

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-109-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos apresentados no Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, do XXIV Congresso do CONPEDI, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, sob os auspícios dos Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

No artigo A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A INTERPRETAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, os autores Valter de Souza Lobato e Anita Carmela Militão de Pascali, analisaram a questão tributária, fazendo a articulação desta com a previdência social e seu financiamento. Apresentaram um caso concreto, relativo a um portador de doença incapacitante, cuja patologia não se encontrava no rol das doença previdenciárias. Apontam como saída na interpretação deste rol, uma análise ampliada dos dispositivos constitucionais.

No artigo AS AÇÕES REVISIONAIS DO FGTS: ASPECTOS, REQUISITOS E POTENCIAIS DECISÕES, de Tatiana Bhering Serradas Bom de Souza Roxo e Jerfferson da Mata Almeida, os autores analisaram as origens históricas do instituto do FGTS. Verificando a natureza indenizatória inicial deste instituto, passando à condição de depósito como forma compensatória. Questiona o fato de a TR ser utilizada como forma de correção das contas do FGTS, por ser esta não é taxa de correção, mas sim de juros.

No artigo LIBERDADES EM CONFLITO: A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE DE ENSINO COM FUNDAMENTO EM SUPOSTAS VIOLAÇÕES DE OUTRAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS, de Artur Amaral Gomes, o autor analisaram o direito à educação, buscando a liberdade do ensino como o principal princípio norteador. Defendeu que a liberdade de ensino deve ser aplicado junto com outros princípios constitucionais.

No artigo A (DES)IGUALDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE APOSENTADORIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO, de Aline Fagundes dos Santos, a autora analisa as questões das desigualdades dos benefícios previdenciários no Brasil sob a perspectiva de gênero. Analisaram tanto os aspectos quantitativos como os qualitativos. Verificaram o caráter fundamental dos direitos previdenciários, bem como os caso de distinção de idade e tempo de contribuição para os

benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Analisaram os dados do Anuário da Previdência Social, relativo a 2011.

No artigo A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE JANEIRO DE 2011 A JUNHO DE 2015 NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO, de Michelle Aparecida Batista, a autora analisou a expedição das Medidas Provisórias, buscando verificar se existe o excesso de emissão de MPs, no período de 2012 a 2015. Conclui que foram 158 em matérias diversas, sendo 18 em matéria previdenciária. A atuação do governo, segunda aponta, foi superior a do legislativo, em termos de produção de leis. Constatou, ainda, que a grande parte destas Medidas Provisórias foram para suprimem ou extinguem direitos.

No artigo A VIOLÊNCIA, O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A CIDADANIA, de autoria de Fernando Rocha Palácios, analisou a fundamentalidade da educação, verificando a violência a este direito fundamental e à cidadania. Avaliou que a globalização provoca a violência, em decorrência de vivermos em uma sociedade pós-moderna.

No artigo A DIFERENÇA MÚLTIPLA, OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: A CONCESSÃO JUDICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS, de autoria de Mayara Alice Souza Pegorer, a autora analisou a concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos. Primeiramente, avaliou a denominada diferença multiplica, passando, posteriormente, a apontar outras diferenças afora as de gênero, tais como a diferença entre raças.

No artigo DIREITOS SOCIAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA CAPITALISTA NEOLIBERAL CONTEMPORÂNEO E SEUS EFEITOS COLATERAIS, os autores Gabriela de Campos Sena e Daniela Rodrigues Machado Vilela, analisou os direitos sociais no neoliberalismo, verificando que existe uma certa naturalização da derrocada dos direitos sociais, em detrimento destes direitos. Apontou a falta de solidariedade e seus desdobramentos, especialmente ao que se relaciona aos direitos sociais. Avaliou outros fatores, tais como a governança e outros entes não estatais, na garantia destes direitos.

No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA CONQUISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A ESPERA DA EFETIVIDADE COMO DIREITO SOCIAL, de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisou as questões que perpassam o direito

do trabalho e o direito previdenciário, enfocando o direito previdenciário em uma ótica filosófica. Apontou na pesquisa os fins e os meios, avaliando a questão financeira em matéria previdenciária. Questionou o fato de o INSS ser o maior litigante na Justiça.

No artigo **A PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DIREITO DA PERSONALIDADE**, de Edgar Dener Rodrigues, o autor analisou as questões de judicialização das políticas públicas, avaliando seus aspectos positivos e negativos. Investigou as origens da Previdência Social, traçando algumas questões sobre a interferência dos direitos fundamentais. Avaliouas quatro dimensões dos direitos, fazendo uma abordagem dos direitos previdenciários enquanto direitos de segunda geração ou dimensão.

No artigo **A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL PELA LEI 13.135/15: O CASO DA PENSÃO POR MORTE NO RGPS**, o autor Antonio Armando Freitas Gonçalves analisou as medidas Provisórias no aspecto fiscal. Avalia a baixa taxa de fecundidade e da expectativa de vida. Questiona a ideia da vitaliciedade do benefício em si e a tese central das duas ADIs impetradas ao STF. Verificou os critérios da pensão por morte antes e depois da MP n. 664/14.

No artigo **A DISCRIMINATÓRIA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE NO BRASIL**, de Marco Cesar de Carvalho e Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga, os autores analisaram o instituto da aposentadoria compulsória no Brasil, de modo que, partindo de dados do IPEA, verificam que a expectativa de vida alterou, ou seja, aumentou nos últimos anos. Apontam que a expectativa de vida será de 86 anos em 2060. Apontaram pela não extensão do critério etário, em virtude do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário.

No artigo **AUXILIO-DOENÇA/ACIDENTÁRIO/: BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI 8.213/91**, de Lilian Maria Gomes de Oliveira, a autora apresentou o histórico e as diferenças do auxílio-doença comum e o auxílio-acidentário, bem como do acidente do trabalho. Analisou o Nexo técnico epidemiológico, os tipos de doenças e as possibilidades do auxílio-acidente.

No artigo **AUXÍLIO-RECLUSÃO: A DESINFORMAÇÃO É SEU MAIOR INIMIGO**, Paulo Henrique Januzzi da Silva analisou o benefício do auxílio-reclusão e as informações que os cidadãos tem sobre este benefício, especialmente através da televisão e das redes sociais. Constatou, a partir da análise destes veículos de comunicação, a existência de fatores discriminatórios, formando um senso comum equivocado, o que prejudica a visão que a população possui deste benefício.

No artigo O AUXÍLIO RECLUSÃO EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto e Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto analisaram a questão do auxílio-reclusão e a perspectiva deste benefício à luz dos tratados e convenções internacionais. Verificaram as condições da concessão deste benefício a partir da Convenção dos Direitos Humanos da Criança.

No artigo DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS E SEUS REDUTORES: O CASO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E DA FÓRMULA 85/95, de Clarice Mendes Dalbosco e Ludmila Kolb de Vargas Cavalli, as autoras analisaram a aplicação da fórmula 85-95, cuja aplicabilidade é facultativa, podendo os segurados optarem pela fórmula do fator previdenciário, se completados os 30 anos, para mulheres e 35 anos para homens. Verificaram que o STF entendeu que a aplicação do Fator Previdenciário é constitucional. Apontaram que a expectativa de vida é padronizada nacionalmente, fazendo a crítica a esta sistemática de aplicação.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?, a autora Ana Carolina Carvalho Barreto analisou os acidentes do trabalho, LER-DORT, em decorrência dos acidentes do trabalho com os trabalhadores bancários. Realizou pesquisa de campo em que demonstrou que 40% dos trabalhadores que fizeram a CAT não obtiveram o B-91. Concluiu que a judicialização não é uma solução do problema, eis que resolve a questão individual e não coletiva.

No artigo CONFLITO PREVIDENCIÁRIO: RAÍZES, CARACTERÍSTICAS E MOTIVOS DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE, o autor Marco Aurélio Serau Jr., analisou as origens do conflito previdenciário, investigando as causas que ensejam o alto percentual elevado de litigiosidade, apontando como em torno de 60% das demandas que tramitam na Justiça Federal. Investigou essa questão a partir de duas pautas: a pauta de legalidade e pauta de interpretação ou de ampliação.

No artigo A DESAPOSENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO INTEGRANTE NO PENSAMENTO DE RONALD KWORKIN, de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as decisões do STJ sobre a desaposentação. Verificou os discursos dos diversos atores sociais. a partir do pensamento de Dworkin do direito como integridade. Analisou filosoficamente, a partir deste autor, como seria a aplicabilidade de alguns casos concretos se o judiciário fosse adepto desta teoria.

No artigo **RENÚNCIA À APOSENTADORIA: ENTRE A VULNERABILIDADE DO APOSENTADO E A SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA**, Marcelo Leonardo Tavares e Murilo Oliveira Souza analisaram a desaposentação sob o prisma da vulnerabilidade. Verificaram a sustentabilidade do sistema, sob o ponto de vista atuarial, apontando as três posições do STF sobre esta matéria. Indicam, como saída para esta questão altamente judicializada, a resolução via legislação e na seara administrativa.

No artigo **O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PAPEL PROMOCIONAL DO NÚCLEO DE DEFESA DA SAÚDE DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ**, Cecilia Barroso de Oliveira e Carolina Rocha Cipriano Castelo, analisaram a questão da saúde dos deficientes do Estado do Ceará, buscando vislumbrar a pericia biopsicossocial na aplicação da Convenção de Nova Iorque, de 2008, bem como seus reflexos nos benefícios previdenciários e assistenciais. Apontaram as demandas mais comuns existentes no NUDESE, grupo de pesquisa vinculado a UNIFOR.

No artigo **A DELIMITAÇÃO DE UM CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE**, de Hermann Duarte Ribeiro Filho, o autor analisaram os tipos de benefícios por incapacidade, estabelecendo os requisitos e singularidades de cada um deles, indicando a necessidade da utilização de um critério biopsicossocial para a verificação da deficiência e da incapacidade, tal como consta na Declaração de Nova Iorque (ONU).

No artigo **A LEI 12873/13, AS ESTRUTURAS FAMILIARES MODERNAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DAS NOVAS REGRAS DE CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS FAMILIAS MONOPARENTAIS**, de Caroline Shneider e Ellen Carina Mattias Sartori, as autoras analisaram a possibilidade do salário-maternidade as famílias monoparentais. Indicam o caso da mãe solteira, do segurado ou segurada adotante vier a falecer, com a possibilidade de a criança receber o benefício do salário-maternidade.

No artigo **NOVOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE/COMPANHEIRO NO CONTEXTO DE CRISE DO ESTADO-PROVIDÊNCIA UMA INTERFACE ENTRE A SEGURIDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA**, de Laira Carone Rachid Domith, a autora analisaram a pensão por morte, fazendo um paralelo entre o direito de família e o direito previdenciário. Verificaram os efeitos das mudanças trazidas na pensão por morte, consoante a alteração legislativa trazida pela Lei n. 1135/15. Analisaram o

tabelamento prévio existente na lei, apontando por outra saída, representada pelo estabelecimento do critério de necessidade e não do tempo de união estável ou idade do dependente.

No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONFIGURAÇÃO DA NECESSIDADE DO INDIVÍDUO: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL, os autores Fábio Rezende Braga e Elisa Schmidlin Cruz analisaram os critérios socioeconômicos para concessão do Benefício de Prestação Continuada da LOAS, verificando os critérios utilizados pelo STF ao longo dos últimos anos. Ressaltam a importância dos julgados de primeiro grau, em que os juízes entenderam não se curvar ao critério do ¼ do SM, conforme consta na Lei n. 8742/93, fazendo com que o STF alterasse seu entendimento.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: POR QUE PARA SE LEVAR O DIREITO À SAÚDE A SÉRIO DEVE-SE TAMBÉM LEVAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A SÉRIO?, de Eder Dion de Paula Costa e Rodrigo Gomes Flores, os autores analisaram a judicialização da saúde, investigando a solidariedade dos entes federativos e suas responsabilidades. Verificaram as origens históricas da saúde no Brasil, bem como apontam seus princípios. Investigam as diferenças regionais e as peculiaridades das regiões no Brasil, apontando os problemas existentes no SUS, devido a estas diferenças.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PERSPECTIVAS DE UMA CONFORMAÇÃO DE EFETIVIDADE, de Cláudia Mota Estabel e Andreia Castro Dias, as autoras analisam a possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas em virtude da omissão do Estado. Apresentam um contexto histórico, evocando tratados e convenções internacionais. Avaliaram a importância da CF-88, no que respeita a instituição do sistema de saúde no Brasil, apresentando os princípios constitucionais que informam este direito.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL, os autores Pedro Henrique Sanches Aguera e Thayara Garcia Bassegio, analisaram o processo de judicialização dos direitos à saúde, enfocando o princípio da reserva do possível em ocorrência da defesa dos mínimos sociais ou existenciais. Verificaram que o princípio da reserva do possível foi aplicado indevidamente em nosso sistema, dada a indisponibilidade dos mínimos sociais e a obrigação do Estado em atendê-los.

No artigo A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE MEDICAMENTOS NO CONTEXTO DA CRISE DA LEGALIDADE BURGUESA, de

Ariadi Sandrini Rezende e João Paulo Mansur, os autores investigaram os tipos históricos de Estado e seu comprometimento com a saúde, até a CF/88, apresentando o compromisso constitucional desta nova Carta Magna para com a saúde. Constataram, a partir da análise jurisprudencial, que o Poder Judiciário vem contribuindo para a efetivação dos direitos sociais afetos à saúde.

A DIFERENÇA MÚLTIPLA, OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: A CONCESSÃO JUDICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS

THE MULTIPLE DIFFERENCE, THE WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS AND THE SOCIAL SECURITY LAW: THE JUDICIAL GRANT OF SALARY-MOTHERHOOD TO INDIGENOUS UNDER 16 YEARS

Mayara Alice Souza Pegorer

Resumo

A latente evolução dos direitos da mulher trouxe à baila uma terceira ótica ao direito à igualdade: a diferença múltipla. Assim, transpõem-se as barreiras da igualdade formal e da igualdade material para se chegar à análise da diferença dentro da diferença, detectando especificidades dentro da categoria gênero, de maneira que os direitos de titularidade feminina possam ser protegidos em suas especificidades, nos mais diversos âmbitos. Seguindo essa lógica, o presente trabalho objetiva analisar, em breves linhas, como o reconhecimento jurisprudencial da concessão de salário-maternidade às indígenas com menos de 16 anos ilustra a concretização dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher sob a luz da diferença múltipla. Para tanto, parte de uma breve reconstrução acerca desta modalidade de direitos e das concepções de igualdade pelo movimento feminista, culminando no estudo do benefício de salário-maternidade e nos precedentes jurisprudenciais que o concedem às jovens indígenas. Enfim, conclui que tais decisões consubstanciam-se como importantes mecanismos de efetivação de direitos e empoderamento feminino.

Palavras-chave: Diferença múltipla, Direitos sexuais e reprodutivos, Salário-maternidade, Segurados especiais

Abstract/Resumen/Résumé

The evolution of women's rights brought up a third perspective to the right to equality: the multiple difference. Thus, transposing to the barriers of formal equality and material equality in bringing about the analysis of the difference within difference, detecting specific within the gender category, so that the women's property rights can be protected in their specificities, in various areas. Following this logic, this research aims to analyze, briefly, as the judicial recognition of the concession salary-maternity to indigenous under 16 years illustrates the realization of sexual and reproductive rights of women in the light of multiple difference. Therefore, it parts of a reconstruction soon about this type of rights and equality concepts by the feminist movement, culminating in studying the benefit of paid maternity leave and judicial precedents that the grant indigenous young. Finally, it concludes that such decisions up embody as important mechanisms of enforcing rights and female empowerment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Multiple difference, Sexual and reproductive rights, Salary-maternity, Special insured

INTRODUÇÃO

Como é sabido, a mulher traçou um árduo caminho até o reconhecimento de seus direitos, calcando-se, em última análise, na afirmação da igualdade, e enfrentando difíceis obstáculos, como ocorreu e ocorre com relação à sexualidade e reprodução. Assim, vem ganhando espaço nos mais diversos âmbitos, saindo do privado para se impor no cenário público e exigindo ampla regulamentação, inclusive na seara previdenciária.

Hodiernamente, essa luta ganhou novas perspectivas, de maneira que se passou a buscar a isonomia pela detecção de especificidades dentro da categoria de gênero, na perspectiva da diferença múltipla, proporcionando uma proteção ainda mais efetiva.

Nessa lógica, o presente trabalho objetiva analisar, em breves linhas, como a concessão judicial de salário-maternidade às indígenas com menos de 16 anos ilustra a concretização dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher sob a luz desse novo horizonte isonômico.

Para tanto, parte dos conceitos acerca dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua previsão internacional e abrangência no ordenamento jurídico pátrio, chegando à análise de sua proteção, tendo sob perspectiva a noção de diferença múltipla que baliza a luta feminina em seu atual contexto.

A seguir, apresenta o salário-maternidade e sua regulamentação legal, inclusive na compreensão histórico-evolutiva, culminando por analisar como sua concessão pelos tribunais brasileiros às indígenas menores de 16 anos pode ser considerada um mecanismo efetivador dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, especialmente por levar a efeito a questão da diferença múltipla.

1 Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a diferença múltipla: breves noções

Os direitos sexuais e reprodutivos podem ser conceituados, de forma suficiente ao recorte epistemológico assumido no presente trabalho, como o direito de escolha de se e como se pretende ter filhos. Desta forma, trata-se de direitos complexos, que envolvem tantos outros, desde o próprio direito à liberdade até o direito de livre participação e manifestação política. Na definição de Flávia Piovesan e Wilson Pirotta (2012, p. 328), “os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”, compreendendo, assim, “o acesso a um serviço de

saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade quanto para a procriação sem riscos para a saúde”.

Pode se concluir, desta forma, que os direitos sexuais e reprodutivos envolvem direitos que abrangem os períodos pré, peri e pós natal, com discussões que alcançam basicamente todas as searas jurídicas, e que somente foram compreendidos principalmente frente à separação das noções de sexualidade e reprodução (uma vez que não mais se configuram como sentenças determinantes: concebe-se a sexualidade sem a reprodução, como, por exemplo, pela utilização dos métodos contraceptivos, e a reprodução sem sexualidade, por meio das técnicas de reprodução assistida, como no caso da inseminação artificial e da reprodução *in vitro*) e o despontar da Bioética e do Biodireito (envolvendo questões como os próprios métodos de reprodução e a utilização dos embriões, o aborto, a cirurgia de transexualidade, a identidade genética, e todos os seus desdobramentos).

Trata-se, pois, de um horizonte extremamente vasto de pesquisa e desenvolvimento da área jurídica, trazendo à baila inúmeras situações delicadas de contraposição de direitos considerados fundamentais e que, justamente por permear a biotecnologia, encontra em sua evolução constantes desafios e recorrentes dilemas, carregados de interdisciplinaridade.

Assim, seu reconhecimento foi fruto de um longo processo histórico, que culminou com a Convenção Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) – a Convenção do Cairo de 1994, primeiro documento internacional a prevê-los de maneira expressa¹, e a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz – Convenção de Pequim de 1995, que expandiu sua previsão e proteção².

¹ Note-se que tal documento previu textualmente somente os direitos reprodutivos, mas abriu caminho ao reconhecimento dos direitos sexuais, assim prevendo: “7.2 [...] A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, **tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer**. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. [...] 7.3 [...] Esses direitos [reprodutivos] se baseiam no reconhecido **direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução.**[...]” (ONU, Plataforma do Cairo, 1994, grifo nosso)

² “95. [...], os direitos de reprodução abarcam certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas legislações nacionais, em documentos internacionais relativos aos direitos humanos e em outros documentos e consensos. Tais direitos têm por base o reconhecimento do direito fundamental de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de seus filhos, o momento de seu nascimento e o intervalo entre eles, a dispor de informação sobre os meios para isso e a alcançar o mais alto nível de saúde sexual e reprodutiva. Também inclui seu direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violências, em conformidade com o que estabelecem os documentos relativos aos direitos humanos. No exercício desse direito, os casais e os indivíduos devem ter em conta as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer e suas obrigações para com a comunidade. [...]96. Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a

A importância de tais documentos vai além da mera previsão e conceituação, pois trazem planos de ação que regulamentam uma série de atuações governamentais que devem ser assumidas e empregadas pelos países signatários na proteção e promoção desses direitos nos mais diversos segmentos (como a saúde, educação, segurança e trabalho), desvinculando-se das políticas natalícias de simples restrição, como a malthusiana e a neomalthusiana anteriormente em voga, e não se limitando tão somente à necessidade de mera previsão legislativa, que, aliás, ainda é muito estreita na maioria dos ordenamentos, como no caso brasileiro.

Nesse sentido, já se propôs um critério doutrinário de classificação da previsão dos direitos sexuais e reprodutivos femininos no ordenamento brasileiro, pontuando-os de maneira direta, implícita ou reflexa: enquanto na primeira tem-se a menção expressa à proteção desses direitos (como ocorre na Lei nº 11.340/2006), a segunda implica a proteção de princípios e outros direitos que resultam, em última análise, na proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (a exemplo do próprio direito à vida, balizado constitucionalmente), e, por fim, a previsão reflexa, que traz como fim imediato a proteção de direitos de outro titular (relevando-se as previsões contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando acaba por se proteger, reflexamente, a mulher em situação gravídica, por exemplo). (PEGORER, 2013, p. 28)

De qualquer forma, tais conquistas na proteção dos direitos sexuais e reprodutivos femininos reflete a luta do movimento feminista, que sempre teve como bandeira a promoção da igualdade, em um primeiro momento de maneira formal, isto é, estabelecendo-se regras formalmente idênticas a homens e mulheres (como ocorreu na busca do sufrágio universal), depois pela igualdade material, que se espelha na detecção de diferenças entre os gêneros para a regulamentação, promovendo a igualdade concreta (a exemplo dos critérios diferenciados ao exame de aptidão física em concursos públicos para homens e mulheres, estabelecendo parâmetros diferenciados de avaliação por conta das características biológicas e proporcionando, desta forma, um resultado concretamente equânime), e, atualmente, na diferença múltipla, vertente que analisa a intersecção de eixos identitários (como etnia, classe socioeconômica, faixa etária, orientação afetivo-sexual etc.) para uma proteção mais abrangente, ou seja, de diferenças dentro da categoria de gênero, superando a dicotomia "homem x mulher" para promover políticas públicas que atendam às necessidades específicas,

ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência.” (ONU, Plataforma de Pequim, 1995)

como no caso da mulher branca, negra, índia, jovem, idosa, homossexual, profissional do sexo, campestre, entre outras.

Por conseguinte, se ultrapassa a discussão simplista de igualdade *versus* diferença, porquanto “a diferença binária cederia lugar à diferença múltipla” (PIERUCCI, 1990), construção pela qual “não basta debater as diferenças entre homens e mulheres (diferenças externas), é preciso também debater as múltiplas diferenças entre os homens e entre as mulheres (diferenças internas)” (MARIANO, 2005, p. 06), conforme apontado por estudiosas feministas pós-estruturalistas como Joan Scott, Judith Butler e Chantal Mouffe.

Aplicando-se tal concepção à questão dos direitos sexuais e reprodutivos, pois, ter-se-ia a necessidade de detectar necessidades e características específicas a eixos identitários ligados à sexualidade e à reprodução dentro da categoria de gênero.

É o que ocorre, por exemplo, quando se tem em pauta a saúde reprodutiva da mulher negra. Estudo de revisão bibliográfica confeccionado por Isabel Cristina Fonseca da Cruz (2004) acerca da sexualidade, saúde reprodutiva e violência contra a mulher negra e a atuação no âmbito da enfermagem, aponta que, além da mortalidade materna ser maior entre as mulheres negras em relação às brancas (quase 6 vezes), estas mortes são em sua maioria por causas evitáveis, tais como síndromes hipertensivas, hemorragias, infecções puerperais e complicações do aborto, o que indica a má qualidade da assistência de saúde prestada durante o ciclo grávido-puerperal entre os grupos étnicos. Trata-se, pois, da necessidade de se garantir os direitos sexuais e reprodutivos da mulher negra no âmbito da saúde.

Já quando se tem em pauta as profissionais do sexo, trazem-se à baila questões envolvendo inúmeros aspectos, tais como a saúde, segurança e trabalho, mormente em face da discussão pela regulamentação dessa atividade, enfatizando-se não somente sua discussão da esfera penal/criminal, mas, sim, o livre exercício de seus direitos sexuais e trabalhistas. Nesse sentido, muitos obstáculos já foram transpostos, de maneira que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) chegou a reconhecer, em 2001, por meio da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) a profissão (grupo 5198-05). Contudo, ainda carece de efetiva regulamentação pelo Poder Executivo.

Ao se falar das mulheres em situação de cárcere, por sua vez, a multidisciplinariedade para a proteção do pleno e consciente exercício da sexualidade e reprodução continua evidente. Isto porque, em um contexto de subjugação e opressão, em uma sociedade eminentemente patriarcalista, em que “o direito penal foi constituído visando

os homens enquanto operadores de papéis na esfera (pública) da produção material”, as mulheres acabam se tornando mais vulneráveis às doenças sexualmente transmissíveis, e não dispõem de todos os privilégios masculinos, como a livre e regulamentada visita íntima (vedação esta muitas vezes utilizada como forma de evitar uma gravidez no sistema prisional). Ademais, não obstante a previsão legislativa do direito à amamentação e à convivência familiar em unidades materno-infantis (artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal, e artigos 83, §2º e 89 da Lei de Execução Penal), nunca houve sua efetivação enquanto política pública, deixando à margem os direitos sexuais e reprodutivos das encarceradas. (RAMOS, 2010)

Seguindo tal lógica, outras necessidades vão sendo detectadas na medida em que se destacam outros eixos identitários, em outros âmbitos de atuação, como, na esfera previdenciária, pano de fundo do presente trabalho, o salário-maternidade com relação às indígenas. Contudo, para que se possa compreender sua extensão frente à diferença múltipla, isto é, como sua configuração pode atender a necessidades identitárias específicas nos moldes há pouco apresentados, faz-se necessária uma breve explanação acerca deste benefício.

2 O salário-maternidade e sua regulamentação legal

A Constituição Federal elenca em seu artigo 6º como direito social a proteção à maternidade e à infância. Nessa toada, preceitua em seu artigo 201, inciso II, que o regime geral da previdência social deverá atender a proteção à maternidade, especialmente à gestante, o que se torna ainda mais importante no cenário moderno, em que desponta uma nova divisão sexual do trabalho e uma nova configuração das famílias³, deixando latente a necessidade de se conciliar os direitos de família e trabalho ante o novo papel assumido pela mulher (PRONI, 2012, p. 90).

À luz de tais considerações constitucionais, dentre as previsões infralegais que conferem direitos às mulheres gestantes (figurando, pois, na seara dos direitos sexuais e

³ É o caso, por exemplo, das famílias homoparentais, isto é, fundadas na união de pessoas do mesmo sexo, monoparentais, pois constituídas por um só dos genitores e sua prole, e anaparentais, que se configuram na inexistência dos pais, calcando-se, assim, em uma relação de afetividade. Dessa forma, a noção de família sai do caráter eminentemente biológico e alcança também fundamento psicológico: *“as famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros.”* (DIAS, 2008)

reprodutivos) destaca-se o salário-maternidade, consubstanciado em benefício previdenciário disciplinado nos artigos 71 a 73 do Plano de Benefícios da Previdência Social, sendo concedido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, seguradas especiais (Lei n. 8.861/94) e contribuintes individuais e facultativas (Lei n. 9.876/99). Contudo, alerta-se, desde já, que tal benefício, apesar de possuir como titular, a princípio, a mulher gestante, tem como fim último assegurar a proteção integral do feto ou da criança, possibilitando que a genitora volte-se integralmente aos seus cuidados (enquadrando-se, pois, na categoria de previsão reflexa dos direitos sexuais e reprodutivos, nos moldes da classificação há pouco indicada).

Nessa perspectiva, foi estendido para os casos de adoção e guarda judicial com fins de adoção para crianças com idade de até 08 anos (Lei n. 10.421/02) em sua integralidade, de maneira que não mais subsiste o escalonamento originalmente imposto a depender da idade do adotando.

Ademais, por se tratar de benefício cuja concessão não exige vínculo empregatício, tão somente a manutenção da qualidade de segurada (TRF 4ª Região, AG 2003.04.01.007754-7/RS, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, DJU 4.6.2003), pode ser concedido durante o período de graça nos casos de demissão antes da gravidez ou durante a gestação quando em dispensa por justa causa ou a pedido (Decreto n. 6.122/07), sendo mantido o direito, ainda, quando, por qualquer causa, for rompido o vínculo de emprego durante a gravidez (STJ, REsp 2012/0030825-8, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 28.05.2013). Nessa lógica, o artigo 103 do Decreto n. 3048/99 também confere o salário-maternidade às seguradas aposentadas que retornarem à atividade.

Ressalte-se que, no caso das seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas não há período de carência; já quanto às seguradas facultativas e contribuintes individuais, a carência é de 10 (dez) contribuições mensais, consubstanciando-se, no caso das seguradas especiais, à comprovação de exercício da atividade rural nos últimos 10 (dez) meses imediatamente anteriores à data do parto ou requerimento do benefício. No caso de parto antecipado, tal período de carência será reduzido conforme o número de meses em que o parto foi antecipado (Lei n. 9.876/99).

Sua duração é de 120 (cento e vinte) dias, podendo iniciar entre 28 (vinte e oito dias) antes do parto e 91 (noventa e um) dias após, computando-se, ainda, o dia do parto. Já em caso de parto antecipado, o benefício é pago por 120 (cento e vinte) dias após o parto.

Há que se destacar que o benefício é devido inclusive em caso de natimorto, em sua totalidade, ou ainda de aborto não criminoso, caso este em que o benefício terá duração de

duas semanas. Para tanto, considera-se parto como o nascimento ocorrido a partir da 23ª (vigésima terceira) semana de gravidez e, antes de tal período, a perda é considerada aborto.

Ademais, havendo risco para a vida do feto, da criança ou da mãe, com comprovação médica, os períodos pré e pós natal podem ser prorrogados por até duas semanas.

A Lei nº. 12.873/13 trouxe importantes inovações ao benefício, mormente porque o estendeu aos segurados de ambos os sexos em caso de adoção ou, ante sua interpretação, em caso de falecimento da genitora no parto ou durante o período de gozo do benefício, especialmente porque, como mencionado anteriormente, tem como fim último a proteção integral do infante. Relava-se, neste ponto, que as alterações advindas da mencionada lei são fruto, principalmente, do surgimento de novas estruturas familiares, fato este outrora mencionado nesta pesquisa, cujo reconhecimento já vinha sendo ensaiado pelos Tribunais brasileiros.

Segundo dispõe a Lei n. 11.770/08, a licença-maternidade pode ser ampliada para 180 (cento e oitenta) dias caso a empresa adira voluntariamente a programa de incentivos fiscais, com direito à remuneração integral, desde que não exerça outra atividade remunerada ou mantenha a criança em creche ou instituição do gênero. Já para as servidoras da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, vige o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, instituída pelo Decreto n. 6.690/08, sendo custeada por recursos do Tesouro Nacional.

A renda mensal equivalerá à remuneração integral para segurada empregada (se não for remuneração variável, caso em que equivalerá à média aritmética e corrigida dos últimos seis salários de contribuição) e trabalhadora avulsa, ao último salário de contribuição para a empregada doméstica, a um salário mínimo para a segurada especial e a um doze avos da soma dos últimos doze salários de contribuição (apurados em período não superior a quinze meses) para as contribuintes individuais, facultativas e para as que mantenham a qualidade de segurada no período de graça. Ressalta-se que, seja qual for o caso, sempre se terá por base de recebimento o salário-mínimo.

Ademais, caso a segurada tenha empregos concomitantes, deverá receber o benefício relativo a cada vínculo, só não podendo cumulá-lo com benefício por incapacidade, o qual permanecerá suspenso.

Feitas tais considerações, já se pode ter uma breve compreensão da importância deste benefício à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Agora, cabe contextualizá-lo na perspectiva da diferença múltipla, recorte epistemológico assumido no presente trabalho.

3 A concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos como mecanismo efetivador

Inicialmente, há que se ter em perspectiva que a autarquia previdenciária acaba calcando-se para o indeferimento do benefício de salário-maternidade às jovens menores de 16 anos de idade o fato de que o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal proíbe qualquer trabalho nesta faixa etária, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Nega-lhes, portanto, a condição de segurada, necessária à concessão do benefício.

Contudo, a jurisprudência já vem reconhecendo situações em que, mesmo não se regulamentando a condição de aprendiz, as peculiaridades a que se sujeitam as jovens menores de 16 anos acabam equiparando-as nessa modalidade, como no caso da atividade rural, pois mesmo antes dessa idade as jovens já são introduzidas nesse tipo de labor. No caso específico dos povos indígenas, por exemplo, justamente por questões culturais e étnicas, o trabalho infantil não pode ser comparado àquele com fins exploratórios.

É certo que algumas práticas acabam divergindo-se entre os inúmeros povos indígenas; entretanto, de maneira geral, o trabalho e o casamento na cultura indígena são historicamente precoces, de maneira que, desde pequenas, as jovens índias já desenvolvem atividades laborais dentro da comunidade. É como se nota da pesquisa de Ronald Raminelli (2012, p. 21) ao descrever o cotidiano feminino dos tupinambás no Brasil Colonial, apontando que as meninas entre 7 e 15 anos (as *kugnantim*) já aprendia a fiar algodão, fabricar farinha e vinho, tecer redes, cuidar das roças e, principalmente, a preparar a alimentação diária.

Hodiernamente este cenário não teve muitas mudanças: conforme se aduz dos dados constantes no Censo de 2010, o padrão etário da fecundidade de mulheres indígenas ainda é diferenciado, uma vez que das indígenas entre 10 a 19 anos consultadas (88.205), mais de 13% (treze por cento) já tiveram pelo menos um filho (11.743).

Ora, o respeito às especificidades da cultura indígena, expressa nos referidos costumes, crenças e tradições, já vinha disposto na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, a qual institui o Estatuto do Índio, e que, já em seu artigo 1º, aponta como fim precípua a regulamentação da “situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas com o propósito de *preservar a sua cultura e integrá-los*, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional”. O mesmo acontece com a Convenção nº 169 da Organização Internacional do trabalho – OIT, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, a qual salvaguarda os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios

desses povos, levando em consideração, para a efetivação das políticas públicas protetivas a essa minoria, suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais.

Outrossim, não se pode olvidar que se trata de um benefício que tem como fim precípuo o bem-estar do recém-nascido, conforme mencionado anteriormente. Portanto, soma-se à lógica trazida o caráter protetivo que permeia a regulamentação quanto a tais sujeitos, tanto o infante quanto a jovem segurada, como no caso do princípio da proteção integral, razões pelas quais se impõe uma interpretação conforme os preceitos constitucionais.

Todos esses argumentos vêm sendo sopesados pelos Tribunais Superiores Brasileiros, ganhando espaço o entendimento pela concessão do referido benefício em caso de comprovação do exercício da atividade rural antes dos 16 anos “ainda que contrariamente à Constituição e à lei no tocante à idade mínima permitida para o referido trabalho, porquanto a norma editada para proteger o menor não pode prejudicá-lo naqueles casos em que, não obstante a proibição constitucional, efetivamente trabalhou” (TRF4, EINF 5010723-55.2012.404.7200, Terceira Seção, Relator p/ Acórdão Celso Kipper, juntado aos autos em 15/05/2014).

Note-se que referida interpretação acaba celebrando o reconhecimento da diferença múltipla para a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, pois leva em conta a existência de peculiaridades da categoria identitária (a categoria rurícola e, mais especificamente, indígena), ou seja, o início precoce da atividade laboral e da contração de núpcias, para conferir prerrogativas à mulher em condição gravídica que esteja nesse contexto. Trata-se, pois, de um mecanismo de promoção da igualdade, uma vez que, a par de estabelecer critérios diferenciados à concessão do benefício, proporciona igualdade de oportunidades frente às necessidades específicas.

Contudo, atente-se que tal interpretação foi fruto de um processo evolutivo, na medida em que, não muito tempo atrás, no ano de 2010, o 3º Tribunal Regional Federal já havia se posicionado, nos autos de Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública nº 0003802-35.2010.4.03.0000, que, embora existissem peculiaridades culturais no caso dos indígenas, não se poderia reconhecer à índia o direito ao salário-maternidade antes dos 16 (dezesseis) anos de idade com fundamento em sua cultura, pois isso “implicaria em afrontar o direito de tantos que muito antes dessa idade trabalham na lavoura e não têm, a partir da EC n. 20, o reconhecimento da condição de segurados da previdência social”. Dessa forma, acabar-se-ia acentuando as desigualdades sociais ao invés de erradicá-las, e, por conseguinte, contrariar-se-iam os objetivos do Estado Democrático de Direito. (TRF3, Agravo de Instrumento nº

0003802-35.2010.4.03.0000/SP. Relator: Des. Federal Marisa Santos. Julgado em: 30 mar. 2010. Publicado em: 09 abr. 2010).

Entretanto, essa lógica vem sendo superada por decisões fundamentadas principalmente no fato de que o limite mínimo de idade é garantia constitucional imposta em prol da criança e adolescente e que, por isso mesmo, não pode prejudicá-los nos casos em que efetivamente trabalharam - interpretação essa que fora aplicada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE 104.654-6/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado unânime em 11.03.86, DJ 25.04.86, p. 6.514), e no fato de que, se assim não fosse, configurar-se ia uma dupla punição tanto pela vida quanto pelo direito, pois além de ter sido obrigado ao trabalho em tenra idade, sem se valer da proteção da família e do Estado, não o teria considerado para fins previdenciários – razão exposta pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos de Recurso Especial nº 331.568/RS, por exemplo (STJ, RE 331.568/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado unânime em 23.10.2001, DJ 12.11.2001).

Por conseguinte, a vedação ao trabalho infantil não é absoluta, sendo cabível o reconhecimento da condição de segurado especial aos que exercem atividades rurícolas a partir dos 14 anos de idade. O mesmo valeria para o caso dos indígenas, que, por suas características culturais e sociais exercem precocemente o trabalho agrícola, além da constituição de família e início à prole. Cai por terra, desta forma, eventual alegação de ferimento à isonomia social, pois a lógica não se constrói somente a partir da situação indígena, mas se estende a ela; não para menos, haja vista que, se assim não fosse, estar-se-ia estabelecendo uma discriminação injustificada em face de um grupo social constitucionalmente protegido.

Assim, uma vez reconhecida a condição de segurada, cabível a concessão do benefício de salário-maternidade. Desta forma, as decisões reconhecendo o direito ao salário-maternidade às indígenas menores de 16 (dezesseis) anos das mais diversas etnias está se proliferando, encabeçadas pelos Ministérios Públicos Federais das mais diversas regiões, buscando-se que a idade não seja um impedimento sumário para o processamento e análise dos pedidos administrativos ao benefício em comento.

Nesta perspectiva, como mencionado anteriormente, está-se diante de uma forma de efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher frente à diferença múltipla, porquanto, ao levar em consideração as especificidades étnicas (neste caso, indígena) contidas dentro do grupo social mulher, objetivou a promoção de direitos que garantam a livre e consciente reprodução humana (além de assegurar a proteção integral do infante), refletida nos parâmetros do multiculturalismo e do pluralismo jurídico. É como se nota das

considerações feita pelo Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira, Procurador da República, em sua sustentação oral, nos autos de Ação Civil nº 5010723-55.2012.404.7200, também levadas a efeito nos fundamentos de decisão do Juízo (TRF4, AC 5010723-55.2012.404.7200, Quinta Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17/09/2013):

Aqui, temos um conflito, uma colisão de direitos, um conflito multicultural na aplicação de direitos posta dentro do nosso Estado [...]. A Constituição determina, impõe uma situação de pluralismo jurídico relativamente a essas comunidades e, portanto, ela impõe, por parte do Estado, da sociedade, de todos nós e sobretudo desta Turma, que hoje tem que desatar esse nó em torno do auxílio-maternidade, a obrigação de olhar diferentemente para a adolescente índia e para a adolescente não índia. [...]

Talvez haja alguma distorção pela forma de registro, nós próprios conhecemos índios velhos, mas os abissais índices de mortalidade, inteiramente diferentes daqueles que presenciamos, fazem com que a idade média do índio no Brasil seja de 37 anos, e, portanto, a gravidez na adolescência não é uma gravidez precoce, é uma condição de sobrevivência dessas etnias, é a forma de organizar a vida, e, portanto é aquela diferença que, se tratarmos com igualdade, no dizer de Boaventura, descaracterizaremos essas comunidades. “Temos direito à igualdade quando a diferença nos inferioriza e temos direito à diferença quando a igualdade nos descaracteriza”.

Dessa forma, conclui-se que a concessão vanguardista do salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos pelos tribunais brasileiros representa a coroação do reconhecimento da diferença múltipla com vistas à plena efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, porquanto, por meio da detecção de especificidades identitárias dentro da categoria de gênero (nesse caso, das práticas culturais indígenas que envolvem a mulher e sua precoce iniciação na vida laboral e conjugal), possibilite o amplo exercício da sexualidade e reprodução.

Considerações Finais

Abordar os direitos sexuais e reprodutivos de titularidade da mulher ainda é um desafio, porquanto esbarrem em uma visão tradicionalista e machista historicamente assumida pelo ordenamento pátrio e importem em vastos horizontes de discussão, mormente relacionados ao desenvolvimento biotecnológico e à atuação estatal efetiva e eficiente.

Ora, se já era difícil conceber a mulher como titular de direitos, quiçá aqueles relativos à sexualidade e reprodução, questões estas sempre aventadas com caráter limitador pelos Estados, paradigma este que só mudou com o advento dos movimentos feministas e, essencialmente, com a elaboração da Convenção Internacional sobre População e Desenvolvimento- CIPD (Convenção do Cairo) de 1994 e da IV Conferência Mundial Sobre a

Mulher, Desenvolvimento e Paz (Convenção de Pequim) de 1995, trazendo os direitos sexuais e reprodutivos da mulher definitivamente para a pauta de discussão governamental.

Trata-se, pois, de uma conquista feminina para o pleno alcance da igualdade em todos os seus aspectos, exigindo muitas vezes uma interpretação jurisprudencial extensiva, na medida em que sua regulamentação não alcança todas as especificidades em destaque, isto é, a isonomia em sua terceira óptica: a diferença múltipla. É o caso, como o presente trabalho procurou discorrer, da concessão de salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos, que encontra duas intersecções identitárias: a categoria de gênero e o eixo cultural.

Como se pode perceber, a cultura indígena possui peculiaridades que não podem ser descartadas quando na promoção de políticas públicas protetivas (lógica esta, aliás, já utilizada no Estatuto do Índio, na previsão constitucional e em outras regulamentações correlatas, inclusive de cunho internacional). No caso da sexualidade e reprodução femininas, ganha destaque, essencialmente, o precoce início da vida conjugal, o que, somando-se ao prematuro desenvolvimento das atividades laborativas, devem ser considerados para a eventual concessão do salário-maternidade (que, frise-se mais uma vez, tem como fim último a proteção integral do recém-nascido).

Dessa forma, não obstante os entraves legais, tal prerrogativa conferida de forma vanguardista pela jurisprudência consubstancia-se em um importante exemplo de atuação protetiva e observância da diferença múltipla, e passa a representar um grande passo no processo de empoderamento da mulher.

Referências

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

_____. Decreto nº 3048, de 06 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>.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>.

_____. Decreto nº 6.122, de 13 de junho de 2007. Dá nova redação aos arts. 97 e 101 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6122.htm>.

_____. Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>.

_____. Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994. Dá nova redação aos arts. 387 e 392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, altera os arts. 12 e 25 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e os arts. 39, 71, 73 e 106 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, todos pertinentes à licença - maternidade. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1951/..%5C1994%5C8861.htm>>.

_____. Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm>.

_____. Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm>.

_____. Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm>.

_____. Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013. Autoriza a Companhia Nacional de Abastecimento a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 0003802-35.2010.4.03.0000/SP. Relator: Des. Federal Marisa Santos. Julgado em: 30 mar. 2010. Publicado em: 09 abr. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5ª Turma. AG nº 2003.04.01.007754-7/RS. Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira. Publicado em: 4 jun. 2003.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 5ª Turma. AC 5010723-55.2012.404.7200. Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Juntado aos autos em: 17 set. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Seção. EINF 5010723-55.2012.404.7200. Relator Celso Kipper. Juntado aos autos em: 15 mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. RE 331.568/RS. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgado em: 23 out. 2001. Publicado em: 12 nov. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 2012/0030825-8. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Publicado em: 28 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 104.654-6/SP. Rel. Min. Francisco Rezek. Julgado em: 11 mar. 1986. Publicado em: 25 abr. 1986.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. *Nupcialidade, Fecundidade e Migração*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. p. 01-349. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf>.

CRUZ, Isabel Cristina Fonseca da. A sexualidade, a saúde reprodutiva e a violência contra a mulher negra: aspectos de interesse para assistência de enfermagem. *Rev. esc. enferm. USP*, São Paulo, v. 38, n. 4, p. 448-457, Dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342004000400011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 ago. 2015.

DIAS, Maria Berenice. SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. *Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei*. Jan/2008. Disponível em: <<http://mariaberenice.com.br/pt/direito-das-familias.dept>>.

MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v.13, n. 3, p. 483-505, set./dez. 2005.

ONU – Organização das Nações Unidas. Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento. *Programme of Action of the International Conference on Population and Development*. Cairo, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/icpd/icpd-programme.cfm#ch7>>.

_____. Plataforma de Ação de Pequim. *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Pequim, 1995. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-pequim.pdf>>.

PEGORER, Mayara Alice Souza. *Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a atuação estatal: o respeito à diferença múltipla como fator orientador de políticas públicas de gênero*. 2013.161 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho-PR, 2013.

PIERUCCI, Antonio Flavio. Ciladas da diferença. *Tempo Social - Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 2, p. 07-33, 2. sem. 1990. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v022/CILADAS.pdf>>.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 328-358.

PRONI, THAÍSSA TAMARINDO DA ROCHA WEISHAUPT. *Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal*. 2012.108 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo - SP, 2012.

RAMINELLI, Ronald. Eva tupinambá. In: PRIORI, Mary Del [Org.]. *História das mulheres no Brasil*. 10 ed. 1ª reimp. São Paulo: Contexto, 2012. p. 11-44.

RAMOS, Luciana de Souza. *O reflexo da criminalização das mulheres delinquentes pela ausência de políticas públicas de gênero. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos*. Anais do XIX CONPEDI. 1ed. Florianópolis: BOITEUX, 2010, v. , p. 1202-1215.