

Apelação Cível - Turma Especialidade I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial

Nº CNJ : 0143171-21.2015.4.02.5101 (2015.51.01.143171-5)
RELATOR : Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
APELANTE : INSS-INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR : PROCURADOR FEDERAL
APELADO : JULIANA PIRES DA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : RAQUEL PEREIRA DE CASTRO ARAUJO
ORIGEM : 31ª Vara Federal do Rio de Janeiro (01431712120154025101)

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO. REMESEA EX OFFICIO SALÁRIO MATERNIDADE. PARTO E MÃE NÃO GESTANTE. DUPLA MATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. DIMENSÃO DE NOVAS ENTIDADES FAMILIARES. DIREITO AO BENEFÍCIO POR UMA DAS MÃES. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. RECURSO E REMESEA IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

I - Trata-se de Apelação e Remessa Necessária de sentença, proferida pelo MM. Juiz Federal da 31ª Vara/RJ que julgou procedente o pedido, para, confirmando a tutela provisória anteriormente concedida, condenar o INSS na implantação de benefício de salário-maternidade em favor de Juliana Pires da Silva Ferreira, por cento e vinte dias a contar da implantação, cabendo ao empregador conceder a licença-maternidade pelo mesmo prazo.

II - É importante notar que o referido benefício não está ligado ao evento biológico ou à parturiente, mas sim ao melhor benefício à criança, conforme assegurado pela Constituição da República.

III - Recurso e remessa ex officio improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, à unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E À REMESEA EX OFFICIO**, nos termos voto do Relator, constante dos autos, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.
Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 2017.

Des. Fed. **MESSOD AZULAY NETO**

Relator

Apelação Cível - Turma Especialidade I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial

Nº CNJ : 0143171-21.2015.4.02.5101 (2015.51.01.143171-5)

RELATOR : Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

APELANTE : INSS-INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

PROCURADOR : PROCURADOR FEDERAL

APELADO : JULIANA PIRES DA SILVA FERREIRA

ADVOGADO : RAQUEL PEREIRA DE CASTRO ARAUJO

ORIGEM : 31ª Vara Federal do Rio de Janeiro (01431712120154025101)

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação e Remessa Necessária de sentença, proferida pelo MM. Juiz Federal da 31ª Vara/RJ que julgou procedente o pedido, para, confirmando a tutela provisória anteriormente concedida, condenar o INSS na implantação de benefício de salário-maternidade em favor de Juliana Pires da Silva Ferreira, por cento e vinte dias a contar da implantação, cabendo ao empregador conceder a licença-maternidade pelo mesmo prazo.

Em suas razões, e-fls. 01/10, afirma que: 1) A parte autora/recorrida busca a concessão do benefício de salário-maternidade NB 172.875.720-4, pelo fato do nascimento da sua filha Isabela Pedrine Pires de Almeida, fruto do seu casamento com Daniele Pedrine Antunes de Almeida. No caso, a parturiente não fora a Autora, mas sua esposa, que fruiu do benefício de salário-maternidade, concedido administrativamente, na forma do artigo 71 e seguintes da Lei 8213/91; 2) O Douto Juízo concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, confirmada em sede de sentença, ora apelada, determinando a implantação do benefício, acolhendo os argumentos autorais baseados na analogia a Jurisprudência Pátria que interpreta que o artigo 71-A, Lei 8213/91 deva ser aplicado ao casal homossexual que adote crianças, para que se tornem seus legítimos filhos, como uma forma de proteger a família formada, como determinam os artigos 226 e 227, CF; 3) Ressalta-se, por fim, que a concessão de salário-maternidade para segurada diversa da parturiente fora das hipóteses legais do art. 71-A e 71-B da Lei 8.213/91, à evidência, importa criação ou, no mínimo, a extensão **de (novo) benefício sem a correspondente fonte de custeio total**, o que é vedado não só para o legislador, mas também para o aplicador da lei ao caso concreto, nos termos do art. 195, § 5º, da Constituição Federal, sendo certo que, ante o caráter irrenunciável dos direitos sociais, tal óbice constitucional não é mitigado ou mesmo suplantado pela mera alegação de que a segurada que faz jus ao benefício previdenciário em tela não irá requerer o salário maternidade de forma concorrente com a Autora. Em tese, nada impede que a outra mãe (que não figurou como parte na presente lide e, assim, não se submeterá ao decidido nestes autos) venha a requerer administrativamente o benefício previdenciário e lhe seja deferido, gerando ônus injustificado e não previsto do ponto de vista atuarial e legal, à Previdência Social.

Contrarrazões às fls. 228/237, requerendo a manutenção da r. sentença apelada.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela ausência de interesse público (e-fl. 243).
É o relatório.

Des. Fed. **MESSOD AZULAY NETO**

Relator

Apelação Cível - Turma Especialidade I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial

Nº CNJ : 0143171-21.2015.4.02.5101 (2015.51.01.143171-5)
RELATOR : Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
APELANTE : INSS-INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR : PROCURADOR FEDERAL
APELADO : JULIANA PIRES DA SILVA FERREIRA
ADVOGADO : RAQUEL PEREIRA DE CASTRO ARAUJO
ORIGEM : 31ª Vara Federal do Rio de Janeiro (01431712120154025101)

VOTO

Trata-se de Apelação e Remessa Necessária de sentença, proferida pelo MM. Juiz Federal da 31ª Vara/RJ que julgou procedente o pedido, para, confirmando a tutela provisória anteriormente concedida, condenar o INSS na implantação de benefício de salário-maternidade em favor de Juliana Pires da Silva Ferreira, por cento e vinte dias a contar da implantação, cabendo ao empregador conceder a licença-maternidade pelo mesmo prazo.

Inicialmente, frise-se que não restaram demonstrados elementos que traduzam a criação de privilégio ao percepimento de salário maternidade por um dos cônjuges de casal homossexual. É de se notar que o requerimento é de apenas um benefício, tendo sido escolhido voluntariamente pelas mães qual delas seria beneficiária direta.

Tendo a dupla maternidade sido reconhecida judicialmente (e-fl. 51), em sede da ação de reconhecimento de Dupla Maternidade, processo nº 0150957-83.2015.8.19.0001, não se podem negar as consequências naturais deste estado. Sendo ambas as mães seguradas do INSS, qualquer delas tem direito a gozar da licença maternidade, desde que não onere a previdência para além do que seria devido caso se tratasse de uma família constituída de pai e mãe. Não havendo dupla percepção, não há privilégio. Há, apenas, exercício da esfera privada de liberdade do casal de mães.

É importante notar que o referido benefício não está ligado ao evento biológico ou à parturiente, mas sim ao melhor benefício à criança, conforme assegurado pela Constituição da República. Não restando demonstrada a ilegalidade ou ausência de fundamentação da decisão atacada, esta deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

A iterativa jurisprudência é no sentido do

‘ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF).
PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE,
COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA
E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA
DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO
CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº
4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao
art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE
DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA
DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO
SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A
PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO
CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO
VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA

SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do Preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmentetuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO

NÃO REDUCTIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração

civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo.

Imperiosidade da interpretação não-reductionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-políticocultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO

CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cesar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do

mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva." (STF, ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13- 10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001; ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14- 10-2011)

Considerando que, em cumprimento à decisão que concedeu tutela provisória, o benefício foi implantado com DIB e DIP em 01.03.2016 (fl. 197), não há condenação em atrasados.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso e à remessa necessária.**
É como voto.

Des. Fed. **MESSOD AZULAY NETO**
Relator