



Ação Trabalhista - Rito Ordinário Nº 0000329-31.2014.5.11.0053 TRT 11

PROCESSO: 0000329-31.2014.5.11.0053.

AUTOR: EBER LEON PEREIRA PIRES.

RÉ: MISSAO EVANGELICA CAIUA

Vistos e analisados estes autos.

I - RELATÓRIO

EBER LEON PEREIRA PIRES propôs **RECLAMAÇÃO TRABALHISTA** em face de **MISSÃO EVANGÉLICA CAIUA**, partes qualificadas, formulando os pedidos encartados em petição inicial distribuída eletronicamente (Id. 1359351).

Afrontando a pretensão autoral, houve a reclamada por apresentar defesa eletrônica sob a forma de contestação, entendendo incabíveis os pleitos formulados (Id. 1692265).

Produzida prova documental. Declarado o encerramento da instrução processual. Razões finais remissivas. Tentativas de conciliação rejeitadas. Designada pauta para julgamento.

II - FUNDAMENTOS

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Acolhe-se.

É que estão preenchidos os requisitos delineados no art. 790, § 3º, da CLT. Aliás, consoante entendimento pacificado pelo TST, nas Orientações Jurisprudenciais 269 e 331, da SBDI-1, a declaração de miserabilidade pode ser efetuada a qualquer tempo e através de procurador na própria exordial, sendo desnecessário, para tanto, a outorga de poderes especiais.

MÉRITO

Alega o reclamante, em síntese, ter firmado contratado com a reclamada na data de 1.2.2013 por prazo indeterminado, para exercer a função de enfermeiro de área I, mediante à percepção de salário mensal na ordem de R\$5.824,00 (cinco mil, oitocentos e vinte e quatro reais).

Aduz, em seguida, que a despeito da

contratação de jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, “acabava por exceder esse período, já que imprevistos de diversa natureza ocorriam impossibilitando a manutenção do quantitativo necessário para a consecução das atividades”, sendo que além de “realizar vários atendimentos no período noturno sem que fossem pagas horas extraordinárias ou adicionais noturnos”, passando, assim, segundo notícia, “a laborar 36 horas e folgar apenas 12 horas sem que fossem cumprido o que estabelece as normas da CLT em seus art. 71 §4º”.

Assevera, empós, que além de “desenvolver atividades inerentes a sua profissão, na área de enfermagem, passou a exercer a função de coordenação técnica e supervisão do pólo base, sem que nenhum tipo de reajuste salarial fosse incorporado a sua remuneração”, sem prejuízo de que “realizava diversos procedimentos com as mínimas condições de segurança”, evento que teria o condão de “acarretar risco a saúde” de sua pessoa, porquanto passou a “desenvolver suas atividades de maneira precária, fatos estes que vão de encontro o que estabelece a RESOLUÇÃO COFEN -278/03”.

Clama, então, ao final, pela condenação da reclamada na obrigação de pagar a quantia de R\$75.810,00 (setenta e cinco mil, oitocentos e dêz reais) a título de horas trabalhadas em regime extraordinário, adicional de insalubridade, adicional noturno e defasagem salarial em razão da inaplicabilidade por parte da reclamada das disposições encartadas no Decreto Federal n. 7.395/2010.

Afrontando a pretensão autoral, alegou, a reclamada, por sua vez, em aligeirado resumo, no tocante à alegada jornada de trabalho, que o reclamante fora contratado para exercer labor “como trabalhador externo, nos termos do artigo 62, I, da CLT”, conforme anotação constante da Carteira de

Trabalho e Previdência Social, sendo que os trabalhadores externos “que prestam serviços de atenção à saúde indígena nas aldeias, trabalham um período de escala de lotação de 20 dias no campo e 10 dias de descanso em suas residências na cidade, por esta questão, que o reclamante não possuía o seu controle de jornada, devido a complexidade e a impossibilidade de fixar, pois estar em área indígena já demonstra a dificuldade e a enredamento de isso acontecer”.

Quanto à alegada execução de labor em condições ambientais precárias, aduziu a reclamada que o local de execução do trabalho se constitui no “local de vivência da comunidade indígena, é a “casa deles””, sendo vedada a sua pessoa “por força de norma supralegal atender as condições dos povos indígenas, consubstanciado no artigo 231 da magna carta”.

Por fim, no que tange a alagação de defasagem salarial, asseverou, a reclamada, que o Decreto a que se apegou o reclamante “estabelece a forma de remuneração para as contratações temporárias, voltadas para as atividades de assistência à saúde relacionadas as comunidades indígenas, de que trata a Lei n. 8.745/1993”, a qual dispõe exclusivamente acerca da contratação de pessoal por tempo determinado pelos órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas, quando há necessidade temporária de excepcional interesse público, diferentemente da relação mantida entre as partes, registra a reclamada.

Propugna ao final, então, a reclamada, pela rejeição integral dos pleitos obreiros.

Como é cediço, “ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal.^{1º}”

1 RSTJ 48/136.

Imperiosa se faz à aplicação ao caso em tela do preceito contido no art. 333 do CPC que se harmoniza integralmente com o disposto no art. 818 da CLT.

Pelas aludidas regras, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

À análise.

No que se refere aos pedidos cuja causa de pedir consiste na execução de labor em caráter extraordinário, tem-se que, com efeito dispõe o art. 62, inc. I, da CLT, *verbis*:

Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; [...]

Segundo o artigo 131 do CPC, ao juiz cabe apreciar livremente as provas, formando sua convicção de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos.

Convencido restou o Juízo do fato de que a reclamada não podia fazer, de forma alguma, como de fato não o fez, o controle da jornada do reclamante, sendo certo que a excepcionalidade prevista no referido art. 62, inc. I, da CLT, transcrito em linhas precedentes, tem por fim exatamente albergar tais eventos.

Ressalte-se que do Contrato de Trabalho que descansa junto ao Id. 1692271, notadamente da cláusula 2, vê-se que o reclamante simplesmente se obrigou a se submeter à jornada de trabalho na condição

de trabalhador externo, exatamente nos termos do art. 62 da CLT, inexistindo qualquer fixação no tocante ao início e/ou término do labor, vale dizer, sequer houve delimitação de horário para execução dos serviços.

Nessa perspectiva, entende, o Juízo, por insubsistentes os pleitos autorais, na medida em que fulcrados em um controle de jornada que, verdadeiramente, inexistiu. Nesse sentido, trazem-se à colação os seguintes arestos, que se ajustam com acurada harmonia ao caso em exame, *verbis*:

HORAS EXTRAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA. Não possuindo o trabalhador qualquer controle de jornada por parte do empregador, nem comprovando de forma robusta que laborava além da jornada legal, impossível acolher pedido de pagamento de horas extras.

(CLASSE RO. ORIGEM 1ª VARA DO TRABALHO DE PORTO VELHO-RO. RELATOR(A) JUÍZA FLORA MARIA RIBAS ARAUJO. PUBLICAÇÃO DOJT n.DJE-Anexo 011, de 17/01/2003)

HORAS EXTRAS. IMPROCEDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA NORMA CELETISTA. Comprovado que o empregado atendia os requisitos cobrados pelo artigo 62, inciso I, da CLT, são indevidas as horas extraordinárias pleiteadas.

(PROCESSO 00085.2003.031.14.00-9. CLASSE RO. ORIGEM VARA DO TRABALHO DE ARIQUEMESRO. PROLATOR(A) JUIZ CARLOS AUGUSTO GOMES LÔBO. PUBLICAÇÃO DOJT n.088, de 27/08/2003)

Não fosse bastante, tem-se que, além da ausência de fiscalização quanto à execução do trabalho, tem-se que o reclamante houve

por se submeter à escala de 20 dias de trabalho por 10 dias de descanso.

No que toca à alegada execução de labor em condições ambientais precárias, colige-se que a República Federativa do Brasil, enquanto Estado democrático e social de direito tem, dentre outros, fundamentos na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa (art. 1º), sendo objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º), sendo que, ao prever as garantias individuais e coletivas fundamentais afirmou o direito à igualdade (art.5º), detendo-se na previsão de direitos sociais - educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e, assistência aos desamparados (art. 6º) -, que devem ser compreendidos como fatores de inclusão social e pleno exercício da cidadania.

Com efeito, o art. 200, inc. VIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que no meio ambiente está inserido o do trabalho, e, como tal, demanda proteção, além do disposto no art. 7º, inc. XXII, que trata da segurança e da medicina do trabalho, fazendo-se necessário registrar, nessa linha de pensamento, o disposto no art. 2-2 da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, no sentido de que todo Membro que a ratificasse poderia, mediante consulta prévia, tão cedo quanto possível, às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas, “excluir parcial ou totalmente da sua aplicação categorias limitadas de trabalhadores que apresentariam problemas particulares para sua aplicação”.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, por sua vez, impõe que se observem, em todos os locais de trabalho, as normas de segurança e saúde no trabalho. Referidas normas podem estar inscritas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos ou podem ser oriundas de convenções coletivas de trabalho (art. 154).

De outra parte, houve a referida Carta Magna por reconhecer “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231), enquanto que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu art. 34, dispôs que os “povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, **práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos**, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos”. (grifou-se)

Na mesma linha, dispôs o art. 8º da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, no sentido de que ao **“aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”** (inc. 1) e, ainda, que referidos **“povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”** (inc. 2), ressaltando, enfim, que **“sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na**

aplicação deste princípio” (inc. 3)².(grifou-se)

Pontuou a referida Convenção, ainda, ao tratar da contratação e condições de emprego dos povos indígenas, a adoção pelos governos de medidas impeditivas de discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, destacando-se, dentre outras, a “assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação” (art. 20, alínea c).

A seu turno, a norma inscrita no art. 1º da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, assinalou no art. 6º que serão “respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”.

Urge pontuar que a citada Lei, sob o enfoque das condições de trabalho, nomeadamente no que se refere aos

2 El artículo, en sustres apartados, establece el marco dentro del cual cada estado ha de resolver las cuestiones que plantea la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes. En primer lugar, la aplicación del derecho estatal deberá «tomar en consideración» la especificidad indígena. Además, los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener sus propias normas e instituciones y el estado debe establecer procedimientos para solucionar los conflictos. El párrafo final deja aclarado que la aplicación de tales principios no puede fundamentar ninguna discriminación en perjuicio de los pueblos indígenas”. (SALGADO, 2006, p. 115)

trabalhadores indígenas, esboça a manutenção e preservação da vida comunitária nas aldeias, ao prever no art. 14 que não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, “aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social”, sendo permitida, todavia, **“a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio” (parágrafo único)**, devendo ser “estimulada a realização de contratos por equipe, ou a domicílio, sob a orientação do órgão competente, de modo a favorecer a continuidade da vida comunitária” (art. 16, § 1º). (grifou-se)

Não se ousa defender a existência de uma colisão excludente entre as referidas normas, porquanto se mostra plausível uma solução calcada na flexibilização da legislação trabalhista mediante aplicação subsidiária nas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas - local de trabalho -, exceto naquilo em que for incompatível com a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, implicando, portanto, em uma adaptação material frente ao direito próprio dos referidos povos, porquanto, conforme Carlos Frederico de Souza Filho Marés, a “Constituição brasileira vigente reconhece aos índios o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, sendo que, por originário, “quer dizer que o direito dos índios é anterior ao próprio direito, à própria lei” (MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 122).

E acresce:

A terra indígena é propriedade da União, logo, bem público. No direito brasileiro os bens públicos são de três categorias, os dominicais, os de uso especial e os de uso comum do povo. [...] Longe destas três categorias, a terra indígena é indisponível ao poder

público, não passível de utilização por ele, e vedada ao uso comum de todo o povo brasileiro, mas tão-somente ao uso do próprio povo indígena, segundo seus usos costumes e tradições. Não é portanto, categoria de terra pública. Não é tampouco terra particular, privada, da comunidade ou povo indígena. Sendo assim, não se enquadra no conceito dogmático de propriedade, propriedade não é. Mas, se dentro dela não é passível a existência da propriedade privada, individual, segundo o conceito da lei, porque já está definida como domínio da União, é passível a apropriação individual segundo os usos costumes e tradições do povo que ali habita. Usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito. Ora, a apropriação individual ou coletiva, de um grupo familiar, ou de um gênero, se fará então, segundo o direito indígena, que resolverá os eventuais conflitos que ali se estabelecerem. É vedado, portanto, o exercício do direito brasileiro de propriedade dentro das terras indígenas, mas, ao contrário, são cogentes as normas do direito consuetudinário indígena. (MARÉS, 2001, p. 123)

A autorização legal tem por fim exatamente atender ao direito fundamental dos povos indígenas à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e, enfim, aos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Logo, ao se aplicar o Direito nacional do Estado aos povos indígenas e, portanto, culturalmente diversos, abandonando o direito próprio, à mingua de consulta prévia, institui-se um modelo cujo nascedouro destoa da cultura que se lhe mostra peculiar, eliminando a própria cultura, além de distorcer princípios milenares, ensejando uma protrusão na estrutura social, constituindo-se, assim, ilegítimo.

Pode-se conceber, nesse contexto, que a permissão inscrita no parágrafo único do art. 14 do Estatuto do Índio inerente aos trabalhadores indígenas, de “adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio”, mostra-se aplicável aos demais trabalhadores, encerrando, assim, a aplicação subsidiária da legislação trabalhista mediante a conformação ao Direito próprio dos povos indígenas, visto que patente a colisão de direitos fundamentais, na medida em que um direito afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental, sendo necessária a busca de uma convivência harmoniosa entre as normas.

Não se deve raciocinar, portanto, nessa linha de pensamento, na existência de conflito de normas, visto que se trata de caso típico de colisão que admite conformação do direito fundamental da saúde e segurança dos trabalhadores, mediante flexibilização do Direito do Trabalho, aplicando-se-lhe subsidiariamente ao Direito próprio dos povos indígenas, mediante prévia consulta.

Em linha de coerência com os comandos encartados nos arts. 200, inc. VIII, 7º, inc. XXII, e 231, da Constituição Federal de 1988, para além de um “conflito”, existe harmonização, porquanto, segundo perfilha a doutrina nacional, a Constituição abaliza a concepção de que as classes de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo concorde mediante influências recíprocas, cabendo ao intérprete/aplicador adotar a “interdependência metódica” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenéutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p 105) entre a norma princípio de proteção da segurança e saúde dos trabalhadores e a norma-princípio de tutela da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e, enfim, dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Sobre a temática, no caso, da autonomia do Direito dos Povos Indígenas, a impedir a intervenção nas terras tradicionalmente ocupadas, que dirá à mingua de consulta prévia, cumpre trazer à baila decisão judicial reportada na obra intitulada **Direitos Indígenas**, Vetores Constitucionais, 1. ed., Curitiba: Juruá, 2003, p. 119/120, de autoria do Exmo. Juiz Federal Helder Girão Barreto, mediante a qual o indígena Basílio Alves Salomão foi absolvido pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular, na Seção Judiciária da Justiça Federal deste Estado de Roraima, cuja Sessão do Júri Federal fora presidida pelo referido Juiz Federal, sendo a absolvição fulcrada na tese de causa supralegal de culpabilidade:

[...] Pois bem; após cometer o crime, o acusado foi preso e julgado pela própria Comunidade Indígena à qual pertencia, recebendo as seguintes penas: cavar a cova e enterrar o corpo da vítima; e, ficar em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo que a comunidade achasse conveniente. No dia do julgamento o acusado estava há quase catorze anos sem poder retornar ao convívio da Comunidade Indígena do Maturuca. Ao ser interrogado em plenário o acusado declarou: quando um índio comete um crime é costume ele ser julgado pelos próprios companheiros Tuxauas; e que isso é um costume que vem antes do tempo dos seus avós. As testemunhas confirmaram os fatos. Em plenário, foi ouvida a antropóloga Alesandra Albert, que assegurou que na tradição da etnia Macuxi um índio que mata outro é submetido a um Conselho, escolhido pela própria comunidade e reconhecido como detentor de autoridade; que a maior pena aplicada pelo Conselho é o banimento; que tanto o julgamento quanto a pena são modos como eles encaram a Justiça; e, conclui; para

a pessoa que sofreu banimento o julgamento e a pena têm o sentido da perda da convivência e da diminuição do conceito perante a Comunidade, coisas que são muito importantes...

Merece destaque, de igual modo, judiciosa decisão da lavra do Exmo. Juiz de Direito Aluizio Ferreira Vieira, do Tribunal de Justiça deste Estado de Roraima, datada de 3.9.2013, prolatada nos autos do Processo n. 0000302-88.2010.8.23.0090, na qual sua Excelência entendeu, diante de uma denúncia ofertada pelo Ministério Público deste Estado de Roraima em razão de crime praticado por indígena contra um outro indígena, e, sobretudo, da circunstância de ter sido o autor do fato julgado pela respectiva comunidade indígena, pela subsidiariedade do direito de punir do Estado, *verbis*:

[...] EXCEPCIONALIDADE DO CASO Ao réu é imputado o crime de homicídio qualificado inserto no art. 121, § 2º, II, do CPB. Nesse momento caberia a análise de indícios de autoria e materialidade do crime, contudo, faz-se necessária as seguintes observações dadas as peculiaridades do caso concreto. Para melhor visualização territorial, esse Juízo, Comarca de Bonfim, tem “Jurisdição” sobre o município de Bonfim, sede, e tem como termo judiciário o município de Normandia (municípios envoltos em boa parte dentro da terra indígena Raposa/Serra do Sol), encravada, pois, dentro de áreas indígenas já demarcadas pelo Poder Público. O fato ocorreu no dia 20/06/2009 na comunidade indígena do Manoá, terra indígena Manoá/Pium, Região Serra da Lua, município de Bonfim-RR, onde o acusado DENILSON (Índio) após ingerir bebida alcoólica desferiu facadas na vítima ALANDERSON (Índio), seu irmão, ocasionando-lhe a morte. Vê-se, portanto, que se cuida

de acusado e vítima, ambos índios, sobre fato ocorrido dentro de terra indígena. Após o ocorrido, reuniram-se Tuxauas e membros do conselho da comunidade indígena do Manoá no dia 26/06/2009, conforme consta às fls. 68/73, para deliberar eventual punição ao índio Denilson. Após oitiva do acusado e de seus pais e outras pessoas concluíram pela imposição de várias sanções, entre às quais, a construção de uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade do Manoá sem permissão dos tuxauas. Contudo, no dia 6 de abril do ano corrente, reuniram-se novamente as lideranças indígenas, Tuxauas de várias comunidades, entre elas, Anauá, Manoá, Wai Wai, e servidores da Funai, estes últimos apenas presenciaram a reunião com o fito de "...de apoiar na orientação no decorrer do procedimento, porém a decisão será das lideranças indígenas de ambas as regiões..." (fl. 185). Após oitiva das autoridades indígenas, foi imposta ao indígena DENILSON as seguintes penalidades, conforme consta na ata de fls. 185/187: 1. "O índio Denilson deverá sair da Comunidade do Manoá e cumprir pena na Região Wai Wai por mais 5 (cinco) anos, com possibilidade de redução conforme seu comportamento; 2. Cumprir o Regimento Interno do Povo Wai Wai, respeitando a convivência, o costume, a tradição e moradia junto ao povo Wai Wai; 3. Participar de trabalho comunitário; 4. Participar de reuniões e demais eventos desenvolvido pela comunidade; 5. Não comercializar nenhum tipo de produto, peixe ou coisas existentes na comunidade sem permissão da comunidade juntamente com tuxaua; 6. Não desautorizar o tuxaua, cometendo coisas às escondidas sem conhecimento do

tuxaua; 7. Ter terra para trabalhar, sempre com conhecimento e na companhia do tuxaua; 8. Aprender a cultura e a língua Wai Wai. 9. Se não cumprir o regimento será feita outra reunião e tomar outra decisão." Cabe acentuar que todo o procedimento supramencionado foi realizado sem mencionar em momento algum a legislação estatal, tendo apenas como norte a autoridade que seus usos e costumes lhes confere. Nesse meio tempo, o representante do Estado, o Órgão Ministerial ofereceu denúncia no mês de fevereiro de 2012, a qual foi recebida por esse Juízo em 1º de março do mesmo ano. Vê-se, portanto, a potencial condenação e execução de pena por mais de 2 (dois) entes, em tese, titulares do direito de punir o mesmo fato. Insta observar que não se trata de *bis in idem*, pois os entes detentores do direito de punir são distintos e não apenas o Estado, mas de instituto novo, que poderíamos denominar de "*Duplo Jus Puniendi*". Em razão da situação supramencionada, a Defesa alçou a existência do *bis in idem*, ou seja, a impossibilidade do acusado ser sancionado duas vezes pelo mesmo fato, logo este Juízo deveria declarar-se incompetente em razão da matéria haja vista o anterior julgamento do fato pela comunidade indígena a que pertence o acusado. Pois bem, rechaço em parte o argumento da ilustre Defesa. A uma, pois tenho que o imbróglcio não se trata de *bis in idem*, mas de "*Duplo jus Puniendi*", em face do que dispõe o art. 57, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio). Cumpre advertir, que a jurisdição por natureza tem como uma de suas principais características a criatividade judicial, com conceito inerente à inafastabilidade da jurisdição e à vedação à recusa

da prestação jurisdicional (*non liquet*). Logo, torna-se evidente que, em casos tais, como o exposto para pronunciamento judicial é de fundamental importância a utilização da característica supramencionada. Sobre o tema, segue lição do professor FREDIE DIDIER, ao citar LUHMANN, assim disserta: “...Luhmann encara o sistema jurídico com olhos e métodos de sociólogo vê o que é e não o que deve ser. A análise que faz é impressionante, ao afirmar que aos tribunais há a obrigação de decidir qualquer conflito, o órgão judicial tem o poder de criar a regra jurídica do caso concreto tem, pois, poder de criação de norma jurídica...” (FREDIE DIDIER, **Curso de Direito Processual Civil**, v. I, Ed. Juspodivm, 6. ed., 2006, p. 80) [...] SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL Como é cediço na doutrina, com espeque em fundamento constitucional, ocorrido o fato pretensamente criminoso cabe ao Estado o Direito de Punir, em substituição à anterior idéia de que o particular teria o direito de fazer a justiça com as próprias mãos. Para tal, utiliza-se de Órgãos da Administração da Justiça para investigar, processar, colher provas, com respeito a princípios constitucionais e, ao final, ter-se uma sentença com posterior execução do decidido, se o caso. No entanto, há previsão de uma única “exceção”, de acordo com a dicção do art. 57, da Lei nº 6.0001//73 (Estatuto do Índio), *verbis*: “Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais e disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.” [...] Trata-se de previsão legal que insculpe o respeito aos usos e costumes

indígenas e por suas “leis internas”, constatando-se, pois, uma autonomia tribal. O respeito supracitado tem fundamento constitucional no art. 231, da CF/88, *litteris*: “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.” [...] Corroborase o fundamento constitucional com a previsão do art. 6º, do Estatuto do Índio, senão vejamos: “Art. 6º. Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.” [...] Não bastasse isso, assim dispõe o art. 9º, da Convenção 169, da OIT (Convenção sobre povos indígenas e tribais), ratificado pelo Brasil em 2002, e promulgada via Decreto Presidencial nº 5.051/2004: “Art. 9º. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros” [...] Atente-se que se cuida de tratado dirigido ao reconhecimento de direitos e ao respeito aos povos indígenas, com evidente natureza de direitos humanos. Nesse sentido, está entre aqueles tratados aprovados antes da EC/45 ou fora dos parâmetros exigidos para ter equivalência às emendas constitucionais, tendo, portanto, status supralegal, ou seja, acima das

normas infraconstitucionais e abaixo das normas constitucionais, conforme entendimento do STF: HC 90.172/SP. Em face de todos esses argumentos, também não resta prosperar a potencial alegação da competência constitucional quase absoluta do julgamento dos crimes dolosos contra vida pelo Tribunal do Júri. Ora, não se está aqui alçando qualquer alegação de incompetência do Tribunal do Júri, pois se trata de algo acima disso, que a ausência in casu do direito de punir do Estado-Juiz. Logo, seria uma discussão estéril em face da inaplicabilidade dos institutos do processo estatal. Ademais, ainda que se considerasse o nível constitucional do prescrito no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República, como direito fundamental a ser observado, o contraponto estaria no art. 231, da mesma Constituição, que também é direito fundamental, logo, com a necessária observância aos costumes e tradições dos povos indígenas. Convém advertir, que a esmagadora maioria da doutrina entende que a previsão art. 57, do Estatuto do Índio, seria uma exceção ao direito de punir estatal. Com base nisso, poderia se concluir que o Estado não poderia atuar de forma alguma nos casos de crimes ocorridos nas comunidades indígenas, o que não traduz a finalidade da legislação e tão pouco o que acontece na realidade. Vejo, pois, que essa não é a melhor conclusão, uma vez que o Estado terá ampla autonomia para investigar, processar e julgar o indígena nos casos em que a comunidade indígena não julgá-lo, logo, o Estado, em casos tais, atuará de forma subsidiária. [...] INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS Uma vez acolhido o pensamento da ausência in casu ao direito de

punir estatal, haja vista o caso sob análise encaixar-se perfeitamente ao previsto no art. 57, do Estatuto do Índio, advém a problemática da possibilidade de absolvição do acusado à luz das institutos jurídicos penais e processuais penais, já referidas nesse ato judicial. Para o deslinde do imbróglio, é importante definir algumas premissas: a) Nos casos em que autor e vítima são índios; fato ocorre em terra indígena, e não há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado deterá o direito de punir e atuará apenas de forma subsidiária. Logo, serão aplicáveis todas as regras penais e processuais penais. b) Nos casos em que autor e vítima são índios; o fato ocorre em terra indígena, e há julgamento do fato pela comunidade indígena, o Estado não terá o direito de punir. Assim, torna-se evidente a impossibilidade de se aplicar regras estatais procedimentais a fatos tais que não podem ser julgados pelo Estado. *In casu*, o acusado índio Denilson foi julgado pelo Conselho das Comunidades Indígenas antes mesmo do início da instrução criminal, o que acarretaria, em tese, a absolvição sumária. Contudo, é de comezinho conhecimento penal que absolvição sumária pressupõe análise de mérito, nos termos do art. 397, do CPP, e este representante do Estado-juiz não tem poder para tal, pois o Estado não detém o direito de punir nesse caso concreto. Em outras palavras, o Estado deve apenas pronunciar a sua ausência de poder de punir, uma vez que o acusado já foi julgado e condenado por quem detém o direito. [...] FATOR DE FORTALECIMENTO DOS USOS, COSTUMES E TRADIÇÕES INDÍGENAS Muito maior que o reconhecimento do direito de punir seus pares, as

comunidades indígenas sentirão muito mais fortalecidas em seus usos e costumes, fator de integração e preservação de sua cultura, haja vista que o Estado estará sinalizando o respeito ao seu modo de viver e lidar com as tensões da vida dentro da comunidade. Há quem pense e diga que haja o temor da repercussão social da fragilização do Estado ou o potencial recrudescimento da violência dentro das comunidades indígenas. Digo o inverso, o Estado não estará fragilizado, pois caso as comunidades indígenas não julguem seus pares, mantém-se o Direito de Punir Estatal, de forma subsidiária. Enfim, não se enfraquece de forma alguma o Poder Estatal, mas ao inverso, fortalece-se a atividade jurisdicional ao se reconhecer uma excepcionalidade que deve ser tratada de forma distinta, afinal o Estado não é absolutista. Nesse sentido, é a lição do então Ministro Carlos Ayres Brito, que na Relatoria da Ação Popular nº 3388 que pôs fim a pendenga judicial atinente à demarcação da terra Indígena Raposa/Serra do Sol, assim dissertou: "...Como num aparelho auto-reverse, pois também eles, os índios, têm o direito de nos catequizar um pouco (faamos assim)...Equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração." [...]

Ante ao exposto, deixo de apreciar

o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para DECLARAR A AUSÊNCIA *IN CASU* DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, relativo ao acusado DENILSON TRINDADE DOUGLAS, brasileiro, solteiro, agricultor, nascido aos 13/03/89, filho de Alan Douglas e Demilza da Silva Trindade, com fundamento no art. 57, da Lei nº 6.001/73 e art. 231, da Constituição da República. [...]

Na mesma linha trilhou a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que o Estado não deve intrometer-se em aplicações de punição disciplinares tradicionais pelo cacique aos integrantes de sua comunidade indígena, desde que a ação não se revista de caráter cruel ou infamante, conforme previsto no art. 57 da Lei 6.001/73.

Perfilhou-se, assim, o entendimento no sentido de que descabe a interferência do Poder Judiciário nos conflitos internos indígenas, ou seja, o desestimo da judicialização das questões indígenas.

Urge trazer à baila o voto do Exmo. Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, relator:

[...]

De imediato afasto a preliminar de inadequação da via eleita. A tutela do direito indígena é, sem dúvida, passível de análise pelo Poder Judiciário, nos termos do que determina o artigo 232 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Assim, garante-se aos índios a *legitimatío ad causum*, com a devida participação do Ministério Federal em todos os atos processuais (artigo 129, V, da CF). Ora, da mesma forma que todos têm direitos iguais, os índios também podem ir a juízo, sendo-lhes garantido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, tanto nos feitos individuais, como nos coletivos.

Feita esta consideração, passo análise do mérito.

A ação ajuizada por um índio contra o cacique da Reserva Indígena de Xapecó, alegando estar impedido de retornar ao seu imóvel localizado naquela reserva, onde reside há 35 anos, por motivos políticos.

Conforme se verifica da inicial, a questão primordial envolve o cumprimento - ou não - de decisão da liderança da Reserva Indígena, não podendo ser confundida com pleito tipicamente possessório.

Assim, como bem apontou o representante do Ministério Público nesta Corte, Dr. Eduardo Kurtz Lorenzoni, deve ser provida a apelação ministerial, pelas seguintes razões apresentadas:

4. Decisão Jurisdicional. Aplicação de entendimento civilista. Afastamento do mandamento constitucional. Julgamento baseado em suposto descumprimento de normas culturais. Campo alheio ao pronunciamento do Poder Judiciário.

Embora a decisão recorrida transpareça julgamento baseado na estrita análise da conduta do

réu e seu (de)ajuste às tradições da comunidade indígena em que se insere, nada mais fez do que aplicar as regras de direito comum à espécie, uma vez que determinou - em sede de cognição sumária confirmada em sentença - a reintegração do autor na posse do imóvel tradicionalmente ocupado.

Não obstante, o Parquet insurgiu-se contra qualquer posição que represente intervenção não indígena nas decisões internas originárias de suas tradições e costumes - exceto as de meio cruel. Isso não apenas pela direta intromissão do Estado nas relações sociais singulares da comunidade, mas, também, pela insegurança que pode ocasionar devido não se mostrar ao conhecimento de todos os seus integrantes.

Verifica-se que decisão de importância avassaladora na cultura indígena foi tomada sem estudo antropológico. Que realizado pelo Ministério Público Federal demonstrou a nocividade de pronunciamentos jurisdicionais desse jaez, conforme adiante se mostrará.

De início, não se pode deixar de mencionar a ultrapassada ideologia voltada a integração e adaptação dos índios à comunhão nacional, legitimando a atuação do Estado (Fundação Nacional do Índio) no processo de inclusão dos indígenas na cultura predominante do País.

No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, rompeu-se a sistemática integracionista dos índios à sociedade tida por nacional, prevalecendo o reconhecimento e proteção de suas tradições, costumes, crenças, línguas e organização social.

Em outras palavras, despertou-se para a compreensão da singularidade étnica das comunidades indígenas - diferenciada pela sua cultura - em relação aos aspectos culturais da comunidade até então majoritária.

Nesse contexto, a Carta Magna garante aos índios o direito de ter preservada a sua cultura e as terras tradicionalmente ocupadas, além de reconhecer a sua capacidade processual, senão vejamos:

[...]

O objetivo do legislador constituinte foi o de conferir a devida proteção à população indígena, evitando que seu território, cultura e tradições sejam modificadas ou influenciadas pelo contexto socializado a ponto de transformar a identidade cultural da comunidade.

Por outro lado, não se desconhece o vínculo que existe entre o índio e sua terra, representativo de sua sobrevivência física e cultural. No entanto, a permanência do indígena no seio de sua comunidade não pode estar dissociada da tradição de seus integrantes. Esse sentimento de permanência deve decorrer do próprio indígena, mas desde que respeitadas as tradições originárias da sua identidade cultural.

Assim, a cultura da comunidade deve ser respeitada, não devendo ocorrer intervenções não indígenas nas decisões internas decorrentes de seus costumes e tradições. Tal entendimento deve ser a premissa nas decisões judiciais envolvendo questões indígenas.

No caso em apreço, a decisão da liderança foi a de afastar o requerente de sua terra. Essa decisão é uma pena corretiva ao índio, tendo em vista que irá permanecer longe do local onde vive, mas é considerada eficaz, uma vez que enseja transformação comportamental.

Cabe, nesse ponto, esclarecer que a coletividade indígena deposita sua confiança na figura de seu líder.

O Analista Pericial em Antropologia do Ministério Público Federal Marcos Farias de Almeida (Laudo Técnico nº 036/2012, Evento 54), manifestou-se no sentido de que o campo jurídico constituído com a judicialização de questões indígenas ‘... arrisca não recepcionar as especificidades locais e, ao mesmo tempo, se estabelecer em disputa com as referidas especificidades.’ A revelar tensão entre o sistema jurídico nacional e o sistema tradicional, uma vez que a decisão judicial, em casos como o apresentado, ultrapassa a relação autor e réu afetando a ligação entre um Kaingang e o cacique.

A punição tradicional possui amparo legal no artigo 57, da Lei 6.001/73, *in verbis*:

‘Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.’

Em caso análogo, a Analista Pericial em Antropologia do Ministério Público Federal Elaine Amorim proferiu o seguinte parecer:

‘Tal como prescrita pela tradição, a transferência não é considerada crueldade ou ato desumano como pode parecer para nós. É a pena corretiva mais dura aplicada a um Kaingang, porém, tida como mais eficaz e menos pungente que a cadeia. Na perspectiva dos índios, manter a pessoa fechada, sem liberdade nem contato social, e muitas vezes submetida a condições subumanas como o frio, a dor e a fome, além de extremamente penoso, não transforma seu comportamento nem seu sentimento. Ao contrário, ela pode sair ainda mais revoltada e rebelde. Já na transferência, a pessoa vive livre, com todas as condições para estar bem. Mas só estará bem se mudar o comportamento. Por isso a transferência é considerada eficaz, pois, diferente da cadeia, seu alvo não é o castigo, mas a mudança. Pode ser humilhante, porque a pessoa transferida carrega essa marca, mas com o tempo passa, até ser totalmente eliminada. E depois, esse é o objetivo, porque para os Kaingang a humilhação é um ingrediente importante na mudança de conduta.

A finalidade da transferência é, portanto, transformar a pessoa e corrigir sua conduta, vista, inclusive, como uma oportunidade de reparar erros e refazer a vida. Pode, e deve, ter um efeito depurador e apaziguador.

(...).[Laudo Pericial Antropológico. Referência: Ação de Reintegração de Posse 2005-70120005372. Justiça Federal de Pato Branco, PR.]’

E mais, no Laudo Técnico (em anexo) realizado em complementação ao trabalho nº 036/2012, o Analista em Antropologia do Ministério Público Federal assevera:

‘1 - Introdução.

Trata-se de laudo técnico elaborado no interessedosaautosupramencionados e em complementação ao Laudo 36/2012, ambos referentes ao Ofício nº 832/2012/GAB/UTC/PRM/CHAPECÓ.

Conforme apresentado no Laudo 36/2012 o trabalho antropológico é composto a partir da análise dos documentos juntados e da realização de levantamento de campo junto a Terra Indígena Xapecó.

Durante a realização das atividades de campo foram ouvidos indígenas relacionados e envolvidos nos autos em comento, com o objetivo de verificar as interpretações feitas sobre os casos e, mais especificamente, observar se as ações do Cacique foram efetivadas em desconformidade com os interesses tradicionais. Essa tarefa se constitui como fundamental, ao considerarmos que os interesses tradicionais devem ser avaliados a partir das interpretações locais.

‘No Chimbangue haviam dois grupos acusando o Cacique dizendo que ele havia feito isso e feito aquilo... Então eles foram na justiça [justiça federal] e houve uma reunião e eu também participei na Justiça Federal, os contrários exigiram que queriam eleição de novo.

Tudo bem é decisão da comunidade né? Aí o Juiz pediu que fosse feito um regimento e que fosse observado o que os caras estavam querendo, não deixou que a comunidade resolvesse e disse que tinha que ter um regimento.

Fizeram o regimento e houve uma

nova votação, o cacique que tinha sido eleito acabou perdendo na nova votação e uma das pessoas que tinha sido transferida pelo cacique não saiu da Terra Indígena, um tal de Gilmar, não quis ir para outra reserva e ficou na cidade de Chapecó. Quando o cacique Idalino ganhou ele trouxe o Gilmar de volta, mas aí não deu quinze dias teve uma briga lá na Terra Indígena e acabaram matando o irmão do ex-cacique, brigaram lá e deram um tiro no peito dele. Depois forma todos para justiça de novo por causa desse Gilmar e eu digo que foi por causa da interferência da Justiça. Se tivessem deixado os índios resolver o problema talvez aquele estivesse ficado fora e talvez não tivesse acontecido aquilo. (Gentil Belino e a Esposa, TI Xaçecó, outubro de 2012).’

Essa imagem relativa à terra indígena Chimbangue, que envolve o conselho das lideranças Kaingang na região, aparece nos argumentos do Cacique da TI Xaçecó como uma referência nas interpretações que eles fazem, quando refletem sobre as tensões apresentadas na relação entre os interesses tradicionais Kaingang e os procedimentos desenvolvidos pela justiça federal no tratamento das questões diretamente ligadas a esse Povo Indígena.

Na interpretação do Cacique a intervenção da justiça federal em Chimbangue promove um ataque aos trâmites tradicionais do Povo Indígena, causando enfraquecimento na organização social local.

Outrossim, a forma que os procedimentos da justiça federal se constituíram, pela deslegitimação da forma como se processava as relações de poder local, aumentou a

expectativa na capacidade da justiça federal em resolver os problemas locais o que não se processou no caso e tem repercutido, segundo a interpretação indígena, na necessidade de mais intervenções que na forma como acontecem continuam enfraquecendo as capacidades locais de enfrentamentos dos conflitos. Esse é o componente fundamental para se observar a constituição e a repercussão os casos judicializados em análise.

Na análise será considerado também, conforme presente nos argumentos dos entrevistados e nos relatos etnográficos, o desempenho da liderança Kaingang como forma de afirmação dos interesses tradicionais, algo necessários a afirmação da identidade do Povo Indígena. Nesse sentido é que poderemos comentar, a partir da avaliação local baseada nos princípios tradicionais, sobre o desempenho das lideranças Kaingang nos casos denunciados considerando também que esse desempenho se vincula à produção histórica desse Povo. (...)

III. Comentários conclusivos.

(...) Georg Simmel (1983), considera o conflito como forma de sociação, nesse sentido o conflito é elemento fundamental na configuração, destruição e reconfiguração das instituições, estruturas e arranjos sociais. A importância do conflito como elemento de sociação, Simmel entende como dado universal e distanciado das jaulas dos indesejáveis. No caso Kaingang e especificamente na atuação das lideranças, a aplicação das penas e o seu cumprimento ou não também nos permite uma interlocução com

as observações simmelianas sobre o conflito como forma de socialização. O conflito como forma de socialização constitui a identidade Kaingang, o caso é que a interpretação do conflito na organização Kaingang está sendo interpretado desde fora e através dos procedimentos de judicialização, movimento que incorre no risco da promoção de intervenções em desacordo com as referências locais, assim, a partir da resignificação dos trâmites tradicionais locais. É necessário observar os conflitos e as formas locais de enfrentamentos, para a partir daí considerar e respeitar as expressões Kaingang na composição do próprio Estado Brasileiro.

Conforme acontece em qualquer realidade social, os Kingang não estão parados no tempo e o movimento histórico que processam não desconsideram a comunhão nacional. Entretanto, as especificidades Kaingang dentro das relações sociais no Estado Brasileiro não podem ser interpretadas de forma equivocada, inclusive, quando da aplicação da Lei que rege a todos é necessário entender que a própria existência do Povo depende do fortalecimento dos padrões locais em consideração ao desenvolvimento histórico que eles processam. É importante perceber que os Kaingang estão identificando seus problemas e aplicando suas formas de solução. As denúncias processadas na justiça federal, no Ministério Público Federal, nos escritórios de advocacia, nas delegacias de polícia e que repercutem na imprensa, na forma como estão sendo aplicadas, podem estar desconsiderando as capacidades que os próprios Kaingang têm de enfrentar seus conflitos e isso não quer dizer que esse enfrentamento se de num isolado social. As capacidades

de enfrentamentos dos conflitos Kaingang, o que está diretamente ligado aos procedimentos de socialização do Povo, reconhecem os indígenas entrevistados, se dão num contexto interétnico histórico, que não deve ser motivo para intervenções que deponha contra a organização social dos próprios Kaingang.

‘Eu acho que se eles interferissem com conhecimento das nossas leis dos nossos estatutos, não é que seja prejudicial. Eu acho que tem que haver um respeito. Nossas lideranças tem que respeitar a lei. [...] Acho que o judiciário tem que está mais a par das tradições da cultura, pra não ter esse choque né? O judiciário tem que pensar assim: se é da tradição a pessoa ficar dois ou três anos em outra área para depois retornar..’ (Vilnson Paliano, TI Xapecó, outubro de 2012).

Destaco também que durante a realização das entrevistas por várias vezes os Kaingang comentaram que também é grave o fato dos indígenas na aceitarem a decisão tomada pelas lideranças. A recusa em aceitar as decisões das lideranças estão vinculadas, por sua vez, à decisão de não morar em terras indígenas Kaingang e à busca por espaços nas cidades. Sobre esse assunto vale comentar que para alguns Kaingang, o fato da pessoa não aceitar a pena que lhe foi impingida significa não somente reagir contra a pessoa que desempenha o papel de liderança, mas é visto também como uma forma de recusar as referências tradicionais e por conseguinte a recusa à identidade indígena: (...)

Conforme dito antes, se observa nos argumentos indígenas que a recusa

à aceitação das determinações das lideranças é interpretada como uma forma de não aceitação da tradicionalidade e conseqüentemente um distanciamento da identidade indígena. Outrossim, a não aceitação de uma remoção para um lugar mais distante traz à luz os vínculos que as pessoas indígenas estabelecem com as regras locais e com o que há fora da Terra Indígena. Alguns dos indígenas que denunciam abusos, em tese, cometidos na realização das funções de liderança, possuem pouco vínculo com as experiências cotidianas na Terra Indígena, como por exemplo o senhor Claudemir Roque ligado, como outras pessoas, ao mercado de trabalho fora da Aldeia: 'Eu Trabalho na Diplomata e tem minha esposa que também trabalha há sete anos na Diplomata.' (Claudecir Roque, TI Xaçecó, outubro de 2012). Nesse sentido também refletem os usos dos instrumentos judiciais uma outra informação de Claudecir Roque, quando ele comenta que está procurando um advogado para cobrar através da justiça indenização pelas despesas e dificuldades por que passou junto com a família, enquanto morava fora da Terra Indígena, no período em que se recusou a aceitar a decisão do Cacique.

A judicialização, conforme é sabido, se desenvolve também a partir atuação dos profissionais, ou seja, especialistas que atuam desde a noção de um campo, onde suas atuações dependem de uma especialização que leva a defesa do interesse ao trâmite da representação. Assim, é que ao acessar a judicialização, os indígenas 'elegem' um representante - o operador do direito - e se colocam no processo como representados. O que não está explícito e é de fundamental importância para o

entendimento dos conflitos é o fato de que o deslocamento dos indígenas e o acesso aos procedimentos judiciais contra as determinações do Cacique contribuem para a constituição de um plano de atuação: (...)

O campo jurídico assim constituído arrisca não receber as especificidades locais e, ao mesmo tempo, se estabelecer em disputa com as referidas especificidades. Os casos em análise revelam, pois, uma tensão entre o sistema jurídico nacional e o sistema tradicional Kaingang. No mesmo percurso, a tensão entre os sistemas pode estar privilegiando o nacional, criando uma expectativa ainda comprovada sobre sua capacidade de substituir o tradicional local, na realização de suas tarefas nas experiências cotidianas. É importante considerar que a decisão judicial tomada, em permitir uma redundância necessária, pelo poder judiciário nacional vai de encontro às formas tradicionais Kaingang, isto porque a decisão do judiciário não afeta apenas a relação ou disputa entre Gentil Belino e Claudecir Roque, mas afeta também a relação entre um Kaingang e o Cacique.

'Não foi eu que criei a transferência. não foi a pessoa do Gentil Belino que criou ser amarrado uma pessoa, não é uma coisa minha de dois anos e pouquinho. Porque as vezes tem uns que ficam bêbados e as esposas vem pedir para que eles não fiquem amarrados só um pouquinho, daí eles ficavam num banheirinho e punham um cobertor e saltavam no outro dia, mas elas vinham aqui chorando e pediam para não soltar eles' (Gentil Belino e a Esposa : TI Xaçecó, outubro de 2012).

(...)

Ao final vale comentar que qualquer decisão judicial deve ser tomada a partir do diálogo interétnico e com o objetivo de potencializar as próprias soluções tradicionais Kaingang, assim, considerando e avaliando necessariamente os limites e as implicações impostos às intervenções externas, que conforme apontam os próprios Kaingang podem proporcionar o enfraquecimento dos poderes tradicionais. (g.n).

Assim, a atuação do Estado-Juiz em casos como apresentado nos autos - remoção, transferência e expulsão de indígena pela liderança da comunidade em que se encontra inserido - não se alinha aos ditames da pacificação social singular da localidade, uma vez que dissociada dos costumes e tradições indígenas.

A justificar a tese, tem-se as necessárias ponderações em relação a uma realidade social (indígena) diferenciada, com procedimentos comportamentais diversos do padrão social a que se está acostumado.

O comando judicial como determinado, ao contrário do que se pretende alcançar, poderá trazer insegurança às relações desenvolvidas na respectiva Terra Indígena, podendo, inclusive, gerar situação de conflito. Isso porque, as práticas reiteradas por gerações seriam suplantadas pelo regramento Estatal, que não se revela ao entendimento de todos os integrantes da comunidade indígena.

Numa análise mais abrangente, o ingresso forçado na Terra Indígena através de uma decisão judicial, representaria à coletividade um

enfraquecimento do poder de comando, leia-se do cacique e demais lideranças.

Situação que poderia fomentar eventuais disputas pelo poder, na linha da já descrita produção de acontecimentos conflituosos por interferência Estatal.

Não se pode perder de vista que a expectativa de respeito, crescimento, desenvolvimento, preservação e reprodução cultural é prerrogativa da própria comunidade indígena, cuja vontade é depositada na figura do cacique.

Nesse contexto, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais também expõe a preocupação com o respeito a identidade social e cultural indígena frente ao processo de desenvolvimento nacional, incluindo a aplicação da legislação vigente:

‘Artigo 5º

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;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.
(...)

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.
(...)

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.
(...)

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito

consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.
(...)

O Estado-Juiz ao impor o reingresso de indígena na sua posse tradicional pelos comandos das leis do não índio está garantindo a ele uma espécie de salvo-conduto, que pode representar afronta ao poder local

estabelecido. Ou seja, impõe-se uma espécie de imunidade as deliberações gerais a serem observadas por toda coletividade.

As comunidades indígenas vivem em regime diferente da sociedade em geral. Seus costumes, culturas e tradições, por muitas vezes, vão de encontro com o que o contexto social convencional pensa e age, não podendo o Estado, na atividade jurisdicional, intervir em questões internas inerentes à tradição indígena. (evento 101 do processo originário).

Assim, penso que nos conflitos internos entre os índios, de regra, é de serem considerados os usos, costumes e tradições do núcleo indígena, não cabendo a interferência do Poder Judiciário no seu modo de viver e de auto-organizar.

[...]

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 5005589-41.2012.404.7202/SC. RELATOR: LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE. APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. APELADO: CLAUDECIR ROQUE. ADVOGADO: DULCE IRENE FINARDI. APELADO: GENTIL BELINO. INTERESSADO: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI)

Nesse contexto, tome-se como exemplo eventual determinação estatal no sentido de instalação de energia elétrica em terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas sob o pretexto de atendimento aos interesses dos trabalhadores que ali executam o ofício, à míngua de prévia consulta e de modo a impactar os usos, costumes e tradições indígenas, certamente não se ousaria na defesa de tal atuação estatal.

Portanto, compreende o Juízo que à reclamada estava vedada qualquer intervenção no meio ambiente no qual se

deu a execução do trabalho, exatamente por se tratar de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, cujo direito mostra-se autônomo em relação ao Direito do Estado, na espécie, à legislação trabalhista, demandando qualquer intervenção estatal à prévia consulta aos povos indígenas e, por consequência, a aquiescência de referidos povos a ensejar à implementação da norma estatal, exatamente como restou do acordo firmado junto à Ação Civil Pública (Processo n. 0000212-80.2013.5.11.0051) a que se refere a Ata de Id. a5e5408.

Nada obstante, houve a reclamada por proceder ao pagamento de adicional de insalubridade ao reclamante, assim como em prosseguir com o pagamento, conforme se extrai da referido acordo.

Não se deve raciocinar, portanto, nessa linha de pensamento, na existência de conflito de normas, visto que se trata de caso típico de colisão que admite conformação do direito fundamental da saúde e segurança dos trabalhadores, mediante flexibilização do Direito do Trabalho, aplicando-se-lhe subsidiariamente ao Direito próprio dos povos indígenas, mediante prévia consulta.

Enfim, quanto à alegação de aplicação do Decreto n. 7.395, de 22 de dezembro de 2010, que estabelece a remuneração para as contratações temporárias voltadas a atividades de assistência à saúde para comunidades indígenas, de que trata a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993, no caso, do pessoal contratado para prestação de serviço de assistência à saúde das comunidades indígenas com base na alínea “m” do inciso VI do art. 2º da citada Lei, ou seja, de assistência à saúde para comunidades indígenas, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público dos órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas, poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos

previstos nesta Lei, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Nessa linha de pensamento tem-se que, diferentemente do entendimento do(a) reclamante, inaplicável a legislação em tela na relação mantida entre reclamante e reclamada, uma vez que regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo certo que entre reclamada e União Federal houve apenas terceirização de serviços, inconfundível com o vínculo administrativo especial (temporário).

Nessa perspectiva, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e após apreciar livremente a prova, entende, o Juízo, como dito nas linhas precedentes, como não provado o fato constitutivo do direito do(a) autor(a).

III - DISPOSITIVO

ISSO POSTO, DECIDE A TERCEIRA VARA DO TRABALHO DE BOA VISTA REJEITAR os pleitos formulados por **EBER LEON PEREIRA PIRES** nos autos da presente **RECLAMAÇÃO TRABALHISTA** proposta em face de **MISSÃO EVANGELICA CAIUA**, como de fato rejeita, o que faz com base nos fundamentos elencados nas linhas precedentes, parte integrante da presente sentença.

Custas pelo(a) autor(a) no quantum de R\$1.516,20 (um mil, quinhentos e dezesseis reais e vinte centavos), calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$75.810,00 (setenta e cinco mil, oitocentos e três reais) (art. 789, II, CLT), isento (a) do pagamento, ante a concessão, a requerimento, do benefício da Justiça gratuita (art. 790, § 3º, CLT).

Cientes as partes (art. 834, CLT).

Boa Vista, 31 de julho de 2015.
Firmado por Assinatura Eletrônica
(Lei nº 11.419/2006)

RAIMUNDO PAULINO CAVALCANTE FILHO
Juiz do Trabalho Substituto