

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Santo Ângelo

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5006268-70.2014.404.7105/RS

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o INSS, objetivando, em antecipação dos efeitos da tutela, *decisão que determine ao réu que admita o ingresso e abstenha-se de indeferir, exclusivamente por motivo de idade ou com este relacionado, os requerimentos de benefícios de salário-maternidade formulados pelas seguradas indígenas de cultura Mbyá-Guarani provenientes de qualquer cidade que compõe a área de competência territorial da presente Subseção Judiciária Federal/RS (Ajuricaba, Augusto Pestana, Bozano, Caibaté, Catuípe, Cerro Largo, Chiapetta, Coronel Barros, Dezesseis de Novembro, Entre Ijuís, Eugênio de Castro, Giruá, Guarani das Missões, Ijuí, Inhacorá, Jóia, Mato Queimado, Nova Ramada, Pirapó, Porto Xavier, Rolador, Roque Gonzales, Salvador das Missões, Santo Ângelo, Santo Antônio das Missões, Santo Augusto, São Luiz Gonzaga, São Miguel das Missões, São Nicolau, São Pedro do Butiá, São Valério do Sul, Senador Salgado Filho, Sete de Setembro, Ubiretama e Vitória das Missões, além de outros que venham a surgir).*

Para tanto, alegou que, no Inquérito Civil nº 1.29.010.000067/2013-84, foi apurado que o INSS vem indeferindo os pedidos de benefício de salário-maternidade às índias menores de 16 anos, em face da legislação previdenciária. Referiu que as indígenas ingressam na Previdência Social na qualidade de segurada especial, pelo exercício de atividade em regime de economia familiar, sendo que esta necessita ter a idade mínima de 16 anos para fazer jus ao salário-maternidade. Aduziu que, no caso da população indígena, a questão deve ser vista sob outro enfoque, pois a cultura desta difere da do "homem branco", especialmente no que tange à questão do trabalho e da reprodução, o que é reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 231. Referiu que, de acordo com estudo antropológico, é possível que, entre 14 e 15 anos, uma Mbyá-Guarani venha a ter filhos e/ou se casar, bem como é possível o envolvimento gradativo desta nas atividades destinadas às mulheres. Ressaltou que, em face destas particularidades, os direitos previdenciários dessas indígenas, mais especificamente das gestantes, devem ser respeitados e tutelados pela legislação brasileira. Defendeu a necessidade de concessão da liminar, ao argumento de que há risco de ineficácia do provimento final, na medida que seguradas indígenas da comunidade podem engravidar e adquirir o direito à

percepção do benefício no curso do processo e o INSS indeferir o requerimento administrativo, negando a pretensão buscada nesta demanda.

Instado, o INSS fez esclarecimentos acerca do salário maternidade e seguro especial, referindo que o índio não incorporado ao cotidiano de vida e trabalho é considerado segurado especial, em face da semelhança entre as atividades desempenhadas pelo índio e as previstas para a caracterização do seguro especial. Apontou que a legislação previdenciária considera como segurado especial somente os maiores de 16 anos, o que é compatível com a Constituição Federal. Mencionou que conferir salário maternidade à índia por entender que o trabalho antes dos 16 anos é inerente à cultura indígena é, na verdade, violar o direito indisponível de cada brasileiro de não trabalhar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, que possui disciplina própria e autorização constitucional. Disse que benefício previdenciário não é próprio da cultura indígena, alcançando os índios em razão da inevitável interação destes com a cultura dominante, como vem sendo feito. Referiu que, além de não existir lei estabelecendo tal tratamento diferenciado, o próprio critério adotado pelo Ministério Público não se mostra razoável, pois este estimularia a gravidez e o trabalho precoce para o recebimento do benefício previdenciário. Aduziu que, se o objetivo é auxiliar e proteger as jovens indígenas grávidas, o correto seria a implantação de políticas públicas (assistencial) e não a concessão de auxílio-maternidade. Defendeu a inexistência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ao argumento de que se trata de futuras beneficiárias oriundas de uma comunidade indígena sem muito contato com a cultura dominante, o que afasta da necessidade de pecúnia por essas índias e do recebimento do salário-maternidade.

Vieram os autos conclusos para análise do pedido formulado em antecipação dos efeitos da tutela.

Primeiramente, convém dizer que a antecipação de tutela exige, para a sua concessão, nos termos do art. 273 do CPC, prova inequívoca e verossimilhança da alegação que amparem o pedido antecipatório, bem como, a justificar sua necessidade, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Consoante o MPF, o INSS não tem recebido o protocolo e tem indeferido o benefício de salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos em virtude do que preceitua o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98: proibição de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

O Instituto não reconhece a qualidade de segurada das adolescentes menores de 16 anos de idade, na medida em que aquelas não poderiam, a princípio, ser consideradas trabalhadoras rurais e, por conseguinte, seguradas

especiais. Todavia, em se tratando de norma constitucional protetiva, esta não pode ser interpretada de modo desfavorável àquele a quem é direcionada a proteção.

Ademais, a vedação do trabalho do menor não é absoluta. Ele é permitido, a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz. Ora, tenho, desse modo, que a situação da gestante maior de 14 e menor de 16 anos que atua na atividade rurícola pode ser equiparada à do aprendiz, reconhecendo-se, assim, a condição de segurada especial, nos termos do art. 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...)

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

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. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008)

No caso, tratamos especificamente da proteção à maternidade da índia e, em razão disso, devemos, por respeito aos costumes e tradições dos povos indígenas, tratar esses desiguais de forma desigual. Trata-se assim, de conferir efetividade ao comando do art. 231 da Constituição da República, na busca da concretização dos direitos fundamentais de proteção da mulher e da criança indígena. Veja-se as considerações finais do

Parecer/peritos/Antropologia, constante do Inquérito Civil nºs 1.29.010.000067/2013-84 (evento 01 - INQ5, pp. 02/16):

(...) Se uma Mbyá de 15 anos tem seu filho(a) e solicita o benefício, quer dizer que na visão cultural de sua etnia que ela possui o comportamento e o status considerado adequado para ela, inclusive para o exercício de atividades no conjunto das relações da economia familiar. Nessa perspectiva, em correspondência à previsão de um segurado especial, é pertinente a concessão do benefício, especialmente, se levarmos em consideração esse modo de vida e que concebe distintamente suas categorias sobre família, maternidade, casamento e papéis sociais."

O auxílio-maternidade surge de forma distinta para os indígenas, seja pela organização social própria, seja pela sobrevivência da etnia. Portanto, 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.

Conforme assegura a Constituição da República, em seu art. 231, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, configurando um direito fundamental oponível ao Poder Público, inclusive para fins de que sejam asseguradas a eles prestações positivas de caráter social do Estado, tal como o benefício previdenciário de auxílio-maternidade.

De fato, conquanto haja particularidades específicas da cultura indígena – no caso específico, em relação à concepção em idade precoce devido à transposição direta da fase infantil para a adulta –, a mesma Constituição que protege os direitos dos silvícolas é também a que protege as crianças e os adolescentes. Diante da inexorável constatação de que todos estão sujeitos, em território pátrio, ao mesmo ordenamento jurídico, há de se assegurar a máxima efetividade de cada um dos preceitos constitucionais, respeitando-se o ‘núcleo duro’ de cada direito fundamental.

Com efeito, se os índios têm o direito fundamental de que sejam respeitadas e preservadas suas tradições, cultura, crenças e costumes, da mesma maneira, qualquer criança e adolescente em solo pátrio, de que origem for, igualmente tem o direito ao seu pleno desenvolvimento, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar o direito à sua vida, saúde, educação, dignidade e respeito, e de protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, da Constituição da República).

Da mesma maneira o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 - ECA) assegura, em seu art. 15, o direito das crianças e dos adolescente à liberdade, ao respeito e à dignidade, reconhecendo

seu *status* de **pessoas humanas em processo de desenvolvimento**, titulares de direitos humanos e sociais, explicitando, em seu art. 17, que o direito ao respeito consiste na **inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral** da criança e do adolescente.

Os benefícios previdenciários são outorgados aos índios equiparando-os aos segurados especiais, nos termos do art. 11, inc. VII da Lei 8.213/91. Há muito a jurisprudência assentou, no caso dos segurados especiais, a possibilidade de reconhecimento da condição de segurado a partir dos 14 anos, de maneira a fazer jus aos benefícios da referida lei, sob o argumento basilar de que a legislação protetiva da infância e do adolescente deve ser interpretada em seu favor, e não em seu prejuízo, como ocorreria caso fosse negada sua condição de segurado da previdência social. Nessa senda, transcrevo ementa do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR MENOR DE 14 ANOS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE SEGURADO ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. IRRELEVÂNCIA. CONTRIBUIÇÃO RELATIVAMENTE AO PERÍODO DE ATIVIDADE RURAL. DESNECESSIDADE.

-Ainda que mereça todo o repúdio o trabalho exercido por crianças menores de 14anos de idade, ignorar tal realidade, ou entender que esse período não deverá ser averbado por falta de previsão legal, esbarra no alcance pretendido pela lei. Ao estabelecer o limite mínimo de 14 anos, o legislador o fez em benefício do menor, visando a sua proteção, não em seu prejuízo, razão pela qual o período de trabalho prestado antes dos 14 anos deverá ser computado como tempo de serviço para fins previdenciários.

-" A ausência da qualidade de segurado não inviabiliza o exercício do direito à contagem do tempo de serviço, porque não se confundem o direito ao benefício previdenciário, ele mesmo, e o direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço, que é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direitos subjetivos outros, estatutário ou previdenciário, de que é instrumental. " (EDcl no REsp nº 409.986/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24.03.2003, p. 295) - Não há falar em necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, pois, compulsando os autos, verifica-se que o período a averbar é anterior à 1.991. Dessa forma, na égide da redação original do art. 11, II, da Lei n. 8.213/91. - Nego provimento ao agravo regimental.

AgRg no REsp 504745 / SC AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0035970-9 Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 01/03/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 21/03/2005 p. 448

Dessa maneira, há de ser feita interpretação que, a um só tempo, preserve ambos direitos fundamentais que estão em aparente conflito, através de sua ponderação, com a finalidade de preservar o núcleo essencial de cada um dos ‘**princípios-direitos**’ constitucionalmente previstos, outorgando-lhes a *máxima efetividade possível* diante do caso concreto.

Portanto, o parâmetro indicado pela jurisprudência em interpretação da Constituição e da legislação no que tange ao menor aprendiz – permitindo o trabalho a partir dos 14 anos, na condição de aprendiz, nos termos do art. 7º, inc. XXXIII da Carta, sendo vedado aos menores de 14 anos, consoante art. 60 do ECA – deve servir de parâmetro também para fins de enquadramento na condição de segurado especial dos indígenas, reconhecendo-se-lhes os benefícios daí inerentes, dente eles o auxílio-maternidade.

Dessa maneira, tenho que a concessão do benefício deve ser assegurada a indígenas a partir dos 14 anos de idade e não para toda aquela que possua idade inferior a 16 anos, conforme requerido pelo ilustre representante do Ministério Público Federal.

É dizer, caso assegurado o direito de fruição do auxílio-maternidade a menores de 14 anos, ainda que visando a uma finalidade digna e com defensáveis argumentos, por via transversa poderá ter por efeito estimular condutas expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico, mormente no que tange ao trabalho infantil das indígenas e até mesmo a concepção precoce, apesar das peculiaridades culturais dessas etnias, o que estaria em contrariedade com a necessidade de zelar pela proteção integral da criança e do adolescente, adotada por nosso ordenamento jurídico (Constituição Federal, art. 227, e Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nessa linha, a Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil pelo Decreto 4.134/02, estabelece, em seu Artigo 2, itens 4 e 5, a possibilidade de idade mínima para o trabalho a partir dos 14 anos, desde que sejam obedecidas as seguintes condicionantes, *litteris*:

4. Não obstante os dispositivos do parágrafo 3 deste artigo, o Membro cuja economia e sistemas educacionais não estejam suficientemente desenvolvidos poderá, mediante prévia consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se tais organizações existirem, especificar, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos.

5. Todo Membro, que tenha especificado uma idade mínima de quatorze anos, conforme o disposto no parágrafo precedente, deverá declarar, nos relatórios que se comprometeu a apresentar por força do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho:

a) que subsistem os motivos para tal especificação, ou

b) que renuncia ao direito de continuar amparando-se no parágrafo acima, a partir de uma determinada data.

Dessa maneira, pode-se conceituar trabalho infantil como todo aquele realizado por pessoas que tenham idade inferior à mínima permitida para o trabalho, em consonância com a legislação de cada país. Conforme nosso ordenamento pátrio e Tratado incorporado e internalizado, o trabalho não é permitido sob qualquer condição para crianças e adolescentes entre zero e 13 anos; a partir dos 14 anos pode-se trabalhar como aprendiz; já dos 16 aos 18, as atividades laborais são permitidas, desde que não aconteçam das 22h às 5h, não sejam insalubres ou perigosas e não façam parte da lista das piores. Ressalte-se que a proibição é para que as crianças e adolescentes tenham garantidos os direitos de acesso à educação, lazer e esporte, e também a cuidados por parte de um responsável. O trabalho pode ser um impeditivo para que esses direitos se concretizem. Além disso, o trabalho pode causar prejuízos à formação e ao desenvolvimento.

Desde logo esclareço que o presente provimento, consoante exaustivamente acima explanado, não tem a intenção de incentivar a concepção precoce ou mesmo estimular o trabalho da indígena maior de 14 anos e menor de 16 anos, mas sim garantir o direito à maternidade destas por se encontrarem em condições distintas e especiais, merecendo tratamento diferenciado. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se posicionou, conforme ementa que segue:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SALÁRIO MATERNIDADE. TRABALHADORES INDÍGENAS. REQUISITO ETÁRIO. A vedação do trabalho do menor não é absoluta, pois é admitido o desempenho de atividade laboral a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz, situação a que se equiparam os que exercem atividade rurícola. Além disso, a norma constitucional não pode ser invocada em seu prejuízo. Nessa perspectiva, é possível reconhecer a qualidade de segurado especial aos que exercem atividades rurícolas a partir dos 14 anos de idade, conforme 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 geram filhos ainda no início da adolescência. (TRF4, APELREEX 5000323-44.2010.404.7105, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 08/05/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORES INDÍGENAS. REQUISITO ETÁRIO. A vedação do trabalho do menor não é absoluta, pois é admitido o desempenho de atividade laboral a partir dos 14 anos de idade, na condição de aprendiz, situação a que se equiparam os que exercem atividade rurícola. Além disso, a norma constitucional não pode ser invocada em seu prejuízo. Nessa perspectiva, é possível reconhecer a qualidade de segurado especial aos que exercem atividades rurícolas a partir dos 14 anos de idade, conforme 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 geram filhos ainda no início da adolescência. (TRF4, AG 5012610-43.2012.404.0000, Quinta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 26/10/2012)

Ainda, resta evidente a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que, conquanto recebido em nome da mãe e de acordo com o preenchimento de pressupostos legais por parte dela, o salário-maternidade se destina precipuamente a amparar recém-nascidos em situação de risco, não se podendo, assim, prejudicar o filho de mães trabalhadoras unicamente em função de estas contarem com idades entre 14 e 16 anos.

Portanto, deve ser acolhida, em parte, a pretensão do Ministério Público Federal.

Ante o exposto, **defiro o pedido formulado em antecipação dos efeitos da tutela** e determino ao INSS que:

a) efetue o protocolo e o processamento dos pedidos de benefícios de auxílio-maternidade de indígenas da etnia/cultura Mbyá-Guarani, proferindo a respectiva decisão administrativa;

b) no caso de indígenas com idade superior a 14 anos, a Autarquia previdenciária deverá abster-se de proferir decisão indeferitória dos requerimentos de benefícios de salário-maternidade formulados pelas índias pertencentes à etnia/cultura Mbyá-Guarani que comprovem possuir mais de 14 anos de idade e sejam provenientes de qualquer localidade que componha a área de competência desta Subseção Judiciária Federal, desde que respeitadas as demais exigências constantes da lei.

Cite-se o réu, intimando-o para que cumpra imediatamente a presente decisão.

De-se ciência à FUNAI, na forma como requerido na letra "c" do item IV da petição inicial.

Intime-se.

verificador	710000283145v43 e	do	código	CRC6b4c238e.
Informações	adicionais	da	assinatura:	
Signatário	(a):	DANIEL	LUERSEN	
Data e Hora:	06/02/2015 16:32:05			
