

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5004029-67.2012.404.7104/RS

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTERESSADO : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

SENTENÇA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** ajuizou a presente Ação Civil Pública contra o **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**, objetivando provimento que determine à autarquia o reconhecimento de direito à percepção de salário maternidade a indígenas provenientes das terras e acampamentos indígenas Kaingangs abrangidos por esta Subseção Judiciária, independentemente do preenchimento de qualquer requisito etário, respeitadas as demais exigências legais.

Discorreu sobre a sua legitimidade ativa e a adequação da via eleita. Sustentou a possibilidade de concessão de salário maternidade a menores indígenas que não satisfaçam o requisito etário de 16 anos porque o Estado deve propiciar a este grupo étnico os mesmos direitos dos demais membros da sociedade, sem exigir que perca a identidade cultural, de modo que se estenda a aplicação Regime Geral de Previdência atendendo-se as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

Referiu a existência de estudo antropológico que explicita as características culturais e sociais da comunidade, pelas quais as indígenas trabalham em regime de economia familiar desde cedo e têm filhos precocemente, muitas vezes em idade inferior a 16 anos, o que não pode ser qualificado, preconceituosamente, como errado, por ser diferente do padrão da sociedade abrangente. Aduziu que as peculiaridades das comunidades indígenas devem ser compreendidas favoravelmente à proteção previdenciária. Requereu antecipação de tutela e a intimação da FUNAI para dizer sobre interesse em intervir. Juntou documentos (E1).

A decisão do E3 determinou a intimação do INSS para se manifestar sobre o pedido antecipatório e da União e da FUNAI para se manifestarem sobre interesse de intervenção no processo.

A UNIÃO disse não ter interesse (E13).

O INSS se manifestou sobre o pedido antecipatório (E14).

A FUNAI referiu estar impossibilitada de posicionar-se em virtude de a controvérsia abranger entidades da Administração, cujo deslinde deve se dar através da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (E15).

A decisão do E17 determinou a intimação do MPF para que dissesse sobre o prosseguimento ou pelo aguardo da solução através da Câmara de Conciliação, sobrevindo petição pelo prosseguimento (E20).

A decisão do E24 reconheceu a legitimidade ativa do MPF e indeferiu o pedido

antecipatório (E24), sendo objeto do Agravo de Instrumento nº 50012610-43.2012.404.0000, no qual foi deferida a antecipação da tutela recursal para que *'o INSS admita os requerimentos de benefício de salário-maternidade formulados pelas **seguradas indígenas de idade entre 14 e 16 anos**, provenientes de cidades que compõem a Subseção Judiciária de Passo Fundo, abstendo-se de indeferi-los, exclusivamente por motivo de idade ou com esse relacionado, respeitadas as demais exigências constantes da lei'* (decisão monocrática de 02/08/2012, E2 do recurso).

Posteriormente, a 5ª. Turma do TRF da 4ª Região deu provimento ao recurso (E19-E23), estando, atualmente, pendente o exame de admissibilidade de recursos especial e extraordinário interpostos pelo INSS.

O INSS apresentou contestação no E33. Preliminarmente, invocou a ilegitimidade ativa do MPF. Sustentou que o salário maternidade é um benefício pago à segurada maior de 16 anos, estando a indígena não incorporada à cultura dominante enquadrada na categoria de segurada especial (art. 11, VII, c, Lei nº 8.213/91), não havendo dispositivo que estabeleça como segurado da Previdência a pessoa menor de 16 anos, de modo que a criação de regra nesse sentido corresponderia a que o magistrado atuasse como legislador positivo, ferindo ainda a expressa disposição do art. 7º, XXXIII, da CF, e do art. 11, §6º, da Lei nº 8.213/91, que exigem o requisito etário de 16 anos para o labor, regra protetiva aplicável também aos indígenas.

Argumentou que a outorga de salário maternidade à indígena menor de 16 anos pelo fato de o trabalho antes disso ser inerente à cultura indígena representaria violação do direito de todo brasileiro menor dessa idade de não trabalhar, salvo na condição de aprendiz, não sendo a cultura de um povo mais importante do que a Carta Constitucional. Colacionou precedentes em sentido contrário à pretensão autoral. Disse que, além de não haver lei estabelecendo tratamento diferenciado, os critérios de que o trabalho e a própria gravidez antes dos 16 anos não são razoáveis para a criação de um tratamento diferenciado, sendo que o regime previdenciário alcança os indígenas pela inevitável interação deles com a cultura dominante, e, de outro lado, a concessão de um benefício não pode se dar numa situação de reconhecida ilicitude pela cultura concedente.

Aduziu que a concessão de salário maternidade nessas condições poderia implicar um estímulo perverso à população indígena pela criação de expectativa financeira e colocação de risco à saúde e à vida da menor e do filho. Invocou dispositivos penais que expõem a danosidade da exposição das crianças e adolescentes indígenas a relações sexuais e gravidez precoce, projetando-se a questão como um problema de saúde pública pelo risco que a gravidez precoce acarreta.

Discorreu pela impossibilidade de se prestar tratamento semelhante ao do menor aprendiz, porque a atividade laboral desenvolvida no âmbito da comunidade indígena não se ajusta ao conceito técnico de aprendizagem. Sem ignorar a distância entre o mundo dos fatos e o plano do dever-ser, concluiu que seria contraditório que, de um lado, o Estado criasse proibição ao trabalho ao menor de 16 anos, e, de outro, exigisse a proteção previdenciária, estimulando o trabalho proibido e a criação de riscos à saúde do menor. Pediu a improcedência da ação.

Réplica no E44.

Sem provas a serem produzidas, vieram-me conclusos para sentença.

É o relatório.

DECIDO.

A legitimidade ativa do MPF já foi assentada no item 2 da decisão do E24.

Passo ao mérito.

Em primeiro lugar, firmo como premissa que o julgamento da pretensão não pode escorar-se em suposições acerca de efeitos que poderiam advir da procedência do pedido, como, por exemplo, a menção que o INSS faz sobre eventual criação de expectativa financeira e estímulo à gravidez na infância e adolescência, sabidamente um fator de risco à vida e saúde.

Rechaço tal viés argumentativo porque a intenção da ação civil pública é de **estender proteção previdenciária**, a qual não pode, mesmo remotamente, ser interpretada como aspecto propiciador de ilicitudes ou de efeitos perversos à população que se quer resguardar. Em suma, eventuais violências à criança e adolescente indígena devem ser tratadas no foro criminal próprio, e não como motivo para a não proteção previdenciária.

Em segundo lugar, o estudo antropológico juntado pelo Ministério Público Federal (PROCADM5 e PROCADM6, E1) não é específico da comunidade indígena Kaingang abrangida por esta Subseção Judiciária, mas, conforme ponderado no próprio estudo:

'(...) Com respeito a realidade de vida dos Kaingang, esta análise de apoiará em pesquisas que foram realizadas entre os Kaingang localizados nos três estados do Sul do Brasil. Dentre este conjunto de informações é que poderemos cotejar a situação dos Kaingang que vivem na aldeia de Inhacorá, inclusive porque não faz parte desta análise um trabalho de campo direto na aldeia supra referida. (...)'

Todavia, a não especificidade do laudo em relação à comunidade indígena cuja tutela se pretende não inibe a eficácia do estudo em relação às circunstâncias que se quer provar porque, a uma, o INSS não impugnou as conclusões nele havidas e, a duas, porque não há elementos que indiquem que a realidade da comunidade indígena tutelada seja diferente das demais comunidades indígenas Kaingang objeto do estudo.

Em terceiro lugar, deve-se pontuar que a pretensão ministerial não é de que a tutela fique restrita às indígenas que tenham de 14 a 16 anos, porquanto, na inicial, intenção explicitada foi de que o salário maternidade seja pago independentemente do preenchimento de **qualquer** requisito etário, respeitadas as demais exigências legais.

Tal situação, aliás, mereceu observação do Ministério Público Federal na réplica (E44), de modo que a decisão sumária do TRF da 4ª. Região (repito: *'o INSS admita os requerimentos de benefício de salário-maternidade formulados pelas **seguradas indígenas de***

idade entre 14 e 16 anos, provenientes de cidades que compõem a Subseção Judiciária de Passo Fundo, abstendo-se de indeferi-los, exclusivamente por motivo de idade ou com esse relacionado, respeitadas as demais exigências constantes da lei') parece ter concedido menos do que se pretende como desiderato da ação, aspecto que deve ser (ou deveria ter sido) tratado pelo MPF no âmbito daquele recurso.

Feitas tais observações, passo a analisar se a pretensão ministerial merece ou não procedência.

O salário-maternidade está contemplado no art. 71 da Lei nº 8.213/91:

Art. 71. 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. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

O INSS reconhece que a mulher indígena é qualificada como segurada especial para fins previdenciários, 'desde que não esteja incorporada ao cotidiano urbano de vida ou de trabalho' (p. 6, CONT1, E33), porquanto, nesse caso de incorporação, pode estar sujeita a outra qualificação (por exemplo, empregada, empregada doméstica, avulsa, contribuinte individual ou facultativa).

Para a segurada especial, o art. 73, II, estipula:

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

(...)

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

Tal previsão é complementada pelo art. 93, §2º, do Decreto nº 3.048/99, com redação pelo Decreto nº 5.545/05:

§ 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando requerido antes do parto, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29. (Redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005)

A questão etária que o Ministério Público Federal pretende superar advém da proibição constitucional de '**qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos**, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos' (art. 7º, XXXIII, CF/88), razão pela qual não seria possível que a menor indígena de 16 anos estivesse admitida no RGPS como segurada especial e, conseqüentemente, pudesse receber salário maternidade.

Nesse ponto, atente-se que não se explicita fundamento de equiparação a aprendiz, nem à figura do dependente previdenciário (art. 16 da Lei nº 8.213/91). A tese autoral é de que as indígenas menores de 16 anos têm direito à proteção previdenciária pelo recebimento de salário maternidade como **seguradas** especiais, à vista das especificidades culturais e sociais da comunidade que integram.

A consideração dessas especificidades culturais das comunidades indígenas para fins de proteção previdenciária tem amparo no art. 55 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio):

*Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, **atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.** (Grifei)*

Diante desse contexto normativo, o Poder Judiciário, ao acolher a pretensão, não estaria fazendo as vezes de legislador positivo, mas, sim, conferindo eficácia à previsão expressa de extensão do RGPS aos índios com o atendimento das condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

Trata-se, pois, de atividade interpretativa da legislação existente, antes transcrita, cujo resultado consistirá na admissibilidade ou não de salário maternidade às indígenas menores de 16 anos.

Sopesadas essas variantes, entendo que esta Ação Civil Pública merece procedência.

Chego a tal conclusão não pelo argumento de que a proibição ao trabalho serve para proteger e a regra protetiva não pode ser interpretada contrariamente ao sujeito protegido. Se assim fosse, a proibição seria um vazio jurídico.

Trata-se, sim, de verificar que as comunidades indígenas apresentam pontos de dissonância cultural e social em relação à sociedade não-indígena e que esses pontos, ao contrário de afastar a tutela previdenciária, devem ser vistos como fatores de *discrímen* que atraem a proteção, a fim de que, no plano dos fatos, sejam satisfeitos o tão propalado princípio da isonomia pelo seu viés material (trato desigual dos desiguais, na medida em que se desigualem) e a proteção à identidade indígena.

Nessa trilha, conferir às mulheres indígenas o salário-maternidade apenas se tiverem 16 anos significa aplicar a legislação previdenciária sem a consideração das condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas, fazendo letra morta a previsão do já transcrito art. 55 da Lei nº 6.001/73.

Dentre as peculiaridades da comunidade indígena, destaco as que foram explicitadas nas seguintes passagens do estudo antropológico juntado nos PROCADM5 e PROCADM6 do E1, e que interessam para a solução da demanda:

- 'Sobre o costume dos pais acertarem o casamento dos filhos, Veiga ilustrou como exemplo o casamento de Neagtãe, que aconteceu quando ela tinha 14 anos, e que foi um casamento arranjado por seu pai (p. 113). (...) Em relação a idade que as Kaingang costumavam casar essa autora citou o depoimento de um antigo Kaingang, Vicente Fókae, que lembrou o seguinte 'quando elas tinham dez, doze anos, já estavam preparadas para viver juntos'.

- '(...) a autora também ouviu relatos de casos nos quais os pais, para estabelecer alianças entre homens da mesma geração, entregavam uma filha, muitas vezes ainda com 8 ou 10 anos, ao marido acertado, dizendo 'eu já parei de criar essa menina, agora você continua

criando ela' e até que elas tivessem idade para se tornar mulher.'

- 'Pereira (1998:106) ainda afirma que predomina o casamento entre 'adolescentes', mas que também ocorre casamentos de homens mais velhos com mulheres mais novas. O que nos leva a pensar que é comum nessa sociedade as mulheres casarem cedo. O que não é algo recente como nos aponta (Pereira, 1998) em vários relatos de entrevistas com mulheres mais velhas da aldeia'.

- 'As meninas já são inseridas nos cuidados familiares (como futuras mães) aprendendo seu lugar de mulheres e mães na sociedade Kaingang desde muito cedo. A partir do sete anos de idade ensaiam e praticam seu papel no gênero dentro da sociedade Kaingang'.

- 'Aos seis ou sete anos começam a adentrar ao mundo de inúmeras atividades, aos 10 anos essa inserção fica mais evidente, é importante ressaltar que essa inserção, não se dá com vista a extração de força de trabalho da criança, mas para o desenvolvimento de suas habilidades, sua formação enquanto pessoa e sua socialização na sociedade Kaingang. A categoria 'trabalho' precisa ser relativizada quando pensamos dentro desse contexto. As meninas também se envolvem no trabalho de cuidar da roça, com atividades específicas que são atribuídas devido as atribuições de gênero e geração. As aprendizagens vão sendo incorporadas gradativamente (...)'

- '(...) Esse enfoque na socialização nos auxilia a perceber novas margens para pensar o que pode estar circunscrito na legislação nacional como uma faixa limitada temporalmente a partir dos 16 anos. O alerta de Pereira (1998:131) reforça que por mais que para ela tenha sido possível delinear momentos de passagem do mundo infantil para o mundo adulto (sem adolescência como a concebemos) 'não há limites claramente definidos entre esses dois mundos'. A passagem poder ser visualizada como a inserção no mundo do trabalho, porém, como já abordamos essa se dá de forma gradual, ou seja, a cada etapa de inserção a criança vai se tornando capaz de fazer certas atividades de forma autônoma.'

- '(...) há entre os Kaingang uma classificação que pode ser resumida em crianças, jovens, adultos e velhos se formos recorrer a analogias com a nossa realidade. No entanto, a autora enfatiza que as marcações dessas categorias não são fixadas por faixas etárias, mas definidas por fatores relacionais e comportamentais'.

- '(...) entre os Kaikang as faixas etárias não são taxativas, pois a relação principal não é a idade em si mesmo, mas a capacidade de desempenhar um papel social' (...)

- 'Nesta direção, essa autora explicita que para as meninas de 12 a 15 anos cabem os cuidados da casa, de tal forma, que podem substituir integralmente a mãe no caso de sua ausência quando essa está ocupada com outras atividades (pág. 110). Pereira descreve as atividades das kaingangs, relacionadas à faixa etária de 12-15 anos, apresentando o seguinte: 'Muitas delas casam-se nessa faixa de idade' (p.112)'.

- 'É dessa forma que podemos pensar a categoria existente para moças casáveis, que passa a constituir uma Kaingang quando esta tem a aparência, comportamento e status correspondente - sendo esses atributos sociais específicos. Segundo (Ramos, 2008:154) é a vitalidade e a performance pessoal que determina a classificação e o status da pessoa junto a

seu grupo específico'.

À primeira vista, tais apontamentos poderiam ser de difícil aceitação diante das regras de direito positivado no que pertine à anulabilidade de casamento do menor de 16 anos e ao resguardo da incolumidade física, sexual e psíquica da criança e da adolescente.

Todavia, deve-se rememorar que não cabe o juízo de se vedar a proteção previdenciária sob o fundamento de que a relação sexual com a indígena menor de 14 anos configuraria, em tese, estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), ou, ainda, de que o casamento da menor de 16 anos seria anulável (art. 1.550, I, CC). Primeiro, porque a menor que sofre a presumida violência sexual não é a criminosa, mas a *vítima*; segundo, porque, mesmo perante o Código Civil, *'não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez'* (art. 1.551).

Trago à baila esses aspectos para pontuar que a gravidez da indígena menor de 16 anos, resultante ou não de casamento, fruto ou não de violência sexual efetiva ou presumida, não pode ser compreendida como um fator de negação de tutela, mas, sim, de outorga, porque o salário-maternidade se destina a protegê-la minimamente. Conforme ventilado acima, se houver crime contra a liberdade sexual, que este seja apurado pelo Ministério Público nas vias criminais ordinárias, notadamente porque a cada pedido de salário maternidade de indígena menor de 16 anos poderá o INSS comunicar o MPF ou o MPE para que se possa apurar se a gravidez foi ou não resultante de violência sexual.

Conclusivamente, há circunstâncias evidenciadas de que condições sociais, econômicas e culturais da comunidade indígena Kaingang tornam possível a ocorrência de gravidez e maternidade por indígenas menores de 16 anos, daí porque, realizando interpretação conjunta dos artigos 71 da Lei nº 8.213/91 e 55 da Lei nº 6.001/73, julgo não caber ao INSS tomar o fator etário como impeditivo do gozo de salário-maternidade para tais integrantes daquela comunidade abrangidas pela jurisdição desta Subseção Judiciária, que satisfaçam os demais pressupostos legais.

Nada obstante a procedência da demanda a fim de que não seja considerado qualquer requisito etário, cabe ao MPF, se assim entender, solicitar ao TRF da 4ª. Região a maior abrangência da decisão antecipatória conferida por aquela Corte, pois não cabe a este Juízo de 1º Grau interferir nos contornos objetivos do julgado, mesmo sumário, do 2º Grau.

Ante o exposto, rejeitada a prefacial de ilegitimidade ativa e mantida a eficácia da decisão antecipatória proferida pelo TRF da 4ª. Região no AI nº 50012610-43.2012.404.0000, JULGO PROCEDENTE esta Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL para determinar à autarquia ré que admita o ingresso no RGPS e se abstenha de indeferir benefício de salário-maternidade em razão do requisito etário para mulheres indígenas residentes em comunidades Kaingang abrangidas por esta Subseção Judiciária de Passo Fundo (Monte Caseiros, Carreteiro, Serrinha, acampamentos de Mato Castelhana, Gentil e outros que venham a surgir), respeitadas as demais exigências legais.

O feito é isento de custas e de condenação em honorários (art. 4º, I e III, Lei nº 9.289/96; art. 18 da Lei nº 7.347/85).

Sentença sujeita a reexame necessário porque o direito controvertido não tem

valor certo (art. 475, I, CPC, c/c 19 da Lei nº 7.347/85). Decorridos os prazos para recursos voluntários, remetam-se ao TRF da 4ª. Região.

Comunique-se ao TRF da 4ª. Região nos autos do AI nº 50012610-43.2012.404.0000 sobre a prolação desta sentença.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Passo Fundo, 08 de março de 2013.

Rodrigo Becker Pinto
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **Rodrigo Becker Pinto, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9281826v11** e, se solicitado, do código CRC **9ABB5413**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Rodrigo Becker Pinto

Data e Hora: 08/03/2013 14:33
