

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Giovana Dörr Castro

**DO SALÁRIO-MATERNIDADE CONCEDIDO ÀS INDÍGENAS:  
um estudo de caso sobre os *Kaingang***

**Porto Alegre  
2014**

GIOVANA DÖRR CASTRO

**DO SALÁRIO-MATERNIDADE CONCEDIDO ÀS INDÍGENAS:  
um estudo de caso sobre os *Kaingang***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira

**Porto Alegre  
2014**

GIOVANA DÖRR CASTRO

**DO SALÁRIO-MATERNIDADE CONCEDIDO ÀS INDÍGENAS:  
um estudo de caso sobre os *Kaingang***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Domingos Sávio Dresch da Silveira  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Marco Fridolin Sommer Santos

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Duilio Castro Miles e Edeltraud Dörr Castro, que são a razão do meu existir e que contribuíram para o que sou hoje, sempre acreditando no meu potencial.

Ao meu irmão, Martin Henrique Dörr Castro, que me mostrou a felicidade nas coisas simples da vida e que me ajuda a ser uma pessoa cada vez mais humana.

À minha mãe de criação, Noemi Gonçalves da Silva, a quem devo meus valores de justiça e de dedicação.

Ao meu namorado de longa data, Eduardo Antunes da Cunha, meu fiel companheiro e melhor amigo, que divide comigo os bons e os maus momentos da vida.

Aos meus animais de estimação, que retiram sorrisos meus todos os dias.

Aos meus amigos e colegas, dos mais próximos aos mais distantes, dos mais antigos aos mais recentes, que percorreram, direta ou indiretamente, essa caminhada comigo.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelos ensinamentos e pela competência.

À querida Procuradora Regional da República, Dra. Adriana Zawada Melo, a quem devo importantes lições de trabalho e de vida e que é a responsável por motivar a construção desta pesquisa.

Aos meus então colegas de estágio do MPF – em especial Maria das Graças e Leonardo –, que compartilharam essa experiência comigo.

À antropóloga Miriam Chagas, que me auxiliou nos estudos sobre os *Kaingang*, criando em mim o fascínio por esta etnia.

Ao Prof. Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira, meu orientador, pelo apoio e pela paciência.

## RESUMO

O salário-maternidade consiste no benefício previdenciário de natureza familiar que visa proteger a mãe e seu filho por ocasião do parto, da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. A segurada faz jus ao benefício quando preenche os requisitos previstos em lei, entre eles a idade mínima de 16 (dezesseis) anos, visto que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, proíbe o trabalho a jovens de idade inferior, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos. Ocorre que, entre as indígenas da etnia *kaingang*, as quais se enquadram quase sempre na modalidade de segurada especial, o trabalho e a gestação, por questões culturais, acontecem antes da idade legalmente estipulada, o que resulta na negação do benefício quando requerido perante o INSS. De outro lado, há uma gama de normas protetivas conferida aos indígenas, que deve ser observada quando da concessão de benefícios previdenciários. O trabalho objetiva analisar a necessidade de um tratamento diferenciado a ser dado às indígenas *kaingang* na percepção do salário-maternidade, no sentido de afastar a exigência legal da idade mínima, por força dos seus costumes, crenças e tradições, o que se coaduna com o princípio da igualdade material explícito na Lei Maior e nas demais normas estudadas e se alinha à tendência jurisprudencial mais recente.

Palavras-chave: Salário-maternidade. Segurado especial. Idade inferior a 16 (dezesseis) anos. Direito indígena. Etnia *kaingang*. Princípio da igualdade material.

## ABSTRACT

The maternity benefit consists in the pension benefit of family nature that seeks to protect the mother and the child at birth, adoption or legal custody for purposes of adoption. The insured is entitled to the benefit if it satisfies the requirements provided by law, including the minimum age of 16 (sixteen) years, since the 1988 Federal Constitution, in its article 7, paragraph XXXIII, prohibits the employment of young people under the age, except as apprentices, from 14 (fourteen) years old. The problem is that, between the indigenes from the ethnic group *kaingang*, which fall almost always in the category of special insured, work and pregnancy, for cultural reasons, happen before the legally stipulated age, resulting in the denial of the benefit when it is asked to the Social Insurance Institute. On the other hand, there is a range of protective standards afforded to the indigenous peoples, which should be observed during the grant of pension benefits. The research aims to analyze the need for a differentiated treatment to be given to the indigenes from the ethnic group *kaingang* when they receive the maternity benefit, in order to ward off the legal minimum age requirement, in the face of its customs, beliefs and traditions, which is consistent with the principle of material equality explicit in the 1988 Federal Constitution and in other rules studied and aligns to the latest jurisprudential trend.

Keywords: Maternity benefit. Special insured. Under the age of 16 (sixteen) years old. Indigenous law. Ethnic group *kaingang*. Principle of material equality.

## **LISTA DE SIGLAS**

<b>CLT</b>	Consolidação das Leis do Trabalho
<b>FUNAI</b>	Fundação Nacional do Índio
<b>IBGE</b>	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<b>INSS</b>	Instituto Nacional do Seguro Social
<b>MPF</b>	Ministério Público Federal
<b>OIT</b>	Organização Internacional do Trabalho
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>TRF</b>	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL.....</b>	<b>11</b>
2.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL.....	12
<b>2.1.1 Os beneficiários do sistema de previdência social.....</b>	<b>15</b>
2.1.1.1 A figura do segurado especial.....	17
<b>2.1.2 O salário-maternidade.....</b>	<b>23</b>
2.1.2.1 Breve histórico do benefício no Brasil.....	26
2.1.2.2 Conceito, denominação e natureza jurídica.....	29
2.1.2.3 Requisitos.....	31
<b>3 DIREITO INDÍGENA.....</b>	<b>37</b>
3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	39
3.2 O ESTATUTO DO ÍNDIO.....	46
3.3 A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	51
<b>4 O ESTUDO DE CASO SOBRE OS <i>KAINGANG</i>.....</b>	<b>60</b>
4.1 A MENINA-MULHER <i>KAINGANG</i> .....	61
<b>4.1.1 O trabalho da menina-mulher <i>kaingang</i> junto ao seu grupo familiar</b>	<b>62</b>
<b>4.1.2 O matrimônio da menina-mulher <i>kaingang</i> e a sua prole.....</b>	<b>70</b>
4.2 OS PRECEDENTES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO QUE VERSAM SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE CONCEDIDO ÀS INDÍGENAS <i>KAINGANG</i> .....	79
4.3 A PROPOSTA POR UM TRATAMENTO DIFERENCIADO A SER DADO ÀS INDÍGENAS <i>KAINGANG</i> NA CONCESSÃO DO SALÁRIO- MATERNIDADE EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL.....	88
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>95</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>100</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O sistema de seguridade social corresponde a um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade que visa garantir a proteção da pessoa nas áreas da saúde, da assistência social e da previdência. Nesse contexto, a previdência, sistema compulsório e eminentemente contributivo, objetiva assegurar um subsídio mínimo à pessoa que sofre algum tipo de contingência social.

E o fenômeno da maternidade é uma dessas contingências sociais cujo abrigo é prestado pela previdência mediante o pagamento do benefício do salário-maternidade em favor da mãe e seu filho. O salário-maternidade é, pois, o benefício previdenciário devido à segurada, pelo período mínimo de 120 (cento e vinte) dias, por conta do parto e da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. A lei institui, entre outros requisitos, que a mulher tenha a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos, uma vez que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 7º, inciso XXXIII, firma que o trabalho é vedado às pessoas de idade inferior, à exceção daquelas na condição de aprendiz, quando se permite o labor a partir dos 14 (quatorze) anos, parâmetro que é adotado pela previdência social.

Há, porém, um grupo de mulheres indígenas pertencentes à etnia *kaingang*, povo residente nas regiões sul e sudeste e o terceiro mais populoso do país, a quem é negada a concessão do salário-maternidade justamente por não possuírem essas mulheres a idade legalmente prevista. A despeito disso, os estudiosos revelam que as mulheres *kaingang* iniciam o trabalho junto à comunidade de forma prematura, geralmente na lide com a terra e sob o regime de economia familiar, e, ligado a isso, também o matrimônio e a formação da prole. Essa recusa na via administrativa tem motivado essas mulheres a ingressarem com demandas judiciais, quando assim são orientadas, a fim de pleitear o benefício que lhes é de direito, alegando que a exigência da faixa etária merece ser adaptada às suas peculiaridades culturais e sociais.

O direito à diferença dos indígenas tem sua base em diversos textos legais, nacionais e internacionais, entre os quais se destacam a Convenção n. 169 da OIT, o Estatuto do Índio e a própria Constituição Federal brasileira. Atribuem a esses indígenas o direito de serem reconhecidos nos seus costumes, crenças e tradições, isto é, o direito de se desenvolverem segundo a sua organização cultural e social,

sem que isso os situe em posição de inferioridade. Ademais, ressaltam o dever de que os indígenas sejam inseridos no âmbito previdenciário sem serem objeto de discriminação por sua particular forma de vida. Em que pese a existência de tais normas protetivas, o problema dessas mulheres persiste, motivo por que o tema carece de debate nas esferas acadêmica e judicial e de apresentação de soluções mais concretas.

Assim, o objetivo principal deste trabalho é discutir a necessidade de um tratamento diferenciado a ser conferido às indígenas da etnia *kaingang*, no que tange a esse limitador etário, quando do requerimento do salário-maternidade, por força dos preceitos legais que outorgam a esse povo o direito à diferença. O cerne da questão gira em torno da aplicação correta do princípio da igualdade em sua vertente material, o qual impõe que situações diferenciadas gerem tratamento diferenciado.

O trabalho, visivelmente multidisciplinar, alicerça-se em fontes bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial. Foram consultados doutrina jurídica, artigos científicos, documentos legislativos nacionais e internacionais, precedentes jurisprudenciais e literatura especializada no exame da etnia *kaingang* e suas características. Utilizamos-nos do método dedutivo<sup>1</sup>, com pesquisa qualitativa<sup>2</sup> na modalidade de estudo de caso<sup>3</sup>, porquanto investigamos o problema do salário-maternidade dentro de uma determinada comunidade indígena, que está localizada nas regiões sul e sudeste do país.

Por fim, cabe referir que o trabalho será dividido em três grandes capítulos. O primeiro capítulo intenta trazer algumas informações breves sobre o sistema de seguridade social, o funcionamento da previdência social e quem desta pode ser beneficiário, com ênfase na figura do segurado especial, e ele encerra com o salário-maternidade, buscando apreciá-lo em todas as suas facetas. O segundo capítulo procura fazer um apanhado das principais disposições legais que compõem o direito indígena, focando naquelas que mais se relacionam à temática estudada, quais sejam: a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio e a Convenção n. 169 da OIT. O terceiro capítulo adentra no estudo de caso do povo *kaingang*, o que é feito sob dois ângulos: o trabalho da menina-mulher junto ao seu grupo familiar e o

---

<sup>1</sup> MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65-68.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 110-112.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 121-124.

matrimônio da menina-mulher e sua prole. Seguem-se a isso a análise de dois casos julgados pelo TRF da 4ª Região sobre a matéria e, enfim, a elaboração de uma proposta de tratamento diferenciado a ser dado a essas indígenas na linha do que dispõem as leis protetivas e a própria tendência jurisprudencial.

## 2 O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

O conceito de seguridade social está consolidado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, *caput*, nos seguintes termos: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”<sup>4</sup>

A expressão *seguridade social*, portanto, designa o gênero de um sistema de proteção do qual são espécies a saúde, a previdência e a assistência social. Nessa linha, o sistema de seguridade social tem como objetivo promover ao cidadão a segurança e a proteção necessárias à sua plena existência<sup>5</sup>, o que tem por fundamento a solidariedade humana<sup>6</sup>. Outrossim, a seguridade social visa concretizar os objetivos fundamentais contidos no nosso Diploma Constitucional, em especial àqueles arrolados nos incisos do artigo 3º, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos<sup>7</sup>. A Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre a organização da seguridade social, assim como sobre o seu plano de custeio<sup>8</sup>.

Na área da saúde, estrutura-se um serviço único, organizado e descentralizado, que integra a ação de órgãos federais, estaduais e municipais, buscando atender integralmente as necessidades médicas, sanitárias, nutricionais, educacionais e ambientais da comunidade<sup>9</sup>. No plano constitucional, a matéria é abordada do artigo 196 ao artigo 200, ao passo que a política nacional de saúde é

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

<sup>5</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 28.

<sup>6</sup> “O princípio da solidariedade, no campo previdenciário, significa participação social e intergeracional do ônus financeiro de sustento do sistema. Assim, incumbe a toda a sociedade financiar a Previdência Social (e, antes, a própria Seguridade Social). Mais especificamente no que tange à figura dos segurados do regime, incumbe àqueles que se encontram na geração hoje em atividade verter contribuições para o sustento das prestações hoje em manutenção, aguardando, no futuro, que seus próprios benefícios e serviços sejam custeados pela próxima geração de trabalhadores usuários do regime previdenciário (não somente deles, por evidente, mas também dos demais contribuintes, na partição social acima referida). O princípio da solidariedade, assim, expressa-se tecnicamente na adoção do Regime de Repartição” (*In*: FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 48.).

<sup>7</sup> ROCHA, *loc. cit.*

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

<sup>9</sup> ROCHA, *loc. cit.*

regulada pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, considerando-se o Sistema Único de Saúde (SUS) como o seu executor<sup>10</sup>.

Já a assistência social cuida daquela parcela da população considerada hipossuficiente, que demanda maior atenção do Poder Público, motivo por que independe de qualquer vínculo contributivo<sup>11</sup>. Intenta, por conseguinte, assegurar o mínimo indispensável a uma vida digna, como alimentos e roupas<sup>12</sup>. Tutela precipuamente as pessoas portadoras de deficiência e os idosos, mas também salvaguarda a maternidade, a infância e a adolescência, ressaltando-se o fato de que deve ser ela prestada independentemente de qualquer contribuição do assistido à seguridade social<sup>13</sup>. A Carta Federal disciplina a matéria nos seus artigos 203 e 204; no plano infraconstitucional, a assistência social é regida pela Lei n. 8.472, de 7 de dezembro de 1993<sup>14</sup>.

Interessa-nos, por ora, tecer considerações mais voltadas à previdência social, o terceiro pilar do tripé da seguridade social.

## 2.1 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Consoante Daniel Machado da Rocha, a previdência social consiste em:

[...] um seguro social compulsório, eminentemente contributivo – este é o seu principal traço distintivo – mantido com recursos dos trabalhadores e de toda a sociedade – que busca propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte etc.<sup>15</sup>

No dizer de Sergio Pinto Martins:

É a Previdência Social o segmento da Seguridade Social, composto de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua

---

<sup>10</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 28.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 29.

família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.<sup>16</sup>

Dessarte, a previdência social, que institui um sistema de benefícios previdenciários – entre os quais se inclui o salário-maternidade, objeto deste trabalho –, destina-se a proteger seus beneficiários das contingências sociais<sup>17</sup>. Qualificam-se como contingências sociais as hipóteses em que o trabalhador e seus dependentes sejam vítimas de eventos reais e presumidos, “[...] que venham a produzir uma perda integral ou parcial dos rendimentos familiares ou despertem outra necessidade considerada socialmente relevante.”<sup>18</sup>

A nossa Constituição Federal legisla sobre a matéria em vários dos seus dispositivos, com destaque para os artigos 201 e 202, que consagram as principais diretrizes da previdência<sup>19</sup>. O artigo 201 informa, de início, que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, bem como será de caráter contributivo e de filiação obrigatória, atentando-se a parâmetros que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do Estado, princípio que foi incluído no dispositivo com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998<sup>20</sup>. Elenca, a seguir, os fundamentos que servirão de base para a disciplina dos benefícios previdenciários, a exemplo do inciso II do artigo 201, que traz a proteção à maternidade, especialmente à gestante, o que dará origem ao salário-maternidade, objeto desta pesquisa. Já o artigo 202 trata do regime de previdência privada, que segue outro mecanismo de funcionamento, porquanto detém caráter complementar e é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, sendo, por isso, facultativo. Como dito alhures, o presente trabalho dará

---

<sup>16</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 288.

<sup>17</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 31.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

<sup>20</sup> “O princípio em questão é fundamental no interior de um sistema de repartição, onde as contribuições vertidas destinam-se a financiar prestações e estrutura administrativa do regime previdenciário no exercício em que foram recolhidas, de modo que não há formação de poupança para o sustento futuro do regime previdenciário. Portanto, imprescindível haver um planejamento muito claro em relação às fontes de receita, avaliação das necessidades financeiras para manutenção da estrutura operacional do sistema, verificação do número de beneficiário, valores de benefícios e tempo de sua percepção, para que o delicado equilíbrio em questão seja mantido, sem déficits que devam ser arcados por fontes financeiras externas, isto é, diretamente pela União” (*In*: FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 48.).

ênfase ao regime geral de previdência social, visto que, como se debaterá no Subcapítulo 2.1.2.3, o salário-maternidade aí se inclui.

A Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, revela-se como a Lei da Previdência Social, que discorre sobre os planos de benefícios previdenciários<sup>21</sup>. Nela, definem-se exemplos mais concretos de contingências sociais, tais como “[...] incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.” Também são elencados alguns dos princípios norteadores da previdência social, com destaque para aqueles mencionados nos incisos I e II do artigo 1º, que referem a universalidade de participação nos planos previdenciários e a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços prestados às populações urbanas e rurais. O Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, aprova o Regulamento da Previdência Social<sup>22</sup>.

Sergio Pinto Martins explica que as prestações compreendidas pelo regime geral da previdência social dividem-se em benefícios e serviços<sup>23</sup>. Os benefícios correspondem a valores pagos em dinheiro aos segurados e seus dependentes, enquanto os serviços “[...] são os bens imateriais postos à disposição do segurado, como habilitação e reabilitação profissional, serviço social, assistência social etc.”<sup>24</sup>

Refere o mesmo autor que as prestações podem ser fracionadas em três critérios: a) quanto ao segurado; b) quanto ao dependente; e c) quanto ao segurado e ao dependente<sup>25</sup>. Nessa linha, citam-se como prestações concedidas ao segurado as seguintes: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. São conferidas aos dependentes as prestações da pensão por morte e do auxílio-reclusão. Por fim, no condizente às prestações quanto ao segurado e aos seus dependentes, apontam-se o serviço social e a reabilitação profissional.

Feitos esses apontamentos iniciais, importa analisar mais objetivamente o benefício previdenciário do salário-maternidade, propósito central desta pesquisa.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

<sup>22</sup> BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

<sup>23</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 311.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 311.

Antes, contudo, cumpre trazer algumas palavras a respeito do segurado especial, uma vez que, conforme se observará mais adiante, os indígenas, em sua maioria e em especial os *kaingang*<sup>26</sup>, são classificados nessa espécie de segurado obrigatório da previdência social.

### 2.1.1 Os beneficiários do sistema de previdência social

De acordo com Daniel Machado da Rocha:

Os titulares do direito subjetivo de gozar das prestações contempladas pelo regime geral são designados pela lei como *beneficiários*. A expressão abrange os segurados e seus dependentes. Como o nosso modelo de seguridade social não é um modelo universalista, no qual todos são vinculados por direito próprio ao sistema, independentemente de exercerem atividade ou não, a lei previdenciária promove distinção entre os beneficiários diretos (segurados) e os indiretos (dependentes). *Segurados* são pessoas físicas que, em razão do exercício de atividade ou mediante o recolhimento de contribuições, vinculam-se diretamente ao Regime Geral. *Dependentes* são as pessoas cujo liame jurídico existente entre elas e o segurado permite que a proteção lhes seja estendida de forma reflexa. Por tratar-se de uma vinculação mediata, o direito dos dependentes está condicionado de forma indissociável ao direito dos titulares. Assim, antes da aferição da relação caracterizadora dependência, é mister verificar-se a manutenção da vinculação do segurado ao regime geral, pois se o direito do segurado deixa de existir, por exemplo, por haver sido perdida a qualidade de segurado, arrefecem igualmente eventuais direitos previdenciários que poderiam ser alcançados ao dependente.<sup>27</sup>

Dito de outra maneira, os *segurados* são aqueles que se vinculam diretamente ao regime geral da previdência social, ao passo que os *dependentes* se vinculam a este de modo indireto, tendo em conta a natureza de sua relação com os *segurados*<sup>28</sup>. *Segurados* e *dependentes* são, pois, espécies do gênero *beneficiários*.

Nessa perspectiva, Sergio Pinto Martins indica como segurados “[...] as pessoas físicas que exercem, exerceram ou não atividade, remunerada ou não,

<sup>26</sup> Há diversas maneiras de redigir o termo *kaingang*, como *caingangue* e *kanhgág*. Optamos por adotar, ao longo do trabalho, a expressão *kaingang*, visto que as fontes pesquisadas utilizam desta redação com mais frequência. Os *kaingang*, como já exposto na introdução, foram a comunidade indígena escolhida para a realização do estudo de caso do Capítulo 4.

<sup>27</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 47.

<sup>28</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 57.



efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício.”<sup>29</sup> Outrossim, são todos aqueles que usufruem ou podem usufruir de benefícios<sup>30</sup>.

Os segurados dividem-se em obrigatórios e facultativos. Interessa-nos, por ora, as palavras de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen sobre o segurado obrigatório:

No caso dos *segurados obrigatórios*, o fato que opera a vinculação ao Regime Previdenciário é o *exercício de atividade laborativa elencada na lei previdenciária*. O simples exercício de uma dada profissão – fato para o que é relevante a presença da vontade do exercente – determina o vínculo obrigatório com a Previdência Social, operando-se uma filiação *ope legis* – cuja ocorrência e cujos efeitos não dependem da vontade do segurado.<sup>31</sup>

O elenco dos segurados obrigatórios encontra-se tanto na Lei n. 8.212/91, em seu artigo 12, quanto na Lei n. 8.213/91, em seu artigo 11. São eles: a) os empregados; b) os empregados domésticos; c) os contribuintes individuais; d) os trabalhadores avulsos; e e) os segurados especiais<sup>32</sup>. Sergio Pinto Martins prefere separar os segurados obrigatórios em apenas três grupos, quais sejam, comuns (empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos), individuais (autônomos, equiparados a autônomo, eventuais e empresários) e especiais<sup>33</sup>.

Um aspecto fundamental e que será tratado ao longo de todo o trabalho é o fato de que, para ser segurado, é preciso ter idade de 16 (dezesesseis) anos, que é a idade mínima permitida para trabalhar, consoante dispõe o artigo 7º, inciso XXXIII, da nossa Lei Fundamental<sup>34</sup>, sem se olvidar que há a exceção quanto aos aprendizes, que podem trabalhar a partir dos 14 (quatorze) anos. É, portanto, a faixa etária de 16 (dezesesseis) anos um dos parâmetros utilizados pela previdência social para permitir o ingresso da pessoa no sistema.

Já adiantamos, desde já, porque petinente, um comentário de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen a respeito dessa questão, que mostra a

<sup>29</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>31</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 57-58.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>33</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 82.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014.

inquietação dos autores com a adoção desse critério etário para o segurado especial<sup>35</sup>:

Todos os integrantes da unidade familiar são considerados segurados, o que inclui pais e filhos. Muito embora na redação do dispositivo legal referido continue a definir como idade mínima para a filiação os 14 anos de idade, o Decreto 3.048, em seu art. 9º, VII, passou a estabelecer o marco etário de 16 anos. Trata-se de uma extensão, **de duvidosa constitucionalidade**, do limite etário estabelecido pela EC 20/98 para o exercício de trabalho empregado por parte de menores, conforme atual redação do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal. Ocorre que o segurado especial não é empregado, e o trabalho do jovem não deixará de existir pelo limite etário mais avançado, já que é indispensável ao sustento do grupo familiar, diversamente do que ocorre no caso das relações de emprego, onde a novel disciplina traz limites para os empregadores contratantes de mão-de-obra de menores. Por outro lado, a previsão constitucional de limite etário de 16 anos para a formação da relação de emprego é norma protetiva do menor, de modo que não poderia ser invocada para desconsiderar-se tempo de serviço efetivamente laborado, ainda mais quando a lei previdenciária não foi modificada, neste ponto.<sup>36</sup>

E é sobre o segurado especial que, agora, far-se-á uma abordagem mais detida.

#### 2.1.1.1 A figura do segurado especial

Segundo Daniel Machado da Rocha, o trabalhador rural<sup>37</sup> ingressou no regime de previdência, na qualidade de segurado, apenas com o advento da Lei n. 4.214, de 2 de março de 1963, o então vigente Estatuto do Trabalhador Rural<sup>38</sup>. Refere o autor que esse diploma legal “[...] pretendeu instituir uma previdência social assemelhada à urbana, conquanto não houvesse ainda contribuição dos trabalhadores rurais.”<sup>39</sup> Aduz o autor, ainda, que, por se tratar de um sistema assistencial que conferia somente um benefício substitutivo para cada unidade

<sup>35</sup> Como se verá no Supcapítulo 2.1.1.1, é ampla a possibilidade de enquadramento no regime geral sob a modalidade de segurado especial, razão por que é uma espécie de segurado de grande relevância. Sua previsão encontra-se no artigo 11, inciso VII, da Lei n. 8.213/91, com idêntica menção no artigo 12, inciso VII, da Lei n. 8.212/91.

<sup>36</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 71, grifo nosso.

<sup>37</sup> cf. MORELLO, Evandro José. Os trabalhadores rurais na previdência social: tipificação e desafios à maior efetividade do direito. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 201-232.

<sup>38</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 66.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 66.

familiar, como o auxílio-doença e a pensão por morte, “[...] não havia qualquer disciplina do tempo de serviço do segurado do FUNRURAL, que se restringia ao arrimo de família, sendo os demais membros seus dependentes [...]”.<sup>40</sup> Os artigos 160 e 162 do aludido Estatuto e os artigos 4º e 5º da Lei Complementar n. 11, de 25 de maio de 1971, traziam essa compreensão<sup>41</sup>.

Observam-se importantes modificações na matéria com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assinala ela, em seu artigo 195, § 8º, que:

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.<sup>42</sup>

Na opinião de Sergio Pinto Martins, embora esse preceito, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, não devesse estar constando do Carta Federal, “[...] pois deveria ser matéria de lei ordinária, versa o § 8º do art. 195 da Constituição, de uma maneira ampla, sobre o segurado especial.”<sup>43</sup>

De maneira mais precisa, o inciso VII do artigo 11, da Lei n. 8.213/91, com menção expressa também no inciso VII do artigo 12, da Lei n. 8.212/91, descreve<sup>44</sup> o segurado especial como sendo a pessoa física

[...] residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, na condição de:

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

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

<sup>40</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 66.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>43</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

<sup>44</sup> “A Lei 11.718 buscou definir de maneira mais objetiva este segurado, inserindo disposições que já constavam do regulamento e de instruções normativas do Ministério da Previdência, bem como trazendo elementos novos” (*In*: ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 67.).

- 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 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.<sup>45</sup>

Classificam-se, então, como segurados especiais aqueles que, na posição de produtor, parceiro, meeiro e arrendatário rurais, pescador artesanal e assemelhado, têm suas atividades realizadas individualmente ou em regime de economia familiar, mesmo que com eventual auxílio de terceiros, fazendo parte também seus cônjuges, companheiros e filhos maiores de 16 (dezesseis) anos<sup>46</sup> ou a eles equiparados<sup>47</sup>, desde que participem do labor, de modo significativo e mediante comprovação, junto ao seu grupo familiar<sup>48</sup>. Por regime de economia familiar (artigo 11, § 1º, Lei n. 8.213/91) compreende-se a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência, sendo o mesmo executado em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados.

<sup>45</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>46</sup> Conforme destacado anteriormente, alterou-se, com a Emenda Constitucional n. 20/98, o marco etário de 14 (quatorze) para 16 (dezesseis) anos, tendo em vista a nova redação do artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988. E é neste ponto que reside o problema objeto desta pesquisa, como se constatará no Capítulo 4, pois o INSS usa esse parâmetro para determinar quem pode ingressar como segurado obrigatório do regime geral. Ocorre que a Autarquia Previdenciária, ao receber demandas de indígenas *kaingang* pleiteando o benefício de salário-maternidade, costuma rejeitar tais pedidos, sob o fundamento de que muitas delas não apresentam a idade prevista em lei. Quando assim decide o INSS, está ele desconsiderando os costumes e as tradições que são arraigados à cultura *kaingang*, o que viola não apenas diversos diplomas legais que visam à proteção do indígena, como o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973) e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mas também a própria Constituição Federal, que assegurou, no seu artigo 231, *caput*, o reconhecimento às crenças, aos costumes e às tradições indígenas. O Capítulo 4 fará uma extensa análise sobre a figura da menina-mulher *kaingang* no trabalho e no matrimônio, quando se verificará que as indígenas dessa etnia são introduzidas no labor rural, junto à sua família, em idade bastante precoce, bem como iniciam sua prole geralmente na faixa dos 14 (quatorze) e 15 (quinze) anos, motivo por que devem ser tratadas de forma diferenciada, afastando-se esse limite etário definido em lei, em respeito ao princípio da igualdade material, que está também consolidado no nosso Diploma Fundamental.

<sup>47</sup> “Somente com o advento da Lei Fundamental de 1988 é que os cônjuges do pequeno produtor rural, os quais trabalhavam em regime de economia familiar, passaram a ser considerados segurados, por força do § 8º do art. 195. Concretizando o enunciado precitado, os Planos de Custeio e Benefício foram ainda mais longe, pois, além dos cônjuges, incluíram os filhos maiores de 14 anos (respectivamente, no inciso VII do art. 12 e inciso VII do art. 11). A partir de então, aqueles que eram dependentes do chamado “arrimo de família” no restritivo regime de FUNRURAL, aperfeiçoado pelas LCs 11/71 e 16/73, passaram a ser segurados especiais” (*In*: ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 66.).

<sup>48</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 71.

Acerca do tema, Daniel Machado da Rocha sustenta o entendimento de que, para ser categorizado como segurado especial, não basta que haja produção agrícola apenas para fins de subsistência, restando essencial a comercialização do seu excedente, porquanto o elo de inclusão ou vinculação à previdência social, de regra, é o trabalho remunerado, que gera, então, a contribuição<sup>49</sup>, consoante o artigo 25 da Lei n. 8.212/91<sup>50</sup>, que concretiza o disposto na norma supracitada do Diploma Constitucional. Traz, de outra monta, a ideia de que o mero exercício de outra atividade remunerada, isto é, a percepção de outra fonte de renda por algum dos membros da família não seria suficiente para descaracterizar o regime de economia familiar:

[...] É que o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), em seu art. 4º, definia como propriedade familiar como “imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhe absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalho com ajuda de terceiros”. A locação “lhes absorva toda a força de trabalho”, também presente na DL 1.166/71, abaixo transcrito, foi omitida na LC 11/71, bem como na atual legislação. **Daí concluir-se-ia que a lei não mais exigiria fosse exclusiva a atividade agrícola, bastando que o trabalho seja indispensável à própria subsistência.**

**Desse modo, somente estaria descaracterizado o regime de economia familiar quando a renda obtida com a outra atividade fosse suficiente para a manutenção da família, de modo a tornar dispensável a atividade agrícola.** Assim é que não estaria afastado o regime de economia familiar, por exemplo, quando um dos cônjuges percebesse salário ou proventos de um salário-mínimo como professor primário do Município ou aposentado, ainda que pelo regime urbano. O próprio regulamento, no inc. I do § 8º do art. 9º, afirma a manutenção da qualidade de segurado especial quando os rendimentos forem iguais ou inferiores a um salário-mínimo e decorrentes de benefício previdenciário. Tal regra bem poderia ser aplicada, analogicamente, em relação a rendimentos decorrentes de outra atividade profissional. De acordo com o STJ, porém, basta o exercício de outra atividade, qualquer que seja sua natureza, para que seja afastada a qualidade de segurado especial, sem maiores questionamentos sobre o valor dos rendimentos auferidos em tal caso.<sup>51</sup>

Conclui o mesmo autor que a solução a esse problema, qual seja, definir quem é ou não enquadrado como segurado especial, foi dada pela redação do § 9º do artigo 11, da Lei n. 8.213/91<sup>52</sup>, que apontou, entre outros aspectos, que, mesmo

<sup>49</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 68.

<sup>50</sup> BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>51</sup> ROCHA, *op. cit.*, p. 69-70, grifo nosso.

<sup>52</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

não havendo exercício de atividade, se o trabalhador perceber renda (decorrente de benefício previdenciário ou não), sendo ela superior a um salário-mínimo, ele não será considerado segurado na modalidade especial<sup>53</sup>. Alude o autor também ao fato de que recentes decisões têm observado o tamanho da propriedade rural como um elemento para caracterizar ou descaracterizar o regime de economia familiar<sup>54</sup>.

Por fim, no que toca à perda da qualidade de segurado especial, ponto discutido no § 10 do artigo 11, da Lei n. 8.213/91<sup>55</sup>, cumpre traçar algumas considerações.

A carência, de acordo com Sergio Pinto Martins, “[...] é instituto típico do contrato de seguro, em que se exige tempo ou número de pagamentos para fazer jus ao benefício.”<sup>56</sup> Considera-se período de carência, na seara previdenciária, “[...] o tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício.”<sup>57</sup> O artigo 25 da Lei n. 8.213/91<sup>58</sup> descreve o número de contribuições devido pelos segurados a cada tipo de benefício, a exemplo do salário-maternidade previsto no inciso III, que pressupõe o recolhimento de dez contribuições mensais pelas contribuintes individual e facultativa, respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 39 da mesma lei. Notaremos, no Subcapítulo 2.1.2.3, que as seguradas especiais gestantes possuem um tratamento diferenciado no que compete ao período de carência, por conta do § 2º do artigo 93 do Decreto n. 3.048/99, que confere a elas o direito de perceber tal benefício quando comprovado o exercício de atividade rural nos 10 (dez) meses anteriores ao do início do benefício, e não 12 (doze), de modo que elas não necessitam comprovar o recolhimento de qualquer contribuição, mas apenas estar exercendo labor rural por pelo menos 10 (dez) meses antes do parto<sup>59</sup>.

A qualidade de segurado, por sua vez, “[...] é adquirida pelo exercício laboral em atividade abrangida pela previdência social ou pela inscrição e recolhimento das

<sup>53</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 70.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>56</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 311.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>58</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>59</sup> BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

contribuições no caso de segurado facultativo.”<sup>60</sup> Dito de outra forma, a aquisição da qualidade de segurado equivale à filiação:

[...] No momento em que o cidadão se filia à previdência, adquire a qualidade de segurado, o que implicará recolhimento de contribuições. A falta do recolhimento das contribuições terá consequências diversas conforme a espécie de segurado [...]. Por ora, basta a imagem de que alguém se torna segurado pelo exercício da atividade que determina filiação obrigatória e recolhimento das contribuições ou apenas com base neste requisito para o segurado facultativo. Em linha de princípio, então, o segurado manterá essa qualidade enquanto estiver recolhendo as contribuições.<sup>61</sup>

Já o período de graça, de que trata o artigo 15 da Lei n. 8.213/91<sup>62</sup>, corresponde à faixa de tempo em que o filiado mantém sua qualidade de segurado, mesmo não vertendo contribuições ao regime geral, visto que já preencheu o número mínimo de contribuições perante a previdência social. Daniel Machado da Rocha explica o instituto nos seguintes termos:

Cessando o recolhimento das contribuições, a tendência é de que o segurado perca esta qualidade, e com ela todos os direitos que lhe são inerentes. O art. 15 prevê, porém, o denominado *período de graça*, durante o qual o segurado mantém esta qualidade independentemente do recolhimento de contribuições. Assim é que, sobrevindo o evento no curso do período de graça, ainda estará o segurado protegido.<sup>63</sup>

Distingue-se, pois, o período de carência da manutenção da qualidade do segurado:

Nesta, o segurado permanece filiado ao sistema, mesmo não contribuindo, pelo período especificado na lei. O período de carência é o espaço de tempo em que o segurado não faz jus ao benefício. A manutenção da qualidade de segurado é um pressuposto para a concessão do benefício. Mesmo havendo período de carência, se o segurado não mantiver essa qualidade, deixa de ter direito ao benefício.<sup>64</sup>

Nessa linha, o aludido § 10 do artigo 11, da Lei n. 8.213/91, estabelece que o segurado especial fica excluído dessa classe quando, a contar do primeiro dia do

<sup>60</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 83.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>62</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>63</sup> ROCHA, *loc. cit.*

<sup>64</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 312.

mês: a) deixar de satisfazer as condições necessárias ao enquadramento na categoria de segurado especial, sem prejuízo do período de graça, ou exceder qualquer dos limites estabelecidos no inciso I do § 8º, que trata da outorga em imóvel rural; b) enquadrar-se em qualquer outra categoria de segurado obrigatório do regime geral de previdência social, ressalvado o disposto nos incisos III, V, VII e VIII do § 9º, sem prejuízo do período de graça; e c) tornar-se segurado obrigatório de outro regime previdenciário. Ademais, opera-se a mesma consequência, a contar do primeiro dia do mês subsequente ao da ocorrência, quando o grupo familiar a que pertence exceder o limite de: a) utilização de terceiros na exploração da atividade a que se refere o § 7º, o qual estipula o número máximo de 120 (cento e vinte) pessoas por dia no ano civil; b) dias em atividade remunerada indicados no inciso III do § 9º; e c) dias de hospedagem, na exploração de atividade turística na propriedade rural, consoante a letra do inciso II do § 8º.

Em suma, o segurado especial é aquela figura apresentada pelo inciso VII do artigo 11, da Lei n. 8.213/91, que reúne determinadas características impostas em lei e que desempenha atividades eminentemente associadas à terra, de modo individual ou em regime de economia familiar. A importância em conhecer mais a fundo o segurado especial em detrimento das outras espécies de segurados reside em que as indígenas *kaingang* das regiões sul e sudeste, em razão de seus traços culturais, adequam-se a essa modalidade de segurado na maior parte dos casos, conforme será demonstrado no fim deste trabalho.

Isso posto, passaremos ao estudo do salário-maternidade, enumerando os pontos mais relevantes ligados ao benefício e, sempre que possível, tecendo comentários relacionados à problemática debatida neste trabalho.

### **2.1.2 O salário-maternidade**

A maternidade e toda a conjuntura que envolve esse momento único na vida da mulher constituem tema de discussão em diversas áreas do saber, como a medicina, a psicologia, a sociologia e o direito. São alvo de inúmeras legislações nacionais e internacionais, as quais buscam um tratamento diferenciado à mulher nesse período, em razão da sua fragilidade física e emocional, o que demanda cuidados especiais, atendendo às necessidades próprias da gravidez, do parto e do pós-parto.



Assim, por exemplo, o Artigo VII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)<sup>65</sup> dispõe que: “Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda a criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais.” Outrossim, o Artigo XXV, n. 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)<sup>66</sup> institui que: “A maternidade e a infância têm direito a cuidado e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.” Também nessa perspectiva está o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966)<sup>67</sup>, que estabelece, em seu Artigo 10, n. 2, que: “Deve-se conceder proteção às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalhem licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.”

A Convenção n. 103<sup>68</sup>, que protege a maternidade, foi uma das primeiras convenções adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>69</sup>, quando de sua criação em 1919. Foi revista em 1952<sup>70</sup> “[...] para acompanhar a evolução da legislação e permitir maior proteção para as mulheres trabalhadoras, principalmente a proteção previdenciária.”<sup>71</sup> Consiste ela, há décadas, “[...] (n)o alicerce dos direitos que protegem a maternidade no trabalho, v.g., salário-maternidade, licença-maternidade, proteção contra a demissão e estabilidade provisória no emprego.”<sup>72</sup>

---

<sup>65</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, 1948.

Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>66</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>67</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais**, 1966.

Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>68</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 103 da OIT – Amparo à Maternidade**, 1952.

Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>69</sup> Utilizaremos, nas próximas menções à Organização Internacional do Trabalho, apenas a sigla “OIT”.

<sup>70</sup> cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 183 da OIT – Revista**, 1952.

Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_4/IIIPAG3\\_4\\_4\\_A.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_4_A.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>71</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 343.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 343.

Discorre longamente sobre a matéria, com destaque para o artigo 11, n. 2, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)<sup>73</sup>, ratificada pelo Brasil. Também versam sobre o assunto em comento, ao trazerem a proteção da família como uma de suas diretrizes, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969)<sup>74</sup> (Artigo 17) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966)<sup>75</sup> (Artigo 23).

Esse debate internacional ensejou importantes reflexões no âmbito interno dos países signatários, os quais apresentaram elogiáveis reformas em suas leis sobre a questão, como o Brasil, ao dispor sobre ela na Constituição Federal, bem como na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>76</sup> e na Lei n. 8.213/91.

A Argentina, por exemplo, consagrou as *asignaciones familiares*, espécies de prestações ou abonos<sup>77</sup>, que “[...] son prestaciones de la seguridad social, destinadas a atender contingencias vinculadas a la situación familiar de sus beneficiarios con el fin de compensar a éstos de los mayores gastos que suponen las cargas de familia.”<sup>78</sup> Entre as espécies de *asignaciones*, há aquela destinada à maternidade, que consiste no pagamento de uma soma igual à remuneração que a trabalhadora “[...] hubiera debido percibir en su empleo, que se abona durante el periodo de licencia legal correspondiente (art. 11 de la ley 24.714 y art. 177 LCT).”<sup>79</sup> Também existe a *asignación* por nascimento de filho, fundado no pagamento de

<sup>73</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 1979.

Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>74</sup> CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica**, 1969.

Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>75</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**, 1966.

Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>76</sup> Utilizaremos, nas próximas menções à Consolidação das Leis do Trabalho, apenas a sigla “CLT”.

<sup>77</sup> **Dicionário Online Linguee**. Disponível em: <<http://www.linguee.com/portugues-espanhol?query=asignaciones+familiares&source=spanish>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>78</sup> “[...] são prestações da seguridade social destinadas a atender contingências vinculadas à situação familiar de seus beneficiários com o fim de compensar a estes dos maiores gastos que envolvem as responsabilidades familiares” (*In*: ACZEL, María Cristina. **Instituciones del derecho de la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 111, tradução nossa).

<sup>79</sup> “[...] seria devido perceber em seu emprego, que se paga durante o período de licença legal correspondente (art. 11 da lei 24.714 e art. 177 LCT)” (*In*: ACZEL, María Cristina. **Instituciones del derecho de la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 126, tradução nossa).

uma soma de dinheiro “[...] que se abonará en el mes que se acredite tal hecho ante el empleador (art. 12 de la ley 24.714).”<sup>80</sup>

O presente tópico busca proceder a uma análise mais detida do benefício em exame na legislação brasileira. Iniciamos com uma visão breve sobre a história do benefício no país, chegando, a seguir, ao seu conceito, à sua denominação, à sua natureza jurídica e, enfim, aos seus requisitos.

### 2.1.2.1 Breve histórico do benefício no Brasil

Já determinava o Decreto n. 21.417, de 17 de maio de 1932, em seu artigos 7º e 9º, que a empregada fazia jus à licença-maternidade, consistente em “[...] um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses [...]”<sup>81</sup>, sendo esse auxílio pecuniário, nos termos do artigo 14, “[...] pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e na falta destas, pelo empregador.”<sup>82</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, consagrou-se a assistência médica e sanitária à gestante, “[...] assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego [...]”<sup>83</sup>, além de instituição de previdência a favor da maternidade, consoante redação do § 1º, alínea *h*, do artigo 121. Na mesma direção, a Constituição Federal de 1937 ordenou que à gestante fosse prestada assistência médica e higiênica, “[...] assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto [...]”<sup>84</sup>, conforme se extrai da alínea *l* do artigo 137.

<sup>80</sup> “[...] a ser pago no mês em que se demonstre tal fato ante o empregador (art. 12 da lei 24.714)” (*In*: ACZEL, María Cristina. **Instituciones del derecho de la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2003. p. 128, tradução nossa).

<sup>81</sup> BRASIL. Decreto n. 21.471, de 17 de maio de 1932. **Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 19 de maio de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>82</sup> BRASIL. Decreto n. 21.471, de 17 de maio de 1932. **Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 19 de maio de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>83</sup> BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>84</sup> BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

Em seguida, a Constituição Federal de 1946 previu, no inciso XIV do artigo 157, a assistência sanitária, “[...] inclusive hospitalar e médica preventiva [...]”<sup>85</sup>, como direito do trabalhador e da gestante. Os incisos X e XVI do mesmo artigo ainda mencionavam que a gestante deveria descansar nos períodos antes e após o parto, sendo que cabia à previdência assegurar prestações no interesse da maternidade. Cumpre evidenciar que a CLT<sup>86</sup> data de 1943, e ela também passou a disciplinar a matéria em muitos de seus dispositivos legais – com destaque para os artigos 391 a 400 –, embora muito deles já tenham sofrido reformas desde então.

Em 18 de dezembro de 1962, veio à tona o Decreto n. 51.627, promulgando a Convenção n. 3 da OIT, que institui “[...] o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que são pagas pelo Estado ou por sistema de seguro.”<sup>87</sup> Já em 14 de julho de 1966, por meio do Decreto n. 58.820, o Brasil ratificou a importante Convenção n. 103 da OIT, que dispõe sobre a proteção à maternidade. Refere esta, em seu Artigo IV, n. 8, que: “Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.”<sup>88</sup> Isso significa, no dizer de Sergio Pinto Martins, que as prestações devidas à gestante, “[...] tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher.”<sup>89</sup>

A Constituição Federal de 1967 também disciplinou a matéria no inciso XI do artigo 158, informando que é devido à gestante o descanso remunerado, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário<sup>90</sup>. Ainda, atribuiu à previdência o encargo de proteção à maternidade.

---

<sup>85</sup> BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>86</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>87</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 379.

<sup>88</sup> BRASIL. Decreto n. 58.820, de 14 de julho de 1966. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>89</sup> MARTINS, *loc. cit.*

<sup>90</sup> BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

No entanto, o importante marco do benefício ocorre com a edição da Lei n. 6.136<sup>91</sup>, de 7 de novembro de 1974, que, pela primeira vez, transforma o salário-maternidade em uma prestação previdenciária, “[...] não mais tendo o empregador de pagar o salário da empregada que vai dar à luz.”<sup>92</sup> Naquela época, as gestantes faziam jus unicamente a 84 (oitenta e quatro) dias, isto é, 12 (doze) semanas, sendo 28 (vinte e oito) deles antes e 56 (cinquenta e seis) depois do parto<sup>93</sup>.

Sobre isso, Marcus Orione Gonçalves Correia:

Embora dissesse a Convenção n. 103 da OIT que o salário-maternidade seria custeado por um sistema de Seguridade Social, no Brasil, tal benefício deixou de ser custeado pelo empregador somente em 1974, por força da Lei n. 6.136, que modificou a natureza jurídica do benefício. A partir da referida Lei, o salário-maternidade passou à categoria de prestação previdenciária, paga pelo INPS (depois transformado em INSS, a partir da CF/88, que instituiu o sistema de seguridade social no Brasil, pelo Decreto n. 99.350/90).

Portanto, somente a partir da vigência da Lei n. 6.136/74 é que o salário maternidade passou à condição de benefício previdenciário. [...]<sup>94</sup>

No atual Diploma Constitucional<sup>95</sup>, o tema recebe menção no inciso XVIII do artigo 7º, por meio do qual se definiu que a gestante passa a ter 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade, sem prejuízo dos seus emprego e salário. Ampliou, por conseguinte, o prazo que havia sido fixado pela lei ordinária suprarreferida<sup>96</sup>. Ademais, o inciso II do artigo 201 assenta que a previdência social, sob a forma de regime geral e mediante contribuição do filiado, visa, entre outros objetivos, atender a proteção à maternidade, especialmente à gestante<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> BRASIL. Lei n. 6.136, de 7 de novembro de 1974. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>92</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 380.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>94</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344-345.

<sup>95</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>96</sup> “Tem duração de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, e LBPS, art. 71), iniciando desde 28 dias antes do parto e protraindo-se até 91 dias após a data deste, conforme determinação médica (RPS, art. 93). Admite-se, em casos excepcionais, que os períodos de repouso anterior e posterior possam ser prorrogados em mais duas semanas, quando o caso é atestado por médico do SUS (§ 3º do art. 93 do RPS)” (*In*: ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 265.).

<sup>97</sup> “Primeiramente, cabe entender o vocábulo maternidade em Sistema de Seguridade Social; para isso citamos o entendimento de Ilídio das Neves para quem a ‘maternidade constitui, juntamente com a paternidade e a adoção, uma eventualidade protegida pelos regimes de segurança social que integram o subsistema previdencial do sistema de solidariedade e segurança social’.

Enfim, no plano infraconstitucional, além dos artigos 93 a 103 do Decreto n. 3.048/99, a Lei n. 8.213/91 disserta sobre o benefício nos artigos 71, 71-A, 71-B, 71-C, 72 e 73. Daniel Machado da Rocha recorda que apenas com a Lei n. 9.876<sup>98</sup>, de 26 de novembro de 1999, é que o salário-maternidade se estendeu a todas as seguradas da previdência social, pois que, na redação original da Lei n. 8.213/91, somente a empregada, a trabalhadora avulsa e a doméstica encontravam-se no seu espectro de abrangência, afastando-se as seguradas obrigatórias autônoma, empresária, equiparada, bem como a segurada facultativa<sup>99</sup>. Aduz que, em que pese a não imposição de carência às seguradas empregada, trabalhadora avulsa e doméstica, “[...] a segurada especial deveria comprovar o exercício de atividade rural por 12 meses (parágrafo único do art. 39 com a redação torneada pela Lei 8.861/94).”<sup>100</sup>

Introduziremos, desde logo, as características do salário-maternidade, tendo como principal parâmetro a Lei n. 8.213/91 e como enfoque a figura da segurada especial, devido à sua importância na presente pesquisa, consoante assinalamos no Subcapítulo 2.1.1.1.

#### 2.1.2.2 Conceito, denominação e natureza jurídica

Conceitua-se o salário-maternidade, nas palavras de Sergio Pinto Martins, como “[...] o benefício previdenciário consistente na remuneração paga pelo INSS à segurada gestante durante seu afastamento, de acordo com o período estabelecido

---

“Verificado o conceito, a partir de uma interpretação ampla, percebemos que o texto constitucional não pretendeu, apenas, proteger, em termos previdenciários, a segurada grávida, mas sim a maternidade, em especial a gestante.

“Portanto, além da segurada gestante, há que se proteger outras contingências geradoras de necessidade, tal qual a adoção, seja pela segurada (dentro de uma estrutura clássica familiar), seja a adoção promovida pelo segurado (dentro de uma estrutura monoparental e, ainda, não regulamentada pela lei).

“Assim, há que se fazer a interpretação do vocábulo maternidade em sentido amplo, levando-se em conta que a finalidade protetiva estende-se, também, à criança recém-chegada ao lar.

“Portanto, o benefício não se destina somente ao repouso da segurada que deu à luz. Melhor dizendo, hodiernamente, a contingência geradora de necessidade não se aplica somente àquela derivada da gestação, como também à decorrente dos casos de adoção ou guarda judicial (ainda que provisória) para fins de adoção” (*In*: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 345-346.).

<sup>98</sup> *cf.* BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>99</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 263-264.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 263.

por lei e mediante comprovação médica.”<sup>101</sup> Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen identificam o salário-maternidade como a “[...] faceta previdenciária a que corresponde, no campo trabalhista, a licença à gestante [...]”<sup>102</sup>, não se olvidando o fato de que, na seara previdenciária, esse benefício é mais abrangente<sup>103</sup>.

São encontradas as denominações *licença à gestante* (artigo 7º, inciso XVIII, Constituição Federal de 1988), *licença-maternidade* e *salário-maternidade* para qualificar o instituto<sup>104</sup>. A Lei n. 8.213/91 utiliza a expressão *salário-maternidade*<sup>105</sup>.

Sua natureza jurídica é de benefício previdenciário<sup>106</sup>, eis que é a previdência social que realiza o seu pagamento, nos termos do artigo 71 da Lei n. 8.213/91. Cuida-se de prestação previdenciária incluída no inciso II do artigo 201 e no inciso XVIII do artigo 7º do nosso Diploma Constitucional<sup>107</sup>.

Miguel Horvath Júnior refere que o salário-maternidade é benefício previdenciário familiar, sendo concedido com o fim de proteger a mulher e o filho<sup>108</sup>. Sustenta que, por sua natureza familiar, “[...] este benefício projeta forte impacto na manutenção do pacto de gerações.”<sup>109</sup>

O salário-maternidade não se confunde com o auxílio-natalidade, que era pago em prestação única à segurada quando do nascimento do filho<sup>110</sup>. No auxílio-natalidade, enquanto prestação de assistência social, não se fazia necessário o pagamento de contribuição para merecer o benefício, ao passo que o salário-

<sup>101</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 380.

<sup>102</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 149.

<sup>103</sup> “O salário-maternidade surge num primeiro momento como forma de proteção do trabalho feminino e posteriormente como forma de busca da igualdade de tratamento entre o trabalho do homem e da mulher” (*In*: HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 190.).

<sup>104</sup> MARTINS, *loc. cit.*

<sup>105</sup> “O benefício é denominado salário-maternidade, porém não se trata na realidade de salário dada sua natureza de prestação previdenciária, desde a edição da Lei nº 6.136/1974. Melhor se fosse designado de auxílio-maternidade ou subsídio-maternidade” (*In*: HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 190.).

<sup>106</sup> “O pagamento feito a título de licença-gestante não representa salário, em razão de que é feito pelo INSS e não pelo empregador. Segurada autônoma não tem, por exemplo, salário. O art. 72 da Lei nº 8.213 faz referência que o salário-maternidade é uma renda mensal igual a remuneração integral da segurada empregada e trabalhadora avulsa. Entretanto, não quer dizer que o salário-maternidade tem natureza de remuneração, mas que o valor do benefício a ser pago é igual ao da remuneração da empregada, porém continua a ser um benefício previdenciário” (*In*: MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 381.).

<sup>107</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 381.

<sup>108</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 190.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>110</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 265.

maternidade exige tal contribuição<sup>111</sup>. O salário-maternidade tem por objetivo o pagamento de remuneração à gestante durante os 120 (cento e vinte) dias de repouso, já o auxílio-natalidade, como dito, consistia em um benefício de pagamento único, decorrendo do parto<sup>112</sup>.

### 2.1.2.3 Requisitos<sup>113</sup>

Os fatos geradores do salário-maternidade são o parto e a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção. A concessão dessa prestação previdenciária à adotante só se tornou possível com o advento da Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002, a qual acrescentou à Lei n. 8.213/91 o artigo 71-A<sup>114</sup>. Parece a Sergio Pinto Martins “[...] bastante razoável o entendimento da concessão do benefício à adotante para que ela possa cuidar da criança e para que esta possa se adaptar à nova residência, às novas pessoas.”<sup>115</sup>

O salário-maternidade, na letra do artigo 71 da Lei n. 8.213/91<sup>116</sup>, é devido à segurada gestante do regime geral de previdência social no período de 120 (cento e vinte) dias, sendo o início de sua contagem entre os 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da sua ocorrência<sup>117</sup>. Em casos excepcionais, em função da necessidade de maior tempo para a recuperação da gestação, os períodos de descanso antes e depois do parto podem ser aumentados por mais duas semanas, com base no que coloca o § 2º do artigo 392 da CLT<sup>118</sup>; entretanto, não é viável a sua cumulação com o auxílio-doença<sup>119</sup>, conforme salienta o inciso IV do artigo 124

<sup>111</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 381.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>113</sup> Miguel Horvath Júnior (p. 191-194) separa o estudo do salário-maternidade em dois tópicos: antecedente normativo e consequente normativo. No antecedente normativo, há os critérios material, temporal e espacial. No consequente normativo, por sua vez, há os critérios pessoal e quantitativo.

<sup>114</sup> BRASIL. Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>115</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 382.

<sup>116</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>117</sup> “O período de repouso que antecede ao parto é facultativo no direito brasileiro. Cabe ao médico que acompanhou a evolução da gravidez determinar o termo inicial do afastamento das atividades, mediante atestado médico.

“Quando o requerimento ocorrer após o parto, o documento de prova será a certidão de nascimento, podendo, em caso de dúvida, ser a segurada submetida à avaliação médico-pericial” (*In*: HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 192.).

<sup>118</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>119</sup> “A segurada que em razão da gestação ficar incapacitada de trabalhar antes dos 28 dias que antecederem ao parto, ser-lhe-á concedida auxílio-doença até a data do parto. Persistindo a



da Lei n. 8.213/91<sup>120</sup>. Em se tratando da segurada<sup>121</sup> adotante ou que obtém guarda judicial para fins de adoção, a Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013, determinou que a duração do benefício fosse também de 120 (cento e vinte) dias, e o início da prestação se perfaz com a sentença de adoção ou a apresentação do termo judicial de guarda<sup>122</sup>, em atenção ao disposto no § 4º do artigo 392-A da CLT<sup>123</sup>. A redação original do artigo 71-A distinguia o intervalo de duração da licença com base na faixa etária da criança<sup>124</sup>, pois se entendia que, quanto menor a sua idade, maiores seriam os cuidados devidos a ela, assim também maior deveria ser o tempo de convivência<sup>125</sup>.

Ainda, o § 4º do artigo 93 do Decreto n. 3.048/99<sup>126</sup>, em conjunto com o parágrafo único do artigo 25 da Lei n. 8.213/91<sup>127</sup>, define que, na ocorrência de parto antecipado, “[...] o período de carência exigido é reduzido em número de contribuições correspondentes ao número de meses que o parto é antecipado, mas

---

incapacidade após o período da licença maternidade, a segurada retoma o auxílio-doença” (*In*: HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 193.).

<sup>120</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>121</sup> “O art. 71-A da Lei nº 8.213 faz referência a segurada e não a empregada. Assim, qualquer segurada tem direito à licença-maternidade para adoção, compreendendo a empregada (urbana e rural), a doméstica, a trabalhadora temporária, a trabalhadora avulsa e a segurada contribuinte individual (empresária, autônoma, eventual e a antiga equiparada a autônoma), a especial e a facultativa” (*In*: MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 382.)

<sup>122</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 190.

<sup>123</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>124</sup> “Em face da inovação realizada pela Lei 10.421/02, o salário-maternidade passou a ser devido à mãe adotiva durante: a) 120 dias, se a criança tiver até um ano de idade; b) 60 dias, se a criança possuir idade entre um e quatro anos; e c) 30 dias no caso de a criança possuir mais de quatro e menos de oito anos de idade. Registre-se, todavia, que muitas decisões judiciais já entendiam devido o benefício para a mãe adotiva, mesmo antes do novel diploma legal. o Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8.112/90), no *caput* e no parágrafo único do art. 210, prevê 90 dias de licença remunerada se a criança tiver até um ano de idade e de 30 dias se a criança possuir mais de um ano de idade. Nos casos de adoção, mesmo que a segurada seja empregada, o parágrafo único acrescentado pela Lei 10.170/03 determina que o pagamento seja realizado pela previdência social” (*In*: ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 267.).

<sup>125</sup> “[...] As idades da criança importam necessidades diferenciadas. Quanto maior for a idade, menor será o período de concessão da licença, pois não é a mesma atenção que se deve ter com uma criança de até um ano e com outra de oito anos, que já tem certa sensibilidade da vida e já deveria estar na escola. Se a criança tiver mais de 8 anos, a adotante não faz jus ao benefício. O benefício previdenciário é previsto no art. 71-A da Lei nº 8.213/91 e não sempre de 120 dias” (*In*: MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 384.).

<sup>126</sup> BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>127</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

não haverá redução na duração da prestação.”<sup>128</sup> De igual forma, o § 5º do mesmo artigo alcançará à segurada a percepção do benefício, por duas semanas, na hipótese de aborto não criminoso (aborto espontâneo ou humanitário), desde que “[...] comprovado mediante atestado médico fornecido pelo SUS ou pelo serviço médico próprio da empresa ou por ela credenciado.”<sup>129</sup>

Há, ainda, a possibilidade de prorrogação da licença-maternidade pela Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, que criou o Programa Empresa Cidadã<sup>130</sup>. Nela, a licença-maternidade foi ampliada, em caráter facultativo, para 180 (cento e oitenta) dias – isto é, mais 60 (sessenta) dias –, mediante concessão de incentivo fiscal às empresas participantes<sup>131</sup>. A segurada empregada que adotar ou obtiver guarda judicial também tem direito ao benefício<sup>132</sup>. Sergio Pinto Martins sublinha que essa norma não estendeu o salário-maternidade em 60 (sessenta) dias com o pagamento pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)<sup>133</sup>, ficando, pois, a cargo do empregador o custeio desse valor<sup>134</sup>.

Comenta Marcus Orione Gonçalves Correia:

[...] Cumpre frisar que somente podem participar do programa as empresas, pessoas jurídicas, tributadas com base no chamado lucro real. Desse modo, ficam excluídas as empresas optantes pelo SIMPLES, bem como as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido.

A empresa participante do programa da Lei n. 11.770/2008 (empresa cidadã) poderá deduzir do imposto de renda devido (tributação com base no lucro real) o valor total da remuneração paga à empregada gestante ou adotante durante a licença-maternidade prorrogada por 60 (sessenta) dias, vedada a dedução como despesa operacional.<sup>135</sup>

Já se destacou, no Subcapítulo 2.1.1.1, que, para a segurada especial, considera-se cumprida a carência quando comprovado o exercício de atividade rural nos últimos 10 (dez) meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício

<sup>128</sup> ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 265.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>130</sup> BRASIL. Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>131</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359.

<sup>132</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 389.

<sup>133</sup> Utilizaremos, nas próximas menções ao Instituto Nacional do Seguro Social, apenas a sigla “INSS”.

<sup>134</sup> MARTINS, *loc. cit.*

<sup>135</sup> CORREIA, *loc. cit.*

em comento, mesmo que de forma descontínua<sup>136</sup>, em razão do prescrito no § 2º do artigo 93 do Decreto n. 3.048/99<sup>137</sup>.

Quanto ao valor da prestação conferido à segurada especial, na lição do inciso II do artigo 73 da Lei n. 8.213/91<sup>138</sup>, tal equivale a um doze avos do valor sobre o qual incidiu a última contribuição anual, assegurando-se o valor de um salário-mínimo, ou seja, o benefício será de pelo menos um salário-mínimo, vez que não se permite que ele, ao substituir o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho da segurada, tenha valor mensal inferior ao salário-mínimo<sup>139</sup>, em atendimento ao disposto no inciso II do artigo 101 do Decreto n. 3.048/99<sup>140</sup>.

Sergio Pinto Martins:

Ao contrário, se o valor for superior a um salário-mínimo, devem ser observadas as seguintes regras: (a) um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial. Ilegal se mostra o inciso I do art. 101 do Regulamento, ao mencionar que a segurada especial deve receber um salário-mínimo, quando o inciso II do art. 73 da Lei nº 8.213 dispõe de forma diversa; (b) um doze avos da soma dos doze últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 meses, para as demais seguradas.<sup>141</sup>

Entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>142</sup>, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.946<sup>143</sup>, que discutia o artigo 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, que o salário-maternidade não está sujeito ao teto do benefício, devendo o INSS ser impelido a bancar integralmente esse benefício, independentemente do valor do salário da trabalhadora gestante<sup>144</sup>.

<sup>136</sup> HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 191.

<sup>137</sup> BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>138</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>139</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 387.

<sup>140</sup> BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>141</sup> MARTINS, *loc. cit.*

<sup>142</sup> Utilizaremos, nas próximas menções ao Supremo Tribunal Federal, apenas a sigla "STF".

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 3 de abril de 2003, DJU 16 de maio de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

<sup>144</sup> "Questão controvertida surgida no horizonte previdenciário, diz respeito à responsabilidade de suportar o pagamento da remuneração da segurada empregada que perceber valor acima do teto dos benefícios da previdência social. O art. 14 da EC 20/98 fixou como limite máximo do pagamento dos benefícios do regime geral o valor de R\$ 1.200,00, a ser periodicamente reajustado. Assim, discutia-se a possibilidade de a empresa, a quem compete o pagamento do benefício a segurada empregada, poder ou não repassar o valor que exceder a este teto. No sentido da impossibilidade de atribuir este

[...] Os ministros do STF afirmaram que a limitação contraria a Constituição, em razão de que a gestante tem garantido o direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII).

No julgamento de mérito, o STF entendeu que o pagamento do salário-maternidade pode ser superior ao teto, pois, do contrário, haveria 'discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX, da CF/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres'.<sup>145</sup>

No tocante ao pagamento outorgado às seguradas especiais, o *caput* do artigo 73 da Lei n. 8.213/91<sup>146</sup> ensina que o salário-maternidade será custeado diretamente pela previdência social, não pelo sindicato ou pelo tomador de serviço, tal como acontece às seguradas empregadas urbanas. Insta consignar que, estando a segurada em gozo de benefício por incapacidade, suspende-se este até a cessação do pagamento do salário-maternidade<sup>147</sup>.

Visto isso, partiremos ao Capítulo 3, que projeta o exame das principais legislações atinentes à matéria indígena no Brasil. Constataremos que, em alguns instantes, embora precários, o legislador acentuará a necessidade de que os indígenas sejam integrados ao sistema de seguridade social como qualquer outro

---

ônus à previdência social, o renomado Wladimir Martinez concluiu: 'Sustentar que o INSS deve pagar acima daquele patamar implica na obrigação de implementar, suplementar ou complementar os demais benefícios, independentemente de seu valor, o que até seria bom, mas receia-se ser impossível constitucional e efetivamente'.

"No julgamento da ADIn 1.946-5, o STF entendeu que a proteção dispensada à gestante cada vez mais era um encargo previdenciário, razão pela qual não seria correto presumir, na falta de disposição expressa, tivesse o legislador a intenção de revogar o inciso XVIII do art. 7º, o que configuraria um retrocesso histórico. Ademais, se o entendimento fosse no sentido de impor ao empregador a diferença excedente ao teto, estaria propiciando discriminação no mercado de trabalho, contrariando aquilo que a própria CF visou combater, razão pela qual se decidiu emprestar ao art. 14 da EC 20/98 interpretação conforme a Constituição, no sentido de que essa norma não abrange o salário-maternidade. Desse modo, é inaplicável, aqui, o teto a que faz referência o art. 14 da EC 20/98" (*In*: ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011. p. 270.).

<sup>145</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 387-388.

<sup>146</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>147</sup> "Não pode o salário-maternidade ser acumulado com benefício por incapacidade. Ocorrendo incapacidade em concomitância com o período de pagamento do salário-maternidade, o benefício por incapacidade, conforme o caso, deverá ser suspenso enquanto perdurar o referido pagamento, ou terá sua data de início adiada para o primeiro dia seguinte ao término do período de 120 dias. O salário-maternidade decorre do exercício de atividade e a aposentadoria por invalidez, da impossibilidade de trabalho, razão pela qual são incompatíveis. O salário-maternidade poderá ser maior que o benefício por incapacidade, pois não fica limitado ao teto. Se não fosse pago o salário-maternidade, ficaria prejudicado o pagamento integral do salário da segurada" (*In*: MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 389-390.).

segurado, sem que sejam esquecidas, porém, as diversidades inerentes à sua cultura, à sua tradição e aos seus costumes.

### 3 DIREITO INDÍGENA

Antes de relacionar as legislações que abarcam a questão indígena, cumpre esboçar algumas observações.

Em primeiro lugar, não se intenta esgotar as fontes legais que trazem a temática indígena, porquanto a extensão do trabalho não nos permite expor toda a gama de conhecimentos existentes, nacional e internacionalmente, sobre os direitos indígenas. Da pesquisa realizada, foram encontradas legislações de diversos países da América Latina, a exemplo das Constituições Argentina, Boliviana, Mexicana, Paraguaia e Venezuelana, que merecem elogio por sua grande contribuição na defesa dos direitos indígenas<sup>148</sup>. Também atentamos para a existência de tratados e convenções internacionais que discorrem sobre os indígenas<sup>149</sup>, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, proclamada em setembro de 2007 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas<sup>150</sup>, texto este que foi aprovado por mais de cem países e que é, na visão de Luiz Fernando Villares, “[...] o documento internacional mais relevante para os povos indígenas, cuja força política não pode ser comparada com nenhuma outra carta internacional, apesar de ser documento de restrita força jurídica.”<sup>151</sup> Contudo, optamos por aprofundar o estudo no que existe de mais relevante no Brasil em termos de legislação indígena, de modo que o presente Capítulo será dividido em outros 3 Subcapítulos, que cuidarão de explorar a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973) e a Convenção n. 169 da OIT. Eventualmente, para fins de esclarecimento, nada obstará à menção a essas outras fontes legais.

Em segundo lugar, deixaremos de fazer uma abordagem histórica mais minuciosa sobre as legislações em destaque, em que pese a sua importância, a exemplo do caminho percorrido por nossas Cartas Federais até a chegada da de 1988, que rompeu com a ótica integracionista. Sobre isso, recomendamos conferir

<sup>148</sup> cf. BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 63-71.

<sup>149</sup> cf. VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 47-51.

<sup>150</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

<sup>151</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

as obras de Hartmut-Emanuel Kayser<sup>152</sup>, Marcus Vinicius Aguiar Macedo<sup>153</sup>, Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque<sup>154</sup> e Robério Nunes dos Anjos Filho<sup>155</sup>.

Também precisamos tomar em conta, no estudo proposto, o fato de que os indígenas são sujeitos de direito, autônomos<sup>156</sup> e capazes<sup>157</sup>. Luiz Fernando Villares nos lembra, por exemplo, de que a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultado da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, em seu Princípio 22, “[...] é a primeira norma internacional de ampla aceitação a trazer os povos indígenas como sujeitos de Direito Internacional [...]”<sup>158</sup> Transcreve-se:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua

<sup>152</sup> cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 95-171.

<sup>153</sup> cf. MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka**. Rio Branco - AC: Educaf, 2009, p. 94-124.

<sup>154</sup> cf. ALBUQUERQUE, Antonio Arman Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 189-240.

<sup>155</sup> cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 505-529. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.

<sup>156</sup> “A autonomia concedida pela Constituição de 1988 não se vincula ao conceito de que os povos indígenas reservam-se à decisão última sobre seus próprios destinos sem se submeterem a outras leis que não as estabelecidas por eles próprios. Neste sentido, a autodeterminação conduziria a um estatuto de soberania. Mas, não se trata disso, pois, na realidade, há outro modo de compreender a autodeterminação. Os grupos étnicos indígenas passam a aceitar a composição de um estado soberano que determinaria as faculdades, competências e âmbitos em que esses povos exerceriam os seus próprios direitos. Para Villoro este conceito representa autodeterminação.

“A Constituição de 1988 estabeleceu este sentido político de autodeterminação referindo-se a um grupo social ou a uma instituição que possui o direito de ditar suas próprias regras, dentro de um âmbito limitado de competência. Por essa razão, autonomia para os povos indígenas não se configura no equivalente à soberania, mas em seus direitos de pactuarem com o estado as condições possibilitadoras e facilitadoras de sua sobrevivência e desenvolvimento enquanto povos, configurando um estado multicultural. Não há uma implicação em separação do estado, como vieram entendendo os governos brasileiros” (In: ALBUQUERQUE, Antonio Arman Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 290.).

<sup>157</sup> Em contraposição ao que instituía o anterior Código Civil (1916), que compreendia a figura do indígena como um ser incapaz relativamente a certos atos. Veremos que a Constituição Federal de 1988 alterou esse entendimento, afastando a ideia da “tutela-proteção” ou da “tutela-incapacidade”, que surgiu em uma época em que o indígena era considerado um “ser inferior”, alguém que precisava ser “integrado à comunhão nacional”. Com ela, rompeu-se a perspectiva do “evolucionismo unilateral”, embora o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973), por ter sido redigido no período ditatorial, ainda mantenha essa visão. Felizmente, o Código Civil vigente (2002), em consonância com o Diploma Constitucional, não trata mais os indígenas como incapazes. Também o Projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas, que será comentado no Subcapítulo 3.2, abandona os ditos “critérios de indianidade”, isto é, aqueles que determinariam se o indígena é mais ou menos “civilizado”, se ele é mais ou menos “integrado” à sociedade.

<sup>158</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 47.

identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.<sup>159</sup>

Sem delongas, iniciamos a análise do indígena na Constituição Federal de 1988 e, em seguida, no Estatuto do Índio e na Convenção n. 169 da OIT.

### 3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O nosso Diploma Constitucional de 1988 reserva especificamente o Capítulo VIII do Título VIII – Da Ordem Social<sup>160</sup> para versar sobre os direitos indígenas<sup>161</sup>. São dois breves artigos (231 e 232) que carregam consigo notória transformação de pensamento, diverso do até então resguardado pelas Cartas Federais anteriores.

Isso porque as nossas Constituições, por longas décadas, viam o indígena sob uma ótica integracionista<sup>162</sup>. Sem adentrar em maiores detalhamentos históricos, julgamos, todavia, indispensável redigir alguns comentários a respeito disso.

Helder Girão Barreto ensina-nos que, na primeira metade do Século XIX, a corrente antropológica majoritária acreditava no *evolucionismo unilinear* dos povos e sua cultura, perspectiva essa que, como veremos adiante, influenciou na redação do Estatuto do Índio<sup>163</sup>, que, sabemos, é resultado de uma época em que os militares comandavam o país<sup>164</sup>. Por essa visão, entendia-se que o indígena deveria sofrer

<sup>159</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

<sup>160</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2014.

<sup>161</sup> Há menções sobre os indígenas também em outras normas constitucionais esparsas, a exemplo dos artigos 20, inciso XI, e 22, inciso XIV. Dispõem eles que resta à União a propriedade quanto às terras ocupadas pelos indígenas, assim como a competência exclusiva para legislar sobre as populações indígenas.

<sup>162</sup> Marcus Vinicius Aguiar Macedo (p. 118) lembra outras expressões para descrever o fenômeno: ótica *integracionista*, *assimilacionista* ou *incorporativa*.

<sup>163</sup> Veremos, no Subcapítulo 3.2, que o artigo 4º do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973) classifica os índios em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados”, em acordo com essa teoria integracionista, o que depende do menor ou do maior contato do indígena à comunidade envolvente.

<sup>164</sup> “O Estatuto do Índio, lei ordinária que tem por objetivo regulamentar a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas no Brasil, foi elaborado num momento em que o país era dominado por um regime autoritário, que não permitia a participação dos diversos setores da sociedade na elaboração e execução de suas políticas oficiais. Fruto das inquietações do governo brasileiro com as severas críticas que vinha sofrendo por parte da comunidade internacional desde 1967, em razão de denúncias sobre violações maciças de direitos humanos e massacres genocidas dos povos indígenas no Brasil, o objetivo dessa lei era, portanto, mudar a imagem do governo no exterior, mostrando à



necessariamente um processo de integração – designava-se isso de *paradigma da integração* –, por meio do qual ele passava por *estágios de integração* até ser considerado *integrado* (ou *evoluído*). Antes de chegar a esta etapa, entretanto, o indígena era visto como merecedor de uma tutela especial, posto que qualificado como relativamente incapaz para praticar certos atos da vida civil<sup>165</sup>. Atingida essa incorporação à *sociedade civilizada*, a incapacidade<sup>166</sup> do indígena não mais persistia, ensejando o afastamento dessa proteção por parte do Estado.

Sob este enfoque o índio é um ser “primitivo” e “em processo de evolução” para a condição de “civilizado” ou, com os termos empregados pela legislação, a caminho da integração à “comunhão nacional”. Desde que integrado, além da própria identidade, perde o sistema especial de proteção que o envolvia.<sup>167</sup>

Já na segunda metade do Século XIX, o antigo paradigma deu espaço ao *evolucionismo multilinear*, que compreende que cada povo possui sua própria história e segue o seu próprio caminho e valores<sup>168</sup>. Nesse diapasão, a atual

---

opinião pública internacional a sua preocupação com os indígenas e a existência de uma política indigenista coerente com os instrumentos internacionais à época existentes” (In: LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 231-232.).

<sup>165</sup> Aliás, este era o suporte no qual se apoiou o Código Civil de 1916 (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916) ao redigir o inciso III do artigo 6º, que chamava, à época, os indígenas de *silvícolas*.

<sup>166</sup> “Em razão de serem considerados ‘inferiores’, os índios foram tratados pelo ordenamento jurídico como merecedores de um regime especial de proteção. Ocorre que, por um equívoco, histórico essa ‘tutela’ foi confundida com ‘incapacidade’” (In: BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 38.).

<sup>167</sup> BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

<sup>168</sup> “Na Antropologia, em razão de pesquisas empíricas, impõe-se a concepção de que as sociedades humanas apresentam uma grande variedade, e seus modos de viver e de pensar demonstram uma maior complexidade do que haviam suposto originalmente os evolucionistas clássicos e os representantes do positivismo. Foi comprovado que os chamados ‘povos primitivos’ dispunham de culturas completas e funcionais, que em nada ficam atrás das chamadas ‘culturas dos civilizados’, no que diz respeito ao desenvolvimento e à perspicácia de seu pensamento. Por isso, as medidas até então empregadas, hipoteticamente seguras para as culturas, não poderiam mais ser vinculadas a escalas de inteligência ou de valores morais. De acordo com essa teoria da relatividade cultural, que foi defendida inicialmente pelo antropólogo teuto-americano Franz Boas, e no Brasil, pelos fundadores do Parque Nacional do Xingu, os irmãos Orlando e Cláudio Villas Boas, todas as sociedades e culturas humanas são a tal ponto singulares, que somente podem ser descritas por meio de conceitos próprios. Sociedades e culturas humanas não podem, por isso, ser comparadas entre si, no sentido de uma categoria mais elevada ou menos elevada, mais significativa ou menos significativa. De acordo com isso, as comunidades indígenas devem ser reconhecidas como realidades culturalmente diferentes, que de modo algum representam um estágio inicial da evolução, e sim, ao contrário, que possuem formas próprias de organização e de desenvolvimento. Assim, a partir da teoria da relatividade cultural, que mais tarde, durante a década de 1980, se impôs no Brasil, a diversidade é compreendida como um enriquecimento cultural. Em uma declaração de numerosos ilustres antropólogos brasileiros, em 1978, em conexão a uma emancipação coercitiva planejada pela Funai de etnias indígenas completas, foi verificado que os índios mereciam o respeito à sua

Constituição tem o indígena como um ser *diferente*, “[...] sem que essa ‘diferença’ possa ser confundida com ‘incapacidade’ e que reconhece ‘capacidade’ do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação [...]”.<sup>169</sup> É este também o cenário adotado pelo vigente Código Civil<sup>170</sup>. Helder Girão Barreto escreve, então, que:

Pensamos que a “tutela-incapacidade” não foi recepcionada, porquanto a CF/88 abandonou o “paradigma da integração” (cujo pressuposto era exatamente a “incapacidade”), substituído-o pelo “paradigma da interação” (cujo fundamento é precisamente a “diferença”).<sup>171</sup>

Por conseguinte, a atual proteção ofertada aos indígenas e seus direitos, no plano constitucional, teria como justificativa o reconhecimento de sua diversidade cultural<sup>172,173</sup>, o que envolve a garantia de suas identidade e integridade física e de sua organização econômica e social. Vislumbra-se, pois, com a promulgação da

diferença, e que eles têm o direito não apenas de viver como os brasileiros, mas ainda, eles têm o direito de serem eles mesmos” (*In*: KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 210-211.).

<sup>169</sup> BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 43.

<sup>170</sup> “O Código Civil vigente (Lei 10.406), em boa técnica, não trata mais os índios como incapazes. Remete à legislação especial ‘regular sua capacidade’ (art. 4º), uma mudança que, pensamos, não é apenas de técnica legislativa, mas substantiva e que está de acordo com os ‘novos parâmetros irradiados pela CF/88” (*In*: BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 40.).

<sup>171</sup> BARRETO, *op. cit.*, p. 42.

<sup>172</sup> “No Brasil, os direitos culturais da sociedade brasileira passam a receber proteção legal efetiva em 1937, com o Decreto-Lei nº 25, que dedicava-se ao patrimônio histórico e artístico nacional. Embora esta proteção tenha sofrido diversas modificações e aprimoramentos a partir daí, foi somente com a Constituição de 1988 que promoveu a grande alteração nos conceitos concebidos até então, passando a considerar como integrantes do patrimônio cultural brasileiro todos os bens ‘portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira’ (Art. 216, *caput*). O texto constitucional reconheceu, portanto, a diversidade cultural do Brasil, enaltecendo-a e estabelecendo a obrigatoriedade quanto à proteção dos valores populares, afro-brasileiros e indígenas, os quais passam a ter relevância jurídica, individual e em conjunto, pela primeira vez em nossa história - Art. 215, § 1º” (*In*: LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. **Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento**. *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 228.).

<sup>173</sup> “Especificamente no que concerne aos povos indígenas a Constituição garante ainda o seu direito à alteridade não só quando reconhece expressamente a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas, mas, também, a partir do momento em que cria a obrigação de proteger as manifestações da cultura indígena” (*In*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 524. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

Carta de 1988, um avanço na defesa dos direitos dos indígenas e de suas comunidades<sup>174</sup>.

Nessa linha de raciocínio, parece-nos de fundamental relevância a leitura do artigo 213, *caput*, da nossa Carta Magna, com destaque para a primeira parte da sua redação: “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.”<sup>175</sup> Assim, dentre outros aspectos, o vigente Diploma Constitucional explicitou o direito à diferença cultural<sup>176</sup> e linguística dos indígenas, buscando viabilizar a concretização dos seus costumes, das suas crenças e das suas tradições. Esse direito à diferença<sup>177</sup>, conforme relatamos, não denota uma inferioridade de direitos, pois que aos indígenas “[...] não podem ser negados os direitos deferidos aos cidadãos brasileiros, sendo certo que lhes devem ser assegurados os diversos direitos decorrentes de sua peculiar condição.”<sup>178</sup> Portanto,

<sup>174</sup> “[...] Por isso que falamos, precedentemente, da desnecessidade de amparo estrangeiro às causas indígenas, hoje, pois nenhum documento jurídico alienígena supera a nossa Constituição em modernidade e humanismo, quando se trata de reconhecer às causas indígenas a sua valiosidade intrínseca. [...]” (*In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388/RO. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso em: 23 set. 2014.).

<sup>175</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2014.

<sup>176</sup> “Como já se viu, foi somente com a Constituição de 1988 que a mentalidade integracionista foi efetivamente afastada da legislação brasileira, reconhecendo-se aos índios o direito à diferença cultural. A partir da promulgação da Carta Magna, iniciou-se um debate acerca da necessidade de reformulação de toda a legislação infra-constitucional referente aos povos indígenas, em face da exigência de adaptá-la aos novos princípios, que deveriam reger todo o ordenamento jurídico brasileiro. [...]” (*In*: LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 234.).

<sup>177</sup> “À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre esses povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na garantia do direito à diferença. A proteção à diversidade cultural dos povos indígenas, cujos valores passaram a ser objeto da tutela constitucional, pode agora ser demandada judicialmente, utilizando-se até mesmo - e por que não? - de uma ação popular” (*In*: LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 228.).

<sup>178</sup> ANTUNES *apud* MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka**. Rio Branco - AC: Educaf, 2009, p. 121.

a tutela indígena, aqui, deve ser interpretada “[...] como um instrumento de proteção e não de restrição aos direitos indígenas.”<sup>179</sup>

A propósito, Robério Nunes dos Anjos Filho:

Atualmente, ao contrário, a Constituição protege a identidade indígena, reconhecendo a importância da diversidade cultural e assegurando o direito dos índios serem diferentes e assim permanecerem enquanto desejarem, vedando ainda, como consequência do direito à liberdade e à igualdade material desses povos, qualquer possibilidade de serem discriminados por força dessa decisão. Também impede, no âmbito jurídico, administrativo ou político, qualquer ato que implique, de maneira direta ou indireta, a afirmação de que a sociedade dominante é culturalmente superior aos povos indígenas. Disso resulta a necessidade de respeito e proteção ao modo de ser e de viver dos índios, os quais têm garantido o pleno exercício dos seus direitos culturais e os meios necessários à sua reprodução. Nesse sentido a Constituição estipula que é dever do Estado proteger as *manifestações culturais indígenas*, bem como apoiar e incentivar a valorização e a difusão das mesmas. E, como se não fosse suficiente, incluiu a cultura indígena no patrimônio cultural brasileiro. Finalmente, conferiu às glebas necessárias à reprodução cultural dos índios a natureza de terra tradicional indígena, com o que passaram a gozar de especial proteção.<sup>180</sup>

Complementando essa ideia, Marcus Vinicius Aguiar Macedo alerta que:

A Constituição Brasileira de 1988 reconhece aos índios, desta forma, direitos que já existiam anteriormente à formação do Estado Brasileiro, tentando garantir que cada povo indígena nacional possa viver de forma plena, de acordo com seus valores e convicções, num respeito à sua especificidade étnico-cultural que se estende a todo o patrimônio indígena, compreendendo tanto os bens de natureza material quanto os de natureza imaterial – valores culturais e morais.<sup>181</sup>

Ana Valéria Nascimento Araújo Leitão postula que, apesar dos visíveis progressos da Constituição de 1988, como o abandono da mentalidade integracionista, no que toca à proteção da estrutura familiar indígena, “[...] esta proteção é feita de forma bastante superficial, por meio do reconhecimento genérico e abstrato não do direito interno, mas sim dos usos, costumes e tradições indígenas

<sup>179</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena**: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka. Rio Branco - AC: Educaf, 2009, p. 123.

<sup>180</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 525-526. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.

<sup>181</sup> MACEDO, *op. cit.*, p. 121-122.

referentes às suas instituições familiares.”<sup>182</sup> Nesse sentido, acrescenta a autora que:

Após breve análise dos dispositivos da legislação indigenista que tratam do direito de família dos índios, salta aos olhos que o reconhecimento feito pelo Estado é ainda bastante limitado. Isto porque, o alcance máximo da legislação é no sentido de permitir que estes direitos sejam exercidos apenas no âmbito interno às próprias comunidades. Para tanto, basta que se interprete o Art. 6º e parágrafo único do Estatuto do Índio, [...] que determinam que as normas internas de relações familiares da comunidade só serão válidas nos casos que envolvam seus próprios membros, devendo ser aplicado o direito brasileiro sempre que se tratar de uma relação entre índios e não-índios.<sup>183</sup>

Conclui ela que “[...] o reconhecimento às estruturas de direito de família interno aos índios ainda é alvo de uma abordagem completamente secundária em nosso sistema legal.”<sup>184</sup> E esse descaso com uma normatização mais meditada da matéria indígena faz com que os assim chamados *costumes, crenças e tradições* familiares de determinado povo entrem em choque com dispositivos específicos da legislação brasileira, “[...] estabelecendo verdadeiros conflitos de lei.”<sup>185</sup> Menciona a autora os casos da tradição poligâmica e da prática de infanticídio de algumas etnias brasileiras<sup>186</sup>.

No nosso ver, essa crítica também se aplica ao problema ora estudado, qual seja, o fato de que as indígenas da etnia *kaingang* iniciam o labor precocemente e, junto a isso, formam a sua prole ainda bastante jovens, muitas delas antes dos 16 (dezesesseis) anos, e, justamente por não terem alcançado essa idade – que é o parâmetro constitucional e também legal para definir quem pode trabalhar e, assim, tornar-se filiado da previdência social –, deixam de receber o benefício de salário-maternidade da Autarquia Previdenciária quando solicitado, em nítido descumprimento ao *caput* do artigo 213 supracitado. Há, claramente, um conflito de normas constitucionais, que poderia ser evitado caso a preocupação com a

<sup>182</sup> LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 234.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 234-235.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>186</sup> “A legislação brasileira não vislumbra qualquer solução para estes potenciais conflitos de lei, considerados absolutamente complexos e de solução sem precedentes em nossa jurisprudência. [...]” (In: LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 238.).

efetivação dos direitos indígenas fosse uma prioridade dos Poderes Legislativo e Executivo<sup>187</sup>. No entanto, o que se observa, na prática, é um desrespeito às regras protetivas do indígena, já que, ao obstar que as jovens mães *kaingang* percebam o benefício previdenciário que lhes é de direito, até porque preenchidos os demais requisitos legais (já estudamos, no Subcapítulo 2.1.1.1, que elas se enquadram quase que perfeitamente à modalidade de segurado especial<sup>188</sup>), o INSS despreza as características culturais (entenda-se: crenças<sup>189</sup>, costumes<sup>190</sup> e tradições<sup>191</sup>) inerentes a esse povo, como será examinado mais precisamente no Capítulo 4.

Por essas razões, defendemos que os indígenas merecem integrar o sistema de previdência social como qualquer outro segurado<sup>192</sup>, de modo a fazer jus

---

<sup>187</sup> Na falta de atuação destes, o Poder Judiciário tem intervindo na questão indígena. No Tribunal Regional Federal da Quarta Região, já se notam decisões exemplares que autorizam a concessão do salário-maternidade às indígenas *kaingang* menores de 16 (dezesesseis) anos, o que será abordado no Subcapítulo 4.2.

<sup>188</sup> De fato, dificilmente haverá outra forma de enquadramento, a não ser que a atividade exercida afaste-se dos costumes e das tradições, assumindo conotação eminentemente econômica.

<sup>189</sup> “As *crenças indígenas* são os conjuntos de convicções fortemente arraigadas que formam uma representação do mundo em cada um daqueles povos. Embora normalmente o estudo das crenças se volte principalmente para aspectos religiosos, elas também dizem respeito a questões de ordem filosófica e de cosmovisão. O reconhecimento constitucional das crenças indígenas implica em aceitar que as demais crenças, especialmente aquelas majoritárias na sociedade brasileira, não são *superiores*, ou seja, que o pensamento dominante acerca da compreensão do mundo não é necessariamente o *melhor*. Essas conclusões alinham-se ao abandono do antigo paradigma etnocêntrico e assimilacionista” (In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 581. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

<sup>190</sup> “Já os *costumes indígenas* concernem a padrões de conduta, a comportamentos que são reproduzidos por um largo período de tempo em uma certa sociedade indígena. As práticas constantes dos povos indígenas, constituindo costumes, podem adquirir uma conotação obrigatória e terminar se transformando em fonte do que se entende como sendo o *direito indígena*” (In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 579. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

<sup>191</sup> “A *tradição* é, simultaneamente, um *processo* de transmissão e conservação, e, de outro, um *patrimônio cultural* que abarca o que é transmitido. Consideram-se *tradições indígenas* os valores, as práticas e os conhecimentos que são objeto de transmissão intergeracional, ou seja, de uma geração indígena a outra. Essa transmissão em geral utiliza processos orais, mas também pode englobar formas escritas. O seu objeto é vasto, incluindo, por exemplo, conceitos, hábitos, lendas, narrativas e fatos históricos. As tradições, nesse contexto, dizem respeito à memória ancestral de cada um dos povos indígenas brasileiros” (In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 581. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

<sup>192</sup> Robério Nunes dos Anjos Filho, ao discorrer sobre a subsistência indígena advinda de programas e políticas de seguridade social, defende que: “As pessoas que integram as comunidades indígenas são também titulares dos direitos acima mencionados, como quaisquer outros brasileiros, podendo obter renda a partir dos mesmos. Estes programas estão regidos pelo direito comum, embora devam

a quaisquer dos benefícios existentes no rol da Lei n. 8.213/91, *in casu*, o salário-maternidade. Isso, porém, não deve deixar de considerar o princípio da igualdade material, que visa tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade, no sentido de que seja oferecida uma proteção especial a quem se encontra em uma situação diferenciada – e, por vezes, de desvantagem –, como é o caso dos indígenas da etnia *kaingang*, que possuem traços culturais diversos dos comuns à sociedade envolvente e que merecem ser conservados na sua essencialidade<sup>193</sup>. Essa conversa tomará forma no Capítulo 4.

Por ora, vale evidenciar que, com o advento da nova Carta Constitucional, além das discussões acima propiciadas, também surgiu o debate sobre a necessidade de reformular o Estatuto do Índio, que tem suas bases assentadas sobre a noção de tutela e a assimilação dos indígenas à comunhão nacional. E é sobre isso que falaremos agora.

### 3.2 O ESTATUTO DO ÍNDIO

Já apontamos que o Estatuto do Índio – Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973<sup>194</sup> – foi elaborado durante o regime militar, em uma realidade completamente diferente da do Brasil de hoje, motivo por que, em muitos pontos do seu texto,

---

ser consideradas as peculiaridades dos povos indígenas na sua aplicação” (*In*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 734. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

<sup>193</sup> “O direito à manutenção da própria cultura pode justificar a adoção de medidas de discriminação positiva de *natureza permanente*, voltadas ao cumprimento das obrigações estatais nesse tema. Trata-se de uma questão de efetivação da igualdade material que busca concretizar a dimensão da justiça relativa ao reconhecimento da identidade indígena, que não mais pode ser vista como resultado de uma cultura *inferior* ou *atrasada*. O direito de transmissão às futuras gerações das práticas culturais e dos conhecimentos tradicionais é uma decorrência de uma *autodeterminação sustentável* dos povos indígenas. A [*sic*] suas opções de desenvolvimento tomadas com base na sua autodeterminação e na sua cultura própria só serão efetivas se lhes forem garantidas condições de *sustentabilidade intergeracional*, ou seja, se os mecanismos de proteção forem perenes a ponto de fazer chegar às gerações vindouras, em um ciclo contínuo. A *sustentabilidade intergeracional*, embora não seja expressamente citada, encontra abrigo em disposições do sistema internacional de proteção aos direitos humanos que tratam de questões indígenas, a exemplo daquelas que garantem a esses povos a sua preservação cultural, a manutenção e o desenvolvimento dos seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais, bem como o desfrute de seus próprios *meios de subsistência e desenvolvimento*” (*In*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 396. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

<sup>194</sup> BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

encontra-se em desacordo com a Constituição de 1988<sup>195</sup>, afinal, com o aparecimento desta, o indígena “[...] tornou-se um cidadão integral, com pleno poder de exercer seus direitos e ser responsabilizado por seus atos, deixando de ser considerado silvícola, incapaz e tutelado.”<sup>196</sup> Embora refira o Estatuto, no seu inciso VI do artigo 2º, que os valores culturais, as tradições, os usos e os costumes indígenas devam ser respeitados, ele ainda reflete, em seu bojo, princípios integracionistas<sup>197</sup>, como se pode aferir do disposto nos incisos do artigo 4º, os quais classificam os indígenas dentro de uma *escala hierárquico-evolutiva*<sup>198</sup>, isto é, em *isolados, em vias de integração e integrados*, segundo o seu menor ou maior contato com os *elementos da comunhão nacional*.

Não obstante esse manifesto atraso legal, assevera Hartmut-Emanuel Kayser:

Também no sistema jurídico brasileiro, vale o fundamento do princípio da supremacia da Constituição. De acordo com este princípio, todos os atos legislativos e administrativos são secundários perante a Constituição e devem, por isso, ser com ela compatíveis. Toda norma e todo ato administrativo que seja inconstitucional é nulo. **Por isso, as regulamentações legais ordinárias, como por exemplo, o Estatuto do Índio, continuam a valer, desde que não contradigam as regulamentações da Constituição de 1988, no tocante aos direitos culturais dos índios.** Sempre que as normas legais ordinárias estiverem em contradição à moderna compreensão modificada da nova Constituição, com referência à nova equivalência das culturas, e por isso sejam inconstitucionais, as lacunas das leis ordinárias assim originadas deverão ser substituídas por regulamentações em conformidade com a Constituição.<sup>199</sup>

<sup>195</sup> “As regulamentações sobre a tutela do EdI sempre foram um tema muito controverso e objeto de crítica veemente na literatura. Esta se refere não apenas à aplicação prática, como também à concepção da tutela. Com o abandono da política indígena tradicional brasileira pela Constituição de 1988, formou-se uma relação tensa e ainda não resolvida devido às diferentes avaliações e objetivos entre as normas jurídico-indígenas da Constituição e as regulamentações sobre a tutela do Estatuto do Índio” (KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 288-289.).

<sup>196</sup> CARDOSO, Liana Memória. Estudo comparativo entre os Estatutos das Sociedades Indígenas 1973/1991. **Revista Brasileiros de Raiz**, Brasília, ano 1, n. 3, p. 8, ago/set 2011.

<sup>197</sup> “[...] O texto, produzido por um círculo fechado de juristas, incorporava integralmente a mentalidade protecionista e integracionista dominante à época, garantindo aos índios proteção especial por meio da tutela do Estado, até que assimilassem a cultura brasileira e fossem definitivamente absorvidos pela sociedade nacional” (LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. *In*: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 232.).

<sup>198</sup> BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais.** 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 35.

<sup>199</sup> KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 217, grifo nosso.



Ou seja, não tendo sido recepcionado o paradigma integracionista pelo sistema constitucional implantado a partir de 1988, o Estatuto deve ser lido e aplicado em conformidade com esse novo sistema<sup>200</sup>, superando as incongruências normativas existentes entre os dois escritos. Na parte em que se dedica à regulamentação dos direitos culturais pelo Estatuto, Hartmut-Emanuel Kayser cita alguns exemplos:

**As disposições do Direito administrativo do Estatuto do Índio sobre os usos, costumes, tradições e o direito interno das comunidades indígenas encontra-se apenas parcialmente em consentâneo com a Constituição de 1988.** O artigo 6 EdI corresponde à Constituição. De acordo com essa norma, devem ser respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos nas relações familiares, no Direito sucessório e no Direito de propriedade, como também nos negócios praticados entre os índios, desde que as partes não optem pela aplicação do Direito comum brasileiro. Contradiz o caput do artigo 231 da Constituição de 1988, que efetiva o reconhecimento em caráter permanente das culturas indígenas, a regulamentação do artigo 57 EdI, com sua definição de que são “toleradas” sanções disciplinares e penais ordenadas pelos grupos tribais contra os seus membros, de acordo com suas próprias instituições. Como o Direito consuetudinário interno dos povos indígenas é um elemento constitutivo integral de sua cultura, também o sistema jurídico dos indígenas é reconhecido. Assim, a aplicação desse direito consuetudinário dos povos indígenas do Brasil não é hoje apenas “tolerada”, como ainda previsto pelo Estatuto do Índio, e sim reconhecida como direito dos indígenas.<sup>201</sup>

Nesse contexto, emerge a polêmica acerca do Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei 2.057), de 1991, apresentado pelo então Deputado Aloizio Mercadante, que ostenta algumas novidades interessantes. Infelizmente, segue ele em tramitação há mais de vinte anos, sem grandes notícias desde 2012<sup>202</sup>. No dizer de Helder Girão Barreto:

---

<sup>200</sup> “O Estatuto do Índio contém, igualmente, disposições sobre os direitos culturais dos índios. Assim como nas regulamentações sobre os direitos indígenas à terra, grande parte das disposições sobre os direitos culturais do EdI encontra-se em evidente contradição com o Direito constitucional de 1988 e é, por este motivo, sem validade, de acordo com o princípio da primazia da Constituição” (*In*: KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 294.).

<sup>201</sup> KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 295-296.

<sup>202</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 2.057 de 1991. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 2 set. 2014.

O projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas não é imune a críticas, mas pelo menos não merece aquela que pesa sobre o atual Estatuto do Índio: a de ter sido elaborado em um período de autoritarismo e de exclusão política de amplos setores da sociedade.

.....  
 Parece-nos visível que entre o atual Estatuto do Índio e o projeto de Estatuto das Sociedades Indígenas há uma mudança de foco: ali, o índio e, por extensão, suas comunidades e organizações são tratados a partir de uma perspectiva de “inferioridade”; acolá, a partir de uma perspectiva de “diferença”.<sup>203</sup>

Helder Girão Barreto acredita, pois, que o dito Projeto “[...] está em sintonia com os ‘novos parâmetros da relação entre índios e o direito brasileiro’ [...]”<sup>204</sup>, sendo que as definições ali propostas “[...] coadunam-se com a ‘antropologia contemporânea, a qual elimina critérios raciais, inaceitáveis, e realça a continuidade histórica e a auto-identificação como definidoras da etnia’.”<sup>205</sup> Compreende como *novos parâmetros* a ideia de que o indígena é aquele que “[...] se considera (auto-identificação) e é considerado (hetero-identificação) ‘diferente’ dos demais indivíduos que compõem a sociedade envolvente.”<sup>206</sup>

No mesmo espírito, Marcus Vinicius Aguiar Macedo:

De qualquer forma encontra-se em curso no Congresso Nacional, desde 1991, o Projeto-de-Lei n. 2.057, que estabelece **o novo “Estatuto das Sociedades Indígenas”, o qual se encontra em melhor sintonia com a nova relação jurídica inaugurada entre os índios e a sociedade brasileira com a Constituição Federal de 1988, peculiarmente ao eliminar os critérios de classificação racial dos povos indígenas e firmar a continuidade histórica e a auto-identificação como critérios definidores da etnia.** Vão nesse sentido os artigos 2º e 92 do aludido Projeto-de-Lei [...].<sup>207</sup>

Liana Memória Cardoso, em curto artigo publicado na Revista *Brasileiros de Raiz*, assinala as principais modificações provenientes do Projeto em comparação com o vigente Estatuto, “[...] dentro do contexto da Carta Magna de 1988, e dos direitos individuais e coletivos por ela estabelecidos.”<sup>208</sup> Transcrevemos, a seguir, alguns trechos significativos:

<sup>203</sup> BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas:** vetores constitucionais. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 34-35.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>207</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena:** as invasões madeireiras e os povos Ashaninka. Rio Branco - AC: Educaf, 2009, p. 123, grifo nosso.

<sup>208</sup> CARDOSO, Liana Memória. Estudo comparativo entre os Estatutos das Sociedades Indígenas 1973/1991. **Revista Brasileiros de Raiz**, Brasília, ano 1, n. 3, p. 8, ago/set 2011.

As mudanças já aparecem no estabelecimento de Princípios e Definições, quando são garantidos os direitos de organização social, cultural e de propriedade aos indígenas; enquanto que na lei anterior, isso era feito de maneira precária, pois ao lado da preservação cultural e garantia de alguns poucos direitos, havia por trás a intenção de integrar os indígenas à “comunhão nacional”, o que era traço marcante da política indigenista à época, e que já revelava que não havia intenção de igualá-los, em direitos e condições, aos não-indígenas, mas sim de controlá-los, pela assistência forçada, pela tutela, ou pela incapacidade civil, característica que lhes era dada como seres humanos, dependendo sempre de autorização, de fiscalização, de acompanhamento nos atos da vida civil, sob pena de nulidade dos atos praticados, como feito no caso de crianças ou de doentes mentais, na sociedade branca, por exemplo.

O texto anterior permitia a liberação da tutela, mas impunha condições quase impossíveis para tanto, devido a disparidade histórica no desenvolvimento de suas sociedades e na conquista dos direitos mínimos se comparados aos brancos, como o acesso aos direitos básicos: educação, saúde, capacitação profissional.

No Título II – da organização social, interessa registrar que as comunidades indígenas são reconhecidas como grupos sociais, como movimentos organizados, ganhando, tal como na Constituição Federal, no que diz respeito ao direito de associação e de formação de agremiações, o poder de exigir seus direitos individuais e coletivos perante a sociedade.

Essa atuação não era possível anteriormente pela sua condição de tutelados, sendo, portanto, sempre representados. No novo texto, os indígenas passarão a ter tratamento diferenciado, como prazos mais amplos, isenção de custas e impenhorabilidade de bens, e, ainda, direito expresso de reivindicarem judicialmente a posse de terras subtraídas.<sup>209</sup>

Apesar dos problemas indicados, pensamos que não há que se afastar de todo o Estatuto do Índio, pois que ainda meritório o seu parágrafo único do artigo 54, que faz menções à proteção da infância e da maternidade:

Art. 54. Os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional.

Parágrafo único. Na infância, na maternidade, na doença e na velhice, deve ser assegurada ao silvícola, especial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados.<sup>210</sup>

Ademais, o seu artigo 55 já tencionava incluir os então chamados *silvícolas* ao regime geral de previdência social: “O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.”<sup>211</sup> Isso, porém, não significa que esse direito tenha sido

<sup>209</sup> CARDOSO, Liana Memória. Estudo comparativo entre os Estatutos das Sociedades Indígenas 1973/1991. **Revista Brasileiros de Raiz**, Brasília, ano 1, n. 3, p. 8, ago/set 2011.

<sup>210</sup> BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>211</sup> BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

plenamente satisfeito em favor dos indígenas, por isso persistem as críticas ao Estatuto:

De outro lado, novos direitos como aos benefícios da previdência social ainda não estão plenamente garantidos em função da falta de norma legal. O que fica evidente é que a falta de acordo político vem prejudicando as comunidades indígenas a cerca de duas décadas, impedindo-as de gozarem dos benefícios já estabelecidos há muito para o resto da sociedade brasileira.<sup>212</sup>

### 3.3 A CONVENÇÃO N. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Convenção n. 169 da OIT (ou Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes), de 27 de junho de 1989, é marco fundamental na regulação da matéria indígena, podendo ser encarada como o primeiro instrumento internacional a tratar dignamente dos direitos coletivos dos povos indígenas, estabelecendo padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados signatários. A Convenção – que é, em verdade, resultado de uma revisão parcial da Convenção n. 107<sup>213</sup>, de 26 de junho de 1957, de cunho tutelar e integracionista<sup>214</sup> – foi ratificada por mais de quinze países, entre eles o Brasil (Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004), a Bolívia, o Equador e o Peru, sendo ela composta de quarenta e quatro artigos, divididos em dez seções (política geral, terras, contratação e condições de

<sup>212</sup> FILHO, Cid Furtado; LINO, Fábio. Quase vinte anos de debate e nenhuma solução! Proposta do novo Estatuto do Índio não sai do papel. **Revista Brasileiros de Raiz**, Brasília, ano 1, n. 3, p. 7, ago/set 2011.

<sup>213</sup> “O texto da C107 vinculou o ‘desenvolvimento’ das populações indígenas e tribais à sua ‘integração’ com o resto da sociedade. O conceito de integração não foi explicitamente definido naquela Convenção, mas concebido como um processo progressivo: era dever dos Estados oferecer medidas especiais para proteger as populações indígenas e tribais de processos exploratórios e opressivos ‘durante o tempo em que sua situação social, econômica e cultural’ os impedisse de ‘gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem.’ Assim, a OIT construiu uma hipotética etapa posterior ao processo de integração, quando as populações indígenas e tribais seriam capazes de elaborar planos de desenvolvimento que respondessem ao esquema ocidental europeu.

“Foi por meio da C107 que o direito positivo internacional ofereceu, pela primeira vez, um status aos povos indígenas e tribais em países independentes. Porém ao contrário de proteger sua autodeterminação, a OIT promoveu o dever dos Estados de prestar assistência para o ‘progresso social e econômico’ dos povos indígenas, ou seja, integra-los [sic] às sociedades coloniais em nome de seu ‘desenvolvimento’” (In: FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil** / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 17-18.).

<sup>214</sup> FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil** / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 15.

emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através das fronteiras, administração, disposições finais e transitórias)<sup>215</sup>. Traz consigo duas inovações: o conceito de povos indígenas e tribais<sup>216</sup> e o dever dos governos de consultá-los<sup>217</sup>. Isabela Figueroa destaca a importância da Convenção:

É no mínimo impressionante o caminho político percorrido pelos povos indígenas e tribais de todo o mundo para defender sua sobrevivência e reivindicar seu direito a resistir aos processos de colonização e desenvolvimento nacionais. Submetidos, exterminados e forçosamente integrados a um modelo de desenvolvimento alheio, estes povos lograram, durante a segunda metade do século 20, conformar movimentos políticos regionais para articular suas reivindicações políticas no discurso jurídico dos direitos humanos. Como resultado deste processo, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou, em 2007, a primeira Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Porém, antes mesmo da ONU reconhecer os direitos dos povos indígenas, foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a primeira agência internacional a preocupar-se, na década de 1920, com a situação das populações indígenas e tribais no mundo. **Ao adotar, em 1989, a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (C169), a OIT passou a ser também a primeira agência internacional a reconhecer os “povos” indígenas e tribais como sujeitos de direito, protegendo, entre outros, alguns de seus direitos territoriais, políticos, econômicos e sociais.** Pese a que tenha sido inicialmente rechaçada por diferentes lideranças indígenas devido a falta de representação indígena na sua elaboração, é inegável a contribuição da

<sup>215</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 49.

<sup>216</sup> “A C169 se aplica aos ‘povos’ indígenas e/ou tribais em países independentes. Enquanto ‘populações’ pode significar um aglomerado de indivíduos que não necessariamente possuem laços culturais entre si, o conceito de ‘povo’, nos termos da C169, indica um sentido de pertencer a uma sociedade específica e diferenciada. Povo, no âmbito da Convenção, indica que as comunidades sujeitas a sua aplicação possuem um certo grau de autodeterminação para decidir a forma de suas instituições políticas e seu desenvolvimento social, econômico e cultural” (*In*: FIGUEROA, Isabela. **A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 27-28.**)

<sup>217</sup> “A C107 não obrigava os Estados a consultar suas políticas integracionistas com os povos indígenas, nem muito menos a obter seu consentimento frente às suas propostas. O texto da C107 meramente sugeria que os Estados procurassem obter a ‘colaboração’ das populações afetadas na implementação de políticas orientadas a seu processo de assimilação. Posteriormente, enquanto discutia a Revisão Parcial da C107, a OIT reconheceu que parte dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais em todo o mundo se devia a sua exclusão do processo de tomada [sic] de decisões sobre o modelo de seu desenvolvimento. A OIT considerou que a garantia de participação dos povos indígenas e tribais no processo de desenvolvimento deveria ser o elemento central da C169, e estabeleceu o dever dos Estados de consultar os povos indígenas e tribais antes de decidir sobre medidas administrativas ou legislativas que os afetem. O mecanismo de consulta, segundo a OIT, é a ‘pedra de toque’ da C169, o que permite a criação de um espírito de diálogo na relação entre os povos indígenas, tribais e os governos” (*In*: FIGUEROA, Isabela. **A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 31.**)

Convenção ao desenvolvimento da jurisprudência dos direitos dos povos indígenas e tribais em todo o ocidente.<sup>218</sup>

Assim é que a Convenção pode ser compreendida como um documento que visa proteger “[...] a identidade dos povos indígenas e tribais, respeitando suas terras, tradições e formas de organização social.”<sup>219</sup> Restaram superados muitos dos preceitos anacrônicos<sup>220</sup> da então Convenção n. 107, o que permitiu aos povos indígenas o exercício do controle sobre o seu desenvolvimento cultural, social e econômico, “[...] interagindo com a sociedade nacional de forma equânime, através de suas próprias instituições.”<sup>221</sup> Adota o critério da autodeterminação dos povos<sup>222,223</sup> (confirmado, em 2007, pela Declaração das Nações Unidas sobre os

<sup>218</sup> FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. *In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil* / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 13-14, grifo nosso.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>220</sup> “Segundo o entendimento da Convenção 107, deve-se renunciar às culturas indígenas em prol da cultura das partes restantes da comunhão nacional, por serem estas inferiores às culturas mais desenvolvidas da ‘comunhão nacional’, e porque a utilidade dos membros isolados estorva a comunhão nacional (art. 2, parágrafo 3). Essa incorporação dos membros dos grupos populacionais cujas relações sociais e econômicas correspondem a um ‘nível menos desenvolvido’ deve servir, entre outros motivos, para incentivar seu desenvolvimento social, econômico e cultural. Na formulação do objetivo da incorporação gradual, a Convenção parte do princípio de que, no caso dos indígenas, trata-se de uma parte da comunhão nacional inferior, de pouco valor, em um estágio transitório de evolução, que deve ser superado o mais rapidamente possível para o bem-estar dos indígenas. Este integracionismo [...] está antropológicamente ultrapassado desde os anos 1970, e foi substituído pela relatividade cultural. Por conseguinte, um dos objetivos principais da Convenção 107 não é mais compatível com o atual estágio, tanto da Ciência como do Direito nacional do Brasil. Assim, as normas isoladas que servem ao objetivo de integração da Convenção deixaram de ser consistentes” (*In: KAYSER, Hartmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 333-334.*).

<sup>221</sup> FIGUEROA, *op. cit.*, p. 20.

<sup>222</sup> “[...] Uma importante inovação trazida pela C169 foi a de estabelecer o critério da autoidentificação como fundamental para identificar os sujeitos de sua aplicação. O critério objetivo para identificar os sujeitos de aplicação da C169 é a distinção social de um grupo com o resto da sociedade. O critério subjetivo é a autoidentificação, a opção do grupo de ser e permanecer distinto, o que para Daes decorre do exercício de autodeterminação” (*In: FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil* / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 28.).

<sup>223</sup> “O direito à autodeterminação indígena repousa especialmente no reconhecimento constitucional do *direito à organização social própria* dos povos indígenas. O Estado brasileiro reconhece formalmente as instituições tradicionais, os sistemas internos de justiça e resolução de conflitos, e os modos de organização e política dos povos indígenas. A *organização* é um *conjunto de relações de poder e de relações sociais inseparáveis do sistema social do qual ela faz parte. A organização social*, destarte, diz respeito a um conjunto de relações políticas e sociais que realizam entre os membros de uma determinada sociedade. Portanto, segundo a doutrina esse direito se refere à auto-organização dos povos indígenas, incluindo as decisões relativas às formas de poder interno, à representação política, às normas vigentes, à solução dos conflitos, a gestão das coisas indígenas e de todas as necessidades materiais e imateriais da comunidade respectiva. [...]” (*In: ANJOS FILHO,*

Direitos dos Povos Indígenas<sup>224</sup>), consagra o direito de eles manterem sua cultura<sup>225</sup> e estabelece que os mecanismos de diálogo entre eles e os governos “[...] é a única maneira de assegurar que as necessidades dos povos estejam refletidas nas políticas nacionais.”<sup>226</sup> Na opinião de Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque, as disposições da Convenção vão ao encontro da nossa Constituição<sup>227</sup>, ao contrário do que pensavam alguns membros do Senado brasileiro na época do seu surgimento, principalmente no tocante aos direitos de posse e propriedade dos indígenas sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas<sup>228</sup>. Acentua o autor, em alusão ao parágrafo 1 do artigo 7º, que:

Na Convenção 169, ainda em sua introdução, é prioridade dos povos indígenas decidirem sobre seus próprios processos de desenvolvimento, na medida em que afete suas vidas, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, controlando na medida do possível o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Deve-se, sobretudo, respeitar os meios pelos quais esses povos solucionam os seus conflitos internamente pelos seus próprios membros.<sup>229</sup>

No mesmo prisma, Marcus Vinicius Aguiar Macedo:

No geral, encontra-se todo o texto da Convenção 169 da OIT orientado no sentido de garantir a efetivação real dos direitos das populações índias, tanto no que concerne aos direitos das terras por elas tradicionalmente

---

Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 563. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.).

<sup>224</sup> cf. MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka**. Rio Branco - AC: Educaf, 2009, p. 141-144.

<sup>225</sup> “A C169 manteve o critério da distinção cultural utilizado pela C107 para identificar os sujeitos de sua aplicação, mas eliminou qualquer tipo de alusão à idéia de que as culturas tribais e indígenas são inferiores ou menos adiantadas que o resto da sociedade. A C169 também acrescentou à definição de povos indígenas o fato de seus membros serem descendentes dos povos que habitavam o Estado na época ‘do estabelecimento de suas fronteiras atuais.’ Assim como fazia a C107, a C169 também reconhece os mesmos direitos para ambos sujeitos” (*In*: FIGUEROA, Isabela. **A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais**. *In*: **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil** / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 28.).

<sup>226</sup> FIGUEROA, Isabela. **A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais**. *In*: **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil** / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 20.

<sup>227</sup> ALBUQUERQUE, Antonio Arman Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 236.

<sup>228</sup> cf. KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 349-352.

<sup>229</sup> ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 237.

ocupadas quanto no aspecto de contratação, condições de emprego, saúde, seguridade social e educação dos membros dessas comunidades, sem descuidar a proibição da discriminação e o pleno gozo de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem assim medidas para salvaguardar essas pessoas, sua cultura, seus bens e seu meio ambiente.<sup>230</sup>

Também Luiz Fernando Villares comenta:

A par de suas poucas adesões, compensadas pela expressividade populacional indígena dos países que a ratificaram, a Convenção deve ser observada integralmente. **Ela estabelece as bases para a política indigenista com autonomia para os povos indígenas e inúmeras obrigações estatais para proteção dos povos indígenas, sua vida, territórios, instituições, cultura e saúde.** A Convenção 169 da OIT revela sua importância na influência que exerceu nas mudanças constitucionais levadas pelos países latino-americanos na década de 90. **Por outro lado, ela não escapa de críticas, que apontam a omissão em relação à proteção da propriedade intelectual, posição mais firme sobre o direito à autodeterminação e sobre a falta de instrumentos de participação dos próprios povos indígenas no controle de sua aplicação.**<sup>231</sup>

Ressalta Robério Nunes dos Anjos Filho, ao associar os direitos indígenas escoteados pela Convenção ao direito ao desenvolvimento dessas comunidades:

**Ademais, a Convenção nº 169 da OIT prevê uma série de direitos específicos das comunidades indígenas, dentre os quais aqueles referentes à participação, à decisão sobre as prioridades de desenvolvimento, à terra ou território e aos recursos naturais ali existentes, à igualdade, à saúde, à previdência social, à educação, à manutenção da própria cultura, ao autogoverno, à autonomia. Muitos desses direitos vinculam-se diretamente ao direito ao desenvolvimento desses povos, como, aliás, expressamente reconhecido em documentos das Nações Unidas.** Não é à toa, destarte, que a estreita ligação entre a *Convenção nº 169 da OIT* e um direito ao desenvolvimento específico de comunidades indígenas vem sendo sublinhada no âmbito internacional, não só a partir de manifestações dos representantes desses povos registradas em documentos das Nações Unidas como também na doutrina. Para as Nações Unidas, a partir da citada convenção é possível identificar vários elementos necessários à fruição do direito ao desenvolvimento dos povos indígenas.<sup>232</sup>

A consulta prévia, a que fizemos referência alhures, consiste na obrigação que os Estados signatários têm de chamar os povos indígenas e tribais para participarem, negociarem e colaborarem na tomada de decisões sobre medidas

<sup>230</sup> MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka.** Rio Branco - AC: Educaf, 2009, p. 141.

<sup>231</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 49, grifo nosso.

<sup>232</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil.** 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 320, grifo nosso. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.



administrativas e legislativas e na implementação de políticas públicas que afetem suas populações e seu desenvolvimento<sup>233</sup>. Isabela Figueroa concebe que esse mecanismo de consulta, inexistente na Convenção n. 107, “[...] é a ‘pedra de toque’ da C169, o que permite a criação de um espírito de diálogo nas relações entre os povos indígenas, tribais e os governos.”<sup>234</sup>

O artigo 6º da Convenção n. 107 trazia a imposição de que cabia aos Estados signatários a melhora das condições de vida e trabalho das populações indígenas e tribais interessadas, sem, todavia, mencionar a sua presença e cooperação nas discussões sobre essas políticas, que eram feitas de forma unilateral pelos governos e ainda sob a ótica integracionista<sup>235</sup>. Com a revisão, o dispositivo legal, transposto no parágrafo 2 do artigo 7º<sup>236</sup>, aderiu ao princípio da participação<sup>237</sup>, quando foi definido o dever de os Estados garantirem a efetiva consulta dos povos em questão, “[...] mediante procedimentos apropriados e, particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que se tenham em vista medidas legislativas ou administrativas e projetos capazes de afetá-los diretamente.”<sup>238</sup> Esse mesmo princípio da participação, que deve ser tido como elementar à aplicação de todo o texto da Convenção, outorga a esses povos o direito de decidirem suas prioridades no processo de desenvolvimento<sup>239</sup>, em especial nas deliberações sobre a extração de recursos minerais, florestais ou instalações hidroelétricas em suas terras (artigo 15) e na execução de programas de educação, que devem se preocupar com a preservação da cultura e a recuperação da identidade desses povos (artigo 22)<sup>240</sup>.

<sup>233</sup> FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. *In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil* / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 31.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>236</sup> “A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria” (*In: BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.*).

<sup>237</sup> FIGUEROA, *op. cit.*, p. 32.

<sup>238</sup> BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>239</sup> FIGUEROA, *op. cit.*, p. 32-33.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 33-34.

Certo é que a C169 não identifica de forma detalhada o alcance da consulta a ser executada cada vez que seja prevista uma medida administrativa ou legislativa. Tampouco seria adequado seu texto detalhar um procedimento de consulta, tendo em vista o princípio da flexibilidade na aplicação das medidas da Convenção previsto pelo seu artigo 34. Contudo, o princípio da boa-fé na aplicação de tratados internacionais requer que, no mínimo, os Estados demonstrem a vontade de consultar os povos potencialmente afetados por suas medidas antes de tomar decisões.<sup>241</sup>

Relativamente ao problema em foco, a Convenção n. 107 já dispunha, em seu artigo 19, sobre os regimes de segurança social e saúde:

Os regimes de segurança social existentes serão progressivamente ampliados, na medida do possível, de modo a abrangerem:  
a) os assalariados pertencentes às populações interessadas;  
b) as demais pessoas pertencentes a essas populações.<sup>242</sup>

Na Convenção n. 169, esse tema restou legislado no artigo 24: “Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.”<sup>243</sup> Sobre isso, Luiz Fernando Villares:

[...] Não se admite que o sistema de seguridade social esteja alheio aos povos indígenas. Os índios devem ter acesso aos programas disponíveis aos demais cidadãos brasileiros, sem discriminação. No nosso sistema a seguridade social tem como postulado básico a universalidade, ou seja, todos no país farão jus a seus benefícios, não devendo existir distinções, principalmente entre segurados urbanos e rurais. [...]<sup>244</sup>

Visível, pois, que a Convenção n. 169 procura velar pela preservação dos costumes, crenças e tradições indígenas, pois que deixar de observá-los significaria discriminação à cultura dessas populações. Isso se faz, por exemplo, mediante o instrumento da consulta prévia, o que constitui inovação na legislação brasileira e representa uma oportunidade para a construção conjunta de novas regras de

<sup>241</sup> FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. *In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil* / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12). p. 43-44.

<sup>242</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 107 – Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais**, 1957. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>243</sup> BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>244</sup> VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 275.

entendimento entre povos indígenas e o Estado, embora a sua implementação possa implicar perigos oriundos da sua manipulação em detrimento dos direitos desses povos.

Sob a mesma dimensão devem ser interpretados o Estatuto do Índio – enquanto pendente de aprovação o Estatuto das Sociedades Indígenas – e a Constituição, priorizando-se aos indígenas um tratamento diferenciado em decorrência desses valores culturais que os identificam como tais. Tendo isso em mente, resta inaceitável que as indígenas *kaingang* sejam excluídas da previdência social – e, assim, da possibilidade de perceber o benefício de salário-maternidade – em razão unicamente do fator etário, o que, no nosso ver, demonstra uma postura equivocada do INSS e flagrantemente violadora das normas legais protetivas dos indígenas.

Dito de outro modo, o impedimento de inscrição das *kaingang* como seguradas especiais tão somente por não atenderem ao requisito da idade mínima atesta o desprezo do Instituto Previdenciário às características peculiares da cultura indígena, sendo retirado dessas indígenas um direito fundamental – aliás, parece-nos inadmissível que, para obter a tutela de um direito fundamental, essa indígena tenha que se socorrer do Poder Judiciário, como se os comandos constitucionais e infralegais ora deduzidos não fossem válidos para a Administração Pública e, em especial, para o INSS, ou seja, não há que se admitir que a *kaingang*, na maternidade, tenha os seus direitos lesados na esfera administrativa e tenha que buscar auxílio do Poder Judiciário, isto quando há o ingresso em juízo, pois muitas delas sequer têm conhecimento dos seus direitos e de como postulá-los e fruí-los.

O Capítulo 4 objetiva analisar essa menina-mulher *kaingang*, a fim de comprovar essa necessidade de um tratamento distinto no que concerne à sua participação no sistema previdenciário, afastando dela a imposição da idade mínima, tendo em vista que ela inicia o trabalho junto à comunidade de forma prematura e, ligado a isso, também o matrimônio e a maternidade (Subcapítulo 4.1). Em seguida, colacionaremos dois precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)<sup>245</sup> que versam sobre essa discussão (Subcapítulo 4.2). Por fim, pretendemos apresentar uma proposta de tratamento diferenciado a ser dado a essas indígenas

---

<sup>245</sup> Utilizaremos, nas próximas menções ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apenas a sigla “TRF4”.

na concessão do salário-maternidade, em consonância com o princípio da igualdade material, real ou substancial (Subcapítulo 4.3).

#### 4 O ESTUDO DE CASO SOBRE OS *KAINGANG*

Segundo o Censo Demográfico de 2010 promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>246</sup>, a população indígena representa no país um total de 896.917 pessoas, com grande parcela delas ainda ocupando áreas rurais, não necessariamente terras indígenas demarcadas<sup>247</sup>. Nesse âmbito, a etnia *kaingang* é composta de 37.470 indígenas, sendo, pois, o grupo mais populoso do tronco linguístico Macro-Jê e o terceiro maior povo do Brasil, perdendo apenas para as etnias Tikúna e Guarani-Kaiowá. O primeiro motivo, então, da nossa escolha em estudar os *kaingang* reside na sua expressividade populacional.

O segundo motivo está em que os *kaingang* vivem amplamente dispersos em diversos territórios indígenas das regiões sul e sudeste, situando-se nos Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul<sup>248,249</sup>. Assim, a proximidade desse povo facilita a busca de fontes bibliográficas e de decisões julgadas por nosso TRF4.

O terceiro (e último) motivo, já ressaltado em vários momentos da pesquisa, consiste em que as indígenas *kaingang* se amoldam adequadamente à hipótese em análise, qual seja, a de que deve ser concedido o benefício de salário-maternidade a essas mulheres independente do fator etário mínimo, requisito, no nosso entender, dispensável para elas na sua relação com a previdência social, visto que os direitos à manifestação da cultura e à preservação dos costumes, das crenças e das tradições indígenas devem prevalecer. Isso, repetimos, coaduna-se com o princípio da igualdade material ou da discriminação positiva, também amparado pela Lei Maior.

---

<sup>246</sup> Utilizaremos, nas próximas menções ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apenas a sigla "IBGE".

<sup>247</sup> Para mais detalhes, *vide* Anexos – Tabela 1.

<sup>248</sup> Para mais detalhes, *vide* Anexos – Figura 1.

<sup>249</sup> Embora localizados em diferentes Estados brasileiros, os *kaingang* não tem essa delimitação geográfica muito precisa, isto é, as fronteiras de um Estado não determinam que as suas características culturais sejam muito diferentes daquelas existentes em outro Estado, de modo que procuraremos analisá-los como um povo único, independentemente de sua localização no território brasileiro. Parece-nos óbvio que, em certos momentos, será necessário mencionar algum dado de uma terra indígena ou de um posto indígena em específico, porque cada autor tem como referência de estudo uma determinada localidade. Assim, por exemplo, veremos que Ítala Irene Basile Becker foca suas observações no Rio Grande do Sul e no Paraná.

#### 4.1 A MENINA-MULHER KAINGANG

Na comunidade *kaingang*, trabalho e matrimônio são indissociáveis. Isso porque, com o amadurecimento da menina-mulher *kaingang*, vêm as responsabilidades do trabalho, dos afazeres domésticos, do matrimônio e do cuidado da prole. Isso não exclui, evidentemente, outras instituições, rituais e práticas *kaingang*, que evoluem com o crescimento da figura feminina, como a religião, a moradia, a língua e o lazer.

Nosso objetivo, no entanto, é descrever precipuamente a estrutura e o funcionamento desse trabalho e desse matrimônio sob a perspectiva da mulher, o que faremos, para fins didáticos, em duas seções: a) o trabalho da menina-mulher *kaingang* junto ao seu grupo familiar; e b) o matrimônio da menina-mulher *kaingang* e a sua prole. Ressaltamos, tal qual fizemos no Capítulo 3, a impossibilidade de abordar com profundidade os aspectos históricos relativos à evolução desses institutos na comunidade *kaingang* e, principalmente, da participação da mulher neles. Sugerimos, para esse fim, a leitura das obras de Ítala Irene Basile Becker, que trazem, entre outras contribuições, relatos e observações de pesquisadores dos Séculos XIX e XX sobre os primeiros contatos seus com os *kaingang* nos Estados do Paraná<sup>250</sup> e do Rio Grande do Sul<sup>251</sup>. Nada obstará, por óbvio, a que sejam feitas eventuais menções a esses textos com vistas a complementar as ideias suscitadas por outros autores da área, como Juracilda Veiga e Magali Cecili Surjus Pereira, nossas principais referências<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> cf. BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história.** São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

<sup>251</sup> cf. BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul.** São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995.

<sup>252</sup> Juracilda Veiga concentra seus estudos na Terra Indígena Xapecó (SC), ao passo que Magali Cecili Surjus Pereira apresenta dados coletados no Posto Indígena do Apucarantina (PR). Guardadas as devidas peculiaridades de cada uma dessas comunidades, entendemos que elas podem ser utilizadas como parâmetros para a descrição dos indígenas *kaingang* de modo geral, até porque, como verificaremos ao longo dos Subcapítulos 4.1.1 e 4.1.2, muitas características delas, como as rotinas e os rituais, assemelham-se/repetem-se. Ademais, Magali Cecili Surjus Pereira traz à evidência pontos mais ligados ao labor indígena enquanto processo responsável pela inserção da criança *kaingang* no mundo adulto – o que ela denomina de *socialização secundária* –, à medida que Juracilda Veiga adentra na questão do matrimônio indígena, principalmente na organização social em metades exogâmicas; há, portanto, uma complementaridade entre as pesquisas das duas autoras, o que nos proporcionará uma visão mais inteira/global do nosso objeto de estudo.

#### 4.1.1 O trabalho da menina-mulher *kaingang* junto ao seu grupo familiar

De início, cumpre assentar que a cultura *kaingang* organizou-se sobre uma economia<sup>253,254,255</sup> baseada na caça<sup>256</sup>, na pesca<sup>257</sup>, na coleta<sup>258</sup> e na agricultura complementar<sup>259,260,261</sup>. Juracilda Veiga aponta que, atualmente, a agricultura é um

<sup>253</sup> Ítala Irene Basile Becker refere, ainda, a criação de animais domésticos e o artesanato como atividades complementares da economia *kaingang*: “Ainda, na produção viva, lembramos a criação de animais domésticos, cuja cria é feita por 50% dos Kaingáng, tanto para consumo, como para venda. Praticamente todos criam galinhas e, em menor escala, cápridos; alguns possuem cavalos ou gado bovino. Soma-se à economia kaingáng o artesanato, que não é muito bem visto por minorias do grupo, pelo fato de que uma produção artesanal é menos rentável que a produção extrativista ou lavoureira. Ela é ocupação de uma minoria e mais reservada aos velhos, que se dedicam a essa atividade de modo sistemático, sendo os objetos de caráter utilitário vendidos entre eles mesmos ou para os donos das bodegas próximas, existindo diferença em alguns postos” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 195.).

<sup>254</sup> Ítala Irene Basile Becker também indica a cerâmica, a tecelagem e a fiação como elementos presentes na economia *kaingang*: “Outros elementos que poderiam somar na economia kaingáng, assim como na própria vida doméstica, seriam a cerâmica, a tecelagem e fiação usadas para utensílios de diversas categorias. Em alguns postos, constam apenas como reminiscências do passado” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 199.).

<sup>255</sup> *cf.* BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 175-199.

<sup>256</sup> “A caça incluía os grandes e pequenos mamíferos das florestas subtropicais (anta, veado, cateto ou caititu, queixada, quati, [*sic*] etc) e a grande variedade de aves nelas existentes (jacu, uru, papagaio, nambu, macuco, [*sic*] etc), havendo certamente animais cujo consumo era interdito e outros cujo consumo não era costume como, por exemplo, os tamanduás (mirim e bandeira), jaguatirica, lontra, ariranha e outros. Não parece ter sido costume dos Kaingang a caça com armadilhas (comum, por exemplo, entre os Guarani), exceto um laço para apanhar papagaios e baitacas e a técnica do *émbitkô*, para caçar um tipo de rato do mato (*kaxĩn*). Usavam mais frequentemente caçar aves e animais com seus arcos e flechas, com diferentes tipos de pontas feitas de madeira ou ossos de animais” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 46.).

<sup>257</sup> “A pesca representava a terceira mais importante contribuição à alimentação Kaingang, e era praticada em épocas certas, não coincidindo com as épocas da desova. A principal técnica de pescaria utilizada então pelos Kaingang era o paris (armadilhas de taquaras ou varas), e para a conservação da carne do peixe utilizavam o processo de defumação. Em rios menores utilizavam também as conhecidas técnicas indígenas de “envenamento” por cipós, como o uso do timbó e cascas de certas árvores” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 48-49.).

<sup>258</sup> Quanto à coleta, Juracilda Veiga registra (p. 46-48) uma vasta variedade de recursos naturais, destacando o pinhão, o palmito, o mel, as frutas silvestres, as larvas de insetos, as verduras, a erva-mate, as plantas medicinais e a urtiga brava.

<sup>259</sup> “A agricultura Kaingang constituía-se, tradicionalmente, do cultivo de milho (*ngẽr*), feijão (*rẽngró*), morangas (*péhopẽ*) [...] e, segundo alguns autores, também o purungo ou cabaça. Segundo o testemunho dos principais autores e fontes primárias, a agricultura Kaingang não tinha originalmente senão um papel complementar na alimentação do grupo e sua participação estava restrita, também por razões climáticas, provavelmente aos meses de dezembro a abril” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 49-50.).

<sup>260</sup> “Baldus (1937, p. 32) diz que os Kaingáng são uma tribo de agricultores, porém o plantio desses, como de outros grupos em idêntico estágio cultural, é apenas um ‘cultivo de subsistência’ expresso habitualmente na terminologia antropológica como plantio de horticultura. O mesmo Baldus (1937, p. 37) diz que os Kaingáng eram cultivadores de milho, cuja semente foi conhecida por seus antepassados ‘quando o encontraram nas moelas das aves’, mas não sabem quem ensinou a

elemento básico da economia *kaingang*, deixando de ter apenas um caráter complementar<sup>262,263,264</sup>. Hartmut-Emanuel Kayser confirma isso:

[...] Os Kaingang sempre praticaram a agricultura sedentária, com exceção dos grupos que vivem em Santa Catarina, que eram, originalmente, caçadores e coletores. Hoje, pode-se considerar que todos os grupos Kaingang estão organizados em aldeias agrícolas. Paralelamente à atividade agrícola, que também ocorre na forma de trabalho assalariado, os Kaingang vivem ainda da produção e da venda de objetos artesanais típicos.<sup>265</sup>

Dessa atividade, como bem frisaram Ítala Irene Basile Becker<sup>266</sup> e Magali Cecili Surjus Pereira<sup>267</sup>, participa a família como um todo, ou seja, homens, mulheres

plantar. Sua dieta é completada com a carne de animais domésticos que criam, com a caça, pesca, coleta de frutos silvestres e mel. O produto de caça costumam conservar salgado. Não procuram e nem comem raízes e larvas de coleópteros. [...]” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 166-167.).

<sup>261</sup> “O conhecimento da agricultura é também no grupo bastante rudimentar, daí porque melhor seria qualificá-lo de ‘cultivador, horticultor ou, ainda, praticamente de uma agricultura incipiente’” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 182.).

<sup>262</sup> VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 46.

<sup>263</sup> Ao comentar a situação atual da população *kaingang* da Terra Indígena Xapecó (SC), Juracilda Veiga: “Não possuindo mais suas próprias sementes de milho e feijão, produtos tradicionais de sua dieta, os Kaingang acabam dependendo, muitas vezes, das sementes híbridas que são fornecidas pela FUNAI em forma de empréstimo. É comum que as sementes adquiridas pelo órgão oficial não sejam suficientes para todos, além de chegar para os interessados com um mês ou mais de atraso com relação à época do plantio. Esses fatores, entre outros, são os responsáveis pela dependência e pobreza das áreas indígenas do Sul. A atual agricultura dos Kaingang (milho, feijão, arroz, mandioca, batata-doce, moranga e abóbora) raramente é suficiente para manter as necessidades familiares por todo o ano. Por essa razão os Kaingang trabalham, durante a entressafra, como diaristas no corte de erva mate ou retirando palanques no mato e, na época da safra, em serviços de limpeza (capina) de plantações, colheita de milho e feijão, e em outras tarefas agrícolas para os regionais.

“Muitos Kaingang vêm, como solução imediata, o arrendamento de suas terras cultiváveis aos colonos vizinhos, agricultores com melhores condições para investir em implementos agrícolas. O arrendamento é feito com a autorização do cacique e do chefe de Posto, e o índio que está envolvido no arrendamento recebe 20% da produção. A falência financeira e de princípios do órgão tutor, torna-o, uma vez mais, conivente com os interesses contrários à sobrevivência física e cultural dos Kaingang” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 76.).

<sup>264</sup> Na mesma linha, ao comentar a situação atual da população *kaingang* do Posto Indígena do Apucarantina (PR), Magali Cecili Surjus Pereira: “A prática agrícola está presente na vida desse grupo, mas cercada de todas as dificuldades inerentes a essa atividade e agravada por problemas de repasse de recursos para aquisição de sementes e insumos. Fazem roças comunitárias através de mutirões, visando à produção de excedentes de arroz, milho, feijão, soja ao lado de roças individuais. Plantam, nessas roças, milho, feijão, abóbora, batata-doce, dentre outras. O fato é que nenhuma nem outra tem sido suficientes para evitar a falta de alimento na área” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng: socialização secundária**. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 50.).

<sup>265</sup> KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 64.

<sup>266</sup> “Desnecessário, entretanto, é dizer da vida indígena em relação à terra, ao seu instrumental de trabalho diário, bem como aos sistemas de produção e de troca dos quais não participaria o indivíduo,



e crianças<sup>268</sup>, cada um contribuindo com a força de trabalho que lhe compete dentro da comunidade e buscando suprir as necessidades do grupo. Magali Cecili Surjus Pereira destaca que é tarefa do homem definir o tamanho da roça e a destinação do produto desta, ao passo que a atividade do plantio e da colheita é realizada pelas mulheres com a ajuda dos filhos maiores, e os filhos menores estão sempre por perto, sendo o cuidado com eles, de igual sorte, tarefa da mulher com a assistência da avó e/ou das filhas maiores<sup>269</sup>. No dia-a-dia da vida *kaingang*, pois, “[...] podemos sentir a mesma distribuição de funções pelos sexos, as quais são muito marcadas. Jamais um homem Kaingáng realiza uma tarefa feminina sob pena de se achar diminuído.”<sup>270</sup>

Magali Cecili Surjus Pereira narra o trabalho na roça no Posto Indígena Apucaraniha (PR):

Dentre as diferentes atividades de trabalho realizadas pelos membros desse grupo, a roça destaca-se como de importância vital para eles. No sistema de mutirão, ela é feita com o trabalho dos homens, das mulheres e das crianças envolvendo em diferentes momentos quase toda a comunidade. Algumas famílias não participam do mutirão ou, além dele, fazem roças familiares. Em época de mutirão [*sic*] as casas e as ruas ficam vazias [*sic*] pois estão todos envolvidos com essa atividade. Os bebês são colocados à sombra, os pequenos brincam e os que, de alguma forma, já se locomovem independentemente são envolvidos na execução de pequenas tarefas, isso quando não são deixados em casa aos cuidados da irmã mais velha. **Às mulheres, além de trabalharem na roça, cabe o trabalho de preparar o alimento para a turma que trabalha na roça coletiva ou mutirão como eles mesmos denominam essa forma de fazer roça. Cozinham no local da própria roça, quando esta fica muito distante das casas ou na casa de quem é escolhida pelas lideranças para fazer a comida.**

As etapas que compõem a atividade incluem o preparo da terra, o plantio, a adubação (quando é necessária ou é possível), a colheita, a armazenagem e a destinação do produto. O preparo da terra envolve queimada do mato ou capina, com ou sem auxílio das máquinas, dependendo do tamanho da roça. Os homens, aí incluídos os meninos de 13-14 anos, são os responsáveis pela execução dessa atividade.

---

mas a família como um todo” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 181.).

<sup>267</sup> “O trabalho da roça é realizado pelos homens, mulheres e crianças. Preparam a terra queimando o mato sendo que o plantio é feito logo após a chuva que cai sobre as cinzas da queimada. Tornam presente uma prática antiga de seu próprio povo” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng: socialização secundária**. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 50.).

<sup>268</sup> “A interiorização dos elementos ou aspectos que definem a sociedade Kaingáng concretizada através de suas instituições como um todo se faz presente desde muito cedo na vida dessas crianças. [...]” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng: socialização secundária**. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 130.).

<sup>269</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng: socialização secundária**. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 51.

<sup>270</sup> BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 140.

**Nas demais etapas, observa-se a participação de ambos os sexos.** É um local onde, como já se disse, os menores brincam ajudando, por vezes, em tarefas menores [*sic*] como tirar o mato pequeno ao redor das plantas, carregar sementes, o alimento ou água para os que trabalham. Os maiores já fazem uso das ferramentas básicas dessa atividade [*sic*] como a enxada, a foice, o enxadão [*sic*] contribuindo efetivamente na execução do trabalho. A diferença para com os adultos é de quantidade talvez; quiçá, de qualidade por uma questão de experiência, simplesmente.<sup>271</sup>

Como não é de se duvidar, o papel da mulher *kaingang* nesse trabalho é de total relevância, seja porque auxilia os homens na lida com a terra – e em tarefas paralelas, como cozinhar o alimento para o grupo –, seja porque ensina às crianças (meninos e meninas) os primeiros passos no trato com a terra e no uso dos mecanismos de plantio e colheita e, por óbvio, o valor do trabalho. Essa mulher *kaingang* também executa outras atividades<sup>272</sup>, como o artesanato (a cestaria) e os afazeres domésticos, como a seguir discutiremos.

No que toca à participação da criança no labor, Magali Cecili Surjus Pereira explora essa temática, revelando-nos que a inserção da criança no trabalho, nessa comunidade indígena, é considerada como a passagem dela para o mundo adulto<sup>273</sup>. Esse processo acontece no momento que ela designa de *socialização secundária*, que abrange a idade dos 7 (sete) aos 14 (quatorze) anos, quando a criança *kaingang* recebe ordens, conselhos e orientações dos pais, dos tios e dos avós sobre trabalho, casamento e cuidados com a saúde<sup>274,275</sup>. Aduz a autora que, embora seja possível estabelecer ou delinear momentos de passagem do mundo infantil para o adulto, deve-se ter em mente que não há limites claramente

<sup>271</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 89, grifo nosso.

<sup>272</sup> Ítala Irene Basile Becker aponta (1995, p. 138), como função da mulher *kaingang*, além das mencionadas, o zelo pela estabilidade grupal.

<sup>273</sup> “A passagem para o mundo adulto é sinalizada através da inserção concreta e definitiva no mundo do trabalho. [*sic*] De forma que participa do mundo do adulto, basicamente, sem restrições [*sic*] pois [*sic*] uma vez acessado este mundo [*sic*] não é mais permitido retroceder. As pautas sociais do mundo adulto são gradativamente colocadas no mundo da criança Kaingáng. [...]” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 131.).

<sup>274</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 101.

<sup>275</sup> “Como primeiro período, podemos considerar, tanto para o filho do cacique, como para o dos demais Kaingáng, a faixa que vai do nascimento até os 11 ou 12 anos, e para as meninas até os 14 ou 15 anos. Até essa idade [*sic*] os filhos, de ambos os sexos, vivem com os pais, na sua dependência e lhes devem obediência. O segundo período, para os rapazes, vai dos 12 aos 20 ou 24 anos; nessa idade [*sic*] o jovem passa a morar só, num rancho, independente da posição do pai dentro do grupo, mas sem que cessem os direitos paternos. As meninas parecem passar diretamente do primeiro período para a idade adulta, pois [*sic*] ao alcançarem a idade de 14 ou 15 anos [*sic*] devem atender às disposições que lhes der o cacique” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 137.).

estabelecidos entre esses dois mundos; no entanto, a participação ou a presença das crianças de todas as faixas de idade nas mais variadas atividades desenvolvidas pelo grupo é uma característica visível dessa etnia<sup>276</sup>.

Acrescenta a mesma autora que esse processo de *socialização secundária*, relativamente ao trabalho<sup>277</sup>, é mais precoce para as meninas *kaingang*, conforme é possível aferir do seguinte excerto:

A descrição do processo de socialização secundário [sic] bem como o quadro de descrição das atividades dos meninos e das meninas Kaingáng, deixa claro que esse processo vincula-se, para essas crianças, à sua inserção no mundo do trabalho [sic] e essa inserção inicia-se mais cedo para as meninas do que para os meninos. O mundo do trabalho abrange os afazeres domésticos, a roça e a cestaria dentre os mais importantes para esse grupo. É por volta dos 6-7 anos que as meninas começam a estar envolvidas com diferentes tarefas relativas a essas atividades. Gradativamente, elas começam a estarem às voltas com situações [sic] onde ocorre a perda de autorização para brincar.<sup>278</sup>

O processo de *socialização (primária e secundária)* para a menina *kaingang*<sup>279</sup> está, então,

[...] quase que estritamente vinculado aos conteúdos que definem a posição da mulher no grupo e que são passados de mãe para filha como sendo naturais. É tão natural que várias mães relataram preferir ter uma filha mulher [sic] mas, também, porque criar filha mulher é visto como um processo de recopiar ou reeditar o que se foi um dia ou se é nesse momento [sic] já que não há diferenças maiores entre o que se faz como menina e depois como mulher.<sup>280</sup>

Visto isso, cabe averiguar as atribuições laborais da menina-mulher *kaingang* na comunidade, levando-se em conta que é por volta dos 6 (seis) e 7

<sup>276</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 131.

<sup>277</sup> Também veremos que essa *socialização secundária* é igualmente antecipada para as meninas *kaingang* no tocante ao matrimônio e à prole.

<sup>278</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 124-125.

<sup>279</sup> “Machado Neto [...] denominou de ‘mãe-menina’ o que resulta desse processo de antecipação social. Quer dizer que [sic] antes mesmo de estarem prontas biologicamente para serem mães [sic] exercem esse papel. Se se toma essa situação do ponto de vista sócio-psicológico, pode-se dizer que é uma situação na qual não ocorrem rupturas, há uma continuidade no processo de socialização [sic] que tem sido considerado como um aspecto favorável desse processo. Contudo, do ponto de vista social [sic] impõem-se para essas meninas condições pré-definidas. [sic] Ou seja, continuamente são levadas a ser o que muitas já o foram” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 127.).

<sup>280</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 126-127.

(sete) anos de idade que elas iniciam o seu envolvimento, de forma mais manifesta, nas atividades relacionadas ao mundo do trabalho<sup>281</sup>.

Magali Cecili Surjus Pereira coloca que, mesmo no período da *socialização primária*, entre os 4 (quatro) e 6 (seis) anos de idade, tanto o menino, quanto a menina, já ajudam os seus pais na realização de tarefas simples, ligadas direta ou indiretamente ao trabalho campesino: cuidar da roça<sup>282</sup>, buscar lenha ou taquara, arrumar a casa, limpar o terreiro, cuidar da criação dos animais, cuidar dos irmãos menores, buscar leite, remédio ou comida na sede do posto e buscar as coisas emprestadas de parentes ou vizinhos<sup>283</sup>. Observa ela, entretanto, que essas tarefas incidem mais sobre a menina<sup>284</sup>.

Como denotado alhures, acima dos 6 (seis) ou 7 (sete) anos de idade, ingressam as crianças de modo mais evidente no trabalho, sendo mais notória a participação da menina<sup>285</sup>. Assim, nessa faixa etária e até atingir os seus 9 (nove) anos de idade, as meninas ajudam a carpir o mato, recebendo orientação de onde e como fazer; levam comida, água ou café para os mais velhos que labutam na roça; auxiliam na colheita da plantação<sup>286,287</sup>.

Entre os 9 (nove) e 12 (doze) anos de idade, a menina já sabe distinguir mato de planta, por isso passa a colaborar na extração do produto da plantação, participando do processo de ensacamento e de armazenamento da colheita<sup>288,289</sup>. Dos 12 (doze) aos 15 (quinze) anos de idade, a menina já desempenha plenamente

<sup>281</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 108.

<sup>282</sup> “[...] Trabalhar na roça envolve a participação em diferentes etapas: queimada, preparação da terra, plantio, capina do mato, colheita, armazenamento e destinação do produto. A realização desta atividade envolve uma aprendizagem específica a cada uma destas etapas que vão sendo incorporadas gradativamente. O pai, a mãe, os avós ou os tios orientam as tarefas associadas a cada uma dessas etapas” (In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 104.).

<sup>283</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 100.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>287</sup> “Essas tarefas são executadas principalmente nas roças familiares [sic] já que nas roças coletivas a maioria das etapas são realizadas pelos maquinários e pelos homens da casa, só o fazem se esses estão ausentes” (In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 111.).

<sup>288</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 111.

<sup>289</sup> Magali Cecili Surjus Pereira lembra (p. 111), mais uma vez, que a menina é agente concreto desse procedimento, principalmente quando os homens estão ausentes na casa.

as tarefas relativas ao trabalho na roça<sup>290</sup>, buscando lenha no mato, cortando, carregando e armazenando esse material próximo à moradia<sup>291</sup>.

Não bastasse isso, a menina-mulher *kaingang* tem a incumbência quase que exclusiva de torrar e socar milho ou café, dominando todas as etapas desse ofício<sup>292</sup>. Nas palavras de Magali Cecili Surjus Pereira:

[...] Socam individualmente ou em duplas [sic] coordenando as batidas. A mãe orienta a filha [sic] mostrando-lhe como pegar o socador e bater secamente para que o cereal não se espalhe para fora do pilão. Nestas situações [sic] o ritmo dos socadores é dado pela menina menor que participa da atividade. Com 7-8 anos [sic] ensaia as primeiras batidas, [sic] com 10-12 é capaz de fazê-lo sozinha, embora, [sic] raramente o faça [sic] já que estão sempre em companhia um dos outros. A tarefa de torrar é reservada às mulheres mais idosas ajudadas pelas menores [sic] que cuidam para que o fogo não se apague ou fique muito irregular.<sup>293</sup>

Vale lembrar, também, o papel basilar da mulher *kaingang* no artesanato. De acordo com Ítala Irene Basile Becker, o artesanato é parcela importante da economia *kaingang* e é representado pelo trançado e cestaria<sup>294</sup>, cuja matéria-prima é a taquara, e também pelos artefatos de uso doméstico<sup>295</sup>. A autora traz como exemplo o caso do Toldo de Lontras (SC), onde o artesanato é feito por mulheres e meninas (em fase de aprendizado), destinando-se mais à confecção de cestas e chapéus para uso próprio ou para venda na cidade próxima de Palmas (PR)<sup>296</sup>. No Rio Grande do Sul, assinala a mesma autora que os chapéus são feitos com fibras de cipó-imbé<sup>297</sup>.

Quanto ao Posto Indígena Apucarantina (PR), Magali Cecili Surjus Pereira registra que o comércio de cestarias é feito, principalmente, na cidade onde montam

<sup>290</sup> “[...] Plantam batata-doce ao lado da casa, cuidam da roça familiar [sic] intervindo, quando julgam necessário, no controle do mato ou na definição da hora de colher” (In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 111.).

<sup>291</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 105.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>294</sup> “A cestaria tornou-se, ao longo do tempo, atividade produtiva. Envolve, principalmente, as mulheres e as crianças menores que acompanham desde a coleta da taquara no campo até o trabalho de trançar, [sic] propriamente dito. [...] Produzem, em geral, uma quantidade de, mais ou menos, 20 ou 30 balaios e/ou cestos de tamanhos variados para serem vendidos na cidade. Essa é outra forma de se produzir o dinheiro que circula escassamente na área. Uma atividade familiar fora do controle de agentes externos” (In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 90.).

<sup>295</sup> BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná**: subsídios para uma etno-história. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 195.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 195.

acampamentos próximos a alguma água de rio ou riacho e que, com frequência, são famílias inteiras que permanecem nesses acampamentos até que tenham vendidos seus balaios ou, às vezes, pedaços de palmito colhido nas poucas matas nativas que restam na área<sup>298</sup>.

Andam pelas ruas da cidade [sic] vendendo ou trocando seus balaios por roupas ou comida. Vão para a cidade com veículo da própria área, de ônibus ou carona que pedem para os que visitam ou trabalham na área e têm carro. Oferecem seus balaios e cestos para os visitantes da área indígena. As crianças produzem miniaturas de cestos que são procuradas com bastante frequência [sic] pelos visitantes da área indígena.<sup>299</sup>

Assim, fazer cestos é outra das práticas quase que exclusivamente atribuída à mulher *kaingang*<sup>300</sup>. Com aproximadamente 7 (sete) ou 8 (oito) anos de idade, aprende a menina a trançar pequenos cestos<sup>301</sup>; com 10 (dez) ou 12 (doze) anos de idade, ela já é capaz de tecer sozinha os cestos de tamanhos os mais variados<sup>302</sup>; finalmente, entre os seus 12 (doze) e 15 (quinze) anos de idade, domina ela a arte de trançar, incluindo todas as etapas descritas. Nesse momento, junta-se ao grupo que prepara os cestos e balaios que serão fabricados com o fim de produzir receita para a família<sup>303</sup>.

Por fim, mas não menos relevante, restam à menina-mulher *kaingang* os afazeres domésticos, que englobam tarefas como as de torrar e socar grãos (milho ou café) no pilão, lavar roupa, fazer comida, lavar a casa, varrer o terreiro, cuidar dos pequenos e da criação de animais (porcos e galinhas)<sup>304</sup>. É na faixa dos 12 (doze) aos 15 (quinze) anos de idade que ela passa a cuidar da casa, desenvolvendo todas as tarefas que compõem o universo dos afazeres domésticos e substituindo integralmente a mãe quando esta se ausenta<sup>305</sup> por motivos de trabalhos na roça, de venda da cestaria na cidade, de doença ou mesmo de visita a

<sup>298</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 90.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 110-111.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>305</sup> “[...] Se o tempo de ausência da mãe é prolongado, recebe ajuda da avó (principalmente se trata-se [sic] de filha mais velha da casa) e dos irmãos ou mesmo do pai, quando não pode contar com a ajuda da avó” (In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 110.).

parentes que moram em regiões distantes<sup>306</sup>. Embora menos aparente, a menina de 6 (seis) a 9 (nove) anos de idade já coopera em casa com afazeres mais simples.

O que se testemunha, pois, é a participação ativa e indispensável da figura feminina *kaingang*, desde tenra idade, nas mais diversas atividades laborais da comunidade, com destaque para a atividade rurícola, que lhe possibilita o enquadramento como segurada especial perante a previdência social. A sua inserção prematura no mundo do trabalho justifica-se pelo fato de que, no período dos 12 (doze) aos 15 (quinze) anos de idade, já é ela considerada adulta e apta a assumir responsabilidades enquanto tal, como o casamento e a formação da sua prole. Assim, o processo de *socialização secundária* prepara essa menina para, desde cedo, pensar e agir como mulher, não se observando, por isso, uma clara divisão entre o mundo infantil e o mundo adulto.

#### 4.1.2 O matrimônio da menina-mulher *kaingang* e a sua prole

Antes de examinar o matrimônio<sup>307</sup> *kaingang*, é preciso compreender a sua organização social em metades clânicas ou exogâmicas. Quem se dedica com profundidade a esse tópico é Juracilda Veiga.

Afirma a autora que os *kaingang* dividem-se em duas metades exogâmicas<sup>308</sup> chamadas *KAMË* e *KANHRU*, que se opõem e se complementam<sup>309,310</sup>. Os *KAMË* estão relacionados ao Oeste e à pintura facial com motivos compridos (*râ téi*), ao passo que os *KANHRU* estão relacionados ao Leste e à pintura facial com motivos redondos (*râ rôr*)<sup>311</sup>.

<sup>306</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 110.

<sup>307</sup> “O matrimônio existente na Sociedade Kaingáng é uma forma aprovada de relacionamento entre homem e mulher com finalidade de propagação da espécie, estabilidade econômica e com obrigações recíprocas, mas sem a característica de indissolubilidade” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 149.).

<sup>308</sup> “Os autores que estudaram os Kaingang em anos recentes – alguns baseados em Baldus – são concordes em afirmar que os Kaingang estão divididos em metades, assim como há unanimidade em atribuir à metade dos *KAMË* a pintura corporal de listas (marcas compridas) e à metade *KANHRU* a pintura de pontos (marcas redondas)” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 86.).

<sup>309</sup> VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 80.

<sup>310</sup> “Os dados de campo não deixam dúvidas quanto ao papel fundamental das relações de oposição e de complementaridade entre *KAMË* e *KANHRU*, havendo trocas de serviços funerários e rituais, aliança matrimonial e, em alguns casos, trocas de nomes” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 87.).

<sup>311</sup> VEIGA, *op. cit.*, p. 80-81.

Além das metades clônicas, há as seções clônicas. Dentro da metade *KANHRU*, distinguem-se os *Kanhru*, cuja pintura são pontos, dos *Votor*, cuja pintura são círculos. Dentro da metade *KAMĚ*, distinguem-se os *Kamě*, cuja pintura são traços verticais, dos *Wonhétky*, cuja pintura é um traço curvo, da boca até a orelha<sup>312</sup>.

A principal característica da sociedade Kaingang é o dualismo. A existência de quatro seções não altera essa visão dicotômica do mundo e das relações sociais; antes, confirma que [sic] na vida social Kaingang [sic] existem sempre pares que se opõem e se complementam. Há, nas suas normas de organização social, uma busca de simetria nas relações interpessoais e intergrupais, que aparentemente visa compensar as diferenças de *status* pessoal provenientes de uma hierarquia entre as seções.<sup>313</sup>

Ainda, a filiação a uma metade e seção é definida patrilateralmente, isto é, os filhos, de ambos os sexos, pertencem à metade e seção de seu pai<sup>314</sup>. Esse procedimento contínuo, através das gerações, estabelece o caráter patrilinear da etnia *kaingang*<sup>315</sup>.

Assim sendo, é regra fundamental entre os *kaingang* que o casamento deve ser realizado com alguém que é da metade oposta à de seu pai<sup>316,317</sup>. Juracilda Veiga ensina-nos que um *kaingang* deve buscar, para parceiro matrimonial, um cônjuge entre aquelas pessoas que ele pode classificar de *iambré*<sup>318</sup>.

O termo *iambré* – que se opõe a *kaitkō* – é a forma utilizada para referir-se às pessoas da metade oposta. Pelo termo *kaitkō*, um Kaingang refere-se às pessoas da sua própria metade. Dessa forma, um *iambré* pertence ao grupo dos afins, enquanto as pessoas classificadas como *kaitkō* pertencem ao

<sup>312</sup> VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 92.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>314</sup> “Os Kaingang, ao contrário dos Kayapó, por exemplo, não admitem a existência de mais de um genitor. Ter a paternidade reconhecida é fundamental para se adquirir um nome Kaingang e um lugar social. O nominador, antes de dar um nome, perguntará a que metade e seção pertence o pai da criança, de modo que possa escolher um nome apropriado. Posteriormente, quando se realiza uma cerimônia Kiki, a criança acompanhará o grupo do seu pai. [...]” (In: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 81.).

<sup>315</sup> VEIGA, *op. cit.*, p. 81.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>317</sup> “[...] Isso deve ser observado mesmo quando os parceiros pertencem a aldeias Kaingang distantes e não seja possível traçar a genealogia entre os que se casam: ainda nesse caso consideram incestuoso o casamento entre dois membros da seção *Kamě* ou entre dois membros da seção *Kanhru*” (In: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 107.).

<sup>318</sup> VEIGA, *op. cit.*, p. 107.



grupo dos consangüíneos. O termo *iamburé* é utilizado para os fins de fato ou potenciais, indistintamente.<sup>319</sup>

Dessarte, verifica-se uma aliança prescritiva<sup>320,321</sup> entre os *kaingang*: casar-se *KAMĚ* com *KANHRU*<sup>322</sup>. Contudo, os *Votor* e os *Wonhétky* não são considerados verdadeiros descendentes<sup>323</sup> dos pais ancestrais *KAMĚ* e *KANHRU*, por isso não estão efetivamente sujeitos a essa regra fundamental da exogamia das metades clônicas, conquanto a eles se estenda uma expectativa social de cumprimento dessa imposição<sup>324,325</sup>.

<sup>319</sup> VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 107.

<sup>320</sup> “[...] O mito parece indicar – como costume herdado dos ancestrais – que, havendo ainda homens solteiros depois de realizadas as uniões possíveis, dentro de um grupo, entre os *KAMĚ* e os *KANHRU*, deve-se buscar mulheres entre os que são Kaingang, de maneira que *KAMĚ* e *KANHRU* faziam aliança também com esses (qualquer um dos que se autodenominam ‘*Kaingang*’, inclusive os *Xokleng*)” (In: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 91.).

<sup>321</sup> “De acordo com um ideal de casamento, assumido por todos os Kaingang, uma pessoa deve casar-se na metade oposta: um homem da metade *Kamě* deve buscar casamento na metade *Kanhru* e vice-versa. Como vimos, os Kaingang possuem duas metades clônicas, *KAMĚ* e *KANHRU*, sendo que um membro de qualquer uma delas reconhece os membros da mesma metade como *kaitkō* e os da metade oposta como *iamburé*. Uma vez que ‘estrangeiros’ são agregados às metades (por aliança ou cativo), a metade divide-se em duas seções, havendo em cada uma, respectivamente, uma seção homônima. As seções marcadas como não-legitimamente *KAMĚ* ou *KANHRU* atribuem-se pinturas que são variantes das pinturas da metade a que pertencem. Às pessoas incluídas nessas seções (e sua descendência) também se atribuirá, por extensão, o tratamento de *kaitkō* ou *iamburé*, conforme estejam na mesma metade ou na metade oposta de quem fala” (In: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 116.).

<sup>322</sup> VEIGA, *op. cit.*, p. 91.

<sup>323</sup> “A partir desse momento, há a necessidade de marcar os que não são verdadeiros *KANHRU* ou verdadeiros *KAMĚ*, distinguindo-os dos que se reconhecem como descendentes dos ‘pais ancestrais’.

“Há [*sic*] portanto [*sic*] uma distinção hierárquica entre os que são os descendentes diretos dos pais fundadores *Kamě* e *Kanhru*, cujas seções reúnem até hoje a maioria da população de cada aldeia, e os que foram incorporados a cada metade, porém marcados como ‘não tão’ *KAMĚ*, ou seja, os *Wonhétky*, e ‘não tão’ *KANHRU*, isto é, os *Votor*. As seções *Votor* e *Wonhétky* não são, porém, somente papéis cerimoniais, uma vez que o pertencimento tanto à seção *Votor* quanto à seção *Wonhétky* é patrilinear e, à semelhança do que ocorre com *Kamě* e *Kanhru*, filho de pai *Votor* é *Votor*, filho de pai *Wonhétky* é *Wonhétky*” (In: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 92.).

<sup>324</sup> VEIGA, *op. cit.*, p. 116.

<sup>325</sup> “É por isso que o casamento de um homem *Kamě* com uma mulher *Votor* não tem a mesma valorização que o casamento do mesmo homem com uma mulher *Kanhru*, embora *Kanhru* e *Votor* pertençam à mesma metade. No sentido inverso, um casamento de um homem *Kanhru* com uma mulher *Wonhétky* não será tão valorizado quando o casamento do mesmo homem com uma mulher *Kamě*. Isso significa que é somente às seções *Kamě* e *Kanhru* – homônimas das metades – que efetivamente se aplica a regra da exogamia, de modo que envolva parceiros iguais dessas seções (isto é, homem *Kamě* e mulher *Kamě*, ou homem *Kanhru* e mulher *Kanhru*) será considerado incestuoso. O mesmo não ocorre com os casamentos que envolvam *Wonhétky* ou *Votor*, que não teriam implicância para a regra da exogamia. É nesse sentido que interpreto as afirmações dos Kaingang quando dizem que, para as regras de casamento, *Wonhétky* e *Votor* ‘não têm significado’. Essa expressão surgiu no contexto de um questionamento meu sobre o casamento de um *Votor* com uma mulher *Kanhru* (seções da mesma metade), e também a ouvi do rezador Ndoiangrê com referência às duas seções incorporadas, numa conversa sobre regras de casamento.

Também caracteriza o atual casamento *kaingang* a monogamia. Diz-se *atual* porque Ítala Irene Basile Becker traz relatos que antecedem ao Século XIX (*contato inicial e contato mais efetivo*), em que se atestaram casos de poligamia<sup>326</sup>. A autora constata, ademais, que, durante as primeiras décadas do Século XX (*contato atual*), o matrimônio ainda apresentava práticas poligâmicas; porém, gradativamente, passava a adotar a monogamia, fortemente influenciada na sociedade nacional<sup>327</sup>. Conclui a mesma autora que a regra geral é a monogamia<sup>328</sup>, admitindo-se a poliginia como exceção e como direito exclusivo do cacique principal, sendo que

---

“Apesar disso, por extensão e analogia, a regra de exogamia parece abranger também às seções *Wonhétky* e *Votor* quando se trata de pedir aos próprios índios uma valoração dos tipos de união encontrados na comunidade. Sendo assim, pela assimilação de *Wonhétky* aos *KAMË*, e de *Votor* aos *KANHRU*, os Kaingang tendem a classificar, entre os ‘casamentos desejados’, aqueles entre *Kamë* e *Kanhru*. Os casamentos entre membros, nas seções *Votor* e *Wonhétky* são raros, não porque sejam proibidos, mas por não serem prestigiados.

“Os casamentos considerados ótimos são, portanto, os que unem homem *Kamë* com mulher *Kanhru* e homem *Kanhru* com mulher *Kamë*. Da mesma forma valorizam-se as uniões entre *Wonhétky* e *Votor*. Não ideiais, mas também bons, são os casamentos que pelo menos não infringem a relação de exogamia de metade, como aqueles unindo *Wonhétky* com *Kanhru*, e *Votor* com *Kamë*. São aceitáveis os casamentos que, mesmo realizados ‘dentro da metade’, ocorrem entre indivíduos de seções diferentes – *Kamë* com *Wonhétky* ou *Kanhru* com *Votor* – ou entre um homem de qualquer das seções Kaingang com uma mulher não-Kaingang (*fóg*). São igualmente aceitáveis os casamentos entre membros da mesma seção, no caso de *Wonhétky* com *Wonhétky* e *Votor* com *Votor*, exatamente pelo fato dessas seções terem sido, desde o princípio, marcadas pelo rompimento da aliança principal. Por ser a sociedade Kaingang patrilinear, o recebimento de mulheres de outros grupos pelas seções de maior prestígio (*Kamë* e *Kanhru*) não acarreta problemas, porque os filhos desse casamento serão da mesma seção que o pai. No entanto, são considerados indesejáveis os casamentos de mulheres indígenas (de qualquer seção) com homens não-Kaingang, isso é, com homens *fóg* (*branco*, guarani etc.). Essas uniões são vistas como uma perda de membros do grupo, porque se o pai for *branco*, por exemplo, os filhos dessa união serão *brancos* e não Kaingang. Finalmente, são inaceitáveis, porque incestuosos, os casamentos entre homem e mulher *Kamë* ou entre homem e mulher *Kanhru*.

“Há [*sic*] ainda [*sic*] os casamentos tolerados, quando as pessoas são da mesma seção, mas uma delas é *péin*. Esse parece ser um arranjo bastante comum quando há casos de casamento entre pessoas da mesma seção (embora ainda afirmem que este casamento é incestuoso – ou, nas palavras deles, ‘é como se tivesse casado irmão com irmã’). Talvez o fato de um dos cônjuges ser da classe *péin* (pessoas consideradas mais fortes espiritualmente, com maior imunidade contra o poder dos espíritos que podem causar a morte) justifique a existência desse tipo de união. Isso porque a morte de um dos cônjuges é considerada a punição para os que se casam dentro da mesma seção. A morte, nesse caso, não é imposta pela comunidade, mas atribuída a entes sobrenaturais” (VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 116-118.).

<sup>326</sup> BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 207.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>328</sup> “Registram-se também dados para a bigamia, segundo os quais, os antigos podiam ter duas mulheres, não mais, e delas não se podiam separar (11). No século XIX, nos Aldeamentos da Campina e Estiva, no Município de Palmeira das Missões, registram-se também vários casos de índios que vivem em bigamia (12), mas a regra é a monogamia” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 150.).

algumas fontes declaram que esse privilégio é somente dos homens idosos e bons caçadores<sup>329</sup>.

Cumpre evidenciar que, assim como ocorre na relação de trabalho, a menina-mulher *kaingang* se casa muito tempranamente, o mesmo não valendo para os homens<sup>330,331,332</sup>. Ítala Irene Basile Becker expõe textos do início do Século XX, que relatam que as moças, em geral, casavam-se muito jovens, entre 11 (onze) e 12 (doze) anos de idade e, quando chegavam aos 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco) anos, já estavam envelhecidas e bastante castigadas pelo tempo, enquanto que, para os rapazes, o casamento só se encaminhava entre os 18 (dezoito) e 20 (vinte) anos, sendo que eles “[...] podiam ter duas, três ou até mais mulheres, desde que pudessem sustentá-las.”<sup>333</sup>

Anota a autora que, antes dos 14 (quatorze) ou 15 (quinze) anos de idade, a menina vive sob a tutela e a dependência dos pais<sup>334</sup>. Passado esse período, ou seja, quando atinge a idade núbil, fica ela à disposição do cacique, que lhe determina um consorte, segundo a sua vontade e as necessidades do grupo<sup>335</sup>. Deduz a mesma autora que essa norma vigora tanto para os casamentos regulares, como para os casamentos ditos especiais<sup>336</sup>. Considera-se o casamento, nesse povo, como o marco formal da passagem definitiva para a idade adulta<sup>337</sup>.

<sup>329</sup> BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 150.

<sup>330</sup> Hartmut-Emanuel Kayser nos lembra de que (p. 65), por tradição, o homem é mais velho do que a mulher. Ítala Irene Basile Becker faz (1999, p. 217-218) a mesma observação ao mencionar Baldus e suas pesquisas sobre os *kaingang* de Palmas (PR). No mesmo prisma, Magali Cecili Surjus Pereira declara (p. 48) que, no Posto Indígena Apucarantina (PR), o casamento ocorre, com bastante frequência, para as mulheres na faixa dos 14 (quatorze) e 16 (dezesesseis) anos de idade e para os homens na faixa dos 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade. Repete ela (p. 118) esse entendimento quando comenta que a maioria dos meninos casa-se mais tarde do que as meninas, mantendo a relação em que o menino é mais velho que a menina.

<sup>331</sup> “Um homem casa-se entre 18 e 20 anos de idade. Se sua noiva não tem ainda idade suficiente, o homem passa a morar com os pais da moça, aguardando os primeiros sinais de puberdade. No caso de casamento entre crianças, os pais do rapaz têm que tomar conta da manutenção da moça” (*In*: BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 154.).

<sup>332</sup> “[...] Predomina [*sic*] nesse grupo social [*sic*] o casamento entre adolescentes, mas nem todos os casamentos acontecem entre eles. Ocorrem, muitas vezes, casamentos entre rapazes mais velhos e meninas adolescentes com diferenças de idade de, às vezes, 10-12 anos. Muitas vezes [*sic*] é o segundo casamento do rapaz” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng: socialização secundária**. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 107.).

<sup>333</sup> BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng do Paraná: subsídios para uma etno-história**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999, p. 207-208.

<sup>334</sup> BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p. 143.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 143.

Magali Cecili Surjus Pereira, em suas visitas ao Posto Indígena Apucarantina (PR), percebeu que, por volta dos 10 (dez) anos de idade, as meninas já integram os bailes e dançam com parceiros de sua preferência, e que, na faixa dos 12 (doze) a 14 (quatorze) anos de idade, já namoram e trocam recados com esses parceiros na escola, embora isso não seja oficial e divulgado dentro da comunidade<sup>338</sup>, visto que não há propriamente um consentimento dos pais<sup>339</sup>.

O ritual do casamento não difere muito de uma aldeia para outra. Magali Cecili Surjus Pereira diz que o casamento, no Posto Indígena Apucarantina (PR), é realizado na sede do posto logo que obtém o casal o consentimento dos pais de ambas as famílias<sup>340</sup>, o que é repisado no depoimento de Angelo Cenci sobre o Posto Indígena Carreteiro (RS) e a Reserva do Turvo (PR)<sup>341</sup>. Angelo Cenci indica a existência de casamentos não consentidos, motivo por que é comum a menina fugir com o namorado<sup>342</sup> ou mesmo ser ela raptada por seu pretendente<sup>343</sup>. Por sua vez, Juracilda Veiga menciona a ocorrência, em Xaçupé (SC), de alguns casamentos programados entre os pais (entre os *homens maduros*) do menino e da menina, acordo esse entendido como a concretização da aliança<sup>344,345</sup> entre as metades *KAMĚ* e *KANHRU*, a despeito de essas situações serem cada vez mais raras<sup>346,347</sup>.

<sup>338</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 91.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>341</sup> CENCI, Angelo. Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência. *In: História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil*. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 264.

<sup>342</sup> “[...] Entre os kaingáns ainda é comum as moças fugirem com o namorado e, no dia seguinte, se apresentarem [*sic*] para as lideranças e depois se casarem” (*In: KAINGÁNG*, Azelene. Depoimento de uma Militante. *In: Nova História das mulheres no Brasil*. Org. por Carla Bassanezi Pinsky e Joana Maria Pedro. 1. ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013. p. 420.).

<sup>343</sup> CENCI, *loc. cit.*

<sup>344</sup> “*Kamě* e *Kanhru* são os protagonistas de uma aliança perene pela qual trocam mulheres, ritos funerários (cuidados com os defuntos e os espíritos dos mortos da metade oposta), animais de caça e, em casos especiais, nomes próprios” (*In: VEIGA*, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 107.).

<sup>345</sup> “O casamento Kaingang tem o caráter de aliança entre a geração dos homens maduros de metades opostas. Os Kaingang afirmam que, quando um rapaz deseja casar-se [*sic*] ‘ele tem que procurar o *kakrõ* [sogro] dele’” (*In: VEIGA*, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 112.).

<sup>346</sup> “Alguns Kaingang contam que [*sic*] até a geração passada (cerca de 35 anos atrás), o casamento era uma aliança entre os homens da mesma geração. O pai do rapaz e o pai da moça é que decidiam o casamento. Quando nasciam as crianças, de metades diferentes, os pais já prometiam seus filhos em casamento. Segundo Vicente Fókêe – então, [*sic*] sexagenário – ‘quando [elas] tinham dez, doze anos, já estavam preparadas para viver juntos’. Se houvesse mulheres sobrando, ‘aquele homem que era trabalhador criava aquela que não tem marido [*sic*] nem pai; algum tem duas ou três mulheres’” (*In: VEIGA*, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 112.).

Celebrado o casamento, o casal tem duas opções: seguir morando junto à família da mulher<sup>348</sup> – o que se denomina *uxorilocalidade* –, quando o homem auxilia o sogro nas atividades cotidianas e laborais<sup>349</sup>, ou se mudar para uma casa própria, já previamente construída. Caso haja a separação do casal<sup>350</sup> ou a mulher seja abandonada pelo marido<sup>351</sup>, ela retorna ao lar de seus pais.

Relativamente à prole<sup>352</sup>, tal qual acontece no casamento, as mulheres *kaingang* começam a ter filhos com 14 (quatorze) ou 15 (quinze) anos de idade<sup>353</sup>. Angelo Cenci nos alerta que a média de filhos por família está em torno de seis<sup>354,355</sup>, o que é confirmado por Magali Cecili Surjus Pereira em seus escritos

<sup>347</sup> “No Xapecó [*sic*] também ouvi relatos de alianças feitas no passado entre homens da mesma geração. Neste caso, um deles enviava ao outro uma filha, muitas vezes ainda uma menina de 8 ou 10 anos, dizendo: ‘eu já parei de criar essa menina, agora você continua criando ela’. Segundo declaração de algumas mulheres mais velhas, aquele que recebia a menina cuidava dela como uma filha até que tivesse idade para tornar-se sua mulher. Assim, enquanto um genro (geração mais nova) se submete ao sogro porque possui *status* inferior a esse, quando os protagonistas da aliança têm o mesmo *status*, isto é, são homens da mesma geração, a submissão não acontece. Neste último caso, a menina/moça é que muda para a casa do marido, onde normalmente será a segunda esposa, num casamento poligâmico; ou única, caso o homem seja viúvo. Esse seria um caso de exceção à regra da *uxorilocalidade*, como expliquei acima, seria uma forma de perpetuar a gerontocracia” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 114.).

<sup>348</sup> “Os Kaingang possuíam, no passado, como os outros Jê, grandes casas comunais habitadas por um homem, sua mulher, seus filhos não casados, suas filhas casadas e seus genros com os respectivos filhos e filhas (cf. Borba 1908:8-9, Cimitile 1882:277-8). Atualmente [*sic*] os Kaingang não possuem mais grandes casas comunais, mas é comum que as filhas, ao se casarem, tragam os maridos para a casa dos pais. Quando o casal novo passa a uma casa própria, em geral esta fica localizada ao lado da casa dos pais. As exceções são para o caso de filhos únicos que devem cuidar de seus velhos pais, e moças órfãs que, com o casamento, passam a morar com a família do marido” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 111.).

<sup>349</sup> “É comum ainda hoje que, uma vez acertado o casamento, o rapaz passe a morar na casa do sogro e a ajudá-lo no serviço da roça e na manutenção da casa. Os rapazes, quando trabalhadores, são muito apreciados por suas sogras, porque significam um aumento de ganhos ou de bens para a família. O rapaz solteiro que está na casa do sogro, se tem um cunhado, está sempre com ele nos trabalhos cotidianos e nas brincadeiras. Em alguns casos [*sic*] divide a mesma cama que este. Somente depois da realização da cerimônia de casamento é que passa a dormir com a esposa. Isso seria, pelo menos, o que é esperado pela comunidade” (*In*: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 111.).

<sup>350</sup> VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 111.

<sup>351</sup> CENCI, Angelo. Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência. *In*: **História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil**. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 265.

<sup>352</sup> Esse tópico é bastante extenso e detalhado, com muitas nuances de uma época para outra, de uma região para outra. Assim, sugerimos a leitura das obras de Ítala Irene Basile Becker: a) sobre o tratamento com as gestantes e as parturientes e uma abordagem histórica, *vide* p. 289-293, 1999; b) sobre o primeiro ciclo de vida, *vide* p. 142-143, 1999; e c) sobre a menstruação, a gravidez e o aborto, *vide* p. 253-257, 1995.

<sup>353</sup> CENCI, *op. cit.*, p. 262.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>355</sup> Angelo Cenci coloca que (p. 261), em algumas localidades, a FUNAI já intervém com medidas para controlar a natalidade, por exemplo distribuindo anticoncepcionais nas aldeias, porém as

sobre o Posto Indígena Apucarantina (PR)<sup>356</sup>. Angelo Cenci também declara que, no Posto Indígena de Rio das Cobras (PR), o intervalo médio entre uma gestação e outra é de um ano e meio; em outros lugares, como no Posto Indígena de Xapocozinho (SC), o tempo médio entre uma gestação e outra é de dois a três anos<sup>357</sup>.

Segue forte a tradição entre os *kaingang* de que as crianças nasçam na casa dos seus pais ou dos seus avós, mas já existem mães que preferem dar à luz em hospital próximo à sede do posto, por entenderem ser mais seguro e confortável<sup>358</sup>. Geralmente nascem de parto normal<sup>359</sup>, com a ajuda das mulheres mais velhas e parentes da parturiente (mães, avós, tias, irmãs mais velhas ou primas)<sup>360,361</sup>, porém há casos em que a intervenção cirúrgica – cesárea – faz-se necessária<sup>362,363</sup>.

---

próprias mulheres *kaingang* conhecem técnicas – uso de ervas, como *cipó-torto* e *cipó-melancia* – que funcionam como anticoncepcionais. Ítala Irene Basile Becker, ao tratar da Terra Indígena Inhacorá (RS), anuncia que (1995, p. 158) o número de filhos na família está condicionado por um controle artificial da natalidade, uma vez que as *kaingang* realizam esterelização consciente depois do quarto ou quinto filho, pela “beberagem feita de diversas ervas silvestres”.

<sup>356</sup> PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 121.

<sup>357</sup> CENCI, Angelo. Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência. *In: História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil*. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 261.

<sup>358</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 80.

<sup>359</sup> “Nascem, geralmente, de parto normal. A parte restante do cordão umbilical da criança, quando cai, é tratada de forma especial, como se pode ver no relato que segue: ‘quando o umbigo caía, meu pai vinha e levava para enterrar ou fazer remédio. Ele leva no mato [*sic*] coloca dentro de um pau e faz simpatia para a criança crescer forte e feliz’ [...]. Ou [*sic*] como diz outro Kaingáng [*sic*] ‘moro onde meu umbigo foi enterrado por meu avô’ [...]” (*In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. Meninas e meninos kaingáng*: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 95.).

<sup>360</sup> “[...] Elas ajudam a segurar a criança que nasce, cortar o umbigo, limpar a criança e a mãe após o nascimento, preparar a comida para a mãe, ajudar nas primeiras amamentações, principalmente, [*sic*] quando a mãe é primípara. Realizam as tarefas domésticas até que a parturiente possa reassumi-las. Essa era e é, ainda, uma prática utilizada para o nascimento [...]” (*In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. Meninas e meninos kaingáng*: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 80.).

<sup>361</sup> “Algumas mulheres relataram que ganharam seus filhos sozinhas sem ajuda de ninguém – ‘a gente ganha os filhos sozinha. Minha mãe ganhava sozinha e me ensinou. Minha filha ganha sozinha, nem o marido ajuda. Ela corta o umbigo, embrulha e põe na cama’ [...]” (*In: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. Meninas e meninos kaingáng*: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 80.).

<sup>362</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 80.

<sup>363</sup> “Em relação ao nascimento, há situações em que se buscam os recursos da medicina oficial. As mulheres que moram na sede do posto, geralmente, fazem os partos no hospital. Em Iraí (RS), por exemplo, as jovens índias vão com freqüência [*sic*] fazer parto ou cesariana no hospital. Isso ocorre, também, com maior freqüência [*sic*], quando residem em áreas indígenas próximas às cidades. As que moram no interior das reservas vão ao hospital somente quando o parto apresenta complicações. Geralmente estas mulheres só procuram o hospital em casos extremos. Em Iraí (RS), por exemplo, as jovens índias freqüentemente [*sic*] fazem parto ou cesariana no hospital” (*In: CENCI, Angelo. Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência. In: História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil*. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 261-262.).

O recém-nascido, após receber os primeiros cuidados<sup>364,365</sup>, recebe um nome em *kaingang*<sup>366,367</sup>, o que é feito em uma cerimônia de batismo. Angelo Cenci e Juracilda Veiga falam na existência de três batismos: “[...] o batismo do nome Kaingang; o batismo em casa, relacionado ao catolicismo caboclo; e o batismo cristão (católico, evangélico ou pentecostal).”<sup>368</sup> Esclarece-nos Angelo Cenci:

Os relatos dos agentes sociais evidenciam a presença de três rituais de batismo e constatam que cada um deles possui um sentido próprio. Em primeiro lugar, aparece o ritual próprio do grupo indígena, sem mediação do branco, feito em casa ou próximo a uma fonte de água, do qual participam apenas algumas pessoas da família. Conforme algumas informações, a presença neste ritual restringir-se-ia à mãe, à avó e ao Kuiã. Para este ritual, são necessárias determinadas plantas nativas e água de fonte ou corrente. Em Nonoai (RS), ele é feito após o fervimento da erva colhida no mato, com água de fonte. A criança é banhada com estes elementos durante o ritual.

O nome dado à criança, segundo os índios, é fruto de uma inspiração que a avó teria. Pelo que se tem conhecimento, o ritual, coordenado por uma pessoa mais velha (um Kuiã?), não pode ser revelado a pessoas estranhas à família. É possível que um dos seus principais sentidos seja a proteção da criança contra o “acupli” ou “Weicupli” (o espírito dos mortos).

Há lugares em que todos fazem o batismo na água santa, ou água de João Maria. Esse ritual só pode ser coordenado por um iniciado que tenha o domínio do mesmo. Além do mais, parece estar ligado à busca de saúde e proteção e exige compromisso com o santo por parte de quem o busca. Em geral são escolhidas como padrinhos, pessoas próximas à família da criança.

Quanto ao ritual desenvolvido nas Igrejas oficiais, com pastor ou padre, escolhem, como padrinhos, pessoas de fora da área; normalmente brancos que sejam amigos. É comum escolherem padrinhos com certa condição

<sup>364</sup> “[...] Os primeiros cuidados incluem, principalmente, banho, enfaixamento do bebê com panos que envolvem todo o seu corpo, ajeitar na cama, ninar, dar remédios [*sic*] incluindo os chás caseiros, limpá-los com paninhos molhados. As mães, principais responsáveis por essa atividade, contam [*sic*] nas primeiras semanas de vida da criança [*sic*] com a ajuda de sua própria mãe, avó, sogra ou filha mais velha para a realização dessas tarefas” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 95.).

<sup>365</sup> “O nascimento é seguido de banho com várias ervas, para que a criança fique ‘forte’. Isso foi constatado em alguns P.I., entre eles Guarita, Nonoai, Rio da Várzea (RS) e Xapecozinho (SC). Quem coordena esse ritual é sempre uma pessoa com certa idade. [...]” (*In*: CENCI, Angelo. *Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência*. *In*: **História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil**. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 261.).

<sup>366</sup> “Quando nascem, recebem um nome em Kaingáng, escolhido quase sempre pelos avós ou [*sic*] na ausência desses [*sic*] pelos próprios pais cujos significados incluem nomes de bichos, frutos ou simplesmente nomes. [...] Recebem, também, um nome em português. [...]” (*In*: PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng**: socialização secundária. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 95.).

<sup>367</sup> “[...] No P.I. de Nonoai, foi observado que o nome da criança aparece vinculado a elementos da flora e da fauna, mais especificamente estaria vinculado às propriedades dos elementos em questão” (*In*: CENCI, Angelo. *Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência*. *In*: **História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil**. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 261.).

<sup>368</sup> VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 158.

econômica, podendo até ser o patrão, quando trabalham para os brancos. Há casos em que o próprio cacique é escolhido para esta função. Quando esse ritual é feito em uma das Igrejas, a criança, geralmente, é acompanhada pela mãe. Há também a procura do batismo simultaneamente em mais de uma religião, pois acreditam que esse procedimento ajuda a criança, dando-lhe força.<sup>369</sup>

Destarte, comprova-se, mais uma vez, que o ingresso da menina-mulher *kaingang* na vida adulta ocorre de modo antecipado, porque ela usualmente casa e tem seus primeiros filhos antes dos 16 (dezesesseis) anos de idade. A cultura dessa etnia enxerga a menina como um *protótipo* da mulher, razão por que é ensinada a ser uma desde os primeiros anos de vida.

Oportuno, agora, relacionar dois precedentes do TRF4 que refletem, na prática, o argumento aqui defendido: o de que a idade inferior a 16 (dezesesseis) anos não deve ser empecilho à percepção do salário-maternidade pelas indígenas *kaingang*, seja porque a condição de segurado especial aos que exercem atividades rurícolas deva ser reconhecida a partir dos 14 (quatorze) anos, ante a possibilidade que a Constituição Federal abre a quem desempenha a função de aprendiz, não sendo, pois, uma vedação absoluta o trabalho antes dos 16 (dezesesseis) anos, seja porque as características culturais desse povo devam ser consideradas na ocasião de aplicar a lei, em respeito ao princípio da igualdade material.

#### 4.2 OS PRECEDENTES DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO QUE VERSAM SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE CONCEDIDO ÀS INDÍGENAS KAINGANG

Selecionamos, a seguir, dois precedentes paradigmas oriundos do TRF4<sup>370</sup> (5ª Turma), que tratam da problemática longamente dissertada nestas páginas. Cuida-se de ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público Federal (MPF)<sup>371</sup> contra o INSS, por meio das quais procura defender o direito de as indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos receberem o benefício previdenciário em questão, afastando-se quaisquer limitações que prejudiquem a efetivação desse

<sup>369</sup> CENCI, Angelo. Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência. *In: História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil*. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994. p. 262-264.

<sup>370</sup> Os precedentes foram pesquisados, no arquivo/acervo digital do TRF4 (<www2.trf4.jus.br/trf4/>), com os seguintes campos: “salário-maternidade e *kaingang*”, “salário-maternidade e indígena” e “salário-maternidade e idade”.

<sup>371</sup> Utilizaremos, nas próximas menções ao Ministério Público Federal, apenas a sigla “MPF”.



direito. Embora não tenhamos devotado um espaço ao MPF no decorrer do trabalho, é ele, talvez, o principal órgão de proteção dos indígenas e dos seus direitos perante o Poder Judiciário, intervindo em conjunto com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI)<sup>372</sup> e as comunidades locais. A atuação do MPF é organizada em áreas temáticas<sup>373</sup> – direitos sociais e fiscalização de atos administrativos, criminal, consumidor e ordem econômica, meio ambiente e patrimônio cultural, combate à corrupção, populações indígenas e comunidades tradicionais, controle externo da atividade policial e sistema prisional, direitos do cidadão, eleitoral –, e a instituição comumente participa de acontecimentos polêmicos em todo país, como a demarcação de terras indígenas. Ainda, o fato de eu ter estagiado no MPF me motivou a elaborar essa pesquisa, porque tenho a consciência de que o MPF tem um papel efetivo e transformador nesse âmbito. Assim, acredito que agora seja a oportunidade de mostrar um pouco dessa atuação e dos resultados positivos alcançados.

Dito isso, constatamos que o tema em discussão é bastante atual, podendo-se notar isso nas datas das ementas (2010 e 2013, sendo que ambos os casos seguem tramitando nas instâncias superiores). O primeiro<sup>374</sup> dos casos selecionados versa sobre um grupo de jovens *kaingang* residente na Terra Indígena Inhacorá, localizada no Município de São Valério do Sul – RS, para o qual foi vedada a concessão do benefício de salário-maternidade sob o fundamento de que a idade inferior a 16 (dezesesseis) anos é um impeditivo ao trabalho e, assim, ao ingresso como segurado da previdência social.

De início, o Relator do agravo de instrumento, o Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, decidiu por negar a antecipação da tutela recursal<sup>375</sup>, por compreender ser o MPF ilegítimo *ad causam*, e, em seguida, por negar provimento ao recurso<sup>376</sup>, sob o entendimento de que:

<sup>372</sup> Utilizaremos, nas próximas menções à Fundação Nacional do Índio, apenas a sigla “FUNAI”.

<sup>373</sup> Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

<sup>374</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento (AG) n. 5001913-31.2010.404.0000, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001913-31.2010.404.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001913-31.2010.404.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

<sup>375</sup> AG 5001913-31.2010.404.0000, Evento 2 – DEC3

<sup>376</sup> AG 5001913-31.2010.404.0000, Evento 23 – VOTO3

Ainda que assim não fosse, é correto o indeferimento, pela autarquia previdenciária, de benefícios requeridos, na qualidade de segurados, por pessoas com menos de 16 anos de idade, uma vez que, sendo **proibido** o trabalho por pessoas menores de 16 anos, salvo como aprendiz a partir dos 14 anos (Constituição Federal, art. 7º, XXXIII), não podem eles ser **segurados** da Previdência Social, mas apenas **dependentes** de segurados.

Enfim, é demasiado estranho que o Ministério Público Federal ajuíze demanda que, em vez de **coibir o trabalho proibido** (executado por adolescentes menores de 16 anos de idade), acaba na verdade por **estimula-lo**, em total afronta à **doutrina da proteção integral da criança e do adolescente**, adotada por nosso ordenamento jurídico (Constituição Federal, art. 227; Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

Constitui, na verdade, ilogismo afirmar, como faz o recorrente, que a norma de proteção dos menores de 16 anos não pode vir em seu prejuízo. Evidentemente que não. Mas o que não é possível é tornar a norma proibitiva em permissiva. A punição deve recair não sobre o menor, certamente, mas sobre os *beneficiários* do trabalho proibido, sejam eles patrões ou mesmo familiares. A autarquia previdenciária, por seu turno, não pode sofrer nenhuma sanção pela prática de trabalho proibido, mormente quando, como aqui ocorre, não é feita inscrição previdenciária, nem recolhidas contribuições. *(grifos no original)*

Todavia, dada a vista aos demais componentes do colegiado, foi dado provimento ao agravo de instrumento<sup>377</sup>, e o voto do Relator restou vencido, prevalecendo o do Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira<sup>378</sup>, que deu redação à ementa ora colacionada:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SALÁRIO-MATERNIDADE. INDÍGENAS. 1. Este Tribunal vem reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos em matéria previdenciária, à luz do entendimento atualizado do Supremo Tribunal Federal. Hipótese, ademais, em que se discute sobre direito de indígenas de idade inferior a 16 anos, de modo que a legitimidade do Ministério Público Federal decorre do que expressamente dispõem os artigos 129 da CF, e 5º e 6º da LC 75/93. 2. A vedação do trabalho do menor não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Assim, a situação da maior de 14 anos e menor de 16 anos de idade que atua na atividade rurícola pode ser equiparada à do aprendiz, pois dá os primeiros passos para adquirir os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício dessa atividade. 3. Dentro dessa perspectiva, possível construir uma interpretação em consonância com a nova moldura constitucional, para reconhecer a condição de segurado especial aos que exercem atividades rurícolas a partir dos 14 anos de idade, conforme ainda previsto no artigo 11, inciso VII, da Lei n.º 8.213/91, notadamente no caso de indígenas, que, por suas características culturais e sociais, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos ainda no início da adolescência. 4. Deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, para que o INSS admita os requerimentos de benefícios de salário-maternidade formulados pelas

<sup>377</sup> AG 5001913-31.2010.404.0000, Evento 25 – ACOR2

<sup>378</sup> AG 5001913-31.2010.404.0000, Evento 25 – VOTO3

seguradas indígenas de idade entre 14 e 16 anos de idade provenientes da aldeia Kaingang da Terra Indígena Inhacorá (São Valério do Sul/RS) e se abstenha de indeferi-los, exclusivamente por motivo de idade ou com este relacionado, respeitadas as demais exigências constantes em lei.

Prevaleceu, pois, a concepção largamente adotada pela jurisprudência dessa Corte, qual seja, a de conferir proteção e tratamento diferenciado aos indígenas por conta da sua cultura, opinião com a qual partilhamos. Com a admissão parcial do recurso especial da Autarquia Previdenciária pelo Vice-Presidente Desembargador Federal Luiz Carlos de Lugon Castro<sup>379</sup>, o caso encontra-se, no momento, pendente de decisão no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>380</sup> sob o n. 2013/0142716-0 (REsp 1384812/RS)<sup>381</sup>.

O segundo<sup>382</sup> caso selecionado aborda a mesma matéria, porém trazendo elementos argumentativos novos. O Relator da apelação cível, o Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, escreve o seguinte<sup>383</sup>:

Saliente-se que a questão do trabalho infantil junto aos povos indígenas não pode ser comparada com o trabalho infantil exploratório, ante a existência de diversas particularidades. Ademais, conforme já referido, é sabido que em muitos povos indígenas o trabalho e o casamento se dão de forma mais precoce.

Outrossim, não se pode perder de vista que o salário maternidade é benefício precipuamente criado para acautelar o recém nascido, embora recebido em nome e de acordo com o preenchimento de pressupostos legais pela mãe. Portanto, não se poderia prejudicar o filho de mães trabalhadoras pela condição etária que não está prevista expressamente em lei.

O Relator votou por conceder parcial provimento ao recurso, limitando os efeitos da decisão apenas à Subseção Judiciária de Florianópolis – SC. Esse aspecto, no entanto, restou afastado por maioria no colegiado, o qual julgou que os

<sup>379</sup> AG 5001913-31.2010.404.0000, Evento 57 – DECRESP1

<sup>380</sup> Utilizaremos, nas próximas menções ao Superior Tribunal de Justiça, apenas a sigla “STJ”.

<sup>381</sup> Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2013%2F01427160&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

<sup>382</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível (AC) n. 5010723-55.2012.404.7200, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17 de setembro de 2013. Disponível em:

<[http://www2.trf4.jus.br/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5010723-55.2012.404.7200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](http://www2.trf4.jus.br/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5010723-55.2012.404.7200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

<sup>383</sup> AC 5010723-55.2012.404.7200, Evento 13 – VOTO2

efeitos da ação civil pública em comento devem abranger todo o Estado de Santa Catarina<sup>384</sup>.

De qualquer modo, subsistiu a tese de que o limite convencional de idade precisa ser relevado com vistas a proporcionar efetividade integral ao direito protetivo da criança e de sua mãe, em conformidade com a interpretação do artigo 231 da Lei Maior, harmonizado ao contexto multicultural e dignidade humana da população indígena<sup>385</sup>. Repisamos, abaixo, a ementa do acórdão, que tomou como base o voto divergente do Desembargador Federal Rogério Favreto:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. SALÁRIO MATERNIDADE. TRABALHADORES INDÍGENAS. REQUISITO ETÁRIO. RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AGRAVADA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. Este Tribunal vem reconhecendo a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos em matéria previdenciária, à luz do entendimento atualizado do Supremo Tribunal Federal. Hipótese, ademais, em que se discute sobre direito de indígenas de idade inferior a 16 anos, de modo que a legitimidade do Ministério Público Federal decorre do que expressamente dispõem os artigos 129 da CF, e 5º e 6º da LC 75/93. 2. A vedação do trabalho do menor não é absoluta, pois há possibilidade de desempenho de atividade laboral a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Esse limite etário comporta exceções, especialmente no caso das índias menores de idade, uma vez que a maternidade precoce tem por objetivo manter a própria sobrevivência dos povos indígenas. 3. Hipótese em que o auxílio-maternidade surge de forma distinta para os indígenas, seja pela organização social própria, seja pela sobrevivência da etnia. Logo, o limite convencional de idade precisa ser relevado como forma de conferir efetividade integral ao direito protetivo da criança e de sua mãe, no propósito de conferir interpretação do art. 231 da Carta federal, harmonizado ao contexto multicultural e dignidade humana da população indígena. 4. Caso em que a possibilidade de concessão de salário-maternidade não tem a intenção de incentivar a concepção precoce ou mesmo estimular o trabalho infantil, do adolescente ou da criança, mas sim garantir o direito à maternidade das índias menores de 16 anos de idade, que se realiza em condições distintas e especiais, merecendo tratamento diferenciado. 5. O entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada "erga omnes" nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, comporta exceções, especialmente no caso em tela, na medida em que o indeferimento dos pedidos de salário-maternidade, requeridos pelas mães adolescentes indígenas, não se restringem às Agências do INSS localizadas na Capital, mas sim a totalidade do Estado de Santa Catarina. Caso de presunção de que a ocorrência de concentração dos povos indígenas se dê em maior número nas regiões localizadas no interior daquele Estado, de forma que limitar os efeitos da decisão à Subseção Judiciária do órgão prolator da sentença, certamente causará um "esvaziamento" muito grande da proteção buscada com a presente ação.

<sup>384</sup> AC 5010723-55.2012.404.7200, Evento 16 – VOTO1

<sup>385</sup> AC 5010723-55.2012.404.7200, Evento 17 – VOTO1

Transcrevemos também a sustentação oral<sup>386</sup> do Procurador Regional da República, Prof. Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira, que sintetiza a nossa visão e que trabalha muito bem o princípio da igualdade material ou da discriminação positiva, a que faremos breve menção no último ponto do trabalho:

Sr. Presidente, componentes da Turma:

**Boaventura, em seus assentos, disse que temos direito à diferença quando a igualdade nos inferioriza e temos direito à diferença quando a igualdade nos descaracteriza. O que está em jogo neste processo é a aplicação, em um contexto multicultural, de direitos fundamentais.** Isso foge um pouco à nossa lógica branca, ocidental, tranquila, a lei do mundo dos brancos sendo aplicada para os brancos. O contexto multicultural já é um desafio extraordinário, como indica Norberto Bobbio, em uma obra clássica, 'A Era dos Direitos', este grande desafio que se tem hoje na efetivação de direitos humanos e direitos fundamentais, que é encontrar instrumentos para a sua efetivação. Esse já é um desafio extraordinário que está posto aos governantes, intérpretes e aplicadores da norma e à sociedade como um todo. Esse tema, essa situação se torna ainda mais dramática quando posta num contexto multicultural como o que enfrentamos aqui.

Costumamos pensar nos conflitos multiculturais em países diferentes, quando olhamos para o mundo árabe e enxergamos a forma como, naquela determinada concepção de mundo e da vida, as mulheres são tratadas, o que por vezes nos repugna, a alguns, sobretudo os grandes irmãos do Norte. Repugna tanto, que eles lançam os seus canhões para estabelecer a nossa paz e a nossa igualdade ocidental.

Aqui, temos um conflito, uma colisão de direitos, um conflito multicultural na aplicação de direitos posta dentro do nosso Estado, posta à luz da reflexão do nosso direito, e essa multiculturalidade não é uma excepcionalidade, não é uma jabuticaba que só existe no Brasil. Ela está colocada como um desafio para o aplicador pelo art. 231 da Constituição, que não o sugeriu, não disse que seria bom, não disse que seria conveniente respeitar o jeito dos índios, a sua prática, a sua organização social, e, quando falou em organização social, falou no gênero do que é a espécie e a organização jurídica. Não é a nossa atitude de tolerar aquele jeito de eles se organizarem. **A Constituição determina, impõe uma situação de pluralismo jurídico relativamente a essas comunidades e, portanto, ela impõe, por parte do Estado, da sociedade, de todos nós e sobretudo desta Turma, que hoje tem que desatar esse nó em torno do auxílio-maternidade, a obrigação de olhar diferentemente para a adolescente índia e para a adolescente não índia.**

Isso não é uma discriminação odiosa. Isso, na verdade, é uma determinação da Constituição. Isso não é um capricho da Constituição, porque o que quis a Constituição não foi dizer 'apliquemos o nosso direito, afinal somos o Estado e vamos tolerar as excentricidades dessas comunidades que ainda insistem em viver e existir como índios'.

**Então, o tema que se propõe não é o de tratar diferentemente, por um capricho nosso, adolescentes gestantes, adolescentes índias e não índias, é aplicar esse direito fundamental de proteção do qual é um dos seus elementos é o auxílio-maternidade, respeitando o art. 231.**

**Portanto, o que temos que ler, no caso concreto, é a legislação previdenciária, com as lentes postas pelo multiculturalismo consagrado pelo art. 231 da Constituição.** Esse é o belíssimo desafio de

<sup>386</sup> AC 5010723-55.2012.404.7200, Evento 18 – NTAQ1/NTAQ1

interpretação e de aplicação de direito que se propõe a esta Turma de uma forma bastante peculiar e bastante particular nesta tarde.

Tirando a lente do art. 231, nós olharíamos para a situação dos Guaranis, sobretudo dos Guaranis que majoritariamente existem no Estado de Santa Catarina e que serão atingidos por essa norma, com horror. Eles têm como valor a gestação na adolescência. **Des. Ricardo, a idade média dos índios no Brasil, ainda hoje - isso é talvez um dos grandes escândalos e pouco referido - é de 37 anos. O último censo das populações indígenas indicou isso. Talvez haja alguma distorção pela forma de registro, nós próprios conhecemos índios velhos, mas os abissais índices de mortalidade, inteiramente diferentes daqueles que presenciamos, fazem com que a idade média do índio no Brasil seja de 37 anos, e, portanto, a gravidez na adolescência não é uma gravidez precoce, é uma condição de sobrevivência dessas etnias, é a forma de organizar a vida, e, portanto é aquela diferença que, se tratarmos com igualdade, no dizer de Boaventura, descaracterizaremos essas comunidades. Temos direito à igualdade quando a diferença nos inferioriza e temos direito à diferença quando a igualdade nos descaracteriza.**

Pois bem, o que está posto neste processo são dois elementos: por um lado, a pretensão esbarraria, e foi isso que afirmou a sentença, na proibição de trabalho antes dos 16 anos ou de 14 para aprendiz. 'Ah, então o Ministério Público quer estimular, através dessa demanda e através do auxílio-maternidade, o trabalho infantil, porque são índios, então podem trabalhar desde cedo.' **A forma de organização e produção dos índios, a sua organização social de que trata o art. 231 da Constituição, faz com que todo o grupo familiar, desde logo e desde sempre, esteja envolvido na atividade produtiva. Não por um capricho, mas por uma condição de sobrevivência; não por um capricho, mas porque essa é a milenar forma de organização, e o constituinte, em bom momento, em boa hora, no art. 231, disse que o Estado brasileiro está obrigado a respeitar e, mais do que respeitar, a proteger essa forma peculiar de se organizar, e não catequizá-la, evangelizá-la e convertê-la para os nossos valores 'superiores e extraordinários'.**

**Portanto, esse primeiro obstáculo, o obstáculo da proibição do trabalho antes dos 16, se supera pelo respeito ao art. 231, é essa a organização social.** Mas, mais do que isso, já lá no tempo da ditadura, o Supremo Tribunal Federal, em um recurso do INSS, pela primeira vez, afirmou, em um tempo em que a idade mínima para o trabalho era de 12 anos, na Emenda 1/69 era de 12 anos, o Supremo Tribunal Federal, em caso envolvendo auxílio acidente, afirmou, em extraordinário acórdão relatado pelo Min. Rezek, que o limite de idade para o trabalho foi instituído para proteger, e não para desproteger. O fato concreto é que, em razão da forma de organização social, adolescentes das diversas etnias do Brasil trabalham desde sempre, em um esforço de sobrevivência do grupo familiar. São, portanto, membros especiais do sistema previdenciário, mas, mais do que isso, é certo também que, em idade muito mais precoce do que nossas filhas, brancas e não índias, elas engravidam, elas gestam. E isso não é uma anomalia na forma de organização social, que o art. 231 mandou proteger.

E o que se propõe, portanto, neste caso concreto, neste feito, é a união desses dois fatores. **Se vamos levar a sério o art. 231 da Constituição, temos de entender que o direito ao auxílio-maternidade nasce de uma forma diversa para as comunidades indígenas, e, portanto, o limitador dos 16 anos, que é um limitador legal, precisa ser lido com as lentes do art. 231, não para afastá-lo como um todo, mas para adequá-lo às condições e a forma de organização social de cada um dos grupos envolvidos.** E, portanto, limitar em 16 ou limitar em 14, como há um belíssimo precedente desta Turma, em que se constrói, a luz da figura do aprendizado e da atividade rural, a possibilidade do auxílio-maternidade

desde os 14 anos é ainda não assegurar, na sua totalidade, direito das comunidades indígenas à proteção do estado. É de alguma forma atentar-se também contra uma norma que o Supremo vem chamando de supralegal, que são as normas de tratados internacionais de direitos humanos, incorporados ao nosso ordenamento, que o Supremo entende que são mais que leis ordinárias, e menos que normas constitucionais, agora aquelas que forem incorporadas na nova forma da Emenda nº 45, são incorporadas como normais constitucionais, como é por exemplo a convenção das pessoas portadoras de deficiência, mas, no caso concreto, a Convenção nº 169 da OIT, estabelece como um dever, e, portanto, estabelece como uma norma supralegal, portanto, abaixo da Constituição, mas acima da lei ordinária, que regula os princípios previdenciários, estabelece que os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática, com vista a proteger o direito desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. Essa ação deverá incluir medidas que assegurem aos membros desses povos o gozo em condições de igualdade dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população, que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e sua identidade cultural, os seus costumes e as suas tradições e as suas instituições, que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida, que deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas, espirituais, próprios dos povos mencionados, e deverá-se levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhe sejam apresentados, tanto coletiva, como individualmente.

No art. 24 diz: *Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados, e aplicados os mesmos sem discriminação alguma, desde que respeitados suas formas culturais e de organização social.*

Portanto, o que se propõe nesse conflito multicultural, na aplicação do auxílio-maternidade, por um lado, a nossa necessidade de um esforço hermenêutico, e vejam, não é criar uma norma nova, mas é interpretar a norma que temos, a luz do 231. Não é transformar V. Exas., que não receberam o voto da população, em legisladores, em juizes-legisladores, mas não fugir de um dever que a Constituição impõe a V. Exas. de aplicar um ordenamento jurídico a luz do 231 e a luz do sistema constitucional. A interpretação ou ela é sistemática, ou ela não é interpretação, portanto a aplicação dos princípios que regem o auxílio-maternidade devem necessariamente estar voltada, posta, fixada naquilo que caracteriza, sob pena de, em nome de protegermos, estarmos desprotegendo. Em nome de não incentivarmos a gestação na adolescência de indígenas, estarmos, na verdade, descaracterizando suas práticas sociais e culturais, e, dessa forma, contrariando, ofendendo o art. 231 da Constituição.

Eu gostaria de concluir - não sei se ainda tenho um minuto, entendo então que tenho realmente um minuto - no sentido de que o pedido da ação é que seja dada extensão estadual à obrigação de não fazer. Dirão: mas a lei estabelece que, nas ações civis públicas, e vamos lembrar que a história dessa modificação processual, que agora, certamente, está prestes a ser modificada pelo novo Código de Processo Civil, mas a história dessa alteração constitucional nasce de um casuismo de governos anteriores contra a utilização da ação civil pública, mas quando se trata da obrigação de fazer, quando não se trata de condenação, mas sim da obrigação de fazer, não conferir a extensão prevista no Código do Consumidor à ação ajuizada na capital dos estados terá a eficácia da sentença estendida a todo o estado, como prevê o Código do Consumidor, não conferir essa extensão, significa produzir uma iniquidade, uma desigualdade, e mais do que isso,

produzir uma obrigação da administração pública de agir diferentemente, advir diferentemente por um critério que não é critério razoável de discriminação, que é onde moro? Ah, moras no centro? A aplicação da lei e a ação da administração serão essas. Ah, moras na Vila Assunção? Oh, sinto. A norma será aplicada de outra forma. Portanto, seria o Judiciário a determinar um não fazer, ou seja, não indeferir os pedidos das gestantes adolescentes ao auxílio-maternidade, e essa é a centralidade do pedido, em Florianópolis, de uma forma, e nas demais repartições do INSS no restante do estado, onde existam índios, de outra forma. E isso, na temática concreta, traria ainda consequências mais desastrosas, porque sabemos que os indígenas, notadamente as etnias guaranis, são, por definição, nômades, e, portanto, circulam em busca da terra sem-mares, e, na busca da terra sem-mares, encontrarão postos do INSS que dirão ao auxílio-maternidade, e outros postos que dirão sim.

**Portanto, por esse conjunto de aspectos e por entender que esta Turma não deixará de ter em mente na aplicação e na resolução desse recurso concreto, o art. 231, e sobretudo aquilo que Boaventura de Sousa Santos, com uma síntese muito feliz, afirma que todos nós, mas que sobretudo as minorias étnicas têm o direito à igualdade quando as diferenças as inferiorizam, e tem direito à diferença. As gestantes indígenas de Santa Catarina e do País tem direito a serem tratadas diferentemente para que a igualdade não as descaracterizem. (grifo nosso)**

Da decisão o INSS ingressou com embargos infringentes, que restaram desprovidos por maioria<sup>387</sup>. Reproduz-se a ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. BENEFÍCIO REQUERIDO POR INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS. PROCESSAMENTO PELO INSS. OBRIGATORIEDADE. DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA DOS EFEITOS DA DECISÃO. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Comprovado o exercício da atividade rural em período em que a autora ainda não contava 16 anos de idade (art. 7º, inc. XXXIII, da CF), é de ser reconhecido para fins previdenciários o tempo de serviço respectivo, uma vez que não podem ser prejudicados em seus direitos trabalhistas e previdenciários os menores de idade que exerçam efetivamente atividade laboral, ainda que contrariamente à Constituição e à lei no tocante à idade mínima permitida para o referido trabalho, porquanto a norma editada para proteger o menor não pode prejudicá-lo naqueles casos em que, não obstante a proibição constitucional, efetivamente trabalhou. Precedentes do STF e do STJ. 2. Consagrada orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que não pode deixar de ser adotada aos trabalhadores indígenas, sob pena de estabelecer uma discriminação injustificada em detrimento de grupo social constitucionalmente protegido. 3. O alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (REsp 1243887/PR, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 12-12-2011). 4. Orientação jurisprudencial que desafiaria a atribuição de efeitos nacionais à decisão, tendo em conta a extensão do dano e a natureza da demanda (que objetiva compelir a Autarquia Previdenciária a receber e processar os pedidos de salário-maternidade das trabalhadoras indígenas menores de 16 anos, sem opor-lhes tal condição como fundamento para indeferimento do pedido). No entanto, considerando os limites do pedido formulado na petição inicial, os

<sup>387</sup> AC 5010723-55.2012.404.7200, Evento 42 – RELVOTO1/ACOR2



efeitos da presente ação civil pública ficam restritos ao território do Estado de Santa Catarina. (TRF4, EINF 5010723-55.2012.404.7200, Terceira Seção, Relator p/ Acórdão Celso Kipper, juntado aos autos em 12/05/2014)

Ato contínuo, a Autarquia Previdenciária apresentou recurso especial e recurso extraordinário, os quais foram admitidos pelo Vice-Presidente Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó<sup>388</sup>. À semelhança do caso anterior, também este aguarda julgamento do STJ sob o n. 2014/0198969-6 (REsp 1473518/SC)<sup>389</sup>. Da movimentação processual nada encontramos, até o momento, sobre o seu registro e processamento no STF (a admissão do recurso data de 22 de julho de 2014).

#### 4.3 A PROPOSTA POR UM TRATAMENTO DIFERENCIADO A SER DADO ÀS INDÍGENAS *KAIKANG* NA CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

Não é nosso objetivo estudar o princípio da igualdade material, tantas vezes mencionado ao longo do trabalho, nas suas minúcias, nem fazer uma abordagem filosófico-histórica, o que nos remeteria à época de Aristóteles<sup>390,391</sup>, mas sim apresentar brevemente o princípio, tão conhecido entre os juristas, e, enfim, encaminhar-nos para uma conclusão no sentido de propor um tratamento diverso

<sup>388</sup> AC 5010723-55.2012.404.7200, Evento 55 – DECRESP1 e Evento 58 – DECREXT1

<sup>389</sup> Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2014%2F01989696&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

<sup>390</sup> “Aristóteles vinculou a *idéia de igualdade* à *idéia de justiça*, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o *seu*, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que *é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais*. Cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente. No fundo, prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais” (In: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2013, p. 215.).

<sup>391</sup> “Demais disso, para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que se aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*” (In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. tiragem (2012). São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 1993, p. 10-11.).

a ser dado às indígenas *kaingang* na concessão do salário-maternidade, adequando a exigência legal quanto à idade mínima para esse grupo étnico.

Por princípio da igualdade material compreende-se o tratamento igual dado a situações iguais e o tratamento desigual dado a situações desiguais<sup>392,393</sup>. É, pois, um princípio relativo, “[...] e só no plano da relatividade tem sentido.”<sup>394</sup> Sobre isso, vale a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

**O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais.** Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas e em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Exemplificando, cabe observar que às sociedades comerciais quadram, por lei, prerrogativas e deveres diferentes dos que pertinem às sociedades civis; aos maiores é dispensado tratamento inequívoco àquele outorgado aos menores; aos advogados se diferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos, também diferenciados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres. Aos funcionários assistem vantagens e sujeições que não são irrogáveis a quem careça desta qualidade. Entre os servidores públicos alguns desfrutam de certos benefícios que falecem a outros, dependendo, por hipótese, de serem concursados ou não. As mulheres se aposentam aos trinta anos, os homens aos trinta e cinco. Os exercentes de função gratificada de chefia percebem uma importância correspondente, ao passo que os subalternos dela carecem. Os que cumprem certo tempo de serviço sem faltas e notações desfavoráveis são agraciados com licença-prêmio; aos restantes não se dispensa igual benefício.

Em quaisquer dos casos assinalados, a lei erigiu algo em elemento diferencial, vale dizer: apanhou, nas diversas situações qualificadas, algum ou alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniformes entre si.<sup>395</sup>

<sup>392</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2013, p. 225.

<sup>393</sup> “Assim, e em primeiro lugar, em consequência do redescoberto carácter relativo da igualdade, a máxima <<todos são iguais perante a lei>> pode decompor-se em duas afirmações distintas: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exacta da diferença” (*In*: GARCIA, Maria da Glória F.P.D.. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2005, p. 42.).

<sup>394</sup> GARCIA, Maria da Glória F.P.D.. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2005, p. 41.

<sup>395</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. tiragem (2012). São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 1993, p. 12-13, grifo nosso.

Cumpra destacar que o autor não vê, nessas situações descritas, um choque à isonomia<sup>396</sup>; no seu entendimento, o que a ordem jurídica pretende firmar, por via do princípio da igualdade, é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas<sup>397,398,399</sup>, o que não nos parece ser o caso ora em exame.

Aliás, José Afonso da Silva traz como exemplo de *real promessa de busca da igualdade material* a universalidade da seguridade social<sup>400</sup>. A universalidade da seguridade social abrange a de cobertura e a de atendimento, sendo que esta segunda diz respeito à proteção dos titulares, isto é, todos os residentes em território nacional, o que inclui, por óbvio, os indígenas.

<sup>396</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello explica os requisitos da isonomia da seguinte maneira: “Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra de isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consoância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

“Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumprir verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles” (*In*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. tiragem (2012). São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 1993, p. 21-22.).

<sup>397</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. tiragem (2012). São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 1993, p. 18.

<sup>398</sup> O mesmo insinua Alexandre de Moraes: “[...] Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal [...]” (*In*: MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92.).

<sup>399</sup> Complementa Alexandre de Moraes: “A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente [*sic*] por isso [*sic*] uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado” (*In*: MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92-93.).

<sup>400</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2013, p. 213-214.

Nessa linha, o artigo 24 erigido pela Convenção n. 169 da OIT, do qual o Brasil é signatário, impõe sejam os regimes de seguridade social estendidos progressivamente aos povos indígenas e aplicados aos mesmos sem qualquer discriminação. Outrossim, o Estatuto do Índio, no seu artigo 55, postula que o regime geral da previdência social seja extensivo às comunidades indígenas, atendidas as suas condições sociais, econômicas e culturais.

Isso fica do mesmo modo evidente na leitura do artigo 231 da Carta Federal de 1988, que informa também o princípio da igualdade material, o qual reconhece o direito à diferença dos indígenas na sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Já vimos que Robério Nunes dos Anjos Filho interpreta esse dispositivo constitucional na perspectiva de que os indígenas não sejam discriminados por quererem manter a sua identidade, expressada na sua diversidade cultural.

Por conta dessas normas protetivas direcionadas aos indígenas, somado ao fato de que eles possuem organização social e cultural – principalmente no que concerne ao trabalho e à gestação – distinta da sociedade envolvente, é que acreditamos que o salário-maternidade nasce de forma diferente para as mulheres *kaingang*, razão por que os requisitos para a concessão desse benefício previdenciário, em especial o limitador etário, devem ser averiguados sob a ótica desses artigos e segundo a correta aplicação do princípio da igualdade material. Assim, na colisão entre a proibição do trabalho antes dos 16 (dezesesseis) anos e a preservação da estrutura social e cultural dessa etnia, parece-nos que o último elemento se sobressai<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> Esse processo de ponderação e, em consequência, a escolha de prevalência do segundo elemento – a *preservação da estrutura social e cultural dessa etnia* – são, evidentemente, determinados no caso concreto. Repetimos: não se quer, aqui, estimular o trabalho infantil, nem apoiar a ideia de que a proibição do trabalho infantil é sempre o elemento que *perde* no processo de ponderação diante de colisões principiológicas e valorativas.

## 5 CONCLUSÃO

O salário-maternidade é um dos tantos benefícios previdenciários custeados pelo INSS e se destina a atender às necessidades próprias da mãe e do filho em decorrência da gravidez, do parto e do pós-parto e, em alguns casos, da adoção ou da guarda judicial para fins de adoção. A segurada faz jus ao benefício somente quando satisfeitos os requisitos elencados na Lei n. 8.213/91, entre eles a idade mínima de 16 (dezesseis) anos, que tem sua origem na Constituição Federal (artigo 7º, inciso XXXIII).

Relativamente à segurada especial, que é uma das possíveis beneficiárias do salário-maternidade, a lei determina que seja comprovado o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, quando solicitado antes do parto, mesmo que de maneira descontínua. Esse trabalho rural deve ser executado sob o regime de economia familiar, o que significa o desempenho de atividades eminentemente associadas à terra com a participação dos membros da família, em condições de mútua dependência e colaboração e sem a utilização de empregados, sendo indispensável à subsistência desse núcleo familiar.

A análise dessas questões permitiu-nos adentrar, sem demora, no estudo do direito indígena, o qual nos brinda com diversas legislações protetivas dirigidas a esse grupo, como a Convenção n. 169 da OIT, o Estatuto do Índio e a própria Constituição Federal brasileira. Cada uma à sua maneira, elas trazem a imposição de que os indígenas sejam respeitados na sua diversidade cultural, na sua organização social e no seu modo de desenvolvimento, sem que tais aspectos os coloquem em posição de inferioridade em relação ao restante da sociedade. Essas mesmas normativas estabelecem que os indígenas devem ser incorporados no sistema de seguridade social, do qual faz parte a previdência social, sem que decorra disso qualquer tipo de discriminação à sua forma de vida.

Na busca por materializar essas noções teóricas, procedemos à investigação de um povo indígena representativo no país, qual seja, a etnia *kaingang*, a fim de verificar se essas normas estão, de fato, sendo levadas em consideração quando pleiteiam as mulheres desse grupo o recebimento do salário-maternidade. Observou-se que, em que pese o amparo legal dado aos indígenas, a Autarquia Previdenciária tem vedado a concessão do benefício em razão de as

indígenas possuem idade inferior à postulada pela lei, demonstrando, no nosso entender, uma postura equivocada do órgão e flagrantemente violadora dos direitos indígenas comentados.

Apresentamos larga pesquisa doutrinária sobre as indígenas *kaingang* em dois âmbitos importantes: a sua participação no trabalho da comunidade e o ritual do casamento com a conseqüente constituição da família. Os relatos dos autores especialistas na área mostraram que essas mulheres usualmente casam e têm seus primeiros descendentes antes dos 16 (dezesesseis) anos de idade, seja porque a cultura milenar assim as condiciona, seja porque a própria sobrevivência dessa etnia exija delas esse comprometimento precoce com a vida adulta. Da mesma forma, elas assumem o trabalho desde muito jovens e, pelas características atribuídas a esse labor, adequar-se-iam à espécie de segurada especial.

Por esses motivos, pregamos a proposta de que é devido dar a essas indígenas tratamento diferenciado quando da concessão do salário-maternidade, afastando esse quesito da idade mínima, porquanto os seus costumes, crenças e tradições devem ser resguardados na sua essência, em consonância com o princípio da igualdade material. Felizmente, já se percebe um movimento da jurisprudência do TRF4 caminhando nesse sentido e sendo conduzido às Cortes Superiores, as quais, em breve, espera-se, concretizarão esse direito em maior amplitude, ou seja, possibilitarão que outras indígenas, de outras etnias, que possuam características culturais e sociais semelhantes às *kaingang*, também usufruam do salário-maternidade sem sofrer discriminação de qualquer ordem.

Faltou-nos a oportunidade de trabalhar, com mais detalhamento, a importância do MPF na defesa desses direitos e os projetos com os quais colabora junto às comunidades indígenas e com o auxílio de órgãos de proteção, como a FUNAI, o que possibilitaria uma futura extensão deste trabalho. Também nos parece interessante, em uma tentativa de aperfeiçoar este trabalho, realizar pesquisas de campo e entrevistas nas regiões abrangidas por essa etnia, com vistas a avaliar os resultados dessas demandas judiciais e o comportamento do INSS diante de novos pedidos administrativos após o Poder Judiciário assegurar, efetivamente, que as indígenas são merecedoras do benefício mesmo quando a idade legal não seja por elas atingida. Chegamos, pois, à conclusão de que o tema carece de desenvolvimento, dada a relevância para o país e principalmente para as comunidades indígenas afetadas por esse problema, o que deve atrair um trabalho

conjunto de profissionais de diversos campos do conhecimento, como antropólogos, sociólogos e juristas.

## REFERÊNCIAS

ACZEL, María Cristina. **Instituciones del derecho de la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

ALBUQUERQUE, Antonio Arman Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito de desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 505-529. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-075449/pt-br.php>>. Acesso em: 19 set. 2014.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais**, 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulhe r.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.



BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014; 12 ago. 2014; 20 ago. 2014; 31 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 21.471, de 17 de maio de 1932. **Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 19 de maio de 1932. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 58.820, de 14 de julho de 1966. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014; 12 ago. 2014; 26 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014; 26 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.136, de 7 de novembro de 1974. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014; 12 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Planalto**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2014; 12 ago. 2014; 26 ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 2.057 de 1991. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>. Acesso em: 2 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento (AG) n. 5001913-31.2010.404.0000, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001913-31.2010.404.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5001913-31.2010.404.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível (AC) n. 5010723-55.2012.404.7200, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17 de setembro de 2013. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5010723-55.2012.404.7200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5010723-55.2012.404.7200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

BECKER, Ítala Irene Basile. **O índio Kaingáng no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995.

\_\_\_\_\_. **O índio Kaingáng do Paraná**: subsídios para uma etno-história. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

CARDOSO, Liana Memória. Estudo comparativo entre os Estatutos das Sociedades Indígenas 1973/1991. **Revista Brasileiros de Raiz**, Brasília, ano 1, n. 3, ago/set 2011.

CENCI, Angelo. Religiosidade Kaingáng: ritos de integração e resistência. *In*: **História e Cultura Kaingáng no Sul do Brasil**. Coord. por Telmo Marcon. Passo Fundo: Graf. Ed. Universidade de Passo Fundo, 1994.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, 1948. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. *In: Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil / [organizadora Biviany Rojas Garzón] – São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009 – (Série documentos do ISA ; 12).*

FILHO, Cid Furtado; LINO, Fábio. Quase vinte anos de debate e nenhuma solução! Proposta do novo Estatuto do Índio não sai do papel. **Revista Brasileiros de Raiz**, Brasília, ano 1, n. 3, ago/set 2011.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D.. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Edições Almedina. SA, 2005.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. *In: SANTILLI, Juliana (Coord.). Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

MACEDO, Marcus Vinicius Aguiar. **Vida e morte na Amazônia indígena: as invasões madeireiras e os povos Ashaninka**. Rio Branco - AC: Educaf, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 21. tiragem (2012). São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 1993.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 103 da OIT – Amparo à Maternidade**, 1952. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenção n. 183 da OIT – Revista**, 1952. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_4/IIIPAG3\\_4\\_4\\_A.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_4/IIIPAG3_4_4_A.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Convenção n. 107 – Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais**, 1957. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/indios/lex130a.htm>>. Acesso em: 2 set. 2014.

PEREIRA, Magali Cecili Surjus. **Meninas e meninos kaingáng: socialização secundária**. Londrina: Ed. UEL, 1998.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2011.

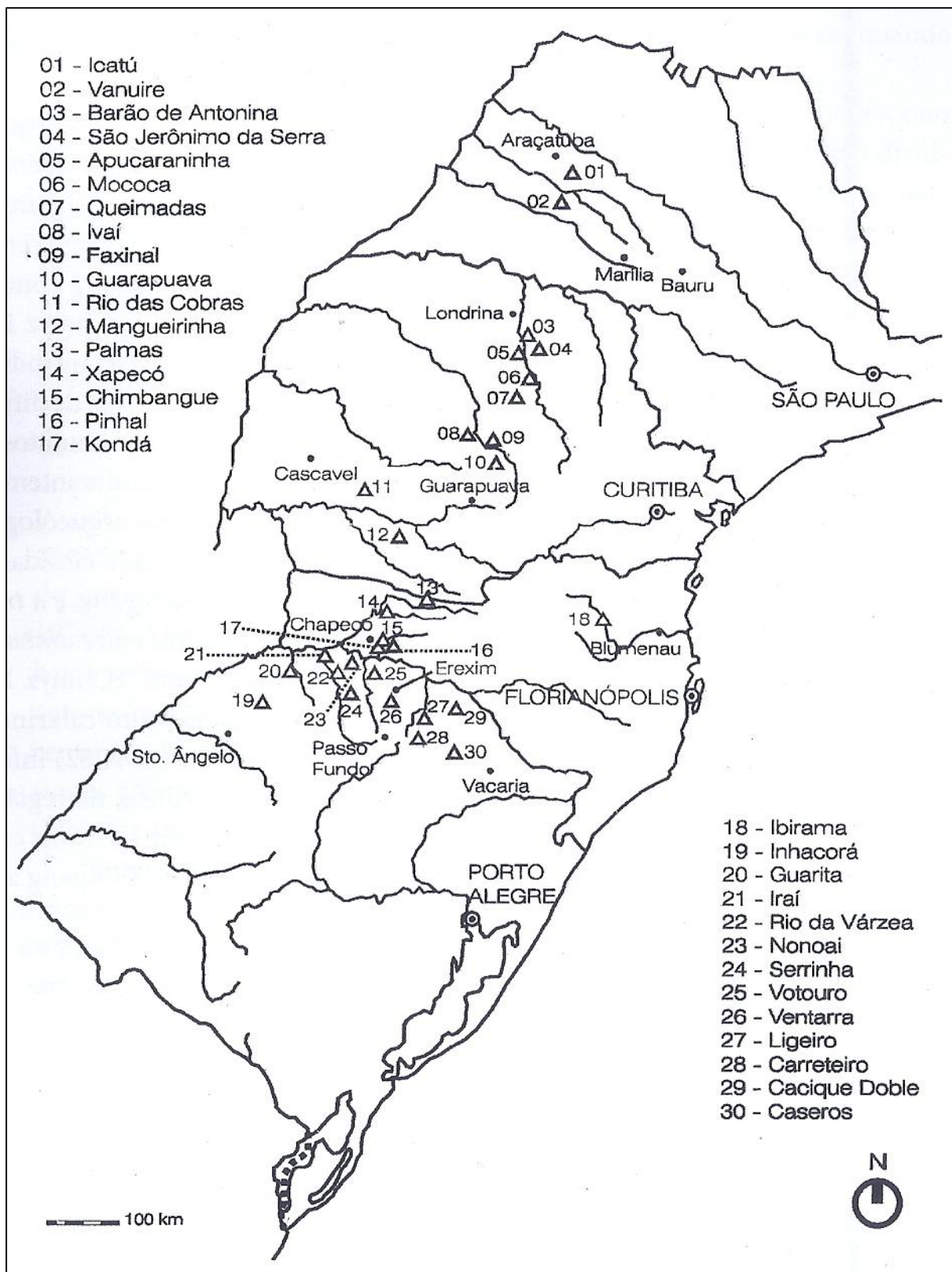
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2013.

VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang**. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.



Figura 1 – Mapa das Áreas Kaingang no Brasil



Fonte: VEIGA, Juracilda. **Aspectos fundamentais da cultura Kaingang.** Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2006, p. 38.