. Disponível em: <<http://www.juliomelatti.pro.br/areas/15altama.pdf>>

⁸² Art. 7º da CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

criança reveste-se primordialmente de um aspecto cultural, próprio das etnias indígenas. Quanto ao papel do trabalho e sua importância cultural no âmbito de uma sociedade indígena, citam-se os apontamentos de Alcida Ramos⁸³:

Sendo a esfera econômica interpenetrada por outras dimensões da vida nas sociedades indígenas, a noção de trabalho para elas não é a mesma das sociedades ditas complexas, ou ocidentais. No processo de produção econômica, seja ela caça, pesca, coleta, lavoura ou qualquer outra, o trabalhador não se isola de seus demais papéis e obrigações. Na produção estão sempre presentes considerações de ordem social, ritual, religiosa, para citar os mais comuns e óbvios. Não existe, portanto, o fenômeno da “alienação”, que é uma das características mais marcantes do processo de trabalho industrial. Na linha de montagem de uma fábrica é irrelevante se um trabalhador está planejando uma festa de casamento para a filha, se sua mulher está em vias de dar à luz, se ele é assíduo em suas obrigações religiosas, se tem obedecido aos padrões morais de sua sociedade. Enquanto operário trabalhando na fábrica, ele é reduzido à sua utilidade imediata, isto é, mera peça necessária no processo de produção. Esse desmembramento do trabalhador em produtor econômico, de um lado, e ser social, de outro, essa alienação enfim, não existe nas sociedades indígenas.

A visão ocidental acerca da associação do trabalho infantil a maus-tratos e violações de direitos condiciona a análise da atividade econômica realizada pela criança como uma forma de prejuízo às condições de vida, especialmente ao desenvolvimento biológico, psicológico e social, e impedimento de realização de atividades (ditas “próprias” à faixa etária) de aprendizagem e lazer.⁸⁴ Partindo deste olhar, como já abordado no primeiro capítulo desta pesquisa, procura-se analisar as causas do trabalho infantil pelo viés das desigualdades socioeconômicas e/ou dos arranjos familiares sem a presença de um dos provedores, em geral o pai, que trazem por consequência a necessidade do ingresso das crianças no mercado formal ou informal de trabalho para garantir a complementação da renda familiar e, em muitos casos, tornando-se arrimos de família.

Como ensina Assis Oliveira, certamente que tais análises investigativas centram-se em comparações normativas ou empíricas entre a chamada “infância ideal”, tutelada pela Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente e caracterizada pelo ócio criativo da brincadeira e aprendizagem escolar, e as crianças que, desde cedo, foram inseridas no mercado de trabalho, não lhes restando tempo para educação escolar e brincadeiras. Logo, na

⁸³ RAMOS, A. Sociedades Indígenas. 5ª edição. São Paulo; 1995, p. 23-24.

⁸⁴ OLIVEIRA, Assis da Costa. Indígenas Crianças, Crianças Indígenas. Curitiba: Juruá, 2014, p. 178

medida em que estes dois marcadores se tornaram construtores do significado de cidadania para as crianças, ao serem alijadas dos mesmos acabam sendo identificadas como subcidadãos, marginalizadas da proteção constitucional.

Com base nestas premissas e em reconhecimento à condição de vulnerabilidade de crianças e adolescentes (seres ainda em fase de maturação) é que a erradicação do trabalho infantil insere-se em uma agenda sociopolítica de cunho internacional, sedimentada em inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como vistos no Capítulo 1 da presente pesquisa. Destaca-se neste particular as Convenções n 138 da OIT (que regulamenta a idade mínima para o trabalho) e a Convenção n 182 também da OIT (que dispõe acerca das piores formas de trabalho infantil), promulgadas no Brasil, cujo conteúdo protetivo também se reproduz em nosso Texto Constitucional, na medida em que a proteção integral à criança foi uma das bases especiais de proteção erigidas pelo constituinte. A política de proteção à criança em nosso ordenamento jurídico ganha ainda especial relevo e reforço por ocasião da promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), de 1990, que constitui um aparato normativo com uma série de direitos e deveres impostos ao Estado e sociedade, colocando a criança em um lugar de máxima prioridade e proteção.

Contudo, ao passo em que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a condição de vulnerabilidade da criança, consolidando a Doutrina da Proteção Integral deste grupo etário, por outro, passou a dispor expressamente sobre a proteção da cultura de outros povos e seu direito à diferença e autodeterminação, como é o caso dos povos indígenas. Assim, tendo como ponto comum a interculturalidade e a pluralidade, por certo que a aplicação na prática de normas como o ECA deve passar por uma filtragem interpretativa à luz de um diálogo intercultural, que observe a visão desses povos acerca da infância em seu contexto sociológico.

Para os povos indígenas, evidenciando-se o aspecto cultural do trabalho desempenhado desde cedo por suas crianças, não se pode considerar como exploração infantil, por exemplo, o trançado e o artesanato desenvolvido pela criança Xavante, como no texto supratranscrito. Para esses povos, as atividades de cada membro, desde crianças até anciãos, integram algo maior, isto é, a própria dinâmica da coletividade e perpetuação de seus costumes e tradições.

2.3.2 A licença-maternidade concedida à mulher indígena menor de 16 anos: conformação constitucional à luz do interculturalismo

O Estado Social de Direito, criado e consagrado para fins de implementação de políticas públicas, promovendo a proteção às minorias e diversidade cultural, tem por principal objetivo a promoção de políticas de redistribuição de renda, possibilitando a equiparação econômica e social de seus membros em situações de vulnerabilidade, aí incluídas as comunidades indígenas que, conquanto se desenvolvam com base em uma economia caracterizada pela subsistência e cooperação entre os membros do grupo, muitas das vezes vivem de forma precária, haja vista a condição histórica de exploração desses povos. A atuação positiva e prestacional do Estado, nesse caso, revela-se indispensável na medida em que podem ser minimizadas as desigualdades experimentadas pelos povos tradicionais.

Dentre o rol de políticas públicas que deve ser implementado pelo Poder Executivo, tem-se a seguridade social, que abarca a previdência social, com vistas a proteger o cidadão em condições que impeçam ou dificultem o seu sustento, ainda que de forma temporária. Neste sentido o art. 201 da CF/88, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

No caso especificamente da proteção à gestante, assegurada por meio da previdência social, a lei 8.213/91 prevê expressamente a concessão do benefício previdenciário denominado salário-maternidade, pago ao longo de 120 dias, cujo termo inicial pode se dá até 28 dias antes da data do parto (art. 71). Nos termos da referida lei, há um período de carência prolongado quanto ao tempo de trabalho e contribuição para o recebimento do benefício. Contudo, no que toca às seguradas especiais, isto é, aquelas gestantes que desempenham atividades em regime de economia familiar, flexiona-se o período de carência, exigindo-se apenas o exercício da atividade rural nos últimos 10 meses imediatamente anteriores à data do

parto ou do requerimento do benefício, ainda que o labor tenha se dado de forma descontínuo (art. 93, §2º, do Decreto n.º 3.048/99).

Ainda, exige-se para a concessão do benefício a conformação da atividade laborativa com os preceitos contidos no art. 7º, inc. XXXIII, que proíbe o trabalho noturno ou em condições penosas, perigosas ou insalubres para os menores de 18 anos e de qualquer trabalho para os menores de 16, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos do art. 9º, inc. VII, alínea “c”, do Decreto n.º 3.048/99, *in verbis*:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

(...)

VII - como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja ele proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área contínua ou não de até quatro módulos fiscais; ou

2. de seringueiro ou extrativista vegetal na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como **filho maior de dezesseis anos de idade ou a este equiparado**, do segurado de que tratam as alíneas “a” e “b” deste inciso, que, comprovadamente, tenham participação ativa nas atividades rurais ou pesqueiras artesanais, respectivamente, do grupo familiar. (grifo nosso)

Da norma acima transcrita, tem-se que a mulher, ainda que na condição de segurada especial, para fazer jus à concessão do salário-maternidade por ocasião do nascimento de seu filho, deveria contar com a idade mínima de 16 anos. Abaixo dessa faixa etária, as parturientes ficariam excluídas da proteção previdenciária.

A questão suscitou fortes debates acadêmicos e sociológicos, especialmente no que toca às mulheres pertencentes a grupos indígenas que, como elemento de sua própria formação cultural, auxiliam os demais membros da comunidade nas atividades de subsistência desde muito cedo. Ademais, o indeferimento do benefício a tal grupo de mulheres configuraria na prática violação ao princípio da autodeterminação dos povos indígenas e do próprio art. 231 da CF/88, que reconhece a esses grupos o respeito aos seus costumes e tradições.

Neste lume, o Poder Judiciário, instado a se manifestar, passou a entender que uma interpretação literal do art. 7º, inc. XXXIII da CF/88, sem as necessárias adequações a grupos específicos da sociedade, acabava por gerar, também, violação ao Texto Constitucional, limando da proteção de direitos fundamentais adolescentes indígenas.

Na região Amazônica, área de nosso território em que há a maior concentração de grupos étnicos indígenas, a situação tornou-se latente, demandando uma resposta imediata tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário no sentido de conferir a plena efetividade dos direitos constitucionais, observadas as peculiaridades culturais de grupos minoritários da sociedade, fenômeno este também conhecido como “interpretação multiculturalista” da Constituição Federal.

Neste enfoque, a 1ª Turma do TRF da 1ª Região, por maioria, reconheceu a condição de segurada especial à mulher indígena menor de 16 anos. Na decisão, o autor do voto vencedor, desembargador federal Carlos Augusto Pires Brandão, ressaltou que na comunidade indígena a que pertencia a autora, a vida sexual se iniciava normalmente após a primeira menarca, independente da idade em que isso ocorresse, e que, em razão das peculiaridades socioculturais do grupo, essas jovens já desenvolviam atividade agrícola em regime de economia familiar. Salientou ainda o relator, em seu voto, que:

(...) nos termos da jurisprudência deste TRF da 1ª Região e do STJ é possível reconhecer o direito ao benefício previdenciário à mãe indígena menor de 16 anos, uma vez que a vedação constitucional ao trabalho ao menor de 16 anos, constante do art. 7º, XXXIII da CF/88 é norma de garantia do trabalhador, que visa a proteção da criança, não podendo ser interpretada em seu desfavor, quando efetivamente comprovada a atividade rural. (Processo nº 000421141.2011.4.0.1.4200/RR)

Partindo da premissa de que a norma constitucional que proíbe o trabalho a pessoas menores de 16 anos tem a mesma hierarquia constitucional daquela que prevê o reconhecimento da cultura e da autodeterminação dos povos tradicionais, não devendo haver a sobreposição de uma em relação à outra, mas sim a ponderação de valores no caso concreto, a jurisprudência nacional consolidou-se no sentido de que o limite etário ao trabalho não pode, jamais, ser usado em desfavor da proteção à maternidade ou a infância, mas sempre em favor dessas. Neste lume, transcreve-se importante julgado da Primeira Seção do TRF1:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA

TESTEMUNHAL COMPLEMENTAR. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. ORGANIZAÇÃO SOCIAL, COSTUMES, LÍNGUAS, CRENÇAS E TRADIÇÕES INDÍGENAS. POSSIBILIDADE CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015.1. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, conforme estabelecido pelo art. 71 da Lei 8.213/91. 2. O reconhecimento da qualidade de segurada especial apta a receber o específico benefício tratado nos autos desafia o preenchimento dos seguintes requisitos: a existência de início de prova material da atividade rural exercida, a corroboração dessa prova indiciária por robusta prova testemunhal e, finalmente, para obtenção do salário-maternidade ora questionado, a comprovação do exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período anterior ao início do benefício. (AC 1001990-87.2018.4.01.9999, DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, PJe 21/09/2020 PAG.) 3. A avaliação do contexto probatório da atividade rural, para fins de percepção do salário-maternidade, deve se dar de modo mais favorável à segurada especial, porque exigir que esse início de prova material se refira ao curto período de carência, de 10 (dez) meses anteriores ao início do benefício (nos termos do § 2º do art. 93 do Decreto 3.048/99), seria o mesmo que exigir contínuo registro documental do trabalho rural, o que não é razoável, em face da presunção de continuidade do labor rural. 4. O exercício de atividade rural pela parte autora para a concessão do benefício está suficientemente provado, seja pelo início de prova material, consistente nos documentos acostados: certidão de nascimento da autora, certidão de nascimento indígena do filho da autora, nascido em 08/04/2018; Certidão de Exercício fornecido pela FUNAI ID. 34494069, atestando o trabalho rural exercido pela autora no período compreendido entre 17/11/2015 a 07/04/2018, bem como documento emitido pelo próprio INSS confirmando o período de 6 meses de carência exercido em atividade rural pela autora, seja pela prova testemunhal, referida na sentença, confirmando a atividade rural sob o regime de economia familiar. 5. **Nos termos da jurisprudência deste TRF da 1ª Região e do STJ é possível reconhecer o direito ao benefício previdenciário à mãe indígena menor de 16 anos, uma vez que a vedação constitucional ao trabalho ao menor de 16 anos, constante do art. 7º, XXXIII da CF/88 é norma de garantia do trabalhador, que visa a proteção da criança, não podendo ser interpretada em seu desfavor, quando efetivamente comprovada a atividade rural** 6. Correção monetária e juros moratórios conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal. 7. A

sentença foi publicada na vigência do atual CPC (a partir de 18/03/2016, inclusive), devendo-se aplicar o disposto no art. 85, § 11, arbitrando-se honorários advocatícios recursais. 8. Apelação provida, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido, determinando o pagamento do benefício de salário-maternidade, equivalente a quatro prestações do salário mínimo vigente à época do parto. (TRF-1 - AC: 10284460620204019999, Relator: JUIZ FEDERAL RODRIGO DE GODOY MENDES (CONV.), Data de Julgamento: 16/08/2021, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: PJe 16/08/2021 PAG PJe 16/08/2021)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, acatou o entendimento adotado nos âmbitos dos Tribunais Federais, isto é, de flexibilização da norma contida no art. 7º, inc. XVIII, da CF/88, a qual deve ser interpretada, sempre, em favor da proteção à infância, lendo-se em conta as particularidades culturais de cada grupo social:

O Superior Tribunal de Justiça, desde há muito, tem se posicionado no sentido de que a vedação legal do trabalho infantil tem por escopo proteger o menor e, portanto, não pode ser utilizada em prejuízo daquele que foi obrigado, dadas as circunstâncias, a exercer o trabalho em idade inferior ao limite etário mínimo. (STJ - AgInt no REsp: 1679865 RS 2017/0145732-1, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 30/08/2021, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2021)

Com efeito, antes da pacificação jurisprudencial, inúmeros foram os pedidos de concessão do referido auxílio previdenciário que foram negados pelo INSS, administrativamente, com base no limite etário para o trabalho, entendimento este de cunho notadamente colonialista, cabendo então ao Poder Judiciário o papel de conferir a máxima efetividade à norma constitucional que protege a infância e a diversidade cultural.

O estudo antropológico para a solução de demandas dessa natureza tem se revelado indispensável, uma vez que, somente através de tal documento, o operador do direito terá a seu dispor elementos que caracterizam o trabalho desempenhado pelas gestantes como desdobramento cultural e não exploração de trabalho infantil. Cita-se inclusive o caso emblemático das indígenas Macuxi e Wapixana, do Estado de Roraima, em que o TRF-1, nos autos do Processo nº 0004211-41.2011.4.01.4200, reconheceu a condição de segurada especial a uma indígena menor de 16 anos, ressaltando que a perícia antropológica demonstrou o início do trabalho em regime de economia familiar para as meninas indígenas já a partir dos 6 anos de idade.

Assim, em uma perspectiva intercultural, fundada em estudos antropológicos realizados nas comunidades indígenas, não se pode equiparar o trabalho executado pelas crianças indígenas, quando evidenciado seu aspecto cultural, à exploração de mão de obra infantil vedada pelo constituinte.

Exemplificativamente, *O livro de brincadeiras do povo Tikuna*, resultado de pesquisa desenvolvida por Rodrigues Pereira, concentra a atenção na análise das práticas culturais expressas nas brincadeiras infantis dos membros do povo *Tikuna*, que vivem no espaço urbano de Manaus, na Comunidade *Watchimaucu*, no Bairro Cidade de Deus. A obra do referido autor revela que as crianças de tal comunidade aprendem o ofício dos pais por meio de brincadeiras que desenvolvem desde cedo, sem perder o caráter lúdico da prática.⁸⁵ Assim, longe de se revestir do caráter predatório da exploração do trabalho infantil, o trabalho desempenhado pelas crianças indígenas como parte integrante de seu processo de aprendizagem cultural permite a elas sua plena inserção na comunidade e a perpetuação de sua cultura. E com base nessas premissas é que a extensão do auxílio maternidade a mães indígenas menores de 16 anos configura, na prática, verdadeira materialização dos princípios constitucionais, na medida em que observa as particularidades culturais de grupos minoritários, concretizando o princípio da igualdade em sua mais justa forma, qual seja, a material.

⁸⁵ RODRIGUES PEREIRA, Jhones. *O livro de brincadeiras do povo Tikuna*. Ministério da Educação. 2011. Pg. 50. Vol. Único. AMAZONAS (Estado). Secretaria de Estado de Cultura. Gerência de Acervos Digitais.

3. A (HIPER) VULNERABILIDADE DA CRIANÇA INDÍGENA: UMA ZONA CINZENTA ENTRE A PRÁTICA CULTURAL E A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

3.1 Aprendizagem cultural ou trabalho infantil? Uma fronteira étnico-simbólica

Já dizia Rodrigues Pereira em sua obra *O livro de brincadeiras do povo Tikuna*, que “índio, já, desde pequeno, brinca de trabalhar. Seu brinquedo é, conforme o sexo, o instrumento de trabalho do pai ou da mãe. O índio que brinca de trabalhar, depois vai trabalhar brincando”⁸⁶. O referido trecho ilustra, com sensibilidade, o trabalho da criança indígena como forma de reprodução cultural e desenvolvimento infantil no contexto de sua comunidade. Daí a importância de fixar, em sede normativa, a realização do trabalho infantil indígena como sendo algo do cotidiano das crianças, verdadeiro requisito para a possibilidade da existência e perpetuação dos grupos segundo seus costumes e tradições. Tais costumes assumem no âmbito laboral a prerrogativa de serem qualificados normativamente como situações de ensino- -aprendizagem, processos de realização da educação indígena fundamental para o sadio desenvolvimento infantil.

Sob este lume, a herança cultural dos povos indígenas está em conduzir as práticas do trabalho infantil como processos de aprendizagem e integração social, não como um mandamento imposto pelos adulto às crianças, mas sim inserido em uma equação de tempo e espaço em que se possibilita (e não obriga) às crianças a participação em atividades comunitárias que trazem benefícios à ela, à família e para a coletividade como um todo, ajudando a fortalecer o senso de responsabilidade, união e habilidades pessoais. Neste sentido, descreve Liebel⁸⁷:

En muchas sociedades no occidentales, la temprana incorporación de los niños en los procesos de trabajo tiene que ver con la intención de transmitirles las capacidades y habilidades necesarias para defender-se en la vida. Se basa en el principio de que la mejor manera de aprender para los niños es observar, hacer experiencias propias y – en algunos casos – imitar las actividades de los adultos. Pero no se trata de simples ejercicios o simulaciones, sino que el

⁸⁶ RODRIGUES PEREIRA, Jhones. *O livro de brincadeiras do povo Tikuna*. Ministério da Educação. 2011. Pg 15. Vol. Único. AMAZONAS (Estado). Secretaria de Estado de Cultura. Gerência de Acervos Digitais.

⁸⁷ LIEBEL, M. Infancia y trabajo en culturas no-occidentales. El rendimiento de la investigación etnológica y antropológica. In: LIEBEL, M. *Infancia y Trabajo: para una mejor comprensión de los niños y niñas trabajadores de diferentes culturas y continentes*. Lima: IFEJANT, 2003, p. 106.

trabajo ya genera una utilidad y un 'valor' concretos, ya sea para la familia, para la comunidad o para los niños.

Não obstante, o autor pontua ser inegável a existência de aspectos negativos decorrentes da exposição das crianças indígenas a processos laborais, mormente se levarmos em consideração as mudanças estruturais e as relações sociais resultantes da colonização, bem como a introdução do sistema de produção capitalista em que o trabalho infantil se insere no processo de exploração colonial que originou a perda de terras indígenas, o uso predatório dos recursos naturais pelo colonizador europeu, o deslocamento de famílias indígenas para os centros urbanos e a exclusão do acesso às políticas sociais. Tais fatores maximizaram a zona de pobreza a que ficaram restritos os povos originários, tornando difícil a manutenção dos modos tradicionais de trabalho entre povos indígenas.

A bandeira integracionista conduzida pelo europeu que colocou em xeque a manutenção das tradições indígenas, principalmente em razão da expulsão em massa desse povos de suas terras originalmente habitadas, acabaram por submeter, muitas vezes, as crianças indígenas a situações que se distanciam, sobremaneira, de seus processos próprios de aprendizagem e seus espaços de liberdade, sendo conduzidas a situações desafiadores e complexas. Neste aspecto, se de um lado os processos tradicionais próprios de aprendizagem dos povos indígenas devem ser reconhecidos, de outro, há situações que demandam reflexão, a exemplo das atividades desempenhadas pela criança indígena que transpõem o limite do que seja um processo tradicional de aprendizagem, podendo ser considerado trabalho infantil. Por certo que não faz parte da cultura dos povos indígenas ver suas crianças coletando materiais em lixões municipais.

No ano de 2015, em reportagem publicada no Jornal Estadão, sob o título “Favela Amazônia”⁸⁸, noticiou-se a presença de criança indígena do município de Tabatinga/AM vivendo em condições muito diversas daquela imaginada como a infância ideal fundamentada no “brincar-trabalhar-aprender” dos povos indígenas, em clara violação ao sistema normativo internacional e nacional de proteção aos direitos da criança e de proteção aos povos indígenas.

O fato noticiado retratava um menino de 9 anos de idade que, em seu dia a dia, foi visto pela equipe de reportagem disputando “com índios adultos os melhores lixos e latinhas de alumínio despejadas” por comerciantes e funcionários da prefeitura no Lixão Municipal de

⁸⁸ Reportagem publicada no Jornal Estadão, sob o título “Favela Amazônia”. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/public/especiais/favela-amazonia/capitulo-2.php>.

Tabatinga-AM, localizado nas adjacências do Bairro Santa Rosa.⁸⁹ A situação narrada não é exclusiva do município de Tabatinga, no Estado do Amazonas, reproduzindo-se em praticamente os demais 61 municípios do Estado que habitam as mais variadas etnias indígenas. Frequentemente, é possível observar crianças indígenas no cotidiano de mercados públicos e portos municipais, auxiliando as mães na venda de excedentes agrícolas. Ainda, há situações em que as crianças são deixadas inclusive sozinhas em calçadas, para a venda do excedente de farinha, tal qual se dá com crianças indígenas da etnia dos Kanamari, no município de Itamarati, no Amazonas.

Ainda no município de Tabatinga, Edmilson Nascimento relata a participação de crianças indígenas em lavagens de veículos e, desacompanhadas de responsáveis, em postos ilegais de venda de combustível.⁹⁰ O autor chama a atenção, igualmente, para os riscos de tal atividade, pois a venda ilegal de combustível no contexto tabatinguense, do ponto de vista jurídico, constitui crime previsto no inciso I, do artigo 1º, da Lei nº 8.176/91, que define os crimes contra a ordem econômica, bem como no artigo 56, caput, da Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais.

Para o autor, sob um prisma sociológico, o comércio ilegal de combustível no contexto de municípios do Estado do Amazonas como Tabatinga, Benjamin Constant, Atalaia do Norte e outros municípios brasileiros da tríplice fronteira revela, primeiramente, a ausência de políticas públicas que fomentem o desenvolvimento eficaz desta região amazônica, e, em segundo lugar, a falta de oportunidades de emprego e geração de renda para os povos indígenas, reiteradamente excluídos e marginalizados diante do contexto socioeconômico excludente do capitalismo central.

⁸⁹ Consta da aludida reportagem: “Abandono e degradação – Ticunas vivem num lixão da tríplice fronteira: Sem opções de renda, índios catam latinhas e comem restos de alimentos da cidade de Tabatinga A proximidade das aldeias com o centro urbano de Tabatinga praticamente transformou as terras desses índios em bairros periféricos. Não há, porém, integração dos ticunas com o mercado de trabalho. A situação não é mais fácil para ribeirinhos e brancos pobres. [...] Não houve expansão de lavouras nem chegada de investimentos produtivos. A cidade, porém, tem agora 60 mil habitantes. O IDH de Tabatinga é de 0.616, o mais alto da região do Alto Solimões. Esse índice tem por base a expectativa ao nascer, o acesso ao conhecimento e ao padrão de vida. A média dos municípios do Alto Solimões é de 0.533, considerada baixa pelas Nações Unidas. Para efeito de comparação, trata-se de um índice inferior aos das favelas do Rio de Janeiro, como o Complexo da Maré (0.686) e o Morro Dona Marta (0.684). A agricultura de Tabatinga não supre a demanda dos restaurantes e mercearias. As hortaliças e verduras vêm do lado peruano. [...] Marcelo Ticuna, de 9 anos, disputa com índios adultos os melhores lixos e latinhas de alumínio despejados em Santa Rosa por comerciantes e funcionários da prefeitura. O corpo franzino desaparece entre as revoadas de urubus e as curvas da montanha de dejetos, móveis velhos, ferros, plásticos e material em decomposição. [...] A mãe, Rosa, também trabalha no lixão. Com problemas de pressão, ela, porém, recolhe-se de tempo em tempo numa barraca improvisada de lona. Ali, também dá atenção a três outros filhos menores. A família mora em Letícia, no lado colombiano. Chega às 8 da manhã no lixão e trabalha nele até às 17 horas.”

⁹⁰ Nascimento, Edmilson Alves do. *Amazônia e Trabalho Infantil: Uma Abordagem Envolvendo Política Pública, Crianças Indígenas e Fronteiras* (Portuguese Edition). Editora Appris, pg. 182.

Os exemplos acima ilustrados trazem à tona a realidade da vulnerabilidade social enfrentada pelas crianças indígenas que vivem no espaço urbano e rural do Estado do Amazonas, em especial na zona de tríplice fronteira que abrange o município de Tabatinga/AM, na fronteira Brasil-Colômbia-Peru. Simultaneamente, expõem uma fronteira simbólica a ser observada no processo de enfrentamento da exploração da mão de obra infantil, em decorrência da conotação étnico-cultural dos processos de aprendizagem das crianças indígenas, fundados no trabalho que as particularizam, demandando, assim, uma sensibilidade própria no âmbito da política pública de erradicação do trabalho infantil no Brasil, de modo a identificar o trabalho infantil propriamente dito e os processos educativos de aprendizagem, marcados por traços culturais.

Predominantemente, as violações aos direitos das crianças indígenas não ocorrem em suas comunidades, mas distante de seus convívios comunitários e culturais. E isto se dá justamente em razão do êxodo forçado de comunidades indígenas das terras tradicionalmente ocupadas e, assim, não mais podendo extrair sua subsistência através da exploração dos recursos naturais, acabam por migrar de forma compulsória para periferias e centros urbanos. São recorrentes os inúmeros casos de abusos que geram exposição a situações de violência, perda da saúde física e emocional, discriminação e perda de identidade cultural nos países da América Latina, aí incluído o Estado do Amazonas. Neste particular, transcreve-se importante trecho da pesquisa publicada por Higor Freitas acerca da problemática do trabalho infantil indígena⁹¹:

Uma análise histórica permite compreender que a cultura indígena propõe que crianças e adolescentes devem aprender e colaborar com a comunidade desde cedo, participando na etapa de construção de artesanatos, como uma forma de aprendizado e ainda na comercialização desses artesanatos na rua. Desse modo, verifica-se que, gradativamente, as tarefas cotidianas foram substituídas pelo trabalho infantil, uma vez que essa atividade que antes tinha apenas uma finalidade cultural torna-se uma alternativa de sobrevivência em um contexto de um sistema capitalista-globalizado.

Inserido em um contexto muito mais amplo, o trabalho infantil desenvolvido por crianças indígenas e dissociado da tradicional aprendizagem cultural ocupa uma posição privilegiada no rol do trabalho informal, em que participam pessoas de várias idades no

⁹¹ FREITAS, Higor Neves. (2021). A prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena na comercialização de artesanatos nas ruas: uma análise das políticas públicas a partir do reordenamento do PETI. Dissertação de Mestrado em Direito [UNISC]. Santa Cruz do Sul, RS, pg. 33.

contexto de desenvolvimento de um capitalismo que não procura oferecer emprego e renda para todos. Em zonas de tríplice fronteira, em que a economia e mão de obra costumam ganhar contornos mais intensos, a situação se agrava, como é o caso citado da cidade de Tabatinga, no Amazonas, que faz fronteira igualmente com Peru e Colômbia. Igual situação ocorre em Foz do Iguaçu com as crianças guaranis, no sul do país, cidade fronteiriça ao Paraguai e Argentina, com os quais mantém forte atividade econômica.

Nesta região, além da venda de artesanato por crianças indígenas, Valdirene Reiman identificou uma migração pendular de crianças e adolescentes paraguaios que cruzam todos os dias a Ponte da Amizade, saindo de Ciudad del Este para Foz do Iguaçu. A autora observou que a maioria dessas crianças e jovens era indígena e que a sua presença no bairro Vila Portes, em Foz do Iguaçu, nas imediações da Ponte, carece da construção conjunta de políticas públicas para intervir nesse problema entre os municípios fronteiriços, na medida em que tais crianças passam a viver em situação de abandono, em condições precárias e degradantes. Aponta a pesquisadora ⁹²:

A pesquisa de campo na Vila Portes, utilizando-se de meios como as entrevistas semi-estruturadas e perguntas abertas, demonstrou a extrema precocidade com que as crianças são inseridas nestas atividades, pois foram vistos vendedores de doces muito pequenos, com faixa etária entre três a cinco anos aproximadamente.

O quadro de exploração ora descrito, marcado pela hipervulnerabilidade da criança indígena, agrava-se pela invisibilidade que lhe é inerente, uma vez até o momento inexistem políticas públicas adequadas para a superação desse problema, em vista de uma expressão particular da questão social que atinge as crianças indígenas, embora seja de conhecimento geral que a causa deste problema possa residir no esbulho das terras dos povos originários, resultando na migração compulsória desses povos e no trabalho exaustivo realizado por pessoas e crianças indígenas nas ruas. O vácuo normativo e falta de atuação do Poder Público no enfrentamento a tal prática se dá por inúmeros motivos, dentre eles a precariedade de informações sobre o tema, ao passo em que, mesmo a nível internacional, medidas de planejamento e atuação no combate ao trabalho infantil são relativamente recentes.

Apenas em 2013 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) reuniu as primeiras informações acerca do trabalho infantil no mundo, produzindo um relatório técnico sobre esta

⁹² REIMANN, Valdirene. (2013). As crianças da ponte: o trabalho de crianças e adolescentes no comércio fronteiriço de Foz do Iguaçu - Paraná. Dissertação de Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras. Universidade do Oeste do Paraná [UNIOESTE]. Foz do Iguaçu, PR, pg. 78.

problemática em que a maioria das páginas buscava orientar a captação e organização de informações em torno do assunto. A Conferência Mundial de Haia sobre Trabalho Infantil, realizada em 2010, avaliou o papel da proteção social no combate ao trabalho infantil, mas não dispôs, no relatório mencionado, qualquer informação específica acerca do trabalho realizado por crianças indígenas. Mais atento às identidades de classe e de gênero que às identidades étnicas, o referido relatório observa que “são necessários conhecimentos sobre as contingências econômicas e sociais que tornam as famílias vulneráveis ao trabalho infantil e sobre a eficácia dos instrumentos de proteção social na resposta dada a tais contingências”⁹³.

A proteção a crianças pertencentes a grupos étnicos minoritários e outras categorias vulneráveis consta do referido documento apenas de forma genérica, em sua parte final, ao tratar das perspectivas futuras, em que um dos objetivos é a inclusão, no sistema de proteção e erradicação do trabalho infantil, de grupos de crianças especialmente vulneráveis, senão vejamos⁹⁴:

Uma abordagem com sensibilidade às crianças na proteção social significa também a inclusão de grupos específicos de crianças com maior risco de utilização em trabalho infantil, tanto de um modo geral, como, de modo especial, das crianças utilizadas nas piores formas de trabalho infantil. Como já apontado neste relatório, apesar de a pobreza aumentar a vulnerabilidade das crianças ao trabalho infantil, nem todas as crianças pobres se encontram em risco igual de serem utilizadas em trabalho infantil. **Os grupos especialmente vulneráveis são as crianças órfãs ou afetadas pelo VIH/SIDA, as crianças sem cuidados parentais, as crianças de minorias étnicas marginalizadas e grupos indígenas, as crianças afetadas pelas migrações e as crianças de outros grupos social ou economicamente excluídos.** As meninas caem freqüentemente nesta categoria, por serem mais susceptíveis ao envolvimento com o trabalho infantil doméstico e outras formas de trabalho menos visíveis. As circunstâncias especiais que tornam estes grupos mais vulneráveis ao trabalho infantil devem receber uma atenção especial na fase de criação, implementação e monitorização dos esquemas de proteção social, de acordo com os princípios de igualdade de sexo e resposta às necessidades especiais contidas nas normas internacionais de trabalho. (grifo nosso)

Em tópico próprio da presente pesquisa em que será analisada mais detidamente a ausência de políticas públicas nacionais que protejam a criança indígena da exploração do

⁹³ O Relatório Técnico da OIT sobre trabalho infantil, de 2010, pode ser acessado, na íntegra, através do sítio eletrônico https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/ipecc/documents/publication/wcms_233016.pdf

⁹⁴ Relatório Técnico da OIT sobre Trabalho Infantil, de 2010, p. 71.

trabalho infantil e outras formas de violação de direitos, sob uma ótica plural que observe as particularidades culturais que lhes são próprias, será colocado em evidência a invisibilidade desta categoria no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o que se vê do Relatório Técnico produzido pela OIT é que esta invisibilidade e hipervulnerabilidade da criança indígena ainda é latente mesmo a nível internacional, onde se busca tutelar de forma genérica os direitos dos povos indígenas, sem a proposição de prognósticos efetivos quanto a este grupo social.

3.1.1 O etnoturismo e a exploração econômica da cultura

Inicialmente, cumpre esclarecer o conceito de *ecoturismo* como a prática planejada de turismo que envolve a interação entre natureza e comunidade com vistas a uma utilização sustentável do patrimônio natural e cultural, proporcionando melhoria na qualidade de vida da população envolvida, sem causar impactos negativos à sua territorialidade. Como desdobramento do ecoturismo, tem-se o *etnoturismo*, prática turística de cunho econômico que proporciona ao turista a visita e contato com as tradições, costumes e modo de viver de um determinado grupo étnico, a exemplo dos povos indígenas.

Neste aspecto, um dos maiores objetivos desta prática turística é a captação de receitas econômicas para os povos tradicionais, mediante um turismo realizado de forma adequada e regulamentada, em que se protejam os ecossistemas ameaçados, conservando-se a biodiversidade e os costumes desses povos por meio de uma aliança entre defensores ambientais, povos indígenas e sociedade. Quanto ao tema, transcrevem-se as lições de Elizabete Nogueira⁹⁵:

A atividade de ecoturismo praticada em áreas naturais pode contribuir para a conservação da área de destino e para manutenção dos valores da comunidade local. Na medida em que a filosofia do ecoturismo é o desenvolvimento sustentável, considerando tanto a diversidade biológica quanto a qualidade de vida das populações visitadas

O etnoturismo, espécie de ecoturismo, busca aproveitar o potencial turístico proporcionado por culturas diversas e distintas da cultura tradicional ocidental, divulgando a

⁹⁵ NOGUEIRA, E.M.; GHEDIN, L.M. A Pesca Esportiva como suporte para o turismo de base local no baixo Rio Branco no Estado de Roraima. Anais: XI Encontro Nacional de Turismo com Base Local – ENTBL, Niterói: 2010. pp. 781 – 896, ISSN 1808-9755.

importância e a necessidade de conservação do meio ambiente, tanto em relação ao patrimônio natural, quanto ao cultural e tradicional. Utiliza como atrativo, portanto, a identidade e a cultura de um determinado grupo étnico. Segundo estudo produzido pela Organização Mundial do Turismo em 2002, considera-se turismo étnico aquele voltado para as tradições e estilo de vida de um grupo, destacando-se o turismo nas comunidades ou enclaves específicos, em processo de desenvolvimento. Ainda, a referida obra indica que o turista procura a etnicidade como motivação para as viagens, muitas vezes para observar e/ou vivenciar experiências únicas sobre a organização social e o estilo de vida das populações visitadas.⁹⁶ A seguir, um recorte sobre o etnoturismo, extraído do site da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em 2019⁹⁷:

Mais do que a possibilidade de visitar belezas naturais intocadas, o turista em uma terra indígena tem a oportunidade de entrar em contato com línguas, narrativas, conhecimentos e comidas antes restritas a populações originárias e a uma pequena parcela de não indígenas. Esse intercâmbio gera ainda outros desdobramentos, como afirma o Coordenador-Geral de Etnodesenvolvimento da Funai, Juan Scalia. "O turismo de base comunitária em terras indígenas fortalece a autonomia dos povos, propiciando uma alternativa de geração de renda com mínimos impactos ambientais e com uma distribuição mais justa dos lucros da atividade. Valorizar os diversos atrativos ecológicos e culturais, por outro lado, também contribui para a proteção dos territórios e fortalecimento das tradições", afirmou.

Especificamente quanto ao turismo em territórios indígenas no Brasil, Sandra Corbari traz uma classificação que divide a prática em duas espécies: o turismo cultural, sendo mais abrangente e, como desdobramento deste, o turismo étnico indígena. Este último divide-se ainda em duas outras modalidades, tendo-se o turismo convencional, sob controle externo, e o turismo sustentável, de base comunitária.⁹⁸ Assim, compreende-se o turismo em territórios indígenas como todo o tipo de atividade turística que ocorre nos diferentes territórios (terra indígena, comunidades/aldeia em unidade de conservação ou em área urbana/rural), onde há o envolvimento dos agentes intermediários: lideranças/grupos de trabalhos indígenas,

⁹⁶ Introducción Al Turismo – Organización Mundial de Turismo, 2002. O acesso à integralidade da obra pode ser feito a partir do sítio eletrônico <http://www.utntyh.com/wp-content/uploads/2011/09/INTRODUCCION-AL-TURISMO-OMT.pdf>

⁹⁷ Íntegra da notícia pode ser acessada através do sítio eletrônico <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2019/etnoturismo-e-alternativa-sustentavel-de-renda-para-comunidades-indigenas-do-rio-negro>

⁹⁸ Corbari, S. D. O Turismo Envolvendo Comunidades Indígenas Em Teses e Dissertações: Retrato das Relações e dos Impactos Socioculturais. Universidade Federal do Paraná, 2015.

organizações governamentais, não-governamentais e empresas de turismo, na estruturação do turismo no território. Os papéis estabelecidos e desempenhados por cada ator da atividade são fundamentais no processo de compreensão do modelo de turismo nesses territórios.

Neste aspecto, os agentes intermediários se referem aos atores que organizam a articulação do turismo no respectivo território protegido, sejam eles da esfera pública, privada ou local. É a partir dos acordos e estruturas feitas por tais atores que se chega à relação entre turistas e comunidade indígena visitada. Tal modelo de estruturação visa minimizar os impactos socioculturais entre grupos étnicos diversos, através de uma regulamentação própria.

No Brasil, a prática ganha especial relevância e expressão através de sua regulamentação, ainda que de forma precária, por meio da Instrução Normativa n. 03 de 2015, da FUNAI, que fixa parâmetros mínimos para a exploração da atividade turística em terras indígenas, através de planos de visita⁹⁹, ao passo em que estabelece como principais objetivos da prática a valorização e promoção da sociodiversidade e da biodiversidade, por meio da interação com os povos indígenas, suas culturas materiais, imateriais e o meio ambiente, visando à geração de renda, sempre com respeito à privacidade e intimidade dos povos indígenas, nos termos por eles estabelecidos. O referido instrumento normativo tem como diretrizes gerais, *in verbis*:

Art. 4º São diretrizes gerais a serem observadas nos processos de autorização de atividades de visita⁹⁹ para fins turísticos em terras indígenas:

⁹⁹ Art. 5º da IN 03/2015/FUNAI: As atividades de visita⁹⁹ para fins turísticos em terras indígenas serão propostas mediante Plano de Visita⁹⁹, apresentado por indígenas, suas comunidades ou suas organizações, denominados para fins desta Instrução Normativa como proponentes, contendo: a) objetivos e justificativas da proposta de visita⁹⁹; b) público alvo, frequência de visitas previstas, quantidade máxima de visitantes por visita e previsão de tempo de duração por visitas; c) distribuição das competências na comunidade levando em conta aspectos sociais, geracionais e de gênero; d) parceiros envolvidos, responsabilidades e atribuições; e) descrição das atividades propostas aos visitantes; f) delimitação do roteiro objeto das atividades de visita⁹⁹, constando mapa ou croqui; g) condições de transporte, hospedagem, alimentação e atividades correlatas à visita⁹⁹ oferecidas pelo proponente aos visitantes, assim como quaisquer riscos ou eventualidades inerentes a essas condições; h) plano de negócios simplificado, contendo custos previstos para operação, manutenção e monitoramento da visita⁹⁹ e atividades correlatas, assim como previsão de receita, lucro e investimento, visando à continuidade da atividade; i) estratégia de atendimento de primeiros socorros; j) manual de conduta e boas práticas, para visitantes e para a comunidade; k) estratégia para impedir a entrada de bebidas e drogas nas comunidades indígenas e outros ilícitos; l) estratégia de gestão de resíduos sólidos; m) estratégia de monitoramento da atividade de visita⁹⁹; n) estratégia de capacitação dos proponentes. § 1 O Plano de Visita⁹⁹ não deverá incluir os procedimentos de regularização de equipamentos públicos, como pistas de pouso, vicinais ou outras, no âmbito da realização das atividades previstas. § 2 Os proponentes poderão convidar parceiros públicos ou privados de seu interesse para elaboração e execução dos Planos de Visita⁹⁹, respeitada a autonomia e os direitos dos povos indígenas, considerando, ainda, o usufruto exclusivo sobre as terras que tradicionalmente ocupam e os recursos naturais nelas existentes. § 3 Os Planos de Visita⁹⁹ deverão ser elaborados sempre sob a coordenação e reponsabilidade do proponente e contemplar a participação e o protagonismo das comunidades indígenas na elaboração, execução, percepção dos frutos, monitoramento,avaliação e revisão do plano.

- I - o respeito e o fortalecimento da identidade, usos, costumes e tradições, bem como da autonomia e das formas de organização próprias dos povos indígenas;
- II - a proposição de atividades em bases sociais, ambientais e economicamente sustentáveis;
- III - a promoção do diálogo e da cooperação entre os povos indígenas e a Funai para o controle de visitantes em terras indígenas, visando fortalecer as ações de desenvolvimento sustentável, bem como as ações de proteção territorial e ambiental das terras indígenas;
- IV - a observância do direito de consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas e do direito ao usufruto exclusivo sobre suas terras e riquezas naturais;
- V - o controle e a fiscalização do ingresso em terras indígenas pela Funai.

Em uma análise histórica, a violação aos direitos dos povos indígenas no Brasil, desde o período da colonização, representada pela exploração de mão de obra indígena e apropriação de suas terras, impactou de forma drástica as tradições e modo de viver desses povos que, forçados a uma migração compulsória, precisaram encontrar outras fontes de subsistência que não fossem decorrentes exclusivamente dos recursos naturais. Nesta perspectiva, o etnoturismo foi concebido como uma ferramenta econômica apta a captar recursos às comunidades indígenas que assim desejassem, ao passo em que, simultaneamente, teria o condão de promover e difundir a cultura desses povos.

Em que pese a concepção original desta modalidade de turismo, com base em uma “exploração sustentável da cultura indígena”, é certo que o etnoturismo também ocasionou impactos negativos no contexto social desses povos, especialmente envolvendo as crianças indígenas. Cita-se como exemplo o caso da comunidade indígena Nova Esperança, da etnia Baré, situada dentro da Reserva de Desenvolvimento Sustentável Puranga Conquista, no Rio Cuieiras, área rural do município de Manaus –AM. A atividade turística realizada na referida comunidade iniciou-se em 2000, com o recebimento de pequenas embarcações para a comercialização do artesanato local. No ano de 2005, finalmente consolidou-se nos moldes do turismo convencional, em que navios cruzeiros, com portes maiores, passaram a fazer visitas rotineiras à comunidade como parte de um roteiro turístico em que, semanalmente, levavam cerca de 200 turistas para conhecer a comunidade. Na ocasião, haviam exposições de dança com as crianças, apresentação da culinária local e venda de artesanato. Destaque-se que não havia qualquer pagamento por parte da empresa de turismo à comunidade indígena, que recebiam os turistas sob a promessa de potencializarem, assim, a venda de seus produtos.

Com o passar dos anos, o formato de turismo até então empreendido na aludida comunidade indígena demonstrou que os resultados econômicos não eram tão vantajosos como se esperavam inicialmente, uma vez que a maior parte dos lucros permanecia em poder das empresas de turismo. Assim, chegando ao fim do prazo do contrato celebrado, as lideranças indígenas da comunidade optaram pela não-renovação do mesmo. Segundo os pesquisadores Ana Rosa Guimarães e Alexandre Panosso, que realizaram um estudo detalhado *in loco* na comunidade, o modelo de etnoturismo ora descrito representa o chamado “turismo *mainstream*”, no qual a exploração da cultura indígena acaba gerando lucros para um agente externo em detrimento da comunidade. Sobre o tema, merece destaque o trecho da pesquisa que atribui a este tipo de turismo, quando feito fora dos moldes propostos, uma espécie de racismo contemporâneo¹⁰⁰:

A questão mais ampla, que sai do campo da cultura para o do desenvolvimento, é que esse modelo de turismo era baseado num sistema de exploração que os via e os mantinha apenas como objetos, subalternizando quem ‘presta o serviço’ e eliminando quaisquer responsabilidades para/com aqueles indígenas. Seria uma espécie de visão de ‘favor’ em levar os turistas para a comunidade, quando, na verdade, um necessita do outro no sistema de oferta e demanda (...). O discurso de valorização parece ser mais numa tentativa de amenizar práticas turísticas baseadas em um racismo contemporâneo, pois se constrói uma narrativa turística vinculada ao período colonial, à imagem do bom selvagem hospitaleiro, subserviente, que encontrará o turista exatamente como foi ilustrado nos livros de história do ensino básico, reforçando a história do colonizador e negando todo o processo de luta, de resistências, de reinvenções e contemporaneidades dos indígenas.

Narram os pesquisadores, ainda, que diante do quadro econômico desfavorável que se descortinou para a Comunidade Nova Esperança e o término do contrato com a empresa turística em 2010, consolidou-se a parceria entre a comunidade indígena e o Instituto de Pesquisas Ecológicas (IPÊ), que passou a realizar oficinas de sensibilização sobre o turismo em Unidades de Conservação e Turismo de Base Comunitária. Finalmente então, foi possível a promoção de um turismo participativo, envolvendo aspectos da organização comunitária, venda de artesanatos, alimentos, bebidas, canoagem com os visitantes, dentre outras atividades, reservando-se o lugar de protagonismo às lideranças indígenas da comunidade.

¹⁰⁰ PROENÇA, A. R. G. B., & PANOSSO NETTO, A. Turismo em territórios indígenas: desenvolvimento e impacto sociocultural na Comunidade Indígena Nova Esperança “Pisású Sarusawa” (Rio Cuiciras – Amazonas). Revista Brasileira de Pesquisa em Turismo. ISSN 1982-6125. 2022

Contudo, faz-se importante algumas ressalvas sobre a atividade econômica ora abordada. Não obstante o potencial econômico desta espécie de turismo e, quando realizado de forma adequada, a destinação de maiores recursos para as comunidades indígenas envolvidas, o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de um aparato normativo mais completo sobre o tema, especialmente quanto ao envolvimento e participação de crianças indígenas. Isto porque o etnoturismo tem se tornado cada vez mais comum dentre algumas etnias indígenas, que paulatinamente deixam de desenvolver suas atividades tradicionais de pesca, caça e plantio para extrair desta modalidade turística sua subsistência. No Amazonas, onde esta faceta do turismo cresceu de forma exponencial nos últimos anos, comunidades indígenas como a Dessana Tukana (localizada na Reserva Tupé, próximo a Manaus), recebem diariamente turistas que chegam em barcos fretados por empresas de turismo. Inseridas nesse contexto de exploração econômica da cultura estão as crianças indígenas da comunidade, que passam o dia se apresentando para turistas, distanciando-se cada vez mais de seus processos de aprendizagem tradicional que conjugam a tríade do *brincar – trabalhar – aprender*.

Neste contexto, a falta de uma normatividade adequada do etnoturismo, visto que atualmente tem-se apenas a IN n. 03/2015 da FUNAI, associada à ausência de políticas públicas de proteção à criança indígena e combate ao trabalho infantil, coloca a criança indígena em uma perspectiva de vulnerabilidade, na qual se questiona até que ponto a exploração econômica da cultura nestes moldes configura uma prática cultural, decorrente de tradições e costumes próprios destes povos ou, uma verdadeira exploração de mão de obra infantil.

3.2 A vulnerabilidade e invisibilidade da criança indígena no panorama brasileiro de proteção à infância

Historicamente, a exploração de crianças e adolescentes indígenas nas mais variadas atividades é um problema que remonta à época do Brasil Colônia, por ocasião da chegada dos portugueses em 1500, que não tardaram em utilizar tal mão de obra para a extração do pau-brasil e construção de vilas, utilizando-se de métodos violentos e formas de escravidão que levaram ao extermínio de determinadas etnias indígenas. Em um breve recorte da história nacional, observa-se que entre os séculos XVI e XIX, as crianças filhas de escravos indígenas foram alvo de exploração juntamente a seus familiares. Tangencialmente, igual situação se deu com os filhos de trabalhadores livres que ingressavam precocemente na cadeia produtiva das mais variadas atividades econômicas do Brasil. Desta forma, tem-se que à época da

colonização, as principais atividades econômicas, como agricultura e mineração, desenvolveram-se à custa do trabalho infantil, onde crianças, em sua maioria negras e indígenas, foram exploradas exaustivamente nas lavouras de cana-de-açúcar, tabaco, milho, além de servirem também como empregados domésticos.

Na Amazônia, a política territorialista de ocupação como forma de reforçar o domínio dos portugueses sobre a região intensificou os conflitos entre o europeu e os povos ancestrais, tendo como principais vítimas as crianças, raptadas e assassinadas sem qualquer distinção quanto à faixa etária. Neste aspecto, a violência contra as crianças indígenas assumiu, ao longo da história até os dias atuais, diversas facetas, evidenciando a vulnerabilidade desta categoria social. Destaca Sebastião Ferrarini ¹⁰¹ que, na região do Alto Solimões no Estado do Amazonas, havia antigamente um intenso comércio de prática de vendas de crianças indígenas por meio do que se chamava “regatão” (comerciantes ambulantes que viajavam em embarcações para a troca e venda de mercadorias no interior), onde costumeiramente trocavam-se crianças por mercadorias ordinárias.

O contexto histórico no qual se desenvolveu o sistema capitalista brasileiro colocou as crianças indígenas em uma categoria de discriminação agravada que perdura até os dias atuais, demandando uma atenção diferenciada pelo Poder Público que observe as particularidades deste grupo social, tão distinto dos demais grupos de crianças, seja em razão de seus aspectos culturais, que o colocou num patamar de invisibilidade diante da adoção de uma política de proteção à criança unitária, em desatenção ao direito à diferença destes povos, seja por razões históricas que sempre colocaram a criança indígena em um quadro de marginalização dos direitos fundamentais, em clara desvantagem em relação às demais categorias sociais.

Em nível internacional, o reconhecimento da vulnerabilidade das crianças indígenas vem ganhando maior destaque nos últimos anos, conclamando a atuação dos organismos internacionais voltados à proteção de direitos humanos na execução de políticas públicas que observem, de forma especial, a proteção das crianças indígenas, de modo que possam usufruir na integralidade os direitos humanos e fundamentais de que são titulares. Conforme notícia publicada pela UNICEF em agosto de 2014¹⁰², crianças indígenas continuam sofrendo privações de direitos fundamentais básicos, enfrentando diariamente quadros sistemáticos de discriminações. Em que pese os avanços significativos de proteção à infância desde a

¹⁰¹ v FERRARINI, Sebastião Antônio. Encontro de civilizações – Alto Solimões e as origens de Tabatinga. Manaus: Editora Valer, 2013.

¹⁰² Notícia extraída do site <https://acervo.socioambiental.org/acervo/noticias/unicef-criancas-indigenas-sao-deixadas-para-tras-noprogresso-de-seus-paises>

promulgação da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, crianças indígenas continuam sendo alvo da marginalização de direitos, vítimas de disparidades gritantes em todos os indicadores de desenvolvimento humano. Neste sentido, destaca-se trecho da manifestação:

“Não é admissível que, um quarto de século após afirmar os direitos das crianças em todas as partes do mundo, as nações continuem deixando para trás parcelas significativas de suas populações”, afirmou Susana Sottoli, diretora adjunta de programas para o UNICEF, na área de direitos da criança. “Está mais do que na hora de eliminar as diferenças para todas as crianças indígenas, de modo que a Convenção se torne uma realidade também para elas.”

Crianças indígenas têm uma probabilidade muito menor de conseguir frequentar a escola e ter bons resultados educacionais devido a uma diversidade de fatores, entre os quais estão pobreza, gênero, ausência de educação bilíngue, distância da escola e calendário escolar. No Peru, em 2011, por exemplo, crianças falantes de espanhol tinham uma probabilidade sete vezes maior de obter bons resultados em leitura do que crianças que falavam apenas idiomas indígenas. Na Namíbia, onde a taxa geral de frequência escolar é de aproximadamente 55%, apenas 7% das crianças que falam o idioma san estão matriculadas no equivalente ao ciclo final do ensino fundamental, e não chega a 1% a parcela daquelas que frequentam o ensino médio. Estudos mostraram que a probabilidade de participar da educação é menor para meninas indígenas do que para meninos indígenas ou meninas não indígenas.

Além disso, crianças indígenas são desproporcionalmente afetadas por violência, exploração e abusos. Na América Latina, a probabilidade de crianças indígenas serem obrigadas a trabalhar é muito maior do que as não indígenas, em parte devido aos altos níveis de pobreza.

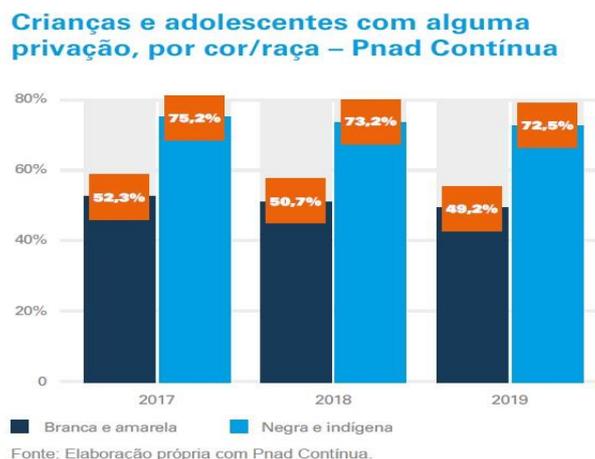
No contexto brasileiro, a situação é ainda mais alarmante. Em recente estudo publicado pela UNICEF em 2023, que analisa as múltiplas dimensões da pobreza e seu impacto na vida de crianças e adolescentes, observa-se que crianças negras e indígenas são as mais afetadas no gozo de direitos básicos como educação, alimentação, saúde e saneamento, situação esta de privação que se agravou, sobremaneira, no cenário pandêmico da COVID-19.¹⁰³ A referida pesquisa, que levou em consideração dados da última Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) de 2019, demonstra que, antes do início da pandemia, as múltiplas dimensões da pobreza já atingiam cerca de dois terços da população de até 17 anos no Brasil, totalizando um número de 32 milhões de crianças e adolescentes em situação

¹⁰³ As Múltiplas Dimensões da Pobreza na Infância e na Adolescência no Brasil, 2023, disponível para acesso no sítio eletrônico <https://www.unicef.org/brazil/media/22676/file/multiplas-dimensoes-da-pobreza-na-infancia-e-na-adolescencia-no-brasil.pdf>

de privação no país. Atualmente, diante dos impactos negativos da pandemia, os números são ainda mais preocupantes, com uma piora expressiva nos indicadores de alimentação, renda e educação no período de 2020 a 2022. Outrossim, em todas as dimensões analisadas, as desigualdades étnico-raciais apresentaram disparidades aterradoras, em que crianças indígenas e negras, no Norte e Nordeste do país são as mais atingidas, evidenciando problemas sociais estruturais que remontam ao período de colonização do Brasil e persistem até a atualidade.

Conforme mencionado, o referido estudo indica uma piora substancial nas dimensões da pobreza relacionadas à alimentação, educação e renda. Entre 2020 e 2021, o contingente de crianças e adolescentes com privação no acesso à alimentação passou de 16,1% para 25,7%. O analfabetismo também voltou a subir, assim como as privações de renda. Em 2021, o percentual de crianças e adolescentes de famílias com renda abaixo da linha de pobreza monetária extrema alcançou o maior nível dos últimos cinco anos: 16,1% (ante 13,8%, em 2017). Contudo, o que salta aos olhos não é apenas a piora nos indicadores ora ilustrados, mas o fator discriminante que afeta crianças negras e indígenas, na medida em que, em todos os anos examinados na pesquisa, há uma diferença de aproximadamente 25 pontos percentuais nos índices de privações para crianças e adolescentes negros e indígenas, em comparação a brancos e amarelos, conforme infere-se do gráfico abaixo ilustrado:

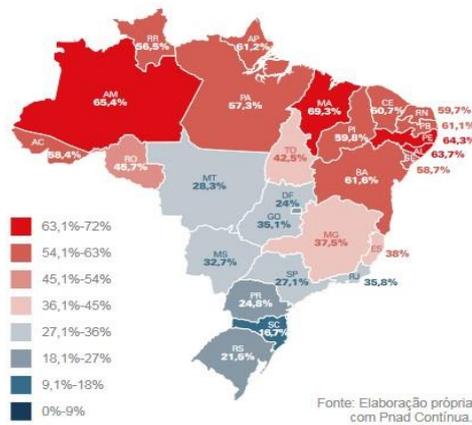
Figura 02 – Extraída do site da UNICEF



No quesito das desigualdades regionais e renda, os números não são mais apaziguadores. A pesquisa realizada indica que em 2021, tanto a privação intermediária de renda (renda familiar abaixo da linha de pobreza monetária) quanto a extrema alcançaram o maior nível em relação aos anos anteriores: 16,1% (privação extrema) e 26,2% (privação intermediária), segundo a Pnad Contínua, conforme infere-se do quadro abaixo:

Figura 03 - Extraída do site da UNICEF

Privação monetária em 2021 – Pnad Contínua

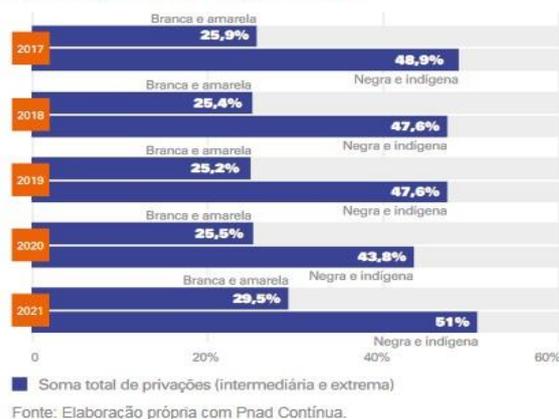


Do quadro acima ilustrado, observa-se que o Estado do Amazonas ocupa posição de destaque quanto ao índice de pobreza envolvendo crianças e adolescentes, como reflexo direto das condições econômicas locais, marcadas pela precariedade e miséria na grande parte de seus interiores que, isolados geograficamente e com pouquíssimas vias de acesso (a maioria com acesso unicamente pela via fluvial), concentram melhores condições de vida na capital, beneficiando uma parcela ínfima da população infanto-juvenil.

Ainda, o gráfico abaixo demonstra que, na dimensão da pobreza derivada diretamente das condições socioeconômicas, a desigualdade racial também é grande e estatisticamente significativa, com diferenças acima de 15 pontos percentuais em todos os anos. Em 2021, o percentual de crianças e adolescentes negros e indígenas com privação de renda era superior a 50%, enquanto o de meninas e meninos brancos e amarelos não chegava a 30%, de acordo com dados da Pnad Contínua. Abaixo, segue o quadro demonstrativo:

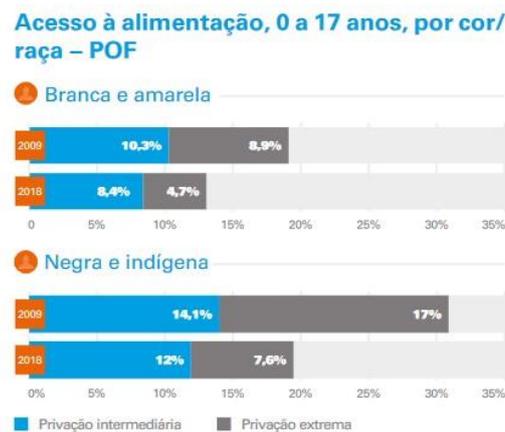
Figura 04 - Extraída do site da UNICEF

Privação monetária, 0 a 17 anos, por cor/raça – Pnad Contínua



No quesito alimentação, a queda nos índices deste marcador social que apresentou melhorias no período de 2009 a 2018 sofreu uma brusca reversão, acarretando um cenário de piora nos últimos anos, por ocasião da pandemia da COVID-19. Entre 2018 e 2021, o contingente de crianças e adolescentes privados de renda familiar necessária para uma alimentação adequada passou de 9,8 milhões para 13,7 milhões, um aumento de quase 40%. Entre 2020 e 2021, os percentuais de privação também voltaram a subir tanto para crianças negras e indígenas quanto para brancas e amarelas. Contudo, como aconteceu em outras dimensões, o aumento foi muito mais expressivo para o primeiro grupo, que passou de 19,7% para 31,2%, aprofundando ainda mais o cenário social de desigualdade e discriminação no Brasil. Abaixo, traz-se o gráfico elaborado pela UNICEF na citada pesquisa que retrata didaticamente as diferenças apontadas:

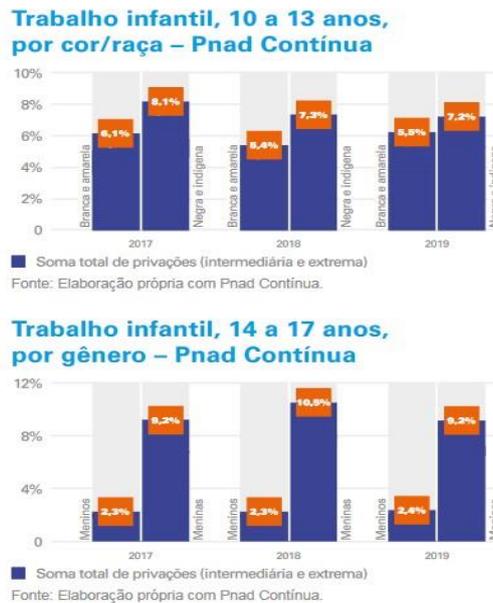
Figura 05 – Extraída do site da UNICEF



Por fim e, como um dos marcadores mais importantes para a presente pesquisa, o trabalho precoce desenvolvido por crianças e adolescentes também sofreu uma piora substancial no período pandêmico, com destaque, novamente, para as disparidades estatísticas que demonstram a maior vulnerabilidade de crianças indígenas e negras na exploração de mão de obra infantil, fruto de um processo histórico destruturante, que sempre colocou tal categoria social em um patamar de inferioridade e às margens dos direitos humanos. No Brasil, mais de 2 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos exerciam algum tipo de trabalho infantil em 2019. Deste número, entre os meninos e meninas de 10 a 13 anos, o percentual de indígenas e negros vítimas de trabalho infantil foi de 7,2%, enquanto para as crianças brancas e amarelas ficou em 5,5%. Adolescentes negros e indígenas de 14 a 17 anos também apresentaram percentuais maiores de privação do que os brancos e amarelos, de 6,1% e 4,9%, respectivamente.

Em relação às desigualdades de gênero, meninas, especialmente as adolescentes de 14 a 17 anos, são mais impactadas pelo trabalho infantil do que os meninos. Em 2019, o percentual de meninas em situação de trabalho infantil era de 9,2%, enquanto para os meninos ficava em 2,4%. Abaixo, traz-se o gráfico elaborado pela UNICEF representativo dos percentuais encontrados:

Figura 06 – Extraída do site da UNICEF



No tocante à pesquisa realizada pela UNICEF quanto ao panorama do trabalho infantil no Brasil, por idade, sexo e etnia, cumpre uma ressalva. Em razão da pandemia da COVID-19, não foi possível à Agência da ONU trazer dados mais atualizados dos últimos anos, limitando-se a pesquisa até o ano de 2019. Contudo, pesquisas do Fórum Nacional de Prevenção ao Trabalho Infantil (FNPETI) indicam uma piora substancial dos índices de trabalho infantil em razão da pandemia. As razões são as mais diversas, a exemplo do decréscimo na educação, com o fechamento de escolas, e a crise econômica diante da impossibilidade de trabalho para grande parte da população, em especial aquelas inseridas em um contexto de trabalho informal. Nos últimos dois anos é notório, ao menos no Estado do Amazonas, o aumento significativo do número de crianças em situação de rua, praticando mendicância, vendendo mercadorias em vias públicas, totalmente desacompanhadas dos pais/responsáveis.

No tocante aos povos indígenas, sua vulnerabilidade restou agravada sobremaneira neste período, haja vista a desestruturação de órgãos de fiscalização e da saúde e pelo

desmonte de políticas públicas ambientais e indigenistas, associados à gestão da pandemia da Covid-19. A grave crise humanitária dos povos indígenas da etnia Yanomami, na região amazônica, noticiada em maio de 2023, revela o cenário precário das sistemáticas violações de direitos humanos a que este povo esteve submetido. De acordo com as informações publicadas pelo Centro de Operação de Emergências (COE) dos povos Yanomami, apenas no período de janeiro a 7 de junho de 2023 foram registradas 129 mortes na área, sendo a maioria (43,4%) entre crianças de até quatro anos. Apontou-se como principal causa das mortes doenças infecciosas, principalmente pneumonia.

Os quadros assustadores de desnutrição das crianças e o precário sistema de saúde noticiado à época pela imprensa trouxeram à tona um problema social que perdura há séculos no Brasil, o da invisibilidade da criança indígena no Sistema Brasileiro de Proteção à Infância. A invisibilidade, associada à vulnerabilidade desta parcela da população, ainda em desenvolvimento, nos leva invariavelmente a refletir acerca da necessidade de se redesenhar a Doutrina da Proteção Integral da criança e adolescente, de cunho constitucional e reforçada pelo Estatuto da Criança e Adolescente, levando em consideração o papel e o lugar da criança indígena sob uma perspectiva intercultural, de modo que se possa conferir proteção a essa criança, sem que se desrespeite o seu direito à diferença.

3.3 A Doutrina da Proteção Plural e a complexidade dos desafios no enfrentamento ao trabalho infantil indígena: proteger sem ameaçar

O Estado Democrático de Direito, da base plural, consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 que, erigindo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, conferiu especial proteção a grupos sociais considerados vulneráveis, a exemplo das crianças e dos povos indígenas. Conforme abordado em tópico anterior da presente pesquisa, especificamente quanto aos povos indígenas, pode-se dizer que o constituinte trouxe substancial inovação, na medida em que passou a reconhecer, de forma expressa, o respeito à diversidade cultural, bem como às tradições, costumes, organização social e modo de vida desses povos. Finalmente, rompia-se no Brasil com a política integracionista que visava à assimilação cultural dos povos originários às tradições ocidentais.

No contexto de proteção à infância, aí incluído também a população indígena, não se pode conceber a aplicação de normas protetivas e proibitivas sem que se reflita sobre o papel da criança indígena na comunidade em que vive, bem como na maneira que esses povos

enxergam a infância. As concepções de cultura e infância não são únicas e nem universais. No caso das crianças indígenas, o processo de desenvolvimento de políticas públicas voltadas para esta categoria social, com ênfase naquelas que envolvam a erradicação do trabalho infantil, deve perpassar pela compreensão da cultura e pela concepção de infância de cada etnia, suas atividades cotidianas agrícolas ou artesanais e processos próprios de aprendizagem. O mesmo pode-se dizer sobre o aparato normativo de proteção à criança e ao adolescente no Brasil, representado pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que parte do pressuposto de um conceito unitário de criança, sem observar diferenças cruciais, a exemplo de marcadores étnico-culturais que as distinguem umas das outras.

Sob este lume, tendo como pedra de toque o multiculturalismo e a interseccionalidade das normas, Assis da Costa Oliveira propõe então um exercício hermenêutico que estabeleça um diálogo entre os direitos da criança e os direitos dos povos indígenas, partindo-se das diferentes concepções de infância para os povos tradicionais, *in verbis*¹⁰⁴:

A proposta de refletir sobre subsídios hermenêuticos e normativos orienta-se pela ideia de que o direito é produto da interpretação da norma e de que o sentido atribuído a determinadas normas pode ser enriquecido pelo diálogo com outros componentes normativos. Pensar a garantia de fundamentos hermenêuticos no âmbito dos direitos dos indígenas crianças significa situar estas crianças como habitantes de dois mundos jurídicos, os direitos indígenas e os direitos das crianças, cuja mútua influência é salutar para que se possam corrigir as ausências normativas presentes nos direitos das crianças, indicando formas de interpretação transversalizada que orientam a condução de medidas socioestatais (especialmente as jurisprudenciais e administrativas) por meio da compreensão e utilização dos principais institutos que regem os direitos indígenas e a contextualização dos mesmos na seara dos direitos das crianças

Neste particular, merece destaque o Projeto de Lei n. 295/2009 que, embora arquivado em 2011, estabelecia importantes alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069 de 1990), com a introdução de um capítulo específico acerca da criança indígena, observando-se suas particularidades culturais quando da aplicação da legislação pertinente. A proposta legislativa tinha por objetivo principal proporcionar uma transversalização entre a diversidade étnico-cultural e os direitos da criança. Neste sentido, transcreve-se o art. 69-A do PL n. 295/09:

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Assis da Costa. *Índigenas Crianças, Crianças Índigenas*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 161

Art. 69-A. A aplicação da legislação pertinente à infância e adolescência nas questões específicas de crianças e adolescentes indígenas deverá considerar a cultura, os costumes, os valores, as formas de organização social e a manifesta vontade das comunidades indígenas.

§ 1º Devem ser respeitadas as concepções dos diversos povos indígenas acerca das faixas etárias que compreendem o período legalmente estabelecido como infância e adolescência.

§ 2º Os direitos das crianças e dos adolescentes indígenas serão informados e disseminados junto às comunidades, indígenas ou não, nas quais eles vivam.

Especificamente quanto aos processos próprios de ensino e aprendizagem da criança indígena, constava da referida proposta legislativa que seria respeitada a “participação de crianças e adolescentes em atividades cotidianas de trabalho que correspondessem a processos indígenas de ensino e aprendizagem necessários ao seu pleno desenvolvimento” (art. 69-F). Ainda, importante previsão no projeto de lei dizia respeito ao funcionamento e capacitação dos conselhos tutelares, sempre que possível de representação plural, devendo observar, em suas atividades, as tradições e costumes indígenas no atendimento às crianças e adolescentes destes povos, conforme extrai-se dos artigos ora transcritos:

Art. 69-G. Os Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares dos municípios onde existam comunidades indígenas deverão estimular a presença de representantes indígenas nos respectivos conselhos, bem como garantir a participação dos membros dessas comunidades nos processos de escolhas dos conselheiros.

Art. 69-H. Conselheiros de direitos e conselheiros tutelares no atendimento à criança e adolescente indígena deverão observar os usos, costumes, tradições e organização social de cada povo indígena.

Parágrafo Único. Os poderes públicos federal, estadual e municipal deverão inserir nos programas de capacitação continuada de conselheiros de direitos e de conselheiros tutelares o conhecimento da realidade sociocultural indígena e da legislação específica.

Da leitura dos dispositivos, vê-se que o principal objetivo do Projeto Legislativo era o de invocar a diversidade cultural dos povos indígenas como parâmetro de legitimação e aplicabilidade do ECA, situando a proposta em um patamar de consideração pela cultura, costumes, valores, formas de organização social e manifesta vontade das comunidades indígenas, com decorrente valorização da autodeterminação e cidadania diferenciada

desses povos. Neste sentido, o seu arquivamento representou um verdadeiro retrocesso, agravando a situação de vulnerabilidade da criança indígena, na medida em que não se observa na legislação posta suas particularidades culturais.

A marginalização da criança indígena, vítima de sistemáticas violações de direitos humanos, potencializa-se diante de uma completa ausência de políticas públicas voltadas à tutela específica desta categoria social. Conforme dados trazidos em tópicos anteriores da pesquisa, tem se visto com muito mais frequência a substituição gradual dos processos de aprendizagem cultural por verdadeira exploração de trabalho infantil, a exemplo da matéria jornalística publicada no *Jornal Estadão*, em 2015, que noticiava casos de crianças indígenas da etnia Tikuna trabalhando como catadores de lixo no município de Tabatinga/AM.

Dados do Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil de 2014, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), organismo vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), apresenta em número as violações de direitos perpetrados contra os povos indígenas no Brasil, expondo as responsabilidades específicas dos poderes públicos, que tem se mostrado omissos diante dos conflitos, descumprindo com suas atribuições constitucionais de demarcar as terras indígenas, protegê-las e fiscalizá-las, bem como de executar políticas públicas específicas e diferenciadas de atenção aos povos indígenas.¹⁰⁵

Como exemplo emblemático de exploração de mão de obra indígena envolvendo crianças e adolescentes no Estado do Amazonas, cita-se o caso do hotel de selva *Ariau Amazon Towers*, em que um grupo de 34 adultos indígenas, além de crianças e adolescentes, da etnia Tariano, realizavam apresentações de rituais artísticos diariamente para hóspedes do hotel, que se localizava a oito minutos de lancha da aldeia indígena. Segundo dados do processo trabalhista, a remuneração paga aos indígenas consistia em um “cachê” de R\$100,00 por apresentação, dividido por todos os adultos da comunidade, enquanto que os custos dos materiais envolvidos na apresentação ficavam por conta dos membros da aldeia. Diante do quadro narrado, o Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública na Vara do Trabalho de Manacapuru, que reconheceu o vínculo empregatício e condenou o hotel ao pagamento de R\$150.000,00 a título de danos morais, em razão do uso da imagem e das condições degradantes de trabalho. A decisão de 1º grau foi mantida tanto no Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região quanto pelo Tribunal Superior do Trabalho, que

¹⁰⁵ RANGEL, Lúcia Helena; LIEBGOTT, Roberto Antônio. Governo Federal e o fomento às violências aos direitos indígenas. In: Relatório - Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – dados 2014. Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

considerou a total dependência dos membros da comunidade em relação ao hotel, de quem recebiam diesel, alimentos e condução, conforme a conveniência da parte reclamada, situação semelhante a um trabalho escravo contemporâneo.¹⁰⁶

O exemplo citado, embora date de período anterior à regulamentação do etnoturismo por meio da IN n. 03/2015 da FUNAI, não deixa de representar os aspectos negativos decorrentes de tal modalidade de turismo que, em casos de inexistência de fiscalização do Poder Público, acaba por expor crianças indígenas a inúmeros riscos, sendo o trabalho infantil apenas um deles.

Neste particular, reconhece-se a complexidade no enfrentamento ao trabalho infantil indígena, na medida em que a própria definição do que vem a ser trabalho infantil para esses povos perpassa necessariamente por uma filtragem antropológica, observando-se processos de aprendizagem próprios de suas culturas e modo de integração social da criança na comunidade. Ocorre que, no Brasil, a discussão sobre políticas públicas envolvendo o trabalho infantil indígena é praticamente inexistente, encontrando obstáculos primeiramente na identificação do trabalho infantil ante algumas especificidades sobre o tema, a exemplo do pequeno percentual da população indígena em relação à população nacional, da necessidade

¹⁰⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DESERÇÃO. Evidenciado o equívoco em que incorreu a Corte de origem ao reputar deserto o recurso de revista, impende afastar o óbice de que se valeu o Juízo de origem para denegar seguimento ao apelo. Imperioso, daí, o exame dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso denegado. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. Na hipótese, como alertou inúmeras vezes o Tribunal Regional, os indígenas são meros interessados - e não autores - resultando manifesta a irrelevância do debate acerca da legitimidade para representá-los em juízo. Com efeito, trata-se de ação civil pública ajuizada em litisconsórcio pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério Público Federal em defesa de interesses individuais homogêneos, no regular exercício de suas atribuições institucionais. Nesse passo, não resta caracterizada a propalada violação dos diversos dispositivos legais invocados nas razões de revista. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Registrada pelo Tribunal Regional a presença dos elementos caracterizadores da relação empregatícia - personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação -, bem como a presença dos poderes típicos do empregador, premissas fáticas imutáveis a teor da Súmula 126 do Tribunal Superior do Trabalho, não se divisa a suposta violação ao artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. DANOS MORAIS . À vista das peculiaridades fático-probatórias delineadas no acórdão recorrido, não se divisa a alegada violação dos artigos 5º, inciso X da Constituição da República, c/c os artigos 18, 20 e 186 do Código Civil de 2002 - o que importaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância extraordinária, a teor da Súmula 126 do TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. VALORAÇÃO DO DANO MORAL. Constata-se que o Tribunal Regional concluiu pelo acerto do valor da indenização por danos morais (fixada pela Vara do Trabalho em R\$ 150.000,00 - sendo R\$ 50.000,00 pelo uso da imagem e R\$ 100.000,00 pela exposição que deu azo aos abalos e ao sofrimento, à subordinação e à dependência), mediante o exame do substrato fático-probatório, em função do qual se conclui terem sido observados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, ante a gravidade das ofensas, condição do ofendido e capacidade financeira do ofensor. Num tal contexto, não se divisa a alegada violação do artigo 944 do Código Civil, ante a impossibilidade de reexame dos fatos e provas revelados nos autos, consoante o disposto na Súmula 126 deste Tribunal Superior. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 856404620055110201 85640-46.2005.5.11.0201, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 09/11/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2011)

de consulta e participação das organizações indígenas representativas, da maior parte da população indígena viver no meio rural, tornando mais difícil caracterizar o trabalho infantil, bem como da falta de programas específicos envolvendo as crianças indígenas sob uma perspectiva plural.

As dificuldades ora ilustradas por certo constituem um desafio a ser superado pelo Poder Público quando da tutela dos direitos da criança indígena, em uma política de erradicação do trabalho infantil. Contudo, não podem servir de justificativa para uma completa omissão do Estado, que tem por dever constitucional a proteção prioritária de crianças e adolescentes, através de uma responsabilidade tripartite compartilhada entre a família, a sociedade e as instâncias públicas. Quanto ao tema, transcrevem-se as lições de Edmilson Nascimento:

No caso das crianças indígenas, o processo de desenvolvimento de políticas públicas envolvendo trabalho infantil indígena deve perpassar pela compreensão da cultura e pela concepção de infância de cada povo, suas atividades cotidianas agrícolas ou artesanais e processos de aprendizagem próprios de cada comunidade.

Esse pode ser o ponto de partida para, a partir daí, definir o que são atividades formativas e o que se trata de atividades que acarretam exploração das crianças ou danos à saúde. Além do que, criar-se-á o caminho para se estabelecer um diálogo fecundo entre aspectos culturais dos modos de aprendizagem da criança indígena e a proteção das crianças indígenas, pois, se de um lado é refutável o desrespeito aos processos de aprendizagem enquanto patrimônio cultural de uma etnia, de outro, deve refletir sobre a legitimação de formas de expressão culturais que possam representar exploração das crianças, por meio de cargas excessiva de trabalho ou até violência.

O problema é complexo e demanda uma visão calcada na multidisciplinaridade sobre a questão, pois envolve muitos aspectos, destacando-se dentre estes, os enfoques jurídicos, sanitários, étnico-culturais, sociais e econômicos, etc.

Neste sentido, pontua o referido autor que, conquanto seja reconhecida a tradicionalidade do método próprio de aprendizagem dos povos indígenas que introduz a criança ao trabalho desde cedo, como forma de inseri-la no contexto sociológico da comunidade, reforçando-se traços de sua cultura, há situações que demandam reflexão, como por exemplo, quando as atividades brincadeiras/trabalho da criança indígena transpõem o limite do que seja um processo tradicional de aprendizagem e pode ser considerado trabalho infantil. Não faz parte da cultura desses povos, por exemplo, a colocação de crianças

indígenas desacompanhadas dos pais e totalmente vulneráveis, em vias públicas, desempenhando a venda de produtos agrícolas ou outras mercadorias. Via de regra, o comércio de artesanato e excedentes agrícolas é realizado em conjunto pelos membros da família, com crianças sempre acompanhadas de seus responsáveis.

Ainda, em um contexto de exploração econômica da cultura, questiona-se igualmente se a apresentação diária de crianças indígenas em representações artísticas para turistas, sem acesso à educação e demais direitos básicos, configuraria uma efetiva prática cultural ou um verdadeiro trabalho infantil mascarado por um etnoturismo que se sustenta no Brasil sob um discurso de diversidade cultural e captação de recursos para comunidades indígenas. Neste aspecto, merece destaque a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI), de 2008, *in verbis*:

Art. 17

1. Os indivíduos e povos indígenas têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos estabelecidos no direito trabalhista internacional e nacional aplicável.
2. **Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou que possa ser prejudicial à saúde ou ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança, tendo em conta sua especial vulnerabilidade e a importância da educação para o pleno exercício dos seus direitos.**
3. As pessoas indígenas têm o direito de não serem submetidas a condições discriminatórias de trabalho, especialmente em matéria de emprego ou de remuneração. (grifo nosso)

O referido instrumento normativo internacional traz a ressalva, em seu dispositivo final, de que todos os direitos enunciados na carta devem respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, limitando-se apenas às restrições legais e às obrigações internacionais em matéria de direitos humanos (art. 46). Com isso, conclui-se que, inobstante o respeito às tradições e costumes destes povos, em matéria de trabalho infantil, deve o Estado fiscalizar e combater qualquer prática que possa comprometer a saúde ou o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança indígena, levando em consideração sua vulnerabilidade e processo de maturação. A omissão do Poder Público neste aspecto, associada a uma completa ausência de políticas públicas que observem a condição diferenciada da criança indígena enquanto categoria social constitui, por si só, violação aos

direitos humanos e fundamentais destes povos, na medida em que agravam sua vulnerabilidade e invisibilidade social.

Por fim, conforme ensina Vicente Barreto, em uma sociedade multicultural deve-se atingir um espectro ideal de dignidade da pessoa humana, sob a visão de que, muito embora o ser humano seja dotado de diferentes capacidades naturais, seja possível o estabelecimento de parâmetros mínimos para a concretização dos direitos humanos.¹⁰⁷ Assim, sob uma perspectiva dialógica e pluralista, a Doutrina da Proteção Integral da Criança daria lugar à construção de uma Doutrina Plural da Proteção, reservando-se um espaço de protagonismo para a criança indígena, até então invisibilizada pelas normas generalizantes, protegendo-a em todos os espectros, sem que se ameace sua identidade étnico-cultural.

¹⁰⁷ BARRETO, Vicente Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In*: BALDI, César Augusto. Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo da presente pesquisa, o sistema jurídico brasileiro consolidado à luz da Constituição Federal de 1988 fundamenta-se no pluralismo e na diversidade, afastando a visão até então adotada em textos anteriores que privilegiavam o etnocentrismo ocidental. Ganham lugar de destaque, assim, categoriais sociais até então invisibilizadas no direito brasileiro, a exemplo das crianças e adolescentes, cujo reconhecimento da condição de seres em desenvolvimento impõe ao Estado o dever de proteção com a máxima prioridade. Igualmente, os povos indígenas passaram a ter reconhecido, em sede constitucional, o direito à diferença étnico-cultural e o direito à autodeterminação segundo seus costumes e tradições.

Neste aspecto, pode-se dizer que a Carta Constitucional em vigor inaugurou uma nova era na tutela de grupos sociais vulneráveis, conferindo um espaço de protagonismo na defesa de categoriais que, em razão de particularidades próprias, demandam especial atenção do legislador. No campo da infância, a CF/88 representou a superação da Doutrina da Situação Irregular, que enxergava a criança como objeto de tutela e intervenção do Estado, para dar lugar à Doutrina da Proteção Integral, sedimentada pelo ECA em 1990, que reconhece a criança como sujeito prioritário de direito.

Partindo então da compreensão de que as normas de proteção à infância devem conceber crianças e adolescentes como cidadãos plenos, porém sujeitos a uma tutela jurídica específica, tendo em vista a condição de pessoas em desenvolvimento físico, psíquico e moral, a Doutrina da Proteção Integral assegura, através da CF/88 e do Estatuto da Criança e Adolescente, uma série de mecanismos e garantias para que se concretize, na prática, a tão aclamada proteção integral da infância, em todos os seus aspectos. Com efeito, como decorrência direta da política de promoção da dignidade da pessoa humana e da Doutrina da Proteção Integral, o Texto Constitucional passou a proibir, expressamente, o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (art. 7º, inc. XXXIII, CF/88).

A norma proibitiva em comento vai ao encontro dos instrumentos internacionais de proteção à criança, a exemplo da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, de 1989, da Convenção n. 138 da OIT, de 1976 e Convenção n. 182 também da OIT, de 1999, que atribuem efeitos nocivos ao trabalho precoce desempenhado por crianças, em claro prejuízo ao seu desenvolvimento físico, psíquico e moral. Contudo, em um Estado pluralista em que convivem diversos grupos sociais de cultura e etnias diferentes, a referida norma deve ser

aplicada com ressalvas. Isto porque a concepção de infância não é única e nem universal, sendo a definição do que é ser criança uma construção social, concebida em um contexto cultural específico, que pode sofrer variações no âmbito de grupos sociais com percepções e tradições diferentes, a exemplo dos Povos Indígenas.

Estudos etnográficos realizados ao longo do tempo revelam um processo próprio de aprendizagem das crianças indígenas, inseridas em um contexto de trabalho desde a mais tenra idade, através do qual aprendem as tradições de seu povo, além de contribuir como um elemento de integração social. Assim, desde cedo, as crianças costumam auxiliar os pais e demais membros do grupo em variadas atividades, a exemplo da pesca, trançado, caça, colheita e plantio. Já dizia Rodrigues Pereira em sua obra *O livro de brincadeiras do povo Tikuna*, que “índio, já, desde pequeno, brinca de trabalhar. Seu brinquedo é, conforme o sexo, o instrumento de trabalho do pai ou da mãe. O índio que brinca de trabalhar, depois vai trabalhar brincando”. Em uma tríade que conjuga o brincar – trabalhar – aprender, o referido trecho ilustra, com sensibilidade, o trabalho da criança indígena como forma de reprodução cultural e desenvolvimento infantil no contexto de sua comunidade, bem como as lentes utilizadas por estes povos para enxergar o papel da criança. Neste aspecto, evidenciando-se a aprendizagem, o trabalho desempenhado pelas crianças indígenas constitui um marcador étnico-cultural que não pode ser confundido com o trabalho infantil exercido pela criança branca, cuja norma proibitiva tem assento constitucional.

Não obstante, deve-se levar em consideração as substanciais mudanças estruturais no cotejo das relações sociais, resultantes de um processo de colonização integracionista e da introdução de um sistema capitalista de produção em que o uso predatório dos recursos naturais pelo europeu acabaram por ocasionar um verdadeiro êxodo dos povos indígenas e consequente deslocamento de famílias para centros urbanos, tornando difícil a manutenção dos modos tradicionais de trabalho e subsistência desses povos. Diante de políticas públicas excludentes que marginalizaram ainda mais os povos indígenas do usufruto de um patamar mínimo de direitos, o que se observa nos dias de hoje é uma substituição gradual de um processo outrora considerado aprendizagem cultural para as crianças indígenas, por um verdadeiro trabalho infantil. Desta forma, atividades desempenhadas por crianças indígenas que transponham o aspecto cultural (a exemplo do trabalho em condições degradantes, como em lixões municipais) por certo devem ser fiscalizadas e combatidas pelo Poder Público.

Especificamente em relação ao Estado do Amazonas, dados do Fórum Estadual de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalho do Adolescente no

Amazonas (Fepeti-AM), apontam que o referido estado tem o maior índice de trabalho infantil relativo à média nacional. No ano de 2019, a população estimada na faixa etária de 5 (cinco) a 17 (dezesete) anos no estado era de 937.193 (novecentos e trinta e sete mil e cento e noventa e três), e havia aproximadamente 56.600 (cinquenta e seis mil e seiscentas) crianças e adolescentes na mesma faixa etária em situação de trabalho infantil, conforme aponta a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (Pnad). Quanto ao fator étnico como elemento discriminante, em recente estudo publicado pela UNICEF em 2023 acerca das dimensões da pobreza na infância, observa-se um percentual expressivamente superior de crianças negras e indígenas submetidas ao trabalho infantil e outras formas de violação de direitos, evidenciando-se sua condição de hipervulnerabilidade frente às demais crianças.

Neste particular, reconhece-se a complexidade no enfrentamento ao trabalho infantil indígena, na medida em que a própria definição do que vem a ser trabalho infantil para esses povos perpassa necessariamente por uma filtragem antropológica, observando-se processos de aprendizagem próprios de suas culturas e modo de inserção da criança na comunidade. Ocorre que, no Brasil, a discussão sobre políticas públicas voltadas para a proteção da criança indígena em um contexto de erradicação do trabalho infantil é praticamente inexistente. Um discurso superficial calcado no direito à diversidade cultural não pode dar espaço a práticas laborais que exponham a criança indígena a situações de risco, comprometendo o seu desenvolvimento físico, psíquico e moral. Neste sentido, a própria Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (DNUPI) de 2008 impõe aos Estados a adoção de medidas específicas que protejam as crianças indígenas da exploração econômica ou quaisquer outros tipos de trabalho que lhes possam ser prejudiciais à saúde (art. 17).

O contexto não é simples e os desafios para a tutela e proteção da criança indígena contra práticas consideradas exploratórias são enormes, demandando uma visão multidisciplinar sobre a questão. Contudo, a inércia e omissão do Poder Público neste aspecto, associada a uma completa ausência de políticas públicas que observem a condição diferenciada da criança indígena enquanto categoria social constitui, por si só, violação aos direitos humanos e fundamentais destes povos, na medida em que agravam sua vulnerabilidade e invisibilidade social.

Em uma sociedade multicultural em que a erradicação ao trabalho infantil é uma meta globalmente compartilhada, aspectos fundamentais da concepção de infância para os povos indígenas no Brasil devem ser observados, ao passo que práticas exploratórias que potencializem a vulnerabilidade da criança indígena devem ser combatidas através da adoção de políticas públicas de ordem plural, dialógica e intercultural, que protejam a criança

indígena sem ameaçar sua identidade étnico-cultural. Em um cenário de vulnerabilidade agravada da criança indígena, tal como o ilustrado no último capítulo desta pesquisa, uma releitura do Estatuto da Criança e Adolescente sob uma perspectiva inclusiva e plural, com a capacitação de forma específica e diferenciada da rede de apoio de proteção à infância, a exemplo dos conselhos tutelares, nunca foi tão necessária para fins de concretização de um dos princípios mais caros à pessoa humana, qual seja, a isonomia substancial.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Martha; MARTINEZ, Alessandra Frota. **Olhares sobre a criança no Brasil: perspectivas históricas**. In: RIZZINI, Irene (org.). *Olhares sobre a criança no Brasil: séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Universidade Santa Úrsula/Amais, 1997
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**; Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014
- ALMEIDA, Roger Luiz Paz. **Acesso à Justiça na Amazônia: Desafios e perspectivas à Luz do Neoconstitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 2021.
- ALTMAN, Raquel Zumbano. Brincando na história. In: PRIORE; Mary Del. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2018.
- ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 2, dez. 2001
- ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branco”s: o direito à diferença**. Ministério da Educação, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.
- BALDI, César Augusto. As múltiplas faces do sofrimento humano: os direitos humanos em uma perspectiva multicultural. In: BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BANIWA, Gersem. Autonomia Indígena no Brasil: desafios e possibilidades. In: DUPRAT, Débora. **Convenção 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; Oliveira, Guilherme de (Orgs.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- BARRETO, Vicente Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm> Acesso em: 26mai. 2021.

_____. Crianças indígenas são deixadas para trás no progresso de seus países. UNICEF, 2014. Disponível em: <<http://www.unicef.org/brazil>>. Acesso em: 21 mai 2021.

_____. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/Eventos/IIIConferencia/conv_169.pdf>. Acesso em: 26mai. 2021.

_____. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador**. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. – 2. ed.– Brasília : Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de dezembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 26 Mai. 2021.

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

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2017

DEL PRIORE, Mary. **O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império**. In: DEL PRIORI, Mary (org.) História das Crianças no Brasil. 7ª ed. 1ª reimpressão, São Paulo Contexto, 2013.

FAJARDO, Yrigoyen Raquel. **De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación**. *Amazônica* - Revista de Antropologia, Belém, UFPA, v. 1, n. 2, 2009.

GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo Tarso. Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba: Juruá, 2016.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1967.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

LIEBEL, M. **Infancia y trabajo en culturas no-occidentales. El rendimiento de la**

investigación etnológica y antropológica. In: LIEBEL, M. Infancia y Trabajo: para una mejor comprensión de los niños y niñas trabajadores de diferentes culturas y continentes.

Lima: IFEJANT, 2003.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **Multiculturalismo e direitos coletivos.** In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Válério D. O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELATTI, Júlio Cezar. 2011. Capítulo 15. Alto Amazonas. **In: Áreas etnográficas da América Indígena.** Página eletrônica elaborada por Júlio Cezar Melatti. Disponível em: <<http://www.juliomelatti.pro.br/areas/15altama.pdf>>. Acesso em: 26 Mai. 2021.

MENEZES, Rafael da Silva. **Democracia Brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. A influência do direito internacional no processo de erradicação do trabalho infantil. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, v. 23, p. 178, 2018.

NAÇÕES UNIDAS, **Declaração e Programa de Ação de Viena,** 1993. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em 12 de dez. 2022.

NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em 12 de dez. de 2022.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A Autodeterminação dos Povos Indígenas Frente ao Estado.** Tese de Doutorado pela PUCPR. Curitiba, 2016.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Indígenas crianças, crianças indígenas: perspectivas para uma construção da doutrina da proteção plural.** Curitiba: Juruá, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PROENÇA, A. R. G. B., & PANOSSO NETO, A. **Turismo em territórios indígenas: desenvolvimento e impacto sociocultural na Comunidade Indígena Nova Esperança “Pisasú Sarusawa” (Rio Cuieiras – Amazonas).** Revista Brasileira de Pesquisa em

Turismo. ISSN 1982-6125. 2022

RAMOS, A. **Sociedades Indígenas**. 5ª edição. São Paulo; 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

RANGEL, Lúcia Helena; LIEBGOTT, Roberto Antônio. Governo Federal e o fomento às violências aos direitos indígenas. In: **Relatório - Violência contra os Povos Indígenas no Brasil** – dados 2014. Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

REIMANN, Valdirene. (2013). **As crianças da ponte: o trabalho de crianças e adolescentes no comércio fronteiriço de Foz do Iguaçu - Paraná**. Dissertação de Mestrado em Sociedade, Cultura e Fronteiras. Universidade do Oeste do Paraná [UNIOESTE]. Foz do Iguaçu, PR.

RODRIGUES PEREIRA, Jhones. **O livro de brincadeiras do povo Tikuna**. Ministério da Educação. 2011. Vol. Único. AMAZONAS. Secretaria de Estado de Cultura. Gerência de Acervos Digitais.

RIBEIRO, Berta Gleizer. **O índio na história do Brasil**. 10.ed. São Paulo: LP&M, 1996.

RIZZINI, Irene. **A criança e a Lei no Brasil**. Rio de Janeiro. 2000, ED. USU.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SEMPRINI, Andréa. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

SILVA, Aracy Lopes, MACEDO, Ana Vera L.S. **Pequenos xamãs: crianças indígenas, corporalidade e escolarização**, em Crianças Indígenas, Ensaios Antropológicos, SP, Ed. Global, 2002.

SILVA, Heloísa Helena Corrêa da. Proteção social e questão social dos indígenas urbanos em cidades transfronteiriças do Alto Solimões. In: HORBATH, Jorge E.; GRACIA, MaríaAmalia. **La cuestión indígena en las ciudades de las Américas**. Imprenta Dorrego, 2018.

SILVA, Cristhian Teófilo da. **Crianças e adolescentes indígenas em perspectiva antropológica: repensando conflitos éticos interculturais**. *Revista Bioética*, [S.l.], v. 20, n. 1, mai. 2012. ISSN 1983-8034. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br>>.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SORIANO, Ramón. **Interculturalismo. Entre liberalismo y comunitarismo**. Córdoba: Almuzara, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Coleção Pensando o Direito no Século XXI, Vol. V. Florianópolis, SC: Ed. Fundação Boiteux, 2012.