

## **Concessão de salário-maternidade às mulheres indígenas: o caso Guarani**



### **Lucas Medeiros Gomes**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal Substituto no TRF 3ª Região. Ex-Especialista em Regulação na Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Ex-Defensor Público Federal.

**RESUMO:** O artigo levanta possíveis impactos sociais, econômicos, culturais e orçamentários da concessão ou não do salário-maternidade às mulheres indígenas menores de 16 (dezesseis) anos da etnia Guarani em ações coletivas. O trabalho apresenta os contornos da Ação Civil Pública nº 5009160-45.2018.4.03.6100 para conscientizar o leitor acerca de efeitos hipotéticos advindos da judicialização deste tema previdenciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Salário-maternidade. Consequencialismo. Judicialização.

**ABSTRACT:** The article raises possible social, economic, cultural and budgetary impacts of granting or not the maternity wage to indigenous women under the age of 16 (sixteen) of the Guarani ethnic group in collective actions. The work uses the outlines of Public Civil Action nº 5009160-45.2018.4.03.6100 to make the reader aware of hypothetical effects arising from the judicialization of this social security issue.

**KEYWORDS:** Maternity pay. Consequentialism. Judicialization.

**SUMÁRIO:** 1 Nhopyrungá (para iniciar). 2 Limites da pesquisa. 3 Contingências colaterais das alternativas. 4 Estudo de projeções das consequências mapeadas e pontos comuns. 5 Pahapê (considerações finais). Kuatiá Nhe'e (referências).

A ideia de nós, os humanos, nos descolarmos da terra, vivendo numa abstração civilizatória, é absurda. Ela suprime a diversidade, nega a pluralidade das formas de vida, de existência e de hábitos. Oferece o mesmo cardápio, o mesmo figurino e, se possível, a mesma língua para todo mundo. [...] Do nosso divórcio das integrações e interações com a nossa mãe, a Terra, resulta que ela está nos deixando órfãos, não só aos que em diferente graduação são chamados de índios, indígenas ou povos indígenas, mas a todos. Tomara que estes encontros criativos que ainda estamos tendo a oportunidade de manter animem a nossa prática, a nossa ação, e nos deem coragem para sair de uma atitude de negação da vida para um compromisso com a vida, em qualquer lugar, superando as nossas incapacidades de estender a visão a lugares para além daqueles a que estamos apegados e onde vivemos, assim como às formas de sociabilidade e de organização de que uma grande parte dessa comunidade humana está excluída [...].<sup>1</sup>

## 1 Nhepyrungá<sup>2</sup> (para iniciar)

O povo Guarani se subdivide em três troncos: (i) os Kaiowá; (ii) os Nhandeva; e, (iii) o Mbya. Precisamente nessas culturas que se abre o tema da “concessão de salário-maternidade às mulheres indígenas: o caso Guarani”.

Trata-se de estudo dos autos da Ação Civil Pública (ACP) nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, ajuizada pelo Minis-

tério Público Federal (MPF) e pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), perante a 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o objetivo de condenar a autarquia a: “(i) admitir o ingresso na Previdência Social das mulheres indígenas menores de 16 (dezesesseis anos) cadastradas pela FUNAI como exercentes de atividade rural; (ii) abster-se de indeferir, exclusivamente por motivo de idade ou com este relacionado, os requerimentos de benefício de salário-maternidade formulados pelas indígenas cadastradas pela FUNAI como exercentes de atividade rural”<sup>3</sup>.

Sabendo-se que a Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015 (art. 39, § 4º), manteve o enquadramento do indígena como segurado especial do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), como já constava na revogada Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010 (art. 7º, § 3º), debate-se se as mulheres indígenas menores de 16 (dezesesseis) anos podem ser cadastradas pela FUNAI como seguradas especiais, em que pese o limite etário preconizado nos artigos 18, § 2º, do Decreto nº 3.048/1999; 11, VII, “c”, da Lei nº 8.213/1991 e 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Tal discussão jurídica toma por pilares a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a Convenção OIT nº 103 de proteção da maternidade, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) e o princípio do efeito integrador também contido no artigo 231 da Constituição.

A partir disso, o objeto de estudo se circunscreve aos argumentos consequencialistas levantados nos autos citados, como um suposto impacto orçamentário da extensão de um benefício previdenciário pela via judicial.

1 KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 12 e 24.

2 Divisão de itens inspirada na técnica encontrada em: MACHADO, Almiros Martins. Nhande Nhe'e Rupia'e (Por nossas próprias palavras). In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OLIVEIRA, Assis da Costa (Orgs.). *Lei do índio ou lei do branco - quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

3 ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

Assim, analisar-se-á se tais afirmações são baseadas em dados estatísticos confiáveis ou veiculam ilações especulativas, bem como se tais alegações podem (ou devem) ser consideradas pelas decisões judiciais no contexto de ações civis públicas. Também, impende aferir o peso argumentativo reputado pelo Judiciário a esses impactos.

Importante explicar como se deu o início dessa agenda no cenário judicial da Justiça Federal da Terceira Região.

Primeiramente, a FUNAI informou ao MPF o indeferimento de vários pedidos administrativos de concessão de salário-maternidade por mães da etnia Guarani, menores de 16 (dezesesseis) anos, com base no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

É justamente nesse contexto que o jurista se vê diante de um desafio normativo, qual seja: poderia o direito à igualdade – em sua faceta de reconhecimento multicultural – embasar o embate entre a necessidade de tutela da infância e da maternidade na cultura Guarani e os padrões normativos dominantes da República Federativa Brasileira acima citados?

Feito esse questionamento, cumpre destacar que as mulheres indígenas Guarani costumam ser mães antes dos 16 (dezesesseis) anos; e, embora muitas preencham os demais requisitos da categoria como seguradas especiais, seus pedidos de concessão do salário-maternidade têm sido negados pelo INSS com base no critério “idade”.

Detalhando: as crianças Guarani<sup>4</sup> são, desde cedo, inseridas no processo de sociabilidade econômica. Em outras palavras, as crianças Guarani participam das atividades

produtivas de suas comunidades, o que não pode ser considerado exploração infantil.

Nessa esteira, o laudo antropológico produzido na Ação sob estudo indicou que o povo Guarani utiliza marcos de divisão etária entre infância e juventude (como o da menarca) diferentes daqueles praticados por nossa sociedade.

Ainda que disso tivesse ciência, o INSS manteve seu entendimento de que a concessão do benefício previdenciário a menores de 16 (dezesesseis) anos – Guarani ou não – não encontra respaldo na legislação previdenciária.

Com efeito, a Autarquia previdenciária deixou claro que as mulheres Guarani, abaixo de 16 (dezesesseis) anos, não poderiam ser reconhecidas como seguradas especiais para fins de concessão do salário-maternidade.

Em vista dessa posição institucional, ocorreu a proliferação de ações coletivas ajuizadas nas cinco regiões da Justiça Federal.

Inclusive, em pesquisa na base de jurisprudência dos Tribunais Federais, nota-se que o TRF1 e o TRF3 possuem 2 (dois) processos cada, ao passo que não se localizaram ações dessa espécie no TRF2 e no TRF5. Ainda, o catálogo jurisprudencial do TRF4 mostrou a existência de 11 (onze) processos envolvendo outras tribos, isto é, indígenas de etnia diversa da Guarani.

Ocorre que algumas ações coletivas foram julgadas procedentes, estendendo o salário-maternidade para outras tribos sem alcance nacional, o que dificultou o tratamento uniforme, homogêneo e coerente da questão indígena na seara previdenciária.

Sem perder o foco da ACP escolhida, a maior parte das decisões espalhadas por nossa Justiça Federal lançou mão de argumentos consequentialistas – independentemente do viés decisivo final favorável ou desfavorável ao pleito da população indígena – tanto para conceder quanto para vetar a concessão do benefício previdenciário.

4 Nota Técnica elaborada pela FUNAI, mais especificamente pela Coordenação Geral de Promoção dos Direitos Sociais, contida na ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

A partir disso, importante observar se o uso da argumentação consequencialista foi de cunho retórico, descolado da realidade fática, ou se o Judiciário checa (e se tem a capacidade institucional para tal raciocínio técnico) a veracidade de dados e estatísticas apresentados. Também, significativo investigar se a exposição consequencialista serve como estratégia decisória para livrar-se das amarras da legalidade estrita ou para reforçar paradigmas tradicionais já apascentados pelo INSS.

## 2 Limites da pesquisa

Estabelecido que o objeto processual referencial deste estudo versa sobre o reconhecimento do direito ao salário-maternidade às seguradas indígenas da etnia Guarani, na Subseção Judiciária de São Paulo, independentemente da idade, conforme os ditames culturais próprios da cultura Guarani, convém assinalar que esse artigo não tem por escopo resolver o caso concreto, circunscrevendo-se a uma análise teórica com base em precedentes no âmbito da Justiça Federal, bem como em trabalhos acadêmicos referenciados ao final.

Tudo isso com o objetivo de levantar possíveis riscos sistêmicos identificados, omissões e consequências das alternativas de ação que se põem num caso dessa magnitude (inclusive, no que concerne ao estado de não intervenção).

Assim, importante que o leitor considere que esse escrito não é elaborado na condição de julgador, razão pela qual se propõe uma reflexão sobre os paradoxos encontrados nos julgados com ceticismo sem intenção de conclusão decisiva favorável a um curso de ação determinado.

Dessa forma, não se pretende adentrar em polêmicas ou minúcias de fato ou de direito relativas ao caso selecionado, e sim conscientizar para a dificuldade de mensurar impactos e mapear as alternativas especuladas de determinado programa de ação.

Dados os limites temporais e espaciais prefixados nesta pesquisa, o presente trabalho não almeja aferir se as rotas escolhidas, de fato, levaram aos resultados mencionados nas decisões judiciais. Com efeito, o fito é apontar como a percepção de eventuais consequências influi no debate sobre as tendências da judicialização em matéria previdenciária.

Dessarte, atente-se o leitor que o propósito do artigo é identificar as consequências ligadas ao caso escolhido, sem necessariamente qualificá-las como boas ou ruins, seja a curto ou a longo prazo, dada a complexidade que isso envolveria. Tampouco há o escopo de criticar ou analisar o conteúdo da decisão em si, pois o tema subjacente salta além do deslinde deste caso concreto.

Por isso, no terceiro tópico, serão apresentadas hipóteses e, no quarto, pinçadas algumas para tentar confirmar se as intuições iniciais são verificáveis objetivamente, sem pretensão de assentar verdades ou certezas técnicas sobre os resultados judiciais, dados os limites cognitivos deste estudo.

Nessa esteira, o leitor é convidado a se desapegar dos textos tipicamente jurídicos, e a se desvencilhar da visão maniqueísta sobre verdadeiro/falso, posto que o intento é reunir as informações e as respectivas fontes no decorrer deste texto, para problematizar as idealizações da capacidade epistêmica do magistrado de radiografar os efeitos de determinados cursos de ação, bem como compatibilizar tais limites com o dever de justificação do processo decisório de forma racional e interlegalidades.

Por fim, o presente trabalho ganha relevância com a obrigação imposta no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, alterado pela Lei nº 13.655/2018, cujo teor estabelece que o Judiciário deverá sopesar as consequências das alternativas existentes, tais como custos, benefícios diretos e indiretos, riscos, dificuldades de execução, possíveis incentivos à judicialização, efeitos para as partes pro-

cessuais, para terceiros e na estabilidade do ordenamento jurídico.

### 3 Contingências colaterais das alternativas

A decisão escolhida perfaz um bom modelo para estudo, uma vez que a liminar concedeu a tutela provisória para impedir que o INSS exigisse idade mínima de 16 (dezesseis) anos e 10 (dez) meses de carência nos processos administrativos de salário-maternidade referentes às indígenas Guarani. Posteriormente, a sentença julgou improcedente o pedido quando da revisitação dos dados coletados e revelou um novo olhar sobre a prova constante dos autos.

Dito isso, principia-se pela análise de *possíveis efeitos da não concessão do benefício previdenciário* pretendido.

O Laudo Antropológico utilizado na ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP<sup>5</sup> indicou que a tribo Guarani não teria autonomia financeira fora do âmbito estatal, uma vez que sua base de sustentação adviria do trabalho em órgãos governamentais da aldeia, da aposentadoria e de programas de transferência de renda.

Tomando esse fato como ponto de partida, é plausível conjecturar que, sem a concessão do salário-maternidade em idade adequada à cultura Guarani, a comunidade perderia seu meio principal de manutenção econômica, vindo a se extinguir sua cosmovisão em decorrência da necessidade de buscar meios de sobrevivência típicos dos “brancos”. Ou seja: essa medida transformaria a visão da “maneira correta de ser guarani” (*ñande reko*)<sup>6</sup>.

5 Laudo Técnico nº 80/2017 – SPPA contido na ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

6 *Ibidem*.

Nessa linha de ideia, não se preservaria a diversidade e a memória cultural de um Estado pretensamente pluriétnico, nem o direito à diferença, ao patrimônio cultural e à autonomia, dado que a ausência de recursos financeiros acarretaria uma assimilação contínua pela sociedade circundante. Isso porque a atividade típica da tribo, como a pesca e a agricultura, não viabilizaria a sobrevivência dos Guarani, levando-os a buscar empregos no mercado formal do “branco”, inclusive com possíveis fluxos emigratórios.

Portanto, inicialmente, essa opção não respeitaria os usos e os costumes comunitários preconizados no artigo 1º do Estatuto do Índio, o que traz a base normativa para a acomodação dessa hipótese consequencial. Isto é: os juízos tendem a ponderar mais os impactos factíveis que conduzem a disposições normativas. Apesar disso, é admissível imaginar um outro lado da moeda dessa conjuntura.

Deveras, não se pode dispensar a possibilidade de que a relação da dependência econômica dos índios Guarani com o Estado também ocasione risco à diversidade, porque esse controla os requisitos de fruição dos benefícios previdenciários, impondo a adaptação das comunidades indígenas às exigências expressas na regulamentação pública. Nesse viés, a concessão do benefício poderia superdimensionar as relações econômicas intrincadas entre a tribo e o Estado, tornando secundárias as atividades típicas como a pesca e a agricultura.

Bem por isso, é crível pensar que a não intervenção poderia otimizar soluções autorreguladas e a autonomia cultural como o apoio familiar, sem alterar a mobilidade social e a composição da aldeia em volta das alianças familiares. Entretanto, importa não olvidar o prejuízo à subsistência da família Guarani, nos moldes tradicionais de agricultura e pesca, pela redução do tamanho de suas terras e ausência de acesso à tecnologia.

Feito esse diagnóstico, o risco de homogeneização cultural poderia levar à fragi-

lização da questão fundiária, uma vez que a noção de “índio integrado” ainda permeia o discurso jurídico. E, com essa uniformização cultural, o grupo passaria, portanto, a “integrar” a sociedade envolvente, e não teria o direito ao reconhecimento e demarcação de suas terras, haja vista a descaracterização da raiz indígena.

Assim, ao fim, o fortalecimento dessa dependência econômica poderia levar ao esquecimento e à invisibilidade das pautas políticas desse grupo minoritário.

A propósito, tal fato pode ser enfrentado sob dois vieses:

(i) o não funcionamento dos meios de subsistência tradicionais forçaria a integração da etnia Guarani na sociedade “branca” com assimilação de seu modo de enxergar a maternidade e a economia doméstica com injunções culturais novas; ou

(ii) tal mudança de perspectiva cultural em nada se relacionaria com a ausência do salário-maternidade, tendo a proximidade geográfica, os novos meios de comunicação ou outro fator desconhecido viabilizado a nova visão das mulheres Guarani sobre “maternidade precoce”, casamento e as opções existenciais de vida.

Supondo que a primeira opção tenha maior aderência à realidade, a abstenção inicial de concessão do salário-maternidade em qualquer idade às mulheres Guarani, conjugada com a inexistência de políticas públicas incentivadoras das práticas tradicionais de sobrevivência da tribo, mascararia um processo não natural de adaptação ao meio circundante.

Por outro lado, pensando-se na segunda alternativa como mais factível, fortalece-se o juízo de improcedência a partir da constatação de que a proteção da diversidade não se antepõe como necessária, quando se percebe a transformação sociológica do pacto de gerações.

Apesar disso, ainda é plausível considerar que os Guarani, mesmo incorporando elementos “ocidentais”, não estejam perdendo sua identidade étnica, pois é um erro analisar a etnia como estática, pois ela se transmuta com o passar do tempo, como a nossa sociedade.

Neste ponto, a própria sentença mencionou na razão de decidir depoimentos de jovens indígenas acerca da preocupação com estudos, com profissão, com casamento, com contraceptivos<sup>7</sup> e com planejamento familiar. Sem o amparo econômico, as mulheres tenderiam, conforme esses relatos, a se preocupar mais com aspectos de sobrevivência, com a consequente redução da prole.

Ademais, colhe-se a narrativa<sup>8</sup> de que os Guarani passam, atualmente, por essa modificação cultural porque as mulheres Guarani tenderiam a postergar a maternidade para ter o respaldo financeiro. Entretanto, importa afastar a visão homogênea da comunidade Guarani e ter cautela com a legitimidade do “lugar de fala” de intermediários em protocolos de consulta.

Ainda nesses termos, a interpenetração das culturas tanto pode ser um rastro de perda da diversidade e da autonomia, entrelaçada pela inexistência de meios financeiros próprios de subsistência, como pode ser um processo natural, que já vinha ocorrendo por força das tecnologias e da intrusão do espaço geográfico.

Passadas essas reflexões, convém pensar sobre os impactos da não concessão do salário-maternidade sobre o comportamento reprodutivo das novas gerações indígenas.

7 Inclusive, a sentença declina que “[...] (a)s ervas, como recursos próprios da cultura ancestral, parecem não estar mais inseridas nos costumes diários como forma de resolver essa possível (ou provável) demanda por anticoncepcionais eficazes [...]”. (*Ibidem*)

8 Relatos do palestrante Tiago Karai, 29 anos, no Curso de Formação Inicial da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, em fevereiro de 2020.

Na etnia Guarani<sup>9</sup>, a menstruação (*menarca*<sup>10</sup>) consolida o momento em que a mulher deixa de ser considerada criança/adolescente e passa a ser mulher. Para averiguar tais consequências, a sentença, de forma louvável, lançou mão de pesquisas acadêmicas para enfrentamento do tema<sup>11</sup>.

Assim, se estipulado que a concessão do benefício tem o potencial de aumentar as

estatísticas relativas ao número de crianças e adolescentes grávidas nas comunidades Guarani, a questão da gravidez de risco ante a faixa etária estará posta em xeque.

Isso levantaria outros tópicos de saúde pública que necessitariam de tratamento adequado pelo Ministério da Saúde, em estudo preliminar, já que não se poderiam antever (“consequenciachismo”<sup>12</sup>) os reais impactos, como o risco da gravidez na adolescência.

Talvez revele ingenuidade pensar que a não concessão do salário-maternidade implicará a redução dos índices de maternidade “precoce”, e exatamente nessa perspectiva, deixa entrever um debate que permeia a preocupação com gastos públicos oriundos dessas classes marginalizadas. A prevalecer essa percepção, as gravidezes “precoces” não deixarão de ser praticadas com a negativa do benefício, a qual apenas viabilizaria a manutenção da precariedade das condições de vida dos aborígenes.

Continuando: existem elementos que indicam a possibilidade de impacto desproporcional em face das mulheres Guarani, conforme apontado pelo MPF.

Nessa ótica, a negativa do benefício equivaleria à violação do direito ao autorreconhecimento e das formas próprias de definição do conceito de criança e adolescente. Apesar disso, deve-se atentar para as crenças do imaginário coletivo, ou mesmo das pré-compreensões dos sujeitos envolvidos, no sentido de atrelar o início “precoce” no trabalho e na maternidade a todas as etnias indígenas.

Melhor explicando, pelos dados analisados nas ações coletivas e na literatura

9 Conforme ditado pelo desenvolvimento corporal, não se trata de precocidade e sim maturidade, guiada não pela faixa etária e sim pelas alterações corporais.

10 Segundo Laudo Técnico nº 80/2017 – SPPA – Perícia Antropológica – realizada pela Analista do Ministério Público da União/Perícia/Antropologia Elaine Teixeira de Amorim, para os Mbyá-Guarani, portanto, não é a faixa etária, mas o corpo que dirá quando uma menina deixa de ser criança para ser adulta.

11 Consta na sentença que “[...] há pesquisas qualitativas recentes indicando mudança dos paradigmas atribuídos à maternidade pelas gerações mais jovens do povo Guarani, contrariando, por conseguinte, as premissas adotadas por este juízo quando, com base nos precedentes invocados, deferiu a tutela de urgência. Mencione-se, a título de ilustração, estudo realizado por Marcos Augusto Pinto de Azevedo, psicólogo e Doutor em Saúde Pública pelo Departamento de Saúde Materno Infantil da Faculdade de Saúde Pública/USP, e Rubens de Camargo Ferreira Adorno, sociólogo e Professor Doutor do Departamento Materno Infantil da Faculdade de Saúde Pública/USP, com jovens Guarany-Mbyá da Aldeia Morro da Saudade, localizada na periferia da zona sul de São Paulo, região de Parelheiros. (AZEVEDO, Marcos Augusto P. de; ADORNO, Rubens de Camargo Ferreira. Juventude e Reprodução entre os Guarani-Mbyá da Aldeia Morro da Saudade na Periferia da Cidade de São Paulo. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum., São Paulo, v. 17, n. 2, p. 64-73, ago. 2007). O trabalho em tela pretendeu examinar possíveis contradições entre diferentes gerações dos índios Guarani em relação à maternidade. A visualização do evento se deu na esfera ‘sociocultural que estabelece um processo de interação entre a cosmologia que os representa e as ocorrências do presente, apontando para prováveis possibilidades de mudança ou permanências no seio cultural do universo étnico que os caracteriza enquanto grupo’ [...]”. (ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100/SP, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019)

12 “O consequenciachismo é um estado de espírito, um pensamento desejoso, a confusão entre o que é e o que se quer que fosse [...]”. MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Revista Época*, 14 set. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 12 jan. 2020.

referenciada, não há como determinar se todas as etnias indígenas enfrentam o mesmo *ethos* cultural quanto à maternidade e à inserção econômica da mulher, razão pela qual se necessita de laudo antropológico específico, o que justifica a limitação do presente estudo à etnia Guarani. Assim, termos como “sabidamente” ou “notório” são indicativos de tendências cognitivas sem base científica e, a partir dessas ilações, são concebidos juízos de causalidade.

De todo modo, o Estatuto do Índio estabelece a proibição de discriminação dos trabalhadores indígenas em relação às garantias previdenciárias, permitindo a adaptação das condições de trabalho aos costumes próprios, consoante interpretação sistemática-teleológica do artigo 14.

Nesse sentido vão os artigos 231 da Constituição Federal, 24 da Convenção nº 169 da OIT (consolidada no Decreto nº 10.088/2019) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Portanto, a não concessão implicaria violação a tais normativos em quebra das expectativas internacionais, com abertura de margem para responsabilização nas Cortes internacionais.

Outros fatores de peso seriam os possíveis impactos na maternidade e na proteção à gestante tuteladas no artigo 201, II, e 6º, *caput*, da Constituição Federal. Em outros dizeres: a não concessão do salário-maternidade deixaria sem proteção as mães indígenas com redução da capacidade de absorção dos gastos naturais da parturiente, obrigando a permanência no trabalho, o que pode gerar consequências severas no desenvolvimento da criança e na própria saúde da mãe. No entanto, tal hipótese pode vir a ser descartada considerando o dever estatal de garantia de assistência médica-hospitalar à gestante e ao recém-nascido, por exemplo.

Também cumpre ponderar a hipótese de intervenção judicial para a *concessão do salário-maternidade* às índias menores de 16 (dezesseis) anos.

Em outro panorama, talvez se possa cogitar que a *concessão do salário-maternidade* na ação coletiva em questão venha a estimular a inserção precoce de crianças e adolescentes Guarani no mercado de trabalho informal em prejuízo ao seu desenvolvimento integral escolar e profissional.

O INSS indicou que o pedido de reconhecimento do labor campesino da indígena “impúbere” em momento futuro e generalizado, acabaria por autorizar a atividade antes dos 16 (dezesseis) anos. Já o MPF, de seu turno, indicou uma espécie de contradição da finalidade de proteção do artigo 7º, XXXIII, da Lei Maior, porquanto a proibição do trabalho do menor não poderia resultar em prejuízo para aqueles a quem objetiva tutelar.



Fonte: [www.inss.gov.br](http://www.inss.gov.br)

Em outras palavras: a mesma situação fática sofre duas interpretações, servindo de base para um juízo de improcedência e, ao mesmo tempo, de procedência a depender da visão acolhida.

Sendo assim, imprescindível o exame sobre a existência de mecanismos técnicos hábeis a prever se o reconhecimento ou não do período tem potencial de gerar desproteção ou incentivo ao exercício da atividade profissional antes dos 16 (dezesseis) anos. Isso

porque o presente artigo pretende levantar a perceptividade de que, em geral, soluções fáceis para problemas difíceis e estruturais costumam estar erradas holisticamente.

Primeiramente, há indícios de que a necessidade de trabalhar antes do tempo, sobremaneira no âmbito rural, não se restringe à realidade das índias Guarani, mas sim da população campestre em si, a qual precisa colaborar com o sustento familiar prematuramente.

Em vista disso, se a classe campestre não desfruta da concessão do salário-maternidade antes dos 16 (dezesesseis) anos, configuraria violação ao princípio da igualdade. Isso porque a não flexibilização da idade para a caracterização como segurado especial desse grupo implicaria sensação de injustiça, podendo desencadear protestos e descontentamentos da população afetada.

Nessa esteira, é plausível que tal medida judicial possa levar à acentuação das desigualdades sociais em comparação com as outras crianças nascidas no meio rural e que também trabalham antes dos 16 (dezesesseis) anos e não são indígenas.

Outra hipótese consiste na própria concessão do salário-maternidade, restrita a determinadas etnias, que poderia gerar conflitos entre os grupos indígenas próximos geograficamente, a depender dos resultados diversos das ações coletivas, por exemplo.

Em outro olhar, a imersão do Judiciário nas políticas públicas moldadas pelo Legislativo e Executivo representaria, a princípio, afronta à tripartição de funções na criação de benefício por analogia?

Bem, é possível pensar que a concessão do salário-maternidade às indígenas Guarani, à revelia do artigo 2º e do artigo 7º, XXXIII, ambos da Constituição Federal, poderia ocasionar um efeito cascata de judicialização dos direitos previdenciários com incremento da litigiosidade.

A esse respeito, espelhados nos demais casos encontrados na pesquisa jurisprudencial, vale estipular que um dos efeitos sistêmicos do primeiro caso de extensão do salário-maternidade às indígenas com menos de 16 (dezesesseis) anos resultou na judicialização pelo Brasil do tema em outras varas judiciais, buscando a implantação judicial do benefício fora da arena legislativa, portanto.

Na perspectiva coletiva, antes do ajuizamento da ACP em estudo, já estava em andamento a ACP nº 0009749-31.2009.403.6103, com idêntico objeto, só que restrito à população Guarani de Ribeirão Silveira, em São Sebastião/SP, na 3ª Vara Federal de São José dos Campos.

Já no viés individual, uma visão sobre essa grande realidade, lançada em breve relato<sup>13</sup>, indicou que a liderança indígena Guarani já não estimularia a judicialização individual do direito ao salário-maternidade dado esse constrangimento. Por isso, cabível a reflexão no sentido de que a não concessão do benefício previdenciário afetaria o acesso à justiça das mulheres Guarani e a decisão sobre a forma do planejamento familiar nessa etnia.

Também remanesce, no próprio âmbito institucional interno da Advocacia-Geral da União (AGU), permanente controvérsia, uma vez que o Parecer Conjunto nº 01/2016/Subgrupo OS nº 30/2014/DEPCONSU/PGF/AGU<sup>14</sup> foi favorável ao reconhecimento da concessão salário-maternidade, porém sem caráter vin-

13 Relatos do palestrante Tiago Karai, 29 anos, no Curso de Formação Inicial da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, em fevereiro de 2020.

14 O Parecer Conjunto nº 01/2016/Subgrupo OS nº 30/2014/DEPCONSU/PGF/AGU não condicionou a concessão do benefício a uma alteração legislativa no artigo 18 do Decreto nº 3.048/1999 com base em uma interpretação sistemática do artigo 55 do Estatuto do Índio, do artigo 39, § 4º, da IN INSS nº 77/2015, do artigo 231, *caput*, e do artigo 6º, *caput*, ambos da Constituição Federal.

culante, pois de encontro ao estabelecido no Despacho PGFN nº 1.321/2016.

Assim, em face desse desacordo sistêmico, não se permite ao Procurador do INSS o reconhecimento do pedido, a celebração de acordos judiciais ou a abstenção de contestar ou recorrer, o que implica judicialização, ao menos na via coletiva.

E, na prática, com a judicialização emblemática da concessão do salário-maternidade e com a proliferação de ações com diferentes decisões variando por Região e Vara em que ajuizada a ação coletiva, enfrenta-se, decerto, um risco à coerência<sup>15</sup> e à integridade sistêmica, bem como à homogeneidade da interpretação do direito<sup>16</sup>, à previsibilidade, à segurança jurídica e à consistência.

Por exemplo, há decisões que estendem o benefício a partir de 14 (catorze) anos em comparação com a figura do aprendiz. Todavia, a etnia Guarani não trabalha com a noção de faixa etária e tampouco com a concepção de estudo regular incentivado pela Lei nº 10.097/2000.

Conjuntamente, não só há um risco ao funcionamento da democracia, que demanda oxigenação por suas vias normais parlamentares, como também riscos de fricções internas com o sistema cultural Guarani, de maneira a pressionar o *ethos* e provocar mudanças não espontâneas.

15 Sem enfrentar o tema especificamente, a Súmula nº 05 da Turma Nacional de Uniformização preconiza que “(a) prestação de serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.213, de 24/07/91, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários”.

16 “O tempo de serviço em atividade rural realizada por trabalhador com idade inferior a 14 anos em regime de economia familiar, ainda que não vinculado ao regime de Previdência Social, pode ser averbado e utilizado para o fim de obtenção do regime previdenciário”. (Cf. Tese 1 – Jurisprudência em Teses – Edição nº 941. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2094:%20APOSENTADORIA%20RURAL>. Acesso em: 12 jan. 2020.)

Em exercício hipotético, estima-se que a concessão do salário-maternidade poderá alterar a fonte de renda do núcleo familiar (consubstancialidade) em torno da mulher Guarani, titular do benefício, com o seu consequente empoderamento.

A partir disso, ocorreria a emancipação da mulher Guarani, a qual passaria a ganhar voz na aldeia, influenciando no destino das verbas públicas recebidas, passando a traçar caminhos alternativos, remodelando a autorregulação do povo Guarani no Estado de São Paulo.

A etnografia não permite a identificação dos indígenas como integrantes de uma bolha cultural, na medida em que há interpenetrações que, de modo algum, deslegitimam o estado de indígena. Entretanto, uma mistura da “solução branca”, exógena e estatal, com os expedientes internos poderia, em tese, prejudicar a evolução da cosmologia por seus próprios processos.

Em outra perspectiva, impende ainda abordar que, na ação coletiva selecionada, houve a interposição do agravo de instrumento em face da concessão da liminar no curso processual. Tal peça baseou sua argumentação no perigo de grave dano ao erário no deferimento dos benefícios de salário-maternidade.

Assim, o gasto de recursos públicos, em um contexto em que se põem gargalos no financiamento da Previdência Social – já escasso e finito –, levanta um impacto sem o cálculo respectivo, apenas a título retórico. Importante notar que a negativa do benefício previdenciário, com base em argumentos utilitaristas, não apela para a opinião pública, e talvez seja a razão pela qual não seja processado pelos meandros políticos tradicionais.

É provável que esse seja um indício pelo qual as ações coletivas continuam sendo ajuizadas, uma vez que as instâncias políticas podem não querer despender capital político no assunto.

Nesse sentido, é possível que o próprio MPF não tenha, necessariamente, por objetivo o sucesso da ação coletiva ajuizada e sim conscientizar as classes políticas e a mídia para um problema sem solução legislativa/executiva em progresso, e forçar a outra parte (INSS) a tomar conhecimento, independentemente da (im)procedência do pedido, impedindo a invisibilidade dessas lacunas sociais.

Contudo, em um sistema previdenciário de repartição simples, marcado pela solidariedade, o efeito multiplicador poderia afetar a concessão de outros benefícios e serviços contemplados aos demais segurados obrigatórios do RGPS, prejudicando a universalidade da cobertura e do atendimento, a seletividade subjetiva (art. 194, III, da CF/88), a distributividade, a uniformidade e a equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

Visto isso, é plausível pensar que a extensão do salário-maternidade para situações não contempladas na Lei comprometeriam o equilíbrio financeiro e atuarial, norteador do RGPS, nos termos do artigo 201, *caput*, da Constituição da República. Esse impacto de verniz orçamentário será melhor analisado no próximo item.

Em outro norte, a concessão do salário-maternidade demandaria trabalho de inscrição e cadastramento dos indígenas junto ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) pelos servidores da FUNAI. Em função disso, ocorreria um problema de gestão de pessoas, na medida em que a União deveria destacar servidores públicos especializados para o trabalho.

Em segundo lugar, no caso de falecimento da mulher com benefício em curso ou durante o parto, na cultura Guarani, em que os registros de casamento são orais, haveria dificuldade de comprovação da união para o gozo do benefício. E, em terceiro lugar, existe o problema de o sistema CNIS não admitir a inscrição de indígenas menores de 16 (dezeses) anos, o que exigiria correções no sistema.

Outro ponto a ser refletido na concessão do benefício consiste em aferir se há relevância na categorização do indígena como aldeado, não-aldeado, em vias de integração, isolado ou integrado para fins do gozo do benefício. Nas ações coletivas não se levam em consideração tais distinções, dando a entender um tratamento uniforme.

E não param por aí as indagações. São inúmeras questões que continuamente se põem: o trânsito em julgado da sentença pacífica a controvérsia ou, se tratando de uma demanda estrutural, existiria possibilidade de flexibilizar a coisa julgada para um novo pensar futuro mais amadurecido com as experiências anteriores? Quais os efeitos sistêmicos da concessão da liminar até o julgamento da sentença, ou da sentença até o julgamento pela segunda instância? Como conciliar os interesses públicos, os princípios constitucionais e os bens jurídicos em jogo nessa transição temporal?

Certo que a maturação do tema se mostra relevante para a reunião de mais dados, pesquisas e estatísticas, porém não se pode deixar o julgamento em aberto durante muito tempo sob pena de transfigurar em negativa transversa.

De todo modo, não há respostas fechadas para essas perguntas, e sim uma orientação da preocupação do juízo quanto ao caso submetido ao seu exame. Em continuidade, a concessão do salário-maternidade teria de ultrapassar a idade mínima trazida pelo artigo 11, VII, "c", da Lei nº 8.213/1991. Para tanto, a extensão do benefício demandaria a flexibilização da legalidade estrita ao desprezar o limite etário mínimo ali explicitado.

Com isso, talvez se gerasse uma sensação de descolamento da classe judicial dos lindes legais. E, assim, talvez em outros casos e demandas judiciais os juízes federais se sentissem mais confortáveis para deixar de seguir a letra estrita da lei, colocando em risco a segurança jurídica e a confiabilidade na coerência do sistema.

Também poderia ocasionar uma politização do Judiciário, deslocando demandas cujo foro adequado seria o Legislativo/Executivo para o Judiciário, e viabilizando tentativas de captura decisória no âmbito deste Poder com riscos à independência institucional.

A mesma situação-problema tomada sob outras lentes mostraria o Judiciário como um espaço democrático de construção de direitos, ainda que à margem da competência do Legislativo, o que suscitaria novos influxos à separação de poderes<sup>17</sup> contida no artigo 2º da Constituição.

Nessa ordem de ideias, esforços como o de grupos de trabalho que propõem a alteração do artigo 18, § 2º, do Decreto nº 3.048/1999, para acomodar a hipótese da segurada indígena menor de 16 (dezesseis) anos, seriam reduzidos em prejuízo ao sentimento democrático e à deliberação pública de agendas cruciais.

#### 4 Estudo de projeções das consequências mapeadas e pontos comuns

Estabelecidos esses potenciais impactos, objetiva-se pinçar padrões comuns às decisões quando da consideração dos resultados consequenciais para uma avaliação mais acurada. Assim, salta aos olhos o temor de que a concessão do salário-maternidade, nos moldes do tópico anterior, possa aumentar (i) o trabalho infantil; (ii) a maternidade “precoce”; e, (iii) o rombo no orçamento.

Pois bem, a literatura especializada

17 Na ACP nº 5005629-62.2017.4.04.7100/RS, o juízo dispôs que “o Judiciário ao acolher a pretensão ministerial não está se alçando à posição de legislador, mas tão somente cumprindo sua função de intérprete da Constituição das leis. Desta missão não podemos nos omitir”. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/noticias/jfrs-determina-concessao-de-auxilio-maternidade-para-indigenas-a-partir-dos-14-anos/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

costuma não abordar o tema<sup>18</sup>, tampouco as decisões judiciais mencionam os instrumentos internacionais correlatos.

Dessa maneira, a decisão escolhida serviu de modelo para estudo, na medida em que representa um ponto fora da curva ao examinar o aspecto cultural da organização social dos indígenas, inclusive com a citação de testemunhos e relatos, por amostragem, das mulheres Guarani que seriam afetadas pela sentença. Portanto, não veiculou pensamento preconcebido, e sim solução com as mulheres e para elas.

Nesse caminho, muitos julgados trabalham como a aplicação analógica da condição do “aprendiz” às indígenas<sup>19</sup> ou do limite mínimo de idade aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup> para trabalhadores rurais,

18 “Vale mencionar também que, ao pesquisarmos alguns dos manuais que versam sobre o direito previdenciário, normalmente utilizados nos cursos de direito, na parte em que abordam a temática de segurado especial, não encontramos qualquer menção à situação dos povos indígenas na maioria dessas obras (CASTRO; LAZZARI, 2001; FORTES; PAULSEN, 2005; IBRAHIM, 2012; KERTZMAR, 2013; MENEZES, 2012; RIBEIRO, 2011; TAVARES, 2012; VIANNA, 2013). É como se essas sociedades não existissem mais, sendo mais uma vez invisibilizadas na educação jurídica tradicional”. (ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016, p. 18.)

19 “[...] todas as decisões finais do TRF4 proclamadas nos julgamentos dos casos 1 a 6 entenderam pela impossibilidade de negar a concessão do benefício de salário-maternidade para mulheres indígenas apenas por motivo de idade. No entanto, não obstante tenham apresentado como pressuposto o trabalho e a gravidez precoce nas sociedades indígenas, todas essas decisões compreenderam pela aplicação às mulheres indígenas do desfecho empregado para o aprendiz. Em outras palavras, o TRF4 vinha adotando uma postura que impunha a essas mulheres uma saída que não foi pensada a partir de sua vivência, uma saída que não foi refletida por elas e que não contempla sua cosmovisão”. (*Ibidem*, p. 106.)

20 STJ, AR 3.877/SP, Terceira Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 28/11/2012, DJe 30/04/2013.

revelando a matriz colonial unilinear do pensamento jurídico hegemônico.

Além disso, as decisões judiciais consideraram diferentes idades como marco para o início do benefício do salário-maternidade<sup>21</sup>, sob diversos fundamentos normativos<sup>22</sup>, com o sopesamento da organização social própria dos indígenas envolvidos<sup>23</sup>, preponderantemente na 1ª instância<sup>24</sup>.

21 “[...] referente à idade mínima que a mulher indígena deverá apresentar para que seja considerada segurada especial do RGPS e assim tenha direito ao recebimento do benefício previdenciário de salário-maternidade, identificamos: 14 decisões fixaram em 14 anos; uma em 15 anos; duas em 16 anos; três entenderam que não deveria haver limite mínimo de idade e apenas uma não mencionou o tema”. (ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016, p. 121.)

22 “[...] 17 decisões mencionaram o art. 7º, XXXIII, CR/88; 13 deliberações se embasaram na Lei nº 8.213/91; apenas quatro citaram o art. 231, CR/88; duas indicaram o Estatuto do Índio; duas fizeram referência a normas internacionais; e quatro não mencionaram qualquer marco normativo”. (*Ibidem*, p. 121.)

23 “[...] Na categoria Autodeterminação, notamos que houve um respeito, de modo positivo, à organização indígena, que abrange o reconhecimento da organização social, cultural, política e econômica dos povos indígenas, em 11 decisões. Por outro lado, os argumentos de matriz colonial, que revelam justamente a ausência de respeito à organização indígena, apareceram em 14 decisões. Ou seja, sempre que na deliberação verificamos argumentos de matriz colonial ao lado daqueles que revelariam um respeito aos povos indígenas, o texto se mostrou incoerente [...] os argumentos não colonialistas e, portanto, de respeito à organização social foram usados apenas como forma de aparente atenção e reconhecimento aos povos indígenas. [...]. Constatamos também que somente duas das 21 decisões analisadas fizeram referência ao laudo antropológico relativo à respectiva etnia, o que é digno de registro”. (*Ibidem*, p. 122-123.)

24 “Ao contrário, é possível que as demandas sobre direitos das mulheres indígenas se concentram mais no primeiro grau, e que não estejam sendo levadas aos tribunais na via recursal. Uma das razões para isso pode ser a dificuldade de acesso à justiça, outra marca da colonialidade do poder”. (*Ibidem*, p. 133.)

A diferenciação de idades, conforme a ação coletiva, acarreta hierarquias dentro das etnias e assimetrias de tratamento do mesmo problema, considerando que, antes da Constituição de 1988, a idade mínima era 12 (doze) anos, depois 14 (catorze), e com a EC nº 20/1998 passou para 16 (dezesesseis), mostrando a evolução de entendimento para o Legislador.

Sendo assim, a lógica ocidental e o senso comum permeiam o discurso judicial sem as lentes da interseccionalidade e da discriminação indireta – subordinações étnica, de gênero e etária das indígenas –, reputando as gravidezes como consequência da falta de acesso à informação, e como problema de saúde pública sem sopesar a baixa expectativa de vida.

Isso revela a atitude etnocêntrica de considerar as práticas indígenas atrasadas. Nessa esteira, essa linha de pensamento toma o padrão reprodutivo das indígenas como primitivo, o que repercute na salvaguarda ao princípio da não discriminação étnica alçado no artigo 231 da Constituição e na Convenção OIT nº 169.

Com efeito, a temática deve ser lida sob lentes do evolucionismo multilinear, pelo qual cada povo tem sua história e segue seus próprios caminhos e valores. Sob esse prisma, a reprodução biológica representa uma forma de combate à extinção da comunidade Guarani, de sorte que o ciclo da fecundidade<sup>25</sup> (menarca, gravidez, parto e puerpério) serve para aumentar a autoridade da mulher na comunidade, essa diretamente relacionada ao tamanho de sua prole, dentro da divisão sexual do trabalho com tarefas domésticas e pesca, por exemplo.

25 Cf. LOPEZ, Gloria Margarita Alcaraz. *A fecundidade entre os Guarani: um legado de Kunhankarai*. 2000. 219f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde, Rio de Janeiro, 2000, *passim*.

Tendo em vista esse prestígio especial, as decisões – individuais ou coletivas – denegatórias alteram a dinâmica socioeconômica, com riscos de flutuação hierárquica da comunidade Guarani (uxorilocalidade), invertendo o raciocínio cultural predominante até então.

Outro ponto é que o trabalho indígena não pode ser enxergado como exploração infantil nos moldes da interculturalidade e da cosmovisão dos Guarani, e sim pelos dogmas ocidentais naturalizados como “neutros” ou “mais racionais”.

Assim, o reconhecimento da autonomia cultural dos Guarani repercute na retirada de qualquer balizamento etário à luz da civilização ocidental e, nessa perspectiva, não há que se falar em precocidade sem inferiorizar “a maneira correta de ser guarani” (ñande reko).

Por conta disso, essas duas reflexões acima permitem descartar o impacto do incentivo ao trabalho infantil e da gravidez precoce como resultado direto da concessão do salário-maternidade antes dos 16 (dezesesseis) anos.

Ao fim, em relação ao risco de abalo ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, o MPF, no curso da ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100, contrapôs que o princípio da contrapartida ou da preexistência da fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF/88) perde o sentido diante de um benefício<sup>26</sup> que, de modo excepcional,

sequer se vincula a contribuições, como no caso de variação da produtividade da safra do seguro especial.

Ultrapassado esse argumento para fins de aferição concreta de índices de afetação, na pesquisa aos autos e nas demais decisões judiciais analisadas, denota-se que não há estudos conclusivos ou cálculos precisos sobre o potencial prejuízo do deferimento do benefício ao caixa orçamentário do sistema previdenciário.

E, nessa linha de intelecção, o próprio INSS declinou que não havia registro de requerimentos indeferidos nos últimos 12 (doze) meses, contradizendo o fundamento da ação noticiado pela FUNAI.

Desse modo, sopesar como elemento o risco ao orçamento<sup>27</sup> da previdência social ocorre em mero exercício de futurologia, pois implica presumir impacto intuitivo não passível de absorção pelo sistema tal como construído. Portanto, se trata de um argumento consequencialista, despido de base técnica, porém com alto poder apelativo e de convencimento retórico.

Assim, não se pode equacionar o impacto orçamentário sem contabilizar o número de potenciais beneficiários da concessão do salário-maternidade de acordo com o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o consequente gasto coletivo da previdência com tal despesa.

26 “Se nosso sistema securitário tripartite (saúde, assistência e previdência), organizado pelo Estado, começa a exibir as contradições de um modelo em que dois sub-sistemas (saúde e assistência) foram pensados para uma clientela difusa, ao passo que os custos foram concentrados, sobretudo, na população que contribui para a arrecadação do terceiro (previdência), a tal ponto que se fala em falência organizacional e financeira da seguridade social, o que esperar de iniciativas espontâneas da sociedade, à margem do poder soberano?” (HOFFMANN, Márcia. *Um toque de solidariedade*. São Paulo: Lumen Juris, 2019, p. 22.)

27 “[...] o equilíbrio atuarial de um sistema previdenciário, ao contrário do que possa parecer, não demanda, necessariamente, contribuição adequada para a concessão de benefício individualmente considerada. A ideia tradicional, especialmente nos sistemas públicos de previdência, é a existência de um plano de custeio compatível com um plano de benefícios, genericamente considerado. Ou seja, a análise é macro, e não micro – deve-se ver o todo, e o particular”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2012, p. 552.)



Fonte: [www.br.pinterest.com](http://www.br.pinterest.com)

Apesar da expressividade populacional do povo Guarani, sem esses dados, não se pode analisar a afetação da eficiência alocativa das demais políticas públicas subsidiadas pela verba pública desviada para essa finalidade judicialmente fixada.

Além disso, sem citar a fonte dos estudos para checar o financiamento da pesquisa, eventuais números cabalísticos mencionados sem lastro probatório mais concreto não permitem chegar a uma conclusão sobre o impacto na sustentabilidade do sistema previdenciário<sup>28</sup>, em que pese esse ter sido um fator

28 “Denise Gentil (2006) defende que se considere o orçamento da Seguridade Social de forma separada do orçamento da União, afirmando que, dessa maneira, não haveria que se falar em *déficit* orçamentário. Justifica seu argumento tendo em vista o múltiplo financiamento

decisivo para o destino das ações coletivas, inclusive subsídio do agravo de instrumento da ação em comento.

Em razão disso, o argumento do impacto orçamentário também merece ser descartado enquanto não ocorram estudos e cálculos sérios com a mensuração atuarial da verba pública afetada, isto é, sem esses dados, remanesce apenas retórica consequencialista e não efetiva preocupação com os efeitos colaterais da medida judicial.

## 5 Pahapê (considerações finais)

Em desfecho, o artigo apresentou o caso a ser estudado, os limites desta pesquisa e, em seguida, os possíveis impactos de uma decisão judicial pela improcedência e pela procedência, em exercício de percepção intuitiva e também pelos argumentos consequencialistas levantados nos autos da ação selecionada.

Com efeito, foi apresentada uma tentativa de conscientizar o público acerca do uso retórico do “consequenciachismo” nas ações coletivas previdenciárias de concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 (dezesseis) anos, principalmente num contexto de assimetria informacional do juízo com a realidade tal como posta.

da Seguridade Social previsto pela Constituição de 1988 em seu art. 195, que abrange receitas variadas. Após fazer uma análise financeira da Seguridade Social no período de 1990 a 2005, a pesquisadora afirma que, em alguns anos, houve superávit operacional no fluxo de caixa da Previdência Social – como exemplo, a autora cita o ano de 2006, com superávit de R\$ 1,2 bilhões – e que, caso se considere a Seguridade Social como um todo, o excedente seria ainda maior”. (GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: análise financeira do período 1990–2005*. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006 *apud* ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016, p. 79.)

A partir disso, considerados os limites da capacidade epistêmica do juízo para conhecer os impactos de determinados cursos de ação, foram levantadas hipóteses de efeitos com o escopo de aferir se houve, de fato, a mensuração objetiva de dados pelos sujeitos envolvidos na lide.

As idealizações mínimas<sup>29</sup> não podem reduzir complexidades em caixas estereotipadas com vistas a passar a “realidade” como universal, atemporal e simples. Por isso, convém ter cautela para não incorrer em superficialidade analítica na mobilização de categorias causais para “construir realidades” de forma equivocada.

Por fim, sem pretensão de esmiuçar os detalhes jurídicos ou fáticos dos casos citados, ou mesmo fixar (des)vantagens técnicas de uma solução específica, o texto trouxe ao debate como o Judiciário faz uso de argumentos consequencialistas.

Entre eles: “proteção à diversidade”, “saúde pública”, “impacto orçamentário”, “alteração no comportamento reprodutivo das comunidades indígenas”, “incentivo ao trabalho infantil e à gravidez precoce” e outras transversalidades de políticas públicas.

*Pyru'a ma mba'eajy he'y, nhame'en  
direito*

Gravidez não é doença. Tem que dar  
direito

Tiago, 29 anos<sup>30</sup>

29 Esse fenômeno também é conhecido como essencialismo estratégico. (SPIVAK, Gayatri C. *Interview with Angela McRobbie*. Block, 1985, p. 5-9.)

30 Autoria e tradução de palestrante do Curso de Formação Inicial da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, Tiago Karai, 29 anos. Informou que a palavra “direito” não tem tradução na língua Guarani, motivo pelo qual se usa o termo na grafia portuguesa.

## Kuatiá nhe'e (referências)

ARAÚJO, Fabíola Souza. *Mulheres indígenas e salário-maternidade: a colonialidade das decisões judiciais*. Brasília: UNB, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 3.048*, de 6 de maio de 1999. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. *ACP nº 5009160-45.2018.4.03.6100*, 2ª Vara Previdenciária Federal de São Paulo, Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, j. 21/08/2019.

CASTRO, Giovana Dörr. *Do salário-maternidade concedido às indígenas: um estudo de caso sobre os Kaingang*. Porto Alegre: UFRS, 2014.

HOFFMANN, Márcia. *Um toque de solidariedade*. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LOPEZ, Gloria Margarita Alcaraz. *A fecundidade entre os Guarani: um legado de Kunhankarai*. 2000. 219f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Ministério da Saúde, Rio de Janeiro, 2000.

MACHADO, Almiros Martins. Nhande Nhe'e Rupia'e (Por nossas próprias palavras). In: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; OLIVEIRA, Assis da Costa (Orgs.). *Lei do índio ou lei do branco - quem decide? Sistemas jurídicos indígenas e intervenções estatais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Revista Época*, 14 set. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 12 jan. 2020.

SILVA, Rosimeire Ribeiro da. *Mulheres Guarani e Kaiowá encarceradas no sul de Mato Grosso do Sul: violência territorial, violência de gênero, alcoolismo e a negligência estatal*. Dourados: UFGD, 2016.

SPIVAK, Gayatri C. *Interview with Angela McRobbie*. Block, 1985.