



PODER JUDICIÁRIO
JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL (436) Nº [REDAZIDO]-11.2022.4.03.6301 / 7ª Vara Gabinete JEF de São Paulo

AUTOR: [REDAZIDO]

Advogados do(a) AUTOR: KAYLINNE MARIA ARAUJO DE ANDRADE - SP348348, ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONCA - SP167704, JOBERSON ALEXANDRE PAIXAO - SP296294

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Vistos etc.

[REDAZIDO] ajuizou ação contra o INSS postulando o reconhecimento de seu direito ao benefício previdenciário de salário-maternidade, mediante a concessão de licença para "mãe não gestante" a ser obtida junto a seu empregador.

Alega a autora na inicial, em síntese, que possui vínculo empregatício com a empresa [REDAZIDO] convivendo em uma relação de união estável homoafetiva com a pessoa de [REDAZIDO]. Afirma-se que o casal optou pela criação de filhos, mediante procedimento de reprodução assistida, elegendo-se a consorte [REDAZIDO] como a responsável pela gestação, com data prevista para o parto gemelar estabelecida em 17.09.2022. Sustenta-se que a autora goza da condição jurídica de "mãe não gestante" dos gêmeos, *"e ainda que não carregue em seu ventre a prole futura, vem participando ativamente de cada fase da gestação, e está sendo submetida à estimulação mamária para lactogênese, por meio de medicamentos, sob supervisão e conduta mecânica, a fim de também promover a amamentação das crianças que irão nascer"* (item 10 da petição inicial). Aduz-se, também, que a autora formulou perante sua empregadora requerimento para concessão de licença-maternidade, pelo período de 180 dias, tendo a empresa negado o pedido, não restando outra alternativa à autora senão o ajuizamento da presente demanda. Pede-se, ao cabo, a concessão de tutela de urgência *"para que a Requerente possa gozar de licença maternidade pelo período de 180 dias, mediante apresentação da certidão de nascimento, considerando a participação da empresa em que a Requerente trabalha no programa empresa cidadã"* (item 61 da petição inicial).

DECIDO.

I) Do interesse de agir para a propositura da ação:

Primeiramente, considero comprovado à saciedade o interesse processual, não havendo que se cogitar de extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de prévio requerimento administrativo do benefício de salário-maternidade junto ao INSS.

É que a autora demonstrou, especialmente por meio da petição ID 259583857, que houve solicitação escrita de licença-gestante perante sua empregadora, pleito esse que foi *sutilmente* negado, o que se fez pela *recomendação* à autora para que deduzisse o mesmo pedido perante o INSS. Ocorre que, ao buscar apresentar requerimento perante a autarquia previdenciária, comprovou a autora que o sistema eletrônico do INSS não admite o processamento do pedido, orientando a requerente do salário-maternidade a solicitar o benefício junto ao seu empregador.

Trata-se de situação fática que evidencia, com indiscutível clareza, que a autora está sendo vitimada pelo relativo ineditismo de seu pedido de salário-maternidade a "mãe não gestante", não estando preparados para atender a essa nova realidade social nem o sistema eletrônico do INSS e tampouco os departamentos de recursos humanos ou jurídicos de grandes empresas, como aparenta ser a empregadora da autora.

Seja como for, exsurge desse vexatório "jogo de empurra" a pretensão resistida, a autorizar o ajuizamento da ação e o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário, como último refúgio da cidadania, em compasso com a garantia fundamental do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

II) Do fato relevante superveniente ao ajuizamento da demanda e, a partir dele, da comprovação do risco de perecimento do direito ("periculum in mora"):

Sobreveio ao ajuizamento da demanda fato relevante para a análise do pedido inicial, consistente no nascimento dos gêmeos [REDACTED] ocorrido em **24.08.2022** (certidões de nascimento - [REDACTED]).

A relevância desse fato, informado ao Juízo apenas em 29.08.2022, está na maximização do *caráter de urgência* do pedido formulado, pois se deve zelar, doravante, também pelo interesse dos menores, ainda mais quando existente prova nos autos a demonstrar que a autora, embora "mãe não gestante", terá atuação destacada na nobre missão de amamentação de seus filhos.

Com isso, tenho como já demonstrado, à saciedade, o risco de perecimento de direitos caso a medida "initio litis" não seja deferida, pois a manutenção do estado de coisas, sem a proteção da tutela judicial, imporá à autora o imediato retorno às suas atividades em sua empregadora, privando-a do contato permanente com os recém-nascidos, do que será consequência acentuado prejuízo à formação e à solidificação dos vínculos afetivos que devem unir a "mãe não gestante" à sua recém estabelecida prole.

III) Da plausibilidade do direito alegado:

Não basta, por evidente, ao deferimento da tutela, a *urgência* acima já reconhecida, havendo de haver, tanto quanto, *plausibilidade* no direito alegado. Noutras palavras, é preciso que o juiz se convença - ainda que em um juízo precário, prelibatório, suscetível a revisão oportuna - de que o Direito protege o interesse veiculado pela parte, sendo esperado que, em cognição exauriente (sentença), mantida a mesma conformação fático-probatória original, o pedido venha a ser julgado procedente.

Essa *antecipação do resultado útil do processo*, no caso concreto, a considero plenamente admissível.

O salário-maternidade, é sabido, trata-se de benefício previdenciário que existe para permitir ao segurado da Previdência Social que se ausente legalmente de sua atividade laboral sem prejuízo de sua remuneração, o que se faz em atenção ao interesse social (*rectius*: imposição constitucional) de se conferir especial proteção a todos os "vulneráveis", neste caso concreto representados nas crianças recém-nascidas [REDACTED]

A vulnerabilidade dessa parcela da cidadania - das crianças, ainda mais quando recém-nascidas - dispensa maiores considerações. É importante registrar, porém, que a lei previdenciária, atenta unicamente àquilo que usualmente acontece (*id quod plerumque accidit*), previa a concessão do benefício do salário-maternidade somente à segurada "mãe biológica", submetendo a uma *odiosa discriminação* todas as demais seguradas que, assim como as "mães biológicas", optassem pela criação de filhos, mas cujos vínculos não fossem estabelecidos pela gestação, pelo parto e pelo sangue; mas sim decorrentes de elevado espírito "maternal" de proteção, cuidado e bem-querer manifestado por meio de um processo judicial de adoção ou de guarda.

Esse *atraso civilizatório* foi corrigido, parcialmente, pela Lei n. 10.421/2002; e, definitivamente, pela Lei n. 12.873/2013, não mais havendo, desde então, qualquer discriminação, para fins de pagamento do salário-maternidade, decorrente da origem do vínculo que une a segurada a seus filhos, seja ele sanguíneo ou adotivo.

A novel legislação, embora bem-vinda, não foi suficiente para debelar, por si, outra forma não menos odiosa de discriminação: aquela atrelada à *orientação sexual* dos segurados e, por extensão, às mais modernas formas de exercício da *parentalidade*.

Gozam de proteção jurídica na atualidade, com efeito, as uniões homoafetivas, as quais podem ser formalizadas por meio de casamento civil devidamente registrado ou, se o caso, reconhecidas como entidades familiares de fato, em tudo equiparáveis à união estável havida entre homem e mulher. Em matéria de filiação, admite-se com tranquilidade, na atualidade, a adoção por casais homoafetivos, o que repercutirá na esfera previdenciária por meio da concessão do salário-maternidade a um dos adotantes, seja ele segurado homem ou segurada mulher, sob o pálio do art. 71-A da Lei n. 8.213/91 - na redação conferida pela Lei n. 12.873/2013.

O que a lei previdenciária, tal como posta na atualidade, não protege - e, por consequência, *discrimina* - são as situações de fato retratadas neste caso concreto.

É que aqui, bem se vê, não se trata de pedido de salário-maternidade formulado pela "mãe biológica", para quem a proteção jurídica exsurge da *gestação* e do *parto*, esteja ela solteira ou inserida em uma união hetero ou homoafetiva, já que todas e cada uma dessas realidades sociais está albergada no art. 71 da Lei n. 8.213/91. Tampouco se trata aqui de requerimento de benefício formulado por "genitor adotante", seja ele homem ou mulher; esteja ele solteiro, casado ou convivente; seja a união hetero ou homoafetiva; todas e cada uma dessas hipóteses protegidas juridicamente nos termos do art. 71-A da Lei n. 8.213/91. Trata-se, enfim, de segurada "*não gestante*" e "*não adotante*" e que, por *dupla exclusão*, encontra na lei previdenciária *desconfiança* quanto à sua "maternidade", e *incompreensão* quanto à sua postulação.

É preciso reconhecer, portanto, que a *maternidade*, na sociedade moderna, abrange a situação retratada nestes autos, em que os recém-nascidos [REDACTED] e [REDACTED] gozarão do *privilégio* de serem criados por duas mulheres que convivem em perfeita - e jurídica - união. Sendo ambas as mães as responsáveis legais dos menores, ambas gozam do atributo da "maternidade", e a lei previdenciária deve ser interpretada de maneira a ver contida - ou a fazer inserir - na norma jurídica a maternidade exercida pela "mãe não gestante", conferindo-lhe, assim, a proteção social rotineiramente conferida às formas mais tradicionais de maternidade (a biológica e a adotiva). Trata-se de interpretação constitucionalmente adequada, à luz da isonomia, pois é discriminatória a exclusão de toda e qualquer forma de "maternidade" da proteção previdenciária.

Finalizo com um par de fundamentos complementares.

O primeiro deles diz com a constatação de que a matéria objeto deste processo foi afetada, pelo Supremo Tribunal Federal, ao regime da repercussão geral (RE n. 1.211.446/SP, **Tema n. 1072/STF**).

A afetação da controvérsia ao regime da repercussão geral, entretanto, não constitui impedimento à apreciação da tutela de urgência neste caso concreto, haja vista que, no caso paradigmático citado, não houve expressa determinação de suspensão dos casos parelhos, e essa suspensão não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral, tal como já reconhecido pelo próprio STF (RE n. 966.177/RS-QO, j. 07.06.2017). Além disso, ainda que tivesse havido, pelo STF, determinação expressa de suspensão, certo é que o juiz, com fundamento no art. 314 do CPC, deverá sempre apreciar as medidas urgentes, de modo a evitar a ocorrência de danos irreparáveis, o que por si autorizaria a prolação da presente decisão.

O segundo e derradeiro fundamento decorre do fato de que despachei nos autos, em 01.09.2022, de modo a obter da parte autora esclarecimento quanto a situação de fato, o que fiz de modo a apreender se a "mãe biológica" das crianças

requerera ou viria a requerer, junto à Previdência Social, o mesmo benefício ora em comento.

É a resposta negativa a essa indagação, veiculada pela petição ID 261894849, o que autoriza, ao fim e ao cabo, a concessão da tutela de urgência, já que a lei previdenciária não estabelece, em nenhuma hipótese parelha à presente, a concessão de benefício previdenciário a ambos os genitores, sejam eles homens ou mulheres, seja o vínculo com a criança biológico ou adotivo. Assim, a mesma isonomia que alberga o pedido da autora no cenário fático aqui descerrado imporia que tal pedido fosse denegado caso a "mãe gestante" de [REDACTED] fosse agraciada pelo salário-maternidade, sob pena de se conferir à autora - e, por extensão, à modalidade de relação familiar que ela representa - um tratamento privilegiado em detrimento de todas as demais formas de convivência familiar.

Ante o exposto, **DEFIRO** a tutela de urgência de caráter antecipado requerida na petição inicial, o que faço para determinar ao INSS a imediata implantação, em favor da autora, do benefício de salário-maternidade, uma vez presentes os requisitos legais e pelo prazo autorizado pela legislação, devendo o réu abster-se de negar o benefício tão somente por conta da condição de "mãe não gestante" da autora.

Expeça-se o necessário para o imediato cumprimento da ordem.

Promova a autora, no prazo de 5 (cinco) dias, a comprovação nos autos da cientificação da presente decisão à sua empregadora, para fins de cumprimento da exigência legal do afastamento da segurada de sua atividade, tal como previsto no art. 71-C da Lei n. 8.213/91.

Cite-se.

A citação dar-se-á com a ciência pela parte ré do presente ato, dispensado o mandado, nos termos da Resolução nº 482 da Presidência do TRF3, de 4/11/2021, que em seu artigo 13, *caput*, dispõe: "*Nos processos judiciais em curso perante o Sistema PJe, as citações e intimações das partes serão feitas via sistema.*" e o artigo 246 do CPC – "*A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça*".

Intimem-se.

São Paulo, 6 de setembro de 2022.

FABIANO CARRARO

Juiz Federal Titular

