

# O salário-maternidade às índias Maxakali e a teoria da tolerância

Kassio Nunes Marques\*

## Apresentação

A complexidade das sociedades contemporâneas, marcadas pelo compromisso de tolerância com grupos minoritários, tem sido alvo da atenção dos governantes pelo fato de o mundo ter assumido uma natureza plana, com fenômenos migratórios intensos, tornando desafiador conciliar diversidades étnicas, culturais, religiosas, de gênero, de orientação sexual, dentre outras.

Países marcados pelo multiculturalismo, como o Brasil, passam a assumir compromissos com a diversidade e com a tolerância, construindo uma cultura de respeito às diferenças, abrindo espaço para que aquilo que era repudiado no passado seja celebrado no presente.

Um exemplo que ilustra bem esse ambiente surge com as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, pleiteando o reconhecimento da idade mínima de 14 (quatorze) anos completos como patamar suficiente para o recebimento do benefício previdenciário de salário-maternidade pelas jovens índias Maxakali, habitantes do nordeste do Estado de Minas Gerais.

Na perspectiva normativa, temos o Decreto 3.048/1999, arts. 9º e 11, fixando o limite de idade para a concessão a mães brasileiras com idade inferior a 16 anos. Contudo, há também as disposições constantes dos arts. 11 e 13 da Lei 8.213/1991 e uma nova janela normativa que se abriu com o advento da Lei 6.001/1973, da Convenção 169 da OIT c/c os arts. 5º, § 2º, e 231, ambos da Constituição Federal de 1988. Outro fator de extremo relevo consiste nas próprias peculiaridades da cultura Maxakali.

A discussão envolve a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário assegurar a concessão do aludido benefício em patamar inferior aos 16 anos completos fixados no Decreto 3.048/1999, determinando-o na idade de 14 anos, em razão dos traços antropológicos da comunidade Maxakali.

Há resistências teóricas à proposta. Afirma-se que o Poder Judiciário não poderia atuar como legislador

positivo, criando norma diferenciada para o povo Maxakali.

Também se diz que a pretensão negaria vigência ao caráter contributivo da previdência social e encontraria óbice no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, que prevê a necessidade de precedência da fonte de custeio.

Sustenta-se ainda que os arts. 25 e 39, ambos da Lei 8.213/1991, não podem ser considerados revogados pelos arts. 14 e 55, ambos da Lei 6.001/1973, os quais, respectivamente, proíbem tratamento discriminatório entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, e assegura aos indígenas a extensão do Regime Geral da Previdência Social.

Outro raciocínio empregado pelos críticos da concessão do benefício antes mesmo dos 16 anos é o de que não haveria razão para um tratamento diferenciado às índias Maxakali.

Por fim, afirma-se que o trabalho de menores de 16 anos é vedado constitucionalmente, não havendo filiação ao Regime da Previdência Social antes dessa idade.

São esses os pontos que ilustram o presente artigo e sobre os quais passaremos a discorrer nos tópicos seguintes, caminhando para uma conclusão segundo a qual há amplo lastro normativo que autoriza o Poder Judiciário a promover a concessão do salário-maternidade às índias Maxakali com idade inferior a 16 anos.

Trabalharemos o marco teórico trazido por Michael Walzer, Professor de Ciência Social no Instituto de Estudos Avançados em Princeton, ao desenvolver sua ideia de tolerância. Também nos valeremos de farta jurisprudência estrangeira, notadamente dos Estados Unidos, Alemanha, Colômbia e África do Sul. Mais à frente, apresentaremos a rica jurisprudência das diferenças indígenas construída pelo Supremo Tribunal Federal de maneira extremamente consistente e o precedente construído pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação Cível 0005421-76.2005.4.01.3800, em que o Ministério Público Federal pleiteia a concessão do salário-maternidade a índias Maxakali com idade entre 14 e 16 anos. Ao final, apresentaremos as nossas conclusões, como já dito, na linha da concessão do salário-maternidade às índias Maxakali com idade entre 14 a 16 anos.

\*Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mestrando em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa.

## 1 As jovens índias Maxakali como ilustração brasileira de uma sociedade complexa

O mundo se depara, nesse alvorecer do século XXI, com grandes desafios relativos à conciliação da manutenção das suas próprias práticas com a necessidade de respeito à diversidade.

O grupo investigado cientificamente nesse texto é uma específica comunidade indígena chamada Maxakali, cujo ambiente escolhido para viver se situa na região nordeste do Estado brasileiro de Minas Gerais. Esse grupo ilustra o surgimento de fenômenos típicos de uma sociedade complexa que encaminha para o Poder Judiciário demandas anteriormente reprimidas.

Atualmente, são muitas as indagações surgidas no seio judicial, em razão da consolidação dessa nova sociedade, aliada ao estabelecimento de uma cultura de respeitabilidade normativa das diferenças existentes nos variados grupos integrantes das coletividades.

O que deve fazer um patrão francês que sabe que sua funcionária natural da Argélia deverá se ausentar do trabalho nas próximas semanas para se submeter, a contragosto, a uma cirurgia de excisão imposta pelas autoridades tribais ligadas a ela? Podem animais, contrariamente à proibição do abate halal, serem abatidos sem narcótico se a religião assim o exigir? Como reagir após ter contratado um motociclista sikh que se recusa a usar o capacete pelo fato de sua religião exigir o uso de um turbante? Pode um advogado ser despedido por fazer as orações prescritas durante o horário de trabalho? Como agir diante da ausência do aluno por ocasião de um feriado religioso? Um detento de confissão mosaica tem que comer a comida da prisão, mesmo quando contiver alimentos proibidos? E se o pai recusar à sua família um tratamento médico por motivos religiosos? Podem os pais impedir suas filhas de frequentar escolas de nível médio porque a própria cultura reserva aos filhos homens o privilégio de uma educação superior? Deve ser permitido a um estrangeiro, aqui residente, a poligamia, quando esta é admitida em sua cultura de origem?<sup>2</sup>

O Professor Dieter Grimm, que integrou a Corte Constitucional alemã, nos diz que

[...] já há algum tempo, a opinião pública alemã está tomada pela questão de se nas escolas públicas também deve ser ministrada aula de

religião islâmica junto da católica e da evangélica [...].

Os Estados Unidos discutiram a possibilidade de dispensar os *amish* do dever legal de enviar suas crianças a uma escola pública durante os dois últimos anos de obrigatoriedade escolar. Caso as crianças fossem educadas nessas escolas adquiririam valores e formas de vida que contrariariam os seus próprios valores. A Suprema Corte, apreciando o caso *Wisconsin v. Yoder* (1972), assegurou que os *amish* encerrassem seus estudos dois anos antes do tempo normal imposto a todos, ao argumento de que “a imposição de obrigatoriedade escolar geral teria, para o grupo, um peso que aniquilaria sua identidade”<sup>3</sup>.

Evidentemente que decisões como essa acima suscitam críticas, principalmente no meio daqueles mais apegados às doutrinas antiquadas de uma separação cerrada dos Poderes. Pode-se dizer, no caso dos *amish*, que o Judiciário legislou ao criar uma exceção não contemplada na legislação. Também é possível acusar a decisão de estabelecer um tratamento diferenciado a um dado grupo sem qualquer razão consistente para tal. Argumentos como esses são usados no caso da concessão do salário-maternidade às índias Maxakali com menos de 16 anos. Como veremos no desenvolvimento desse texto, são argumentos inconsistentes.

No caso dos *amish*, nos Estados Unidos, o Professor Michael Walzer, Professor de Ciência Social no Instituto de Estudos Avançados em Princeton, afirma que

[...] em casos de outra natureza, em que os valores morais da comunidade mais ampla – a maioria nacional ou a coalização de minorias – não são desafiados de forma tão direta, é possível aceitar a desculpa da diferença cultural ou religiosa (e da ‘escolha privada’), respeitar a diversidade e tolerar práticas incomuns relativas ao gênero [...].

Ele exemplifica exatamente com o caso de

[...] minorias muito restritas ou sectárias como os *amish* ou os *hasidim* norte-americanos, a que as autoridades do Estado às vezes se dispõem a oferecer (ou os tribunais a mediar) arranjos conciliatórios – a separação de sexos em ônibus escolares e até em salas de aulas, por exemplo [...]<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> GRIMM, Dieter. Constituição e política. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 107-108.

<sup>3</sup> GRIM, Dieter. Op. cit., p. 109.

<sup>4</sup> WALZER, Michael. *Da tolerância*. Tradução Almiro Pissetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 83.

A França discutiu se alunas muçulmanas poderiam usar o véu, aprovando, inclusive, lei que proíbe o uso ostensivo de símbolos religiosos nas escolas públicas.

A discussão que tomou conta da Suíça foi sobre se alunas muçulmanas deveriam ser dispensadas da aula de natação, já que na sua religião proíbe que se mostrem desnudas diante dos outros.

Em Israel o assunto nacional de maior intensidade foi acerca de se uma rua de trânsito muito movimentada em um bairro de Jerusalém, habitado predominantemente por judeus ultraortodoxos vindos do Oriente, deveria ser fechada durante o *shabat*<sup>5</sup>.

Um derradeiro caso, apreciado em tribunais estrangeiros imersos no compromisso de adequação constitucional às diferenças trazidas por grupos minoritários, vem da África do Sul. Trata-se da apreciação da conduta de uma escola que proibiu a utilização de um *piercing* nasal por uma aluna. A instituição tinha um Código de Conduta que repreendia o uso desse tipo de adereço. A mãe da aluna, ao fazer sua matrícula, assinou um termo comprometendo-se a seguir o código<sup>6</sup>.

Sunali Pillay era aluna de uma elitizada escola feminina de nível médio da cidade de Durban (*Durban Girls' High School*), na África do Sul. Por usar um *piercing* nasal, foi acusada de violar a disciplina exposta no código de conduta da escola. Ela compunha uma comunidade sul-africana originária de imigrações da região sulina da Índia cuja marca distintiva era a mistura de características religiosas, linguísticas, geográficas, étnicas e artísticas de origem hindutamil.

Após a primeira menstruação, as mulheres da comunidade passam a usar um *piercing* nasal esquerdo, simbolizando a fertilidade feminina e anunciando a caminhada em direção à vida adulta, com a liberdade para o casamento.

A aluna não aceitou deixar de usar o adereço na escola. Para ela, a atitude corresponderia à grave ofensa à sua identidade cultural e religiosa, na qualidade de pessoa componente da mencionada comunidade. Segundo Sunali, o uso do *piercing* não era por moda, mas por razões culturais e religiosas.

Verificou-se uma injusta discriminação na recusa da direção da escola em não excetuar a estudante

à vedação disciplinar relativa ao uso de adereços corporais. No caso de Pillay, o uso do *piercing* nasal correspondia à decoração corporal de motivo cultural e religioso, prática do hinduísmo do qual é seguidora.

A Corte determinou que o corpo diretivo da escola, em conjunto com os alunos, pais e professores, em tempo razoável, realizasse emendas ao código de conduta, em vista a providenciar razoáveis conciliações do código a aspectos religiosos e culturais, além de estabelecer exceções que possam ser garantidas<sup>7</sup>.

No caso trabalhado no presente artigo, o grupo vulnerável que surge é composto pelas jovens índias Maxakali. Segundo consistente laudo antropológico do qual tem-se valido o Ministério Público Federal, elas começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo. A inicialização nas atividades laborativas é parte mesmo do processo de socialização das crianças. As atividades se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar. É próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde cedo.

Também é imprescindível observar os costumes da Comunidade Indígena Maxakali em relação ao casamento e à primeira gestação.

Ali, não há um momento ritualmente demarcado que pressupõe a passagem do estado de *solteiro* para o de *casado*, sendo que apenas o nascimento do primogênito consolida a união. De acordo com o laudo antropológico, o modo tradicional de casamento pressupõe a residência do jovem durante o período de aproximadamente um ano com o grupo da esposa, ou seja, na casa dos pais da noiva. Durante esse período, as relações são instáveis e muitas delas desfeitas. Somente com o nascimento do primeiro filho é que se consolida a união e o homem ganha o direito de levar sua esposa e seu filho para o seu próprio grupo familiar.

Dentro dessa perspectiva, ressoa razoável construir uma interpretação em consonância à moldura constitucional, para reconhecer a condição de segurado especial aos membros da população indígena, ora em análise, a partir dos 14 anos, os quais, por suas características culturais e sociais, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos ainda no início da adolescência.

<sup>5</sup> GRIMM, Dieter., op. cit., p. 103.

<sup>6</sup> Trata-se do caso MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay, apreciado pela Corte Constitucional em 5 de outubro de 2007.

<sup>7</sup> CCT 51/06, §§ 11, 50, 58, 60, 85 a 86, 89 a 90 e 106. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>>. Acesso em: jul. 2012.

Raciocinar dessa forma nada mais é do que consagrar a ideia de que o princípio da igualdade só se realiza quando se confere tratamento desigual a quem é desigual. Precisamos conferir toda musculatura ao respeito à diversidade indígena, construindo, assim, uma cultura de tolerância às diferenças e afastando os modelos hegemônicos que as escolhas políticas aqui e acolá impõem.

Não custa lembrar lição de Albie Sachs, que compôs a Corte Constitucional da África do Sul, para que

[...] o teste de tolerância, como previsto pela Carta de Direitos, não consiste em aceitar o que é familiar e facilmente adaptável, mas em dar espaço razoável para o que é incomum, estranho ou até mesmo ameaçador [...]<sup>8</sup>.

## 2 A exortação constitucional aos grupos vulneráveis e o princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal identifica segmentos da sociedade que, em razão de sua vulnerabilidade, devem gozar de amparo diferenciado. São os *grupos vulneráveis*. Reputamos as jovens índias Maxakali componentes desses grupos.

Tem-se mostrado riquíssima a jurisprudência constitucional colombiana ao conferir destacada proteção, no direito à saúde, a grupos vulneráveis<sup>9</sup>. A Corte Constitucional tem protegido mães solteiras, mulheres grávidas ou mãe em estado puerperal; pessoas em situação de desamparo ou desempregadas; idosos em situação de indigência; portadores do vírus da AIDS, não somente para assegurar a realização de exames médicos de carga viral como também para a administração de antirretrovirais na quantidade e periodicidade indispensáveis; pessoas com deficiências físicas ou mentais que requerem, por exemplo, prestações classificadas fora da esfera de proteção do direito à saúde como no

caso da educação ou capacitação especial para assegurar sua reabilitação ou sua integração social.

Na África do Sul, há farta discussão acerca dos grupos vulneráveis constitucionalmente protegidos que fazem nascer, no ambiente hermenêutico, a necessidade de promoção de uma jurisprudência ciente das peculiaridades que compõem a identidade desses grupos.

A Corte Constitucional sul-africana trouxe um importante argumento relativo às categorias mais vulneráveis da sociedade em relação ao acesso ao direito à moradia. A decisão requereu

[...] uma política ampla dispensada para aqueles que são mais vulneráveis e uma implementação que inclua todos os passos razoáveis para iniciar e manter os programas [...]<sup>10</sup>.

Segundo a Corte, o sistema vigente de implementação de políticas públicas voltadas para a moradia negligenciava considerar e abranger aqueles que mais necessitavam.

A discussão acerca da reeleitura do patamar fixado em 16 anos para a concessão de salário-maternidade às jovens índias Maxakali é profundamente marcada pelo seu relevante interesse social e, também, alcança pontos similares às discussões estrangeiras citadas aqui.

A porta de entrada do tratamento dogmático a ser conferido às índias, no tocante à idade para receberem o benefício do salário-maternidade, está contida no inciso III da Constituição Federal de 1988, que traz como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, registrou no seu art. 1º: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público”. Tanto a Constituição da Espanha de 1978, como a portuguesa, do mesmo ano, asseguraram este importante princípio.

Para Ingo Sarlet, dignidade da pessoa humana é

[...] a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e

<sup>8</sup> CCT 36/00, §§ 90, a, e 91. Ficaram vencidos, Sandile Ngcobo, Yvonne Mokgoro, Albie Sachs e Mbuyiseli Madlanga. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/home.htm>>. Acesso em: jul/2012.

<sup>9</sup> Esses elementos foram colhidos na página 731 de: ARANGO, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana, pp. 721/754, in *Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Trata-se de versão de Bruno Stigert, Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da Faculdade Doctum/Juiz de Fora e Professor de Sociologia do Direito da UFJF.

<sup>10</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Op. cit., p. 679.

corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...]”<sup>11</sup>.

A Carta dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*). O planejamento familiar é fundado nos princípios da igualdade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º). Por fim, assegura-se à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

À luz da construção conceitual do que vem a ser grupos vulneráveis, bem como das premissas filosóficas e suporte dogmático que dão sustentação ao princípio da dignidade da pessoa humana, percebe-se que o salário-maternidade para as jovens índias Maxakali, além de ser um direito social elencado na Constituição Federal (art. 6º), demonstra que a proteção à maternidade se constitui em um dos focos de atendimento da previdência social (art. 201, inciso II).

Ainda que diretamente consista em prestação pecuniária, tem por escopo assegurar a dignidade da pessoa, tanto da mãe quanto do filho, em período especialmente delicado, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo indivíduo.

Tal importância se sobreleva quando os afetados pertencem a minorias indígenas às quais, por serem consideradas integrantes de grupos vulneráveis, a lei atribuiu especial atenção por parte do Estado, atenção esta exortada pela Constituição Federal.

### 3 A jurisprudência do respeito às diferenças indígenas no Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal de 1988 conferiu atenção especial às comunidades indígenas e isso tem sido reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse particular, uma cena merece ser rememorada. Trata-se do julgamento da Ação Cível Originária 312, proposta no Supremo em 1982 pela Fundação Nacional do Índio (Funai), contestando títulos concedidos pelo Estado da Bahia a fazendeiros, referentes a terras situadas dentro da reserva indígena Caramuru-Catarina Paraguaçu.

O relator era o Min. Eros Grau. Ele trouxe voto no sentido de que “não há títulos de propriedade válidos no interior da reserva, anteriores à vigência da

Constituição Federal de 1967.” Com esse argumento, favorável aos índios Pataxó Hã-hã-hãe, o ministro votou pela procedência da ação e reconheceu a nulidade de todos os títulos de terras que se encontram dentro da reserva indígena Caramuru-Catarina Paraguaçu, no sul da Bahia.

Ao final, o Min. Eros foi cumprimentar uma senhora de certa idade, índia Pataxó, que assistiu ao julgamento. Estendeu-lhe a mão. Ela retribuiu com um amável sorriso. Trazia, na cabeça, um cocar singelo. O corpo estava todo pintado com desenhos indígenas. Seus brincos eram compridos e alcançavam a altura do busto. A vestimenta utilizada tinha muitos adereços.

Um ministro do Supremo Tribunal Federal de um lado. Uma índia Pataxó Hã-hã-hãe do outro. Uma mão ligando um ilustre brasileiro a uma ilustre brasileira. Na face da índia, desenhos com a cor preta ao lado do vermelho. No bolso do terno do ministro, um lenço preto e vermelho. Um retrato. Uma mostra do que é o Brasil.

Pela perspectiva dogmática, a situação não poderia ser outra. O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 anuncia o compromisso em assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Dois dos fundamentos da República são a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (art. 5º, III e V). Dois dos objetivos são construir uma sociedade livre, justa e solidária; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV).

Segundo o art. 231 da Constituição, 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.

O Supremo Tribunal Federal construiu uma importante jurisprudência das diferenças, contemplando as comunidades indígenas como grupos vulneráveis dotados de atenção especial da Constituição Federal ensejadora de uma interpretação judicial atenta ao constitucionalismo fraternal que a contemporaneidade brasileira abraça.

A Corte iniciou a análise da constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 59-60.

remanescentes das comunidades dos quilombos<sup>12</sup>. O Min. Cezar Peluso votou pela inconstitucionalidade do decreto. O ministro decidiu modular os efeitos da decisão para declarar bons, firmes e válidos os títulos de tais áreas, emitidos até agora, com base no Decreto 4.887/2003.

Outra posição da Suprema Corte voltada à proteção das peculiaridades das comunidades indígenas entendeu ser procedente uma ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios *Krenak* e outros grupos. (ACO 323/MG, rel. Min. Francisco Rezek, 14/10/1993).

Chama a atenção outro precedente de exortação das peculiaridades das comunidades indígenas no seio da Constituição Federal. Sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, entendeu-se que a intimação por parte de comissão parlamentar de inquérito para que indígena preste depoimento na condição de testemunha, fora do seu *habitat*, viola as normas constitucionais que conferem proteção específica aos povos indígenas (CF, arts. 215, 216 e 231), por constringer a sua liberdade de locomoção, na medida em que é vedada pela Constituição da República a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo exceções nela previstas (CF/1988, art. 231, § 5º). (HC 80240/RR, 20/06/2001.)

Também se tornou célebre a decisão do STF que autorizou o retorno da Comunidade Indígena Xavante à Terra Indígena *Marãiwatséde*, na qual ela morava, sem prejuízo da permanência dos posseiros no local. (RE 416144/MT, 10/08/2004).

Percebe-se que o STF abriu uma ampla avenida voltada para o compromisso de tolerância que a nossa sociedade deve celebrar quando chamada a debater a questão indígena.

Ao julgar o caso da demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, o Min. Ayres Britto, relator, afirmou que

[...] o substantivo ‘índios’ é usado pela Constituição Federal por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias [...].

Para o ministro, a Constituição Federal trouxe um propósito “de retratar uma diversidade indígena tanto

interétnica quanto intraétnica”. Segundo o relator, os dispositivos constitucionais voltados aos índios

[...] são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protocolo da integração comunitária [...].

Isso porque, segundo o ministro, estamos numa “era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas”. Afirmou-se ainda que o

[...] processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de multividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica [...]. (Pet 3388/RR, 19/03/2009).

Não há dúvida de que a jurisprudência constitucional brasileira voltada para as comunidades indígenas tem reconhecido suas peculiaridades e celebrado um pacto de tolerância a elas, consagrando todo o respeito às características intrínsecas de determinadas comunidades indígenas que constituem sua própria identidade, não podendo as leis ou atos administrativos desconsiderar tais pressupostos, cujos fundamentos de validade vêm do próprio tecido constitucional.

A Constituição portuguesa, no seu art. 9º, estabeleceu as “Tarefas fundamentais do Estado”. A Constituição brasileira de 1988, inspirada nesse ideal, trouxe, no seu art. 3º, os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, que são:

- I — construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II — garantir o desenvolvimento nacional;
- III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Fazendo a leitura conjunta dos incisos II e III temos como objetivos garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Esse ponto merece consideração.

<sup>12</sup> ADI 3239.

Segundo o STF, o desenvolvimento nacional deve se dar em sintonia com os interesses das comunidades indígenas:

[...] o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de 'desenvolvimento nacional' tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena [...] (Pet 3.388).

O que se vê nesse esforço dogmático e jurisprudencial é que o raciocínio empregado pelo STF, quando instado a debater publicamente temas relativos às comunidades indígenas, reafirma o compromisso de tolerância às diferenças que a Constituição Federal de 1988 firmou. Daí se concluir que há espaço normativo suficiente a embasar a concessão de salários-maternidade para as jovens índias Maxakali.

#### 4 A hipótese em análise — suportes fáticos e normativos

O Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS vem reconhecendo os direitos previdenciários a indígenas na qualidade de segurados especiais, em razão de suas atividades rurícolas e de caça e pesca. Todavia, considera que um dos requisitos para filiação ao Regime de Previdência Social é ter a idade mínima de 16 anos, baseando-se para tanto no Decreto 3.048/1999, na Lei 8.213/1991 e no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

O que se questiona é a aplicação desse limite de idade a indígenas, especialmente para percepção do benefício de salário-maternidade, em face das peculiaridades da realidade, da cultura e da legislação aplicáveis àqueles povos.

O argumento do INSS é que o referido limite de idade fixado na legislação previdenciária é reflexo da norma contida no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, segundo a qual é proibido qualquer trabalho a menor de 16 anos.

Tanto o Decreto 3.089/1999 como a Lei 8.213/1991 estabelecem o mesmo limite mínimo de idade para filiação ao Regime Geral de Previdência Social. A Lei 8.213/1991, antes das modificações promovidas pela Lei 11.718/2008, fixava idade mínima de 14 anos para filiação, mas, posteriormente, esse limite restou aumentado para a mesma idade no Decreto 3.089/1999, qual seja, 16 anos de idade.

O Regulamento Geral da Previdência Social dispõe sobre a matéria nos seguintes termos:

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:

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

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 do grupo familiar.

Art. 11. É segurado facultativo o *maior de dezesseis anos* de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

Em que pesem as disposições da legislação previdenciária e da norma constitucional insculpida no art. 7º, XXXIII, a discussão deve considerar a legislação referente aos direitos indígenas e a importância das peculiaridades culturais e sociais da comunidade em questão.

Segundo a Lei 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto dos Índios, a eles são extensíveis as condições do Regime Geral de Previdência Social, sem prejuízo de suas especiais condições sociais, econômicas, culturais e de trabalho. É o que se depreende dos artigos que seguem:

Art. 14. Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.

Parágrafo único. É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

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

Importantes regras referentes ao trabalho e à previdência de grupos indígenas também constam da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, que foi ratificada pelo Decreto Legislativo 143, de 20/06/2002.

Segundo a convenção, as atividades artesanais, indústrias rurais e atividades tradicionais deverão ser reconhecidas como fatores importantes para a manutenção da cultura dos povos indígenas e de sua autossuficiência, e os governos tomarão as medidas necessárias para garantir que essas atividades sejam incentivadas e fortalecidas. No referido diploma, também se dispõe que esquemas de seguridade social deverão ser progressivamente ampliados para beneficiar os povos interessados e disponibilizados a eles sem nenhuma discriminação.

Segundo consistente laudo antropológico do qual tem-se valido o Ministério Público Federal, as jovens índias Maxakali começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo. Segundo o laudo, a inicialização nas atividades laborativas é parte mesmo do processo de socialização das crianças. As atividades se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar.

Assim, embora o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal proíba o trabalho de menores 16 anos, na hipótese, interpretar a norma em desfavor das índias Maxakali consistiria num indevido exercício de mitigação de direitos fundamentais e, principalmente, de intolerância com as diferenças inerentes à sociedade complexa na qual vivemos.

É próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde cedo e, conforme já citado, o Estatuto do Índio prevê a adaptação das condições de trabalho dos índios à sua cultura. Não há razão para interpretar a Constituição Federal em sentido oposto à sua finalidade, vez que a referida norma constitucional tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde. Não se coaduna, portanto, com a finalidade do aplicador da lei se valer dessa regra para negar direitos previdenciários aos trabalhadores com menor idade.

Ademais, a vedação do trabalho do menor de 16 anos não é absoluta, pois há a possibilidade de

desempenho de atividades a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos que trabalha em atividades rurícolas, domésticas e de extrativismo pode ser equiparada à do aprendiz, pois ambos dão os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício de suas atividades.

Esse tratamento diferenciado muito mais do que aceito, deve ser celebrado. Nas lições de Michael Walzer,

[...] no ponto mais avançado do *continuum*, está o endosso entusiasmático da diferença. É um endosso estético, se a diferença for tomada como a representação cultural da grandeza e diversidade da criação divina ou do mundo natural. É um endosso funcional, se a diferença for vista, como na liberal argumentação multiculturalista, como uma condição necessária para a prosperidade humana, aquela que possibilita a cada homem e mulher as escolhas que dão significado a sua autonomia [...]¹³.

Para análise do caso, é imprescindível observar os costumes da comunidade indígena Maxakali em relação ao casamento e à primeira gestação. Nesse ponto a diversidade surge ainda com maior evidência, invocando um tratamento diferenciado por parte do intérprete judicial.

Trata-se de uma sociedade basicamente monolíngue. Os homens, na sua maioria, também falam o português, mas crianças e mulheres falam exclusivamente a língua Maxakali. Entre eles a comunicação é feita na língua materna (cf. op. cit: 14).

O laudo demonstra que se trata de um grupo predominantemente caçador e coletor, e que apenas subsidiariamente praticam uma agricultura rudimentar. A caça é realizada pelos homens e a coleta pelas mulheres, geralmente grupos pequenos de parentes (irmãs, primas ...). O produto destas atividades é dividido entre todas as famílias da aldeia.

Nesta sociedade não há um momento ritualmente demarcado que pressupõe a passagem do estado de *solteiro* para o de *casado*, sendo que apenas o nascimento do primogênito consolida a união. De acordo com o laudo antropológico, o modo tradicional de casamento pressupõe a residência do jovem durante o período de aproximadamente um ano com o grupo da esposa, ou seja, na casa dos pais da noiva. Durante esse período, as relações são instáveis e muitas delas des-

¹³ WALZER, Michael. *Da tolerância*. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 17.



feitas. Somente com o nascimento do primeiro filho é que se consolida a união e o homem ganha o direito de levar sua esposa e seu filho para o seu próprio grupo familiar.

Quanto à idade em que se consumam as uniões afetivas e a primeira gestação, deve ser levada em consideração a informação — igualmente constante do laudo antropológico — de que a sociedade Maxakali não dispõe de formas de contagem de tempo semelhantes à do Ocidente, não havendo preocupação com a idade. A iniciação sexual começa cedo e o fato de o casamento somente se consumir com o nascimento do primeiro filho contribui para uma primeira gestação precoce, geralmente entre 13 (treze) e 16 (dezesseis) anos de idade.

De acordo com Álvares, a sociedade Maxakali acredita que a menstruação de uma jovem índia se inicia somente após a sua iniciação sexual: é o ato sexual que *chama* o sangue, provocando a menstruação. As relações sexuais são iniciadas antes mesmo da primeira menstruação. A primeira relação sexual, aquela que chamará o sangue e posteriores menstruações, coincidirá com o período da lua crescente. No período de sangramento, que dura cerca de três dias, a índia Maxakali deve observar o resguardo sangue. Após este período vê-se uma fase de intensa atividade sexual que dará, segundo sua cultura, formação ao bebê.

O sangue, para os Maxakali, é um veículo de transformação, responsável, junto com o sêmem, pela fabricação de corpo do bebê. Essa fabricação inicia-se sempre após o terceiro dia da menstruação da mulher, e supõe, principalmente nos primeiros meses, uma alta frequência de relações sexuais: a produção da criança é vista como um trabalho que exige tempo e quantidade considerável de sêmem. Este formará, junto com o sangue retido pela não menstruação, o corpo da criança. Todos os homens que copulam com a mulher durante a gravidez serão considerados pais biológicos da criança – seu fluido seminal contribuiu para a fabricação do corpo – mas apenas o marido assumirá o papel social de pai. (Laudo já citado)

Para esta sociedade, a concepção exige um longo período de intensa atividade sexual que permita o acúmulo de sêmen necessário à construção do corpo da criança na barriga da mãe, o que demanda uma elevada frequência de relações sexuais com vários índios, o que eleva a possibilidade de uma gestação ainda na adolescência. São frequentes as concepções ainda na puberdade, quando as índias Maxakali ainda têm idade entre 13 e 16 anos.

Foi constatado que os Maxakali não possuem a mesma idéia cronológica ocidental, avaliando o

momento apropriado do casamento para suas índias de acordo com o desenvolvimento físico da mulher. Este é o sinal preponderante que indicará a fase apropriada para o casamento. Isto também propicia que, mesmo com 13 ou 14 anos na nossa cronologia, se a jovem índia já dispuser de porte físico de uma jovem mulher, ela já estará apta ao casamento.

Dentro dessa perspectiva, resai possível e razoável se construir uma interpretação em consonância à moldura constitucional, para reconhecer a condição de segurado especial aos membros da população indígena, ora em análise, antes mesmo dos 16 anos de idade, os quais, por suas características culturais e sociais, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos ainda no início da adolescência.

Em relação à gravidez precoce das índias Maxakali, ao contrário do alegado pelo INSS, não consigo vislumbrar identidade fática entre a situação delas e a de meninas de centros urbanos que vivem em bairros pobres e engravidam antes dos 16 anos de idade. Assim entender, seria o mesmo que considerar o trabalho por índios Maxakali menores de 16 anos exploração de trabalho infantil.

Tanto o trabalho realizado desde cedo, como as relações afetivas e a gravidez precoce são frutos das muito peculiares características culturais e sociais desse povo indígena, e merecem especial proteção por parte do Estado. Não se trata, portanto, de uma consequência de mazelas urbanas, como a falta de acesso à educação ou à informação típica de comunidades pobres, mas de algo natural e característico dos costumes do povo Maxakali.

## 5 Precedente jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

As premissas para a construção deste artigo foram extraídas dos autos da Apelação Cível 0005421-76.2005.4.01.3800, que tramitou perante a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que o Ministério Público Federal pleiteia a concessão do salário-maternidade a índias Maxakali com idade inferior a 16 anos, supedaneado em laudo antropológico produzido especificamente para estes autos, de lavra da Analista Pericial em Antropologia PRMG Dra. Ana Flávia Moreira Santos bem como em estudos publicados sobre este povo indígena. Dentre estas fontes, destaco o trabalho desenvolvido pela antropóloga Myriam Martins Álvares, Professora da PUC/MG e Coordenadora da Etnia Maxakali no Programa de Implantação das Escolas Indígenas em Minas Gerais – PIEI/MG, que possui

trabalho científico de pós-graduação em Antropologia Social na Universidade de Campinas, cuja dissertação de mestrado é intitulada YĂMIY, os Espíritos do Canto: a construção da pessoa na sociedade Maxacali.

A 1ª Turma do TRF 1ª Região, à unanimidade, julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal para conceder às jovens mães índias Maxacali com idade entre 14 a 16 anos o benefício do salário-maternidade. Transcrevo o excerto do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SALÁRIO-MATERNIDADE. PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE RURAL COMO INDÍGENA. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL. BENEFÍCIO DEVIDO A PARTIR DOS 14 ANOS DE IDADE. CABIMENTO. 1. Em ação civil pública, pretende o Ministério Público Federal assegurar às índias Maxakali o reconhecimento da qualidade de seguradas especiais para fins de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de ser legítima a atuação do Ministério Público na defesa de direitos que, embora individuais, possuam relevante interesse social, pois os chamados direitos individuais homogêneos estariam incluídos na categoria de direitos coletivos abrangidos pelo art. 129, inc. III, da Constituição da República. 3. Para além de ser um direito social elencado (art. 6º) na Constituição Federal, a proteção à maternidade se constitui em um dos focos de atendimento da previdência social (art. 201, inciso II). E, mesmo que diretamente consista em prestação pecuniária, tem por escopo assegurar a dignidade da pessoa tanto da mãe quanto do filho, em período especialmente delicado, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo indivíduo. Tal importância se sobreleva quando os afetados pertencem a minorias indígenas, às quais, por serem consideradas mais vulneráveis, a lei atribuiu especial atenção por parte do Estado. 4. A teor do laudo antropológico juntado aos autos, as jovens índias Maxakali começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo, as quais se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar, se constituindo tal fato em parte do processo de socialização das crianças. 5. Na comunidade indígena Maxakali, não há um momento ritualmente demarcado para o casamento e somente o nascimento do primogênito é que consolida as uniões afetivas. Essa circunstância, associada ao fato de que a sociedade em questão não dispõe de formas de contagem de tempo semelhantes à do Ocidente, não havendo preocupação com idade, contribui para uma primeira gestação precoce, geralmente entre 13 (treze) e 16 (dezesseis) anos de idade. 6. Embora o art. 7º, XXXIII, da CF, proíba o trabalho de menores de 16 (dezesseis) anos de idade, na hipótese, interpretar a norma em desfavor das índias Maxakali seria descabido. A uma, porque é

próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde cedo e o Estatuto do Índio prevê a adaptação das condições de trabalho dos índios à sua cultura. A duas, porque seria interpretar a Constituição Federal em sentido oposto à sua finalidade, vez que referida norma constitucional tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde. 7. A vedação do trabalho do menor de 16 anos não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho de atividades a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos que trabalha em atividades rurícolas, domésticas e de extrativismo pode ser equiparada à do aprendiz, pois ambos dão os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício de suas atividades. 8. Apelação a que se nega provimento.

(AC 0005421-76.2005.4.01.3800/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.11 de 10/12/2012)''

A não vedação do trabalho infantil na condição de aprendiz a partir dos 14 anos de idade serviu de baliza para o pedido ministerial, que foi acolhido nos termos e nos limites em que foi proposto, sem embargo, diante da singular situação sócio-cultural desta sociedade indígena a concessão, em maior extensão, em casos individuais que porventura sejam devolvidos ao Poder Judiciário.

## 6 O Judiciário como instância pública competente para tratar do salário-maternidade às jovens índias Maxakali

Um dos argumentos lançados contra a posição desenvolvida nesse artigo diz que o Poder Judiciário, ao deferir o pedido de salário-maternidade às índias Maxakali de 14 anos, estaria criando novas regras previdenciárias, em especial para indígenas, violando o princípio da separação dos poderes, pois estaria sendo usurpada competência do Poder Legislativo.

Inicialmente vale destacar que o caso não é de criação de novas normas, mas de mera interpretação da legislação previdenciária à luz dos princípios constitucionais e da legislação reguladora dos direitos indígenas. Ademais, atuando o Judiciário no legítimo poder-dever de prestar jurisdição quando provocado, por óbvio que não há falar em violação do princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Também se sustenta que a pretensão encontraria óbice no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, o qual assim dispõe:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O art. 195 da Carta da República, em seu § 5º, assenta o princípio da correlação entre custeio e benefício, segundo o qual a criação, a majoração ou a extensão de benefício ou serviço da seguridade social necessita da correspondente fonte de custeio total.

O deferimento da pretensão não implica em ofensa ao mencionado dispositivo constitucional, pelo simples fato de que não se requer a criação, a majoração tampouco a extensão de benefícios a determinados indivíduos, mas tão somente o reconhecimento de um direito preexistente, amparado pelo ordenamento jurídico e que não vinha, contudo, sendo admitido pelo INSS.

Não há, no nosso ordenamento jurídico, qualquer cláusula de restrição à apreciação do Judiciário de temas dessa natureza.

A Constituição da Índia, no seu art. 37, ao falar de direitos sociais, diz que

[...] as disposições contidas nesta Parte não devem ser efetivadas por nenhuma Corte, mas os princípios aqui estabelecidos são, entretanto, fundamentais para o governo do país e deve ser um dever do Estado aplicar esses princípios ao elaborar as leis [...].

A Constituição irlandesa de 1937, no art. 45, voltado aos direitos sociais, diz que

[...] os princípios de política social pretendem ser para a orientação geral do *Oireachtas* [Legislativo Irlandês]. A aplicação desses princípios na elaboração das leis deve ser tarefa do *Oireachtas* exclusivamente, e não deve ser cognoscível por nenhuma Corte sob qualquer das disposições desta Constituição [...].

Percebam que nesse país o Judiciário se afasta do debate da saúde em razão de uma imposição constitucional.

O art. 101 da Constituição da Namíbia diz que

[...] os princípios da política de estado contidos neste Capítulo não devem ser, por si sós, exigíveis legalmente por qualquer Corte, mas deve, entretanto, guiar o governo na elaboração

e aplicação das leis para dar eficácia aos objetivos fundamentais dos referidos princípios [...].

Percebe-se que, nesses ordenamentos estrangeiros, as constituições estabeleceram previsão acerca do conteúdo meramente programático dos direitos sociais, não só endereçando-os, exclusivamente, ao governo do país, mas vedando taxativamente a inserção do Poder Judiciário.

Não foi isso o que ocorreu na realidade brasileira, que alçou o Poder Judiciário como legítimo intérprete do ordenamento jurídico sem quaisquer amarras ou bloqueios.

Também não há entre nós qualquer cláusula de condicionamento orçamentário. Tal cláusula é vista em outros modelos constitucionais. Temos o exemplo da África do Sul. A Constituição da África do Sul de 1996 trouxe o seguinte dispositivo:

27. Saúde, alimentação e seguridade social

(1) Todos têm direito ao acesso a:

(a) Serviços de saúde, inclusive os relativos à reprodução;

(b) Alimentação e água suficientes; e

(c) Seguridade social, incluindo, quando [os indivíduos] forem incapazes de manterem a si próprios ou a seus dependentes, assistência social apropriada.

(2) O Estado deve tomar medidas legislativas razoáveis e outras, dentro dos recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva a cada um desses direitos. (*negrito por mim*).

(3) A ninguém se recusará tratamento médico de emergência.

A opção brasileira foi de concretizar um Estado fundado na fraternidade e, assim, não deixar ao absoluto arbítrio dos Poderes Executivo e Legislativo a implementação das políticas dos direitos sociais e, claro, de benefícios previdenciários como o salário-maternidade.

O jurista norte-americano Richard Posner, nesse ponto, esclarece que não há diferença entre uma decisão sobre política pública tomada pelo Legislativo e pelo Judiciário. Para ele:

[...] como saber se os legisladores são, de fato, melhores formuladores de políticas públicas do que os juízes? Sem dúvida, poderiam sê-lo – desde que pudessem livrar-se do jugo das pressões dos grupos de interesse e da reforma dos procedimentos do poder legislativo, e ampliar seus próprios horizontes políticos para além da próxima eleição. Se não puderem fazer essas coisas, suas vantagens institucionais comparativas podem não passar de uma fantasia. Comparar juízes verdadeiros

com legisladores ideais equivale a cair na falácia do Nirvana<sup>14</sup>.

Outra linha de raciocínio inibidora do pleno exercício da jurisdição que não pode prosperar tem a ver com os supostos custos de decisões dessa natureza.

Soa ultrapassada a vertente teórica segundo a qual os direitos sociais implicam gastos imediatos e diretos por parte do Estado, enquanto os direitos negativos — civis e políticos — não. Por este raciocínio, os direitos sociais não seriam plenamente sindicáveis pelo Judiciário, uma vez que sempre ficariam na mão dos demais Poderes quanto à implementação de seus comandos.

Tornou-se clássica a obra dos professores norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, denominada *The cost of rights*, na qual os autores demonstram o equívoco de se supor que há direitos negativos e outros positivos. Isso porque, para eles, todos os direitos, quaisquer que sejam, acarretam custos, não havendo como se falar em direitos negativos.

O capítulo primeiro da obra intitula-se *All rights are positive* e narra a curiosa situação vivida pela Suprema Corte dos Estados Unidos após decidir o caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), no qual se definiu o direito das mulheres praticarem o aborto. Em seguida à decisão, indagou-se quem custearia o procedimento e todo o resto que lhe estava afeto. A Corte teve de, posteriormente, no caso *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977), afirmar que “a diferença básica entre interferência estatal numa atividade protegida e estímulo a uma interferência estatal para uma alternativa”<sup>15</sup>.

Já no tocante a uma possível violação ao postulado de separação dos poderes a partir do momento em que o Judiciário adapta o salário-maternidade ao compromisso de tolerância com as diferenças assumido pela Constituição Federal, da mesma forma parece haver uma visão absolutamente ultrapassada a respeito da real missão do Poder Judiciário.

Falo da lembrança kelseniana da jurisdição constitucional como legislador negativo. Em regra, esta é a consequência da atuação, todavia, nem sempre será

este o resultado. Diante de situações complexas, as decisões também passam por um refinamento maior.

O Supremo Tribunal Federal tem registrado casos nos quais princípios ou normas gerais ganham plena aplicabilidade por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal. Um exemplo é a Súmula Vinculante 13, a Súmula do Nepotismo.

Esta súmula visa dar concretude à cabeça do art. 37 da Constituição segundo o qual a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Preenchendo o campo aberto deixado à disposição do intérprete, o STF chegou ao seguinte enunciado que tinha por base os princípios citados na cabeça do art. 37:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A Súmula Vinculante do Nepotismo sofreu críticas por parte daqueles que enxergavam só ser possível a concretização dos princípios constitucionais da Administração Pública se lei dispusesse a respeito. Todavia, perceberemos que o STF tão somente concretizou princípios constitucionais em homenagem à força normativa da Constituição.

Pela perspectiva processual, mesmo que a concessão do salário-maternidade às índias Maxakali de 14 anos represente, indiretamente, uma adição ao ordenamento jurídico no que diz respeito aos efeitos dessa decisão, não estaria o Poder Judiciário afastado de suas raíais institucionais.

Como se sabe, a processualística italiana construiu a doutrina das sentenças manipulativas e tal doutrina tem ganhado enorme vigor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, no magistério do Professor Gilmar Mendes.

Segundo as sentenças manipulativas de efeitos aditivos, é possível haver, numa decisão judicial que se debruçou sobre um caso complexo, uma potencialização da técnica de interpretação conforme. Ao argumento de aplicar a interpretação conforme, na verdade estar-se-ia inserindo, no ordenamento

<sup>14</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução, Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 191-192.

<sup>15</sup> No original: “there is basic difference between direct state interference with a protected activity and state encouragement interference of an alternative”, p. 35

jurídico, novos conceitos decorrentes da leitura da lei. O Judiciário, ao esclarecer qual seria o alcance de um dado dispositivo legal cotejado com a Constituição Federal, criaria, no cenário jurídico, novas conceituações.

Originárias da Itália, essas modalidades de sentença passam a ser vistas em outros países, como na Espanha, em Portugal e no Brasil. Na Itália, graças à aguçada atuação da Corte Constitucional, as sentenças manipulativas são divididas em *sentenças manipulativas de efeitos aditivos* e *sentenças manipulativas de efeitos substitutivos (ou criativos)*. Esclarecendo a temática, Roberto Romboli, em referência às chamadas sentenças aditivas, diz que:

[...] há um aresto dessa natureza quando a Corte declara 'a inconstitucionalidade de uma disposição do Código de Processo Penal, na parte em que não prevê que determinados atos se desenvolvam na presença do defensor do acusado, com o resultado de que, por meio dessa decisão', passa a ser 'obrigatória a presença do defensor também para a realização de atividades em que, na formulação originária da lei, não estava prevista'. Portanto, nas sentenças de acolhimento aditivas, 'a Corte não elimina o dispositivo do ordenamento; ao contrário, o integra com uma normatização ulterior', havendo inconstitucionalidade 'somente se o enunciado for lido sem a parte adjuntiva'. Todavia, o intérprete-aplicador não é autorizado 'a ler a sentença como se o dispositivo não mais existisse', sendo, ao contrário, obrigado a lê-lo 'tal qual integrado pela Corte'.<sup>16</sup>

Há muitos outros exemplos nos quais o STF alcançou um resultado aditivo. Para ilustrar basta lembrar o julgamento dos MIs 670 e 708 (rel. Min. Gilmar Mendes) e 712 (rel. Min. Eros Grau), apreciados em 25/10/2007, o STF ampliou o alcance da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o direito ao exercício de greve na iniciativa privada, ao decidir que ela também se aplicaria aos servidores públicos, quando nada disso constava no seu texto.

Há outro caso interessantíssimo. Trata-se do RE 405.579/PR, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, tendo a União como recorrente contra a Grande Importadora Nacional de Pneus – Ginap.

O recurso combatia acórdão do TRF 4ª Região que, com base no princípio da isonomia, estendera à empresa que trabalha com mercado de reposição de pneumáticos os efeitos do inciso X do § 1º do art. 5º da Lei 10.182/2001:

Art. 5º Fica reduzido em quarenta por cento o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, e pneumáticos. § 1º O disposto no caput aplica-se exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadores e dos fabricantes de: [...] X — autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos I a IX, incluídos os destinados ao mercado de reposição.<sup>17</sup>

O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, fixou que a extensão do benefício fiscal à recorrida, por meio da interpretação conforme a Constituição, em decisão de manipulativa de efeitos aditivos, seria a solução mais adequada.

Sua excelência pontuou que

[...] a completa nulidade do benefício fiscal a ser produzido por decisão simples de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado não alcançaria os objetivos pretendidos e extinguiria estímulos extrafiscais da política econômica. (Logo) a ponderação da solução para a evidente quebra do princípio da isonomia seria a extensão do benefício tributário aos demais contribuintes em situação equivalente, pois sua completa eliminação repercutiria de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição [...].

O ministro esclareceu que a decisão

[...] não afronta o princípio da separação de poderes, eis que não se retira do Poder Legislativo a possibilidade superar a violação ao princípio da isonomia, regulando novamente a questão. Da mesma forma, o Poder Executivo pode a qualquer momento alterar a alíquota do imposto de importação, por meio de decreto, de sorte a superar eventuais impactos da decisão aditiva [...].

Portanto, não subsiste o argumento de que o Poder Judiciário, ao conceder o salário-maternidade às jovens índias Maxakali de 14 anos, estaria rompendo com o compromisso constitucional de divisão funcional dos Poderes, muito menos que haveria

<sup>16</sup> Apud RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 218-219.

<sup>17</sup> O Min. Joaquim, acompanhado pelos Min. Eros Grau e Cezar Peluso, deu provimento ao recurso entendendo que o incentivo fiscal não alcança a importação de pneumáticos para reposição, mas, apenas, aquela destinada a processo produtivo. O Min. Marco Aurélio, em divergência, desproveu o recurso, ao fundamento de que o inciso X do art. 5º da referida lei encerrou discrimen que possibilita a importação pelas montadoras e fabricantes para simples reposição, o que faz incidir a proibição do inciso II do art. 150 da CF. Acompanhou-o o Min. Carlos Britto.

mácula à natureza da previdência social. Há, como se viu, amplo amparo para a adoção de tal decisão.

## 7 Conclusões

Após discorrermos acerca do tema — concessão de salário-maternidade para índias Maxakali de 14 anos — à luz da teoria da tolerância de Michael Walzer e da jurisprudência das diferenças construída em outros países e no Brasil, e de acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, passo a apresentar as conclusões.

Países marcados pelo multiculturalismo, como o Brasil, passam a assumir compromissos com a diversidade e com a tolerância, construindo uma cultura de respeito às diferenças, abrindo espaço para que aquilo que era repudiado no passado seja celebrado no presente.

É possível, em sede de ação civil pública, o Ministério Público Federal pleitear e assegurar às índias Maxakali o reconhecimento da qualidade de seguradas especiais para fins de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade.

Para além de ser um direito social elencado (art. 6º) na Constituição Federal, a proteção à maternidade se constitui em um dos focos de atendimento da previdência social (art. 201, inciso II). E, mesmo que diretamente consista em prestação pecuniária, tem por escopo assegurar a dignidade da pessoa tanto da mãe quanto do filho, em período especialmente delicado, diante dos inúmeros cuidados exigidos para a proteção da saúde do novo indivíduo. Tal importância se sobreleva quando os afetados pertencem a minorias indígenas, às quais, por serem consideradas mais vulneráveis, a lei atribuiu especial atenção por parte do Estado.

As jovens índias Maxakali começam a exercer atividades rurícolas e domésticas desde muito cedo, as quais se iniciam com um caráter lúdico e educativo e, progressivamente, vão ganhando contornos de efetiva participação no trabalho familiar, se constituindo tal fato em parte do processo de socialização das crianças.

Na comunidade indígena Maxakali não há um momento ritualmente demarcado para o casamento e somente o nascimento do primogênito é que consolida as uniões afetivas. O marido passa a residir na casa dos pais da mulher, mas o casamento só se efetiva com o nascimento do primeiro filho; caso isso não ocorra, o

casamento não se consagra e pode ser desfeito com o simples retorno do marido ao seu antigo lar.

Na cultura desta sociedade, o sangue das regras é chamado através da iniciação sexual e, para a construção do corpo do bebê na barriga da mãe, exige-se uma quantidade muito grande de sêmen, o que demanda uma intensa atividade sexual ainda em idade adolescente e com uma diversidade de parceiros, em que pese só o marido assumir perante a sociedade a posição de pai.

Essas circunstâncias, associadas ao fato de que a sociedade em questão não dispõe de formas de contagem de tempo semelhantes à do Ocidente, não havendo preocupação com idade, pois a mulher estará apta ao casamento quando seu corpo apresentar indícios de estrutura adulta, contribui para uma primeira gestação precoce, geralmente entre 13 (treze) e 16 (dezesesseis) anos de idade.

Embora o art. 7º, XXXIII, da CF, proíba o trabalho de menores 16 anos, na hipótese, interpretar a norma em desfavor das índias Maxakali seria descabido. A uma, porque é próprio dos usos e costumes daquela comunidade o exercício de atividades laborativas desde cedo, e o Estatuto do Índio prevê a adaptação das condições de trabalho dos índios à sua cultura. A duas, porque seria interpretar a Constituição Federal em sentido oposto à sua finalidade, vez que referida norma constitucional tem caráter protetivo, visando a coibir a exploração do trabalho das crianças e dos adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde.

A vedação do trabalho do menor de 16 anos não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho de atividades a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos que trabalha em atividades rurícolas, domésticas e de extrativismo pode ser equiparada à do aprendiz, pois ambos dão os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício de suas atividades.

Portanto, foram esses os pontos que ilustraram o presente artigo e sobre os quais discorri nos tópicos pretéritos, adotando, como conclusão, o amplo lastro normativo que autorizou o Judiciário a promover a concessão do salário-maternidade às índias Maxakali na idade de 14 anos.