



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015901-31.2014.4.03.6100/SP

2014.61.00.015901-3/SP

D.E.

Publicado em 17/05/2019

RELATOR : Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
APELADO(A) : MARCO ANTONIO ALVES RIBEIRO
ADVOGADO : SP350938 BIOVANE RIBEIRO e outro(a)
No. ORIG. : 00159013120144036100 12 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO CUJA PROLE FOI CONCEBIDA POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.

1 - A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia.

2 - Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância.

3 - Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade.

4 - A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, têm-no.

5 - A finalidade dos institutos das licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevalente a finalidade extrapatrimonial.

6 - A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. Precedentes.

7 - Atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

8 - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR, ACOMPANHADO PELO VOTO DO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, ESTE COM RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL, E DO SENHOR JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO.

São Paulo, 07 de maio de 2019.

SOUZA RIBEIRO
Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0015901-31.2014.4.03.6100/SP

2014.61.00.015901-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO
APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
APELADO(A) : MARCO ANTONIO ALVES RIBEIRO
ADVOGADO : SP350938 BIOVANE RIBEIRO e outro(a)
No. ORIG. : 00159013120144036100 12 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra sentença (fls. 213/216v) que, ratificando tutela antecipada anteriormente conferida (fls. 44/47), julgou procedente o pedido de concessão do benefício previdenciário de salário-maternidade ao ora apelado, pai solteiro de um casal de gêmeos concebidos por meio de um procedimento de fertilização *in vitro*.

Apela o ente público (fls. 219/225v) requerendo, em síntese, a reforma da sentença, julgando-se improcedente o pedido.

É o relatório.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO: Está-se diante de caso de pedido de benefício de salário maternidade ao pai solteiro, por analogia, sob cujo pano de fundo estão os *facta* narrados na inicial nos seguintes termos:

"(...)
O autor é pai de Carmen Esteves Ribeiro e João Alves Ribeiro, nascidos em 31/08/2014, prematuramente, conforme faz prova o documento 03 em anexo, por meio do processo de fertilização in vitro, realizado em 13/02/2014. Sendo ele, portanto, pai solteiro.
O parto foi realizado no hospital Umass, no Estado de Massachusetts nos Estados Unidos da América. As crianças estão na UTI devido ao nascimento prematuro.
As crianças possuirão dupla nacionalidade, serão registradas em Massachusetts e posteriormente na embaixada Brasileira nos Estados Unidos da América, unicamente em nome do autor, pai solteiro sendo que após o período de readaptação o pai retornará ao Brasil com seus filhos.
(...)", fls. 03v/04, grifos conforme o original.

Em síntese, os principais fundamentos aventados na exordial calcam-se em quatro pilares:

- (1) numa interpretação analógica da Lei 12.873/13, que trouxe o direito da licença-adotante indistintamente a homens e mulheres;
- (2) no princípio da isonomia, consubstanciado no art. 5º, caput e I, e ainda no art. 3º, IV da CF, como objetivo fundamental da República;
- (3) no princípio da proteção absoluta do interesse da criança e do adolescente, conforme previsão do art. 4º do ECA;
- (4) no princípio constitucional da proteção especial à família, estampado no art. 226, caput da CF.

Aduz, ainda, outras considerações de menor relevância.

Na sentença, a MM. Juíza *a quo*, ao fundamentar o *decisum*, traz à tona uma interpretação teleológica dos dispositivos que versam sobre a licença maternidade e a licença adotante.

Argumenta que a finalidade desses institutos não está atrelada a um mero privilégio pessoal do trabalhador, de ordem patrimonial, mas sim, essencialmente, à proteção da família e do melhor interesse do infante, uma *mens* de ordem extrapatrimonial. Traz, para corroborar seu entendimento, diversos precedentes.

Já a apelante, em sua fundamentação, escora-se essencialmente no princípio da legalidade, expondo que não há previsão legal para conferir a benesse da licença maternidade ao servidor público homem. Argumenta, ainda, que toda a retórica analógica do ora apelado está afeta à legislação do RGPS, sendo que, no regime próprio -que é o caso dos autos- não há qualquer previsão legal favorecedora das analogias requeridas pelo servidor. Traz, também, precedentes.

Assim, bem postos os baldrames trazidos pelas partes para apoiar suas pretensões, bem como os esculpido pelo magistrado *a quo* para fundamentar a sentença objurgada, há que se ponderar pela melhor solução ao deslinde da causa.

Entendo, nesse caso, ser de rigor a manutenção da sentença.

É inquestionável e incontroversa a ausência, na espécie, de previsão legal específica para concessão do benefício do salário maternidade ao pai solteiro, que faz gerar sua prole por meio de tecnologia biomédica (no caso, fertilização *in vitro* e gestação por substituição).

Todavia, é certo que, diante das lacunas do direito, ao magistrado é dado julgar por analogia, conforme se depreende do art. 4º da LINDB:

*Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Por certo, é tema moderno e de alta relevância a preocupação dos tribunais e do legislador com a proteção das diversas formas de família que se apresentam na sociedade.

Essa preocupação não escapa às questões previdenciárias, conforme se vê de recentes alterações legislativas, como a que introduziu no ordenamento a licença-adotante.

Como cerne basilar que orienta essas novas tendências estão, sem dúvida, os princípios da proteção à família e do melhor interesse da criança e do adolescente, ambas construções modernas, com fundamentos constitucionais bem consolidados.

Ora, na espécie, é inequívoco que a sentença *a quo* trouxe a solução que mais atende aos multicitados princípios.

Há cada vez mais fartas evidências científicas de que a presença e o contato físico e emocional dos pais com seus filhos na primeira infância é fundamental para o desenvolvimento da criança (v.g. matéria divulgada na publicação *Scientific American* a respeito: *How Important Is Physical Contact with Your Infant?*, <https://www.scientificamerican.com/article/infant-touch/>).

Justamente com o intuito de proteger os interesses desses infantes, promulgou-se a Lei 13.257/16, o chamado Estatuto da Primeira Infância, que dispõe sobre os direitos das crianças de até 6 (seis) anos. Nos arts. 3º e 8º, caput desse diploma, pontifica-se:

*Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a **garantir seu desenvolvimento integral**.*

(...)

*Art. 8º O **pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação**, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.*

Assim, se a ciência atesta que a presença perene dos pais é imprescindível ao desenvolvimento integral dos bebês, não é possível ver obediência ao art. 3º do Estatuto da Primeira Infância se se vedasse ao pai, no caso dos autos, o direito de estar junto a seu filho, no gozo de licença para esse fim.

De fato, esse deve ser o paradigma para a escorreita interpretação do instituto das licenças parentais: o melhor interesse da criança.

O direito, como se sabe, é de lenta e paulatina construção, seja sob o viés legislativo, seja sob o viés jurisprudencial. Não há como fazer ser punido aquele que, por fruir dos avanços das ciências, não conseguiu que as leis o acompanhassem a tempo.

Nessa direção, também, caminham os Tribunais Superiores. Em recente julgado, da lavra do E. Min. Roberto Barroso, o C. STF fez igualar todos os prazos das licenças adotante e maternidade do ordenamento. Veja-se, na ementa, a fundamentação do julgado, e como ela exala abundância do moderno ferramental principiológico supra exposto:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

*1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da **dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor**.*

*2. As crianças adotadas constituem grupo **vulnerável e fragilizado**. Demandam **esforço adicional** da família para sua adaptação, para a criação de **laços de afeto** e para a **superação de traumas**. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. **Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente**.*

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês.

Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças e jovens velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada".

(RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Ora, se relevada a proibição de que os filhos nascidos por técnicas modernas de gestação sub-rogada, de pais solteiros, não tenham a companhia destes na primeira infância (que é a consequência de se negar a licença parental requerida na espécie), evidentemente estar-se-á violando o princípio da isonomia material, bem como o da vedação à proteção deficiente.

Ressalte-se que esta orientação está firmada na Constituição Federal, em diversas normas que expressam tais princípios.

Nesse teor, o artigo 226 dispõe que o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, portanto, também à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso; o artigo 227 assenta ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, diversos direitos, dentre os quais o da dignidade e da convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência ou discriminação, além de estabelecer, no § 8º, o princípio da isonomia entre os filhos em qualquer condição, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, devendo-se-lhes garantir os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; bem como, no artigo 229, estabelece-se o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

CAPÍTULO VII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Esse conjunto de normas e princípios constitucionais conduz à interpretação supra exposta, no sentido de que ao menor que se vê desassistido pela mãe, naquele momento inicial da vida em que mais se faz necessária a sua presença para garantir um desenvolvimento físico, emocional, mental e espiritual sadio, deve ser garantido o direito à assistência familiar expressa na presença do pai que procurará suprir tal carência em igual período de tempo que a lei garante às genitoras.

Não bastantes todos esses fundamentos, é ainda importante assentar a existência de precedentes nessa direção. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1- O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade).

2- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

3- No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

4- Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

5- O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

6- Agravo a que se nega provimento.

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 494078 0036057-75.2012.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2013)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. NASCIMENTO DE MÚLTIPLOS. CONCESSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE COM A MESMA DURAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE. VALOR DO

AUXÍLIO-NATALIDADE DEVIDO POR CADA FILHO. APLICAÇÃO DA EQUIDADE. FINS SOCIAIS E EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM.

PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PRIORIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS.

1. A Constituição Federal, em seu art. 226, garante proteção especial do Estado à família e à criança. O art. 227, prevê como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, bem como à convivência familiar. O art. 229, por sua vez, estabelece o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.

2. O nascimento de múltiplos, no caso em julgamento de gêmeos, requer o acompanhamento de mais de uma pessoa para o atendimento das necessidades básicas dos recém-nascidos.

3. A presença do pai e sua participação na rotina dos bebês são fundamentais no desenvolvimento da relação de convivência e de afeto entre pais e filhos, autorizando a concessão da licença-paternidade com a mesma duração da licença-maternidade.

4. Em caso de parto múltiplo, o valor do auxílio-natalidade deve ser multiplicado pelo número de filhos. Inconstitucionalidade incidental do § 1º, do art. 196, da Lei nº 8.112/1990.

5. A utilização da equidade, especialmente nos casos em que a lei não oferece decisão adequada, encontra respaldo na Lei dos Juizados Especiais.

6. Parcial provimento para que a atualização monetária e juros seja em conformidade com o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação da Lei n. 11.960/2009, incluindo a taxa referencial e os juros de forma simples, conjuntamente, desde quando devidos os valores em atraso.

(RECURSO CÍVEL Nº 5009679-59.2016.4.04.7200/SC, RELATOR JOÃO BATISTA LAZZARI, 3ª Turma Recursal de Santa Catarina, j. em 27/04/2017)

Ante o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

SOUZA RIBEIRO
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO:10073

Nº de Série do Certificado: 10A5160804515019

Data e Hora: 08/05/2019 16:53:29
