

Extensão do auxílio maternidade para indígenas menores de 16 anos a partir do diálogo transconstitucional

Janaina Fernanda Teixeira*

Osmar Veronese**

Introdução

O modelo de Estado que se apresenta no Brasil busca sobretudo garantir a implementação de políticas públicas que atuem na redistribuição de renda, de modo a permitir que todos os indivíduos usufruam de condições mínimas de subsistência. Além disso, trata-se de um país multicultural, cujo objetivo se concentra em promover a proteção de diversos modos de manifestação cultural.

Dentre as manifestações culturais vertentes no seio da sociedade brasileira, não se pode deixar de destacar a dos povos indígenas, cujo modo de vida difere daquele da sociedade do “homem branco”, especialmente no que concerne à organização social, econômica e familiar. Em razão desse modo de vida distinto, os povos indígenas são privados de determinados direitos fundamentais, isso porque não preenchem determinados requisitos formais propostos pelo legislador, requisitos estes que ignoram as diferenças culturais e identitárias existentes no país. Dentre as limitações encontradas, pode-se destacar o acesso ao salário-maternidade, benefício previdenciário que possui a função de proteger a gestante e a criança diante da

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Integrante do grupo de pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo do Mestrado/Doutorado em Direito da URI-Santo Ângelo/RS.

E-mail: janainateixeirajur@gmail.com

** Doutor pela Universidad de Valladolid/Espanha. Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional do curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Procurador da República/Ministério Público Federal. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/URI/Santo Ângelo/RS, Brasil.

E-mail: osmarveronese@san.uri.br

impossibilidade de a mulher continuar desempenhando suas atividades laborais. Ou seja, trata-se de uma política pública, promovida pelo Estado Social, como instrumento de proteção.

Para compreender melhor as questões acima expostas, a partir de uma análise hipotético dedutiva aliada à pesquisa bibliográfica, o presente estudo analisa as funções inerentes ao Estado Social no contexto de uma sociedade multicultural. Após, discute as especificidades da cultura indígena, sobretudo no que se refere ao trabalho e organização social e familiar, com enfoque às jovens indígenas da tribo *Mbyá Guarani*. Por fim, aborda a teoria transconstitucional como ferramenta capaz de viabilizar o diálogo entre os sistemas normativos, a fim de que os direitos fundamentais dos povos indígenas sejam efetivados.

A função social do Estado diante da diversidade cultural

O Estado, compreendido como a instituição político-jurídica responsável por garantir a ordem e condições mínimas de subsistência, durante séculos passou por inúmeras ressignificações e transformações a fim de se adequar às necessidades sociais. Ao longo da história, adotou distintas formas, desde períodos marcados pela exclusiva dominação do monarca até outros caracterizados pela mínima intervenção estatal, denominado de Estado Liberal, este marcado por uma postura de abstenção e não intervenção na vida dos cidadãos.

Entretanto, a concessão de liberdades e a mínima intervenção estatal sofreu severos questionamentos, no início do século passado, principalmente em razão das desigualdades econômicas que produziu. Com a crescente desigualdade e a consequente exploração dos vulneráveis, tornou-se necessária a repaginação do Estado, que além de garantidor das liberdades, também chamou para si a responsabilidade de implementar condições mínimas para uma vida digna. Os problemas sociais, associados às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, impuseram ao Estado um papel ativo na realização da justiça social.

Surge, então, o Estado Social, com o objetivo principal de garantir condições mínimas de subsistência, atuando especialmente na redistribuição de renda, de modo a garantir a igualdade de condições entre os indivíduos (MORAIS; STRECK, 2014). Para Bonavides (2014), cuidam-se de direitos da segunda geração, os quais dominam por inteiro boa parte do século XX e são denominados, na maioria das constituições do pós-guerra, como s direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos

ou de coletividades. Esses direitos são sustentados pelo chamado *Welfare State*, ou seja, aquele tipo de Estado:

[...] no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político (STRECK, 2002, p. 63-64).

Na Constituição Federal de 1988, o Estado Social ganha corporificação no artigo 6º, o qual reconhece a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados como direitos sociais. O rol proposto pelo texto constitucional demonstra o compromisso do Estado em atuar na redistribuição de renda, por meio de prestações positivas que garantam condições mínimas de subsistência a todos os indivíduos. Desta forma, o Estado Social representa uma proposta de afastar as desigualdades e permitir que todos os indivíduos de uma sociedade tenham as mesmas condições de sobrevivência.

Nesse diapasão, o Estado Social, enquanto implementador de políticas públicas e garantidor da igualdade de condições, necessita observar a igualdade material. Deste modo, as diferenças inerentes a cada indivíduo não devem servir de amparo à negativa de determinados direitos, uma vez que o objetivo do texto constitucional é justamente equiparar os indivíduos em situações distintas.

Entretanto, o modelo Social de Estado encontra inúmeros desafios quanto a sua afirmação e concretização, isso porque garantir a promoção de políticas públicas que atendam ao artigo 6º da Constituição da República de 1988 é necessariamente dispendioso, necessitando de investimentos financeiros por parte do poder público. Em razão disso, nem sempre os direitos sociais previstos constitucionalmente são aproveitados por todos os indivíduos de uma coletividade.

Neste sentido, determinados grupos, por possuírem um modo de vida distinto daquele da sociedade envolvente, como no caso dos povos indígenas, são afastados da efetivação desse rol de direitos, isso porque, em tese, não preenchem alguns pressupostos formais exigidos pela legislação constitucional e infraconstitucional, pressupostos estes que parecem ignorar a diversidade existente no país.

A diversidade cultural presente no Brasil é fruto dos acontecimentos históricos, como os movimentos migratórios, o processo de colonização, a escravatura e as guerras, dentre outros. Esses acontecimentos atuaram na reconfiguração da sociedade, que atualmente é multifacetária e multicultural, permissiva da livre manifestação dos diversos modos de vida.

De acordo com Boaventura de Souza Santos (2003, p. 26), “[...] a expressão *multiculturalismo* designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades ‘modernas’”. Assim, um país multicultural, além de garantir a igualdade, busca o reconhecimento das diferenças, a fim de permitir a efetivação dos direitos humanos às minorias étnicas. Charles Taylor, ao tratar da política de reconhecimento, defende que esse reconhecimento deve ocorrer de modo diligente, uma vez que reconhecer todas as manifestações culturais como iguais reforça uma postura etnocêntrica. Para Taylor (1994), o reconhecimento adequado é aquele que reconhece as diferenças intrínsecas de cada grupo étnico e, a partir disso, atribui um tratamento distinto ao grupo em questão.

O multiculturalismo, aqui entendido como direito à diferença, enquanto instrumento de proteção da diversidade cultural, encontra amparo na legislação pátria, sobretudo no artigo 215 da Constituição Federal, que atribui ao poder público o dever de proteger as manifestações culturais. Nesse sentido, pode-se dizer que a proteção da diversidade cultural e o reconhecimento dos distintos modos de vida são obrigações do Estado brasileiro.

Da colonização aculturada à constitucionalização culturalizada: jovens indígenas *Mbyá-Guarani* à luz do atual constitucionalismo

Dentre as diferentes manifestações culturais presentes no Brasil, não se pode olvidar a dos povos indígenas, vítimas reais e simbólicas do processo colonizador. Conforme Dornelles, Brum e Veronese (2017), estimativas apontam que no atual território brasileiro habitavam pelo menos 5 milhões de indígenas quando os colonizadores europeus, por volta de 1500, chegaram maciçamente, produzindo um verdadeiro genocídio de indígenas locais. Hoje, de um universo de mais de duzentos milhões de habitantes que vivem no território brasileiro, os indígenas somam cerca de 896,9 mil de acordo com os dados do último censo realizado pelo IBGE.

Consoante historiadores, a invasão do colonizador produziu a extinção de vários povos indígenas, suas línguas, costumes e culturas. A colonização impôs aos povos

originários o remodelamento de seus costumes, já que precisaram se “adequar” ao modo de vida europeu a fim de garantir a sobrevivência, processo que não cessou após a conquista do território brasileiro. A partir do ano de 1549, buscou-se concretizar o objetivo declarado pela Coroa, que era “[...]a conversão para a fé cristã e a civilização” dos indígenas para consolidar o seu domínio (KAYSER, 2010, p. 96).

Apesar das violentas formas de assimilação, a partir de muita resistência, os povos indígenas conseguiram preservar – ao menos em parte – suas identidades culturais, tradições e costumes próprios, especialmente no que se refere a sua organização social, econômica e familiar. Embora os colonizadores tenham atribuído aos povos originários a denominação genérica de “índios”, sabe-se que ao longo do território brasileiro existem inúmeras comunidades e etnias indígenas, cada qual com seus costumes. Assim sendo, no presente escrito optou-se pela análise focalizada de um laudo antropológico elaborado a partir de estudos sobre as jovens indígenas da etnia *Mbyá-Guarani*, residentes na Terra Indígena *Inhacapetum*, localizada no município de São Miguel das Missões, noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (CHAGAS, 2014).

De plano, destaca-se que grande parte das comunidades indígenas são organizadas a partir da economia familiar, ou seja, sobrevivem de processos desenvolvidos pelos próprios membros das aldeias, como plantio, caça, pesca e venda de produtos e artesanatos confeccionados pelas mulheres. A participação nesse processo de sustento tem início antes mesmo da faixa etária da adolescência, como denomina a sociedade dominante, independentemente do sexo. No caso do povo *Mbyá-Guarani* de São Miguel das Missões, os membros da comunidade indígena desde cedo atuam ativamente na obtenção de recursos necessários para o sustento de toda coletividade, sem consideração do caráter etário, ou seja, o povo *Mbyá-Guarani* não faz separações estáticas entre criança, adolescente e adulto, mas levam em consideração os aspectos físicos de cada indivíduo, a fim de determinar o preparo de cada membro para as funções da aldeia. Neste sentido, as adolescentes indígenas desde cedo desempenham papel fundamental na organização social e econômica da comunidade (CHAGAS, 2014).

A transição para a fase adulta, segundo o entender *Mbyá-Guarani* em análise, ocorre após o indivíduo se mostrar fisicamente preparado para assumir as responsabilidades da vida adulta, ou seja, desconsidera o caráter temporal e leva em consideração a evolução física do indivíduo. No que se refere às mulheres, essa transição ocorre após a menarca, momento no qual a adolescente é compreendida como mulher, estando apta para o casamento e para as funções de cooperação com a

comunidade (CHAGAS, 2014). Silva et al. (2009), em estudo acerca dos povos indígenas, verificaram que a menarca ocorre entre 11 e 13 anos de idade em 40% das entrevistadas. Assim, a partir da primeira menstruação, a adolescente é tida pela comunidade indígena como adulta e, portanto, passa a realizar as atividades inerentes à identidade da mulher indígena na comunidade, inclusive contrair matrimônio e engravidar. Nesse sentido, a antropóloga Miriam de Fátima Chagas (2014) afirma:

[...] ser possível que, entre 14 e 15 anos, uma Mbyá-Guarani venha a ter filhos e/ou se casar. Além disso, no processo de socialização das mulheres também é possível o envolvimento gradativo nas atividades destinadas as mulheres, pois as faixas etárias não são definidas rigidamente, sendo que a relação principal não é o recorte etário, mas a capacidade de desempenhar um papel social.

Desde tenra idade, adolescentes indígenas assumem responsabilidades maternais e, através de seu papel de cooperação, desempenham função fundamental na manutenção econômica da comunidade indígena. Assim, a participação da adolescente nas tarefas da aldeia é de suma importância para a manutenção de todos os membros da comunidade. Logo, o afastamento de tais atividades tem o potencial risco de ocasionar prejuízo no sustento de seus dependentes e dos demais membros da aldeia. Se para a sociedade dominante a gravidez e o trabalho precoce podem parecer um problema, para os povos indígenas reflete a preservação de suas manifestações culturais, de seus antepassados e da comunidade.

Ademais, é importante destacar que a preservação das culturas indígenas encontra resguardo no Texto Constitucional de 1988, que inovou ao trazer um capítulo específico destinado aos povos indígenas, expresso nos artigos 231 e 232, sendo o maior e mais avançado no tratamento de toda a história do Brasil, rompendo com o paradigma de assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena (SOUZA FILHO, 2013).

A Lei Fundamental de 1988 assegurou não apenas “[...] os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, mas também o reconhecimento de sua organização social e suas práticas, costumes, línguas, crenças e tradições. Se antes imperava o autoritarismo, a atual Constituição, diferenciada e democraticamente, contemplou a cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como garantiu a todos a igualdade perante a lei, inclusive em suas diferenças (SANTOS; LUCAS, 2015).

Dessa forma, o olhar assimilacionista para a população indígena, vigente até então, dá lugar para o reconhecimento do direito à diferença, à autonomia e à alteridade, onde se reconhecem os direitos de “serem índios” e como tal permanecerem. Para Barreto (2006, p. 104), o texto de 1988, ao reconhecer aos povos indígenas o direito de manter sua organização social, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições, “[...] abandonou o paradigma de integração e adotou um novo, voltado para a interação” entre os índios e a sociedade envolvente.

Apesar de todo aparato normativo nacional e internacional de proteção dos povos indígenas, na prática ainda há muitos obstáculos que impedem a concretização de seus direitos. Dentre as dificuldades encontradas no tratamento conferido aos povos indígenas, não se pode deixar de destacar a precarização de direitos básicos relativos à saúde, educação e proteção dos territórios, bem como as dificuldades de acesso à seguridade social e ao salário-maternidade, especialmente em relação às adolescentes indígenas.

O salário-maternidade para indígenas menores de 16 anos à luz do diálogo transconstitucional

O Estado Social, como instituição político-jurídica responsável pela implementação de políticas públicas e garantidor da proteção da diversidade cultural, tem a incumbência de promover políticas de redistribuição de renda, que visem sobretudo a equiparação econômica e social dos indivíduos em situação de vulnerabilidade. Nesse sentido, merecem destaque as comunidades indígenas, que embora se desenvolvam a partir de um sistema de cooperação e através de uma economia familiar, vivem, em sua maioria, em situações precárias e de vulnerabilidade, haja vista a condição histórica de subjugação. Nessa conjuntura, mostra-se indispensável a atuação do Estado no sentido de minimizar as desigualdades experimentadas pelos povos indígenas.

Uma das políticas públicas que devem ser implementadas pelo Estado Social é a previdência, que visa à proteção social dos indivíduos em condições que impeçam ou dificultem o seu sustento, conforme artigo 201 da Constituição Federal de 1988. A previdência social tem a função de proteger o indivíduo dos infortúnios da vida, de modo que não deixem de perceber rendimentos diante de situações que impeçam a realização da atividade laborativa.

Dentre os benefícios previdenciários, importa ao estudo o chamado salário-maternidade. Como regra, para ser considerado segurado e fazer jus aos benefícios da

previdência social é necessário que o indivíduo seja trabalhador filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), mediante o recolhimento de contribuições à previdência social. Contudo, excepcionalmente, é possível fazer jus aos benefícios da previdência social sem preencher esses requisitos formais, como no caso dos segurados especiais (HORVATH JUNIOR, 2014).

Os segurados especiais, categoria prevista no artigo 12, inciso VII, da Lei nº 8.212/1991, podem ter dispensada a contribuição pecuniária destinada à previdência social brasileira, desde que desempenhem atividades em regime de economia familiar. Nesse sentido, conforme art. 12, § 1º, da Lei 8.212/1991, é entendido enquanto “[...] regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração [...]”. Assim, para que haja o enquadramento na condição de segurado especial é necessário que as atividades desempenhadas levem ao desenvolvimento socioeconômico do grupo.

Ainda, para fins de concessão dos benefícios da previdência social, nos termos do artigo 7º, § 3º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010,

Enquadra-se como segurado especial o índio reconhecido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, inclusive o artesão que utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, desde que atendidos os demais requisitos [...], independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, indígena não-aldeado, índio em vias de integração, índio isolado ou índio integrado, desde que exerça a atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o principal meio de vida e de sustento.

Assim, os indígenas que preencham os requisitos elencados ostentam a qualidade de segurados especiais, sendo dispensada a prévia contribuição direta para concessão dos benefícios previdenciários. Até aqui não se apresentam problemas. Entretanto, para ser considerado segurado da previdência social é necessário que o indivíduo seja maior de 16 anos, isso porque o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, é vedado pelo artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, não sendo possível, em regra, um menor de 16 anos enquadrar-se como segurado da previdência social. Tal disposição não considera as diferenças culturais existentes no país, sendo totalmente incompatível com as culturas indígenas, em que o trabalho começa desde cedo, não importando o critério etário.

O salário-maternidade, com previsão constitucional, que pode ser conceituado como benefício devido à mulher que se afasta de seu trabalho por motivo de nascimento de filho, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial, a fim de que a mãe e a criança não tenham o sustento prejudicado em razão do necessário afastamento das atividades laborais. Segundo o art. 71 da Lei nº 8.213/1991, o salário-maternidade é devido à segurada durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste. Sua razão de ser é justamente a proteção da gestante e da criança para que não tenham o seu sustento prejudicado em razão do afastamento das atividades laborais.

A concessão do salário-maternidade depende do preenchimento dos requisitos para ser considerado segurada da Previdência Social, dentre eles a idade mínima de 16 anos. Sendo assim, uma adolescente com idade inferior a 16 anos não possui, em tese, direito ao benefício. Desse modo, mesmo que a jovem desempenhe atividade em regime de economia familiar, de acordo com os pressupostos formais, não faz jus ao benefício. Em relação às comunidades tradicionais, tal negativa, além de comprometer o sustento coletivo nas comunidades, pode engendrar novas formas de assimilação cultural, pois uma imposição sem ressalvas do ornamento jurídico estatal às comunidades culturalmente organizadas pode significar o fim da pluralidade cultural existente.

O dispositivo constitucional que limita o trabalho aos menores de 16 anos visa a proteção da criança e do adolescente contra a exploração e o trabalho infantil, contudo, no que se refere às adolescentes indígenas, que já possuem em seu modo de vida a participação ativa nas atividades da aldeia desde tenra idade, com papéis definidos e indispensáveis à manutenção da vida coletiva, o referido dispositivo pode representar um obstáculo à concretização dos direitos sociais dos povos indígenas, caso não seja interpretada em conformidade com os demais dispositivos constitucionais e com a realidade multicultural da sociedade brasileira.

Inúmeras indígenas menores de 16 anos tiveram seu pedido de salário-maternidade negado no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social, levando a discussão ao Poder Judiciário. O Tribunal Regional Federal da 4ª sedimentou entendimento de que, comprovada a condição de segurada especial, a menor de 16 anos teria direito ao salário-maternidade, tendo em vista que a previsão do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal tem a intenção de proteger o menor, não podendo ser

utilizada para negar aos trabalhadores menores direitos previdenciários e trabalhistas reconhecidos aos trabalhadores maiores de idade¹.

Cabe ressaltar que a situação foi semelhante em todo o país, pois o INSS insistia em negar o benefício às jovens indígenas, firmando posicionamento colonialista e restritivo, cabendo ao Poder Judiciário o exercício de seu papel contramajoritário. Veja-se o exemplo das indígenas Macuxi e Wapixana do Estado de Roraima, em que o TRF-1, nos autos do Processo nº 0004211-41.2011.4.01.4200, reconheceu a condição de segurada especial a uma indígena menor de 16 anos, ressaltando que a perícia antropológica demonstrou o início do trabalho em regime de economia familiar para as meninas indígenas já a partir dos 6 anos de idade.

Apesar do posicionamento de diversos Tribunais Regionais Federais no sentido de conceder o salário-maternidade às jovens indígenas, a controvérsia permaneceu e chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), que enfrentou a questão no julgamento de Recurso Extraordinário nº 1061044, fixando o entendimento no sentido de que as indígenas menores de 16 anos têm direito ao recebimento de salário-maternidade, pois, segundo o julgado, a norma do art. 7º, XXXIII, da Constituição não pode ser interpretada em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos.

Nessa esteira, foi fundamental considerar que os sistemas normativos dos povos indígenas, no geral, se distanciam dos aspectos culturais e sociais das normas empregadas para a sociedade envolvente, com costumes inerentes às suas origens, especialmente no que diz respeito ao trabalho, a reprodução e a cultura.

Diante da complexidade que envolve a extensão do salário-maternidade para as adolescentes indígenas com idade inferior a 16 anos, evidencia relevante observar a questão a partir da ótica do transconstitucionalismo, termo cunhado por Marcelo Neves, com o fim de caracterizar questões que envolvem preceitos de ordens/sistemas distintos.

Para Neves (2012), quando se trata de transconstitucionalismo, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, em que se verifica uma pluralidade, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações, estruturas, processos e reflexão da identidade. Nesse sentido, conforme o

¹ Incidente de Uniformização nº 5001900-78.2011.4.04.7216, Turma regional de uniformização da 4ª Região, Relator Henrique Luiz Hartmann, juntado aos autos em 18/06/2015.

autor, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens, pois “[...] a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora” (NEVES, 2012, p. 118).

Em relação ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas e ordens locais extraestatais, como o caso da ordem estatal e as ordens indígenas, faz-se necessário um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e de aprendizado, pois a simples outorga unilateral de direitos humanos aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo, considerando que medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos (NEVES, 2012).

Nesse sentido, o transconstitucionalismo é um instrumento apto a garantir a conversação entre sistemas normativos, sejam eles estatais ou extraestatais, pois, com o diálogo transconstitucional, é possível ultrapassar as fronteiras instituídas pelas ordens jurídicas. Nessa conjuntura, os problemas de colisão não podem ser enfrentados ou solucionados no nível da mera fragmentação, mas sim por via de pontes construídas transversalmente entre as unidades constitutivas de uma ordem diferenciada de comunicação em constante transformação (NEVES, 2012).

Na problemática em questão, o diálogo transconstitucional permite a conversação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema cultural-normativo indígena, a fim de que o ordenamento jurídico estatal considere e não suprima práticas e organizações tradicionais, concebendo pontes e trocas entre os sistemas, sem a prevalência de um sistema sobre o outro (NEVES, 2012).

O conflito entre sistemas de comunidades nativas e sistema jurídico estatal exige um transconstitucionalismo de tolerância e aprendizagem (NEVES, 2012, p. 228):

Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio das ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entram em colisão com as normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais essencialmente diferentes.

A concessão do salário-maternidade a jovens indígenas menores de 16 anos, com base nos postulados do diálogo transconstitucional, justifica uma interpretação distinta ao dispositivo que coíbe o trabalho de menores de 16 anos, em consonância com o

entendimento do STF, fazendo com que o sistema normativo estatal reconheça as diversas manifestações culturais existentes no país.

Na questão em análise, permitir uma interpretação distinta do dispositivo que proíbe o trabalho de menores de 16 anos não afasta a finalidade protetiva do dispositivo, mas possibilita que os valores defendidos pela norma suprema sejam implementados, levando em consideração distintos modos de vida. Nesse sentido, o diálogo transconstitucional representa um meio efetivo de solução de conflitos entre as ordenações distintas, permitindo a conversação entre o sistema normativo-cultural indígena e o texto constitucional.

Resta evidente que os instrumentos formais não são suficientes para atender aos pressupostos constitucionais, por isso a lente do diálogo transconstitucional pode garantir a efetivação dos direitos fundamentais de todos os grupos culturais que formam a sociedade, especialmente no caso de colisão entre perspectivas diversas, como no caso do salário-maternidade para as indígenas menores de 16 anos.

Ademais, cabe destacar que o reconhecimento do sistema normativo indígena e o enquadramento das indígenas menores de 16 anos como seguradas especiais vai ao encontro dos pressupostos constitucionais de proteção dos direitos sociais e de reconhecimento da diversidade cultural. Assim, a perspectiva do diálogo transconstitucional não busca retirar a força normativa da constituição, mas promover uma interpretação que considere os sistemas normativo e cultural indígena, dando eficácia ampliada aos comandos constitucionais.

Considerações finais

O Estado, em seu modelo social, tem o dever de atuar positivamente na implementação de políticas públicas que visem, sobretudo, a redistribuição de renda e a equiparação econômica dos indivíduos de uma sociedade, sem desconsiderar a diversidade cultural vertente no seio da sociedade brasileira, especialmente no que concerne aos povos indígenas. Dessa forma, o Estado deve observar a diversidade cultural na efetivação dos direitos fundamentais.

De acordo com o modo de vida *Mbyá-Guarani*, as adolescentes com idade inferior a 16 anos já desempenham atividades laborais que contribuem para o regime de economia familiar e, por desconsiderarem o caráter etário em números, também é comum tornarem-se mães antes dos 16 anos de idade. Há todo um processo de empoderamento da adolescente/mãe perante a comunidade, algo que não pode ser ignorado pelo Estado Constitucional.

Logo, verifica-se que o dispositivo constitucional que proíbe o trabalho aos menores de 16 anos, embora tenha o objetivo de promover a proteção da criança e do adolescente, não é adequadamente aplicável aos povos indígenas em sua literalidade, pois limita a concretização de direitos básicos, impedindo a concessão de salário-maternidade à mãe indígena menor de 16 anos e, conseqüentemente, o sustento da criança e do seu grupo familiar enquanto afastada das funções laborais. Com a análise da problemática a partir do diálogo transconstitucional, é possível promover uma conversação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema normativo indígena, este uma espécie de microssistema de direito componente do constitucionalismo multicultural pátrio, a fim de justificar uma interpretação afinada com os valores constitucionais, visando a efetivação da igualdade material. A extensão do salário-maternidade para as adolescentes indígenas menores de 16 anos, além de significar a presença do Estado Social para esse povo, no que se refere ao aspecto previdenciário, também representa a proteção da diversidade cultural e de seus respectivos sistemas.

Referências

BARRETO, H. G. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.212 de 1991. Lei Orgânica da Seguridade Social. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

CHAGAS, M. de F. **Laudo antropológico referente ao Inquérito Civil nº 1.29.010.000067/2013-84**. Porto Alegre, RS: Procuradoria Regional da 4ª Região, 2014.

DORNELLES, E. N. P.; BRUM, F. P. de; VERONESE, O. **Indígenas no Brasil: (In)Visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

HORVATH JUNIOR, M. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

KAYSER, H. E. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Instrução normativa INSS/PRES nº 45**. Brasília: Ministério Público Federal, 2010.

Conceitos e Preconceitos de Gênero na Sociedade Brasileira Contemporânea: Perspectivas a partir dos Direitos Humanos

Extensão do auxílio maternidade para indígenas menores de 16 anos a partir do diálogo transconstitucional

DOI: 10.23899/9786589284185.6

MORAIS, J. L. B. de; STRECK, L. L. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

SANTOS, A. L. C.; LUCAS, D. C. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, B. de S. (Org.). **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, E. P. da *et al.* Exploração de fatores de risco para câncer de mama em mulheres de etnia Kaingang, Terra Indígena Faxinal, Paraná, Brasil, 2008. **Cad. Saúde Pública**, v. 25, n. 7, jul. 2009.

SOUZA FILHO, C. F. M. de. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, C. F. M. de; BERGOLD, R. C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil**: Desafios no século XXI. Curitiba, PR: Letra da Lei, 2013.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002.

TAYLOR, C. The politics of recognition. In: TAYLOR, C.; APPIAH, K. A.; HABERMAS, J.; ROCKEFELLER, S. C.; WALZER, M.; WOLF, S. **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Edited and introduced by Amy Gutmann. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.