



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
10ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Av Rio Branco, 243, anexo II - 12o. andar - Bairro: Centro - CEP: 20040-009 - Fone:
(21)3218-8104 - Email: 10vf@jfrj.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 0028053-89.2018.4.02.5101/RJ

AUTOR: -----

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

(A)

ajuizou ação ordinária pelo procedimento comum em face da **UNIÃO FEDERAL**, com pedido de antecipação de tutela, objetivando ordem judicial para que a Ré conceda licença-maternidade à Autora em virtude do nascimento de seus filhos previsto para maio de 2018. No mérito, requer a manutenção da liminar e a condenação da União em danos morais.

Como causa de pedir, alega que é militar e casada desde 16/06/2016 com ----, conforme certidão de casamento anexa e que por problemas de saúde que a impedem de levar uma gestação até o fim, fez tratamento de fertilização em clínica de reprodução assistida.

Afirma que para a fertilização dos embriões foram utilizados seus óvulos e espermatozoides de um doador anônimo, sendo a esposa da Autora a barriga solidária e que o tratamento resultou numa gravidez de gêmeos.

Assevera que em 10 de janeiro de 2018, comunicou verbalmente ao Chefe do Departamento Pessoal, sua situação com relação a gestação de filhos biologicamente seus, informando também que fazia tratamento no Hospital Fernandes Figueira de estimulação para amamentação e sua necessidade de usufruir da licença maternidade, contudo, não obteve resposta. Assim, diante da situação, formalizou pedido de consulta técnica, através de Circular Interna, para decidir sobre seu caso, posto que a Organização Militar não sabia como proceder.

Alega, que em 29/01/18, foi comunicada verbalmente pelo Comandante que a Circular Interna estaria incorreta e que não a

encaminharia para a Consultoria Técnica, posto que não fazia jus à licença-maternidade.

Sustenta que 30/01/2018, o mesmo Comandante lhe informou que o Almirante também entendia que a Autora não teria direito à licença-maternidade e que após seus questionamentos, foi conduzida à sala do Almirante onde passou por diversas situações humilhantes, entre elas, leitura pelo Oficial do significado da palavra gestante no dicionário, sendo comunicado também que nunca conseguiria outra licença que não fosse a licença paternidade e que se ela não quisesse essa licença, por vergonha ou qualquer outro motivo, então que poderia pedir licença para tratamento de saúde, afastamento médico ou antecipação de férias, mas que licença-maternidade ela não teria.

Por fim, aduz que apesar de ser a mãe biológica dos bebês, teve negado seu direito à licença-maternidade pela Administração militar, conforme Circular Interna.

Inicial acompanhada de procuração e documentos no Evento 1.

Decisão no Evento 4, deferindo a gratuidade de Justiça e o pedido de tutela antecipada.

Nos Eventos 5/7, documentos juntados pela Autora.

No Evento 13 – fls. 150/152, ofício do Comando do 1º Distrito Naval, informando o cumprimento da decisão proferida.

Petição da União no Evento 19, informando a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão proferida no Evento 4.

Regularmente citada a União Federal ofertou sua contestação no Evento 19 – fls. 328/331, sustentando ausência de previsão legal de licença maternidade quando os filhos são gerados em outro ventre, na constância de união homoafetiva, pugnando pela improcedência do pedido.

Réplica no Evento 30.

Juntada de certidão de nascimento dos filhos da Autora no Evento 31.

Petição da Autora no Evento 32, informando que seu pedido de prorrogação da licença-maternidade para 180 dias, foi indeferido, requerendo a concessão da licença, por mais 60 dias.

Decisão no Evento 35, deferindo a prorrogação da licença-maternidade à Autora.

Ofício do Comando do 1º Distrito Naval no Evento 44,

informando o cumprimento da decisão proferida no Evento 35.

Petição da União no Evento 47, juntando informações de fls. 373/411.

No Evento 48, nova petição da União, juntando informações de fls. 413/424.

Despacho no Evento 52, informando as partes sobre a migração do processo para o sistema e-Proc.

No Evento 62, foi a parte autora intimada sobre os documentos juntados pela União.

Petição da Autora no Evento 62, informando que foi dispensada do serviço militar.

Petição da União no Evento 66.

Ofício da 8ª Turma Especializada do Eg TRF2, no Evento 70, encaminhando cópia da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0003468-47.2018.4.02.0000. **É o Relatório.**

Passo a decidir

Quanto ao pedido de concessão da licença-maternidade.

O mérito da questão restou detidamente analisado na decisão proferida no Evento 4, que deferiu a tutela pleiteada pela Autora.

Não tendo sido apresentados novos argumentos capazes de afastar o entendimento firmado em sede liminar, mantenho-a por seus próprios fundamentos, utilizando-a, como razão de decidir da presente sentença. Veja-se:

(...)

A autora alega que é mãe biológica de gêmeos, sendo sua esposa quem está a gerá-los em seu ventre. Sua esposa não se encontra amparada pelo regime da previdência social comum (INSS), o que levou a autora a pedir licença – maternidade à sua organização militar. O pedido foi indeferido. A autora invoca o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88); a proibição constitucional a “qualquer tipo de discriminação” (art. 3º. CF/88); o direito constitucional previdenciário à licença – maternidade (art. 201, II da CF/88); o direito à licença – maternidade com base no art. 71 da Lei no. 8.213/91 e na Lei no. 13.109/2015; o art. 2º. do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ratificado pelo Decreto no.

592/92; o art. 23 do Pacto de São José da Costa Rica; o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e o art. 31, VI da Lei no. 6.880/80.

Não há lei que tenha regulamentado uma situação específica como a da autora.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana tem conteúdo vago demais, necessitando, ordinariamente, de complementação de seus significados através de normas legais e/ou regulamentares, e isso porque há necessidade de proceder-se a escolhas valorativas políticas, com base em outros princípios ou valores, como a “igualdade”, a “solidariedade” e a “justiça”.

Como resultado da inserção de princípios no corpo da Constituição Federal de 1988, e do reconhecimento das suas eficácias jurídica e vinculativa, em medida mais ou menos extensa, porém, sempre existente e aplicável em alguma proporção, somado ao crescimento da intervenção do Poder Judiciário no controle de demandas de massa, tipicamente relacionadas ao acesso às prestações públicas típicas da justiça distributiva, tornou-se comum a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento de reconhecimento judicial dos referidos direitos a a cargo da Administração Pública, como o presente caso ilustra.

Tornou-se o juiz, assim, também ele, um dos agentes habilitados a escolher as condutas a serem impostas à Administração Pública, por alicerçadas em princípios e valores os mais diversos, mesmo correndo o risco de fazê-lo com base em critérios personalísticos.

Não à toa, Luís Roberto Barroso adverte que “a utilização dos conteúdos mínimos da dignidade – valor intrínseco, autonomia e valor comunitário – não elimina de maneira absoluta a subjetividade do intérprete”. (A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Texto disponível em www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art2010121501.doc, acesso em 02.04.2018).

Mas, para fugir a alguma espécie de decisionismo arbitrário, de modo a que o juiz preserve seu papel de garantidor de valores e aspirações aceitos e desejáveis de realização em uma sociedade democrática, deve ele motivar suas escolhas, permitindo às partes, imediatamente, e à sociedade, indiretamente, avaliar se sua decisão correspondeu àquilo que posto e desejado pelo veículo consensual de maior

expressão – a Constituição Federal e os princípios, normas e valores que a conformam, explícita ou implicitamente.

Em nosso sistema constitucional, não há dúvida de que o regime jurídico dos servidores públicos militares é, assim como o dos civis, de natureza constitucional.

A resposta à invocação da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana passa então, e forçosamente, pelo exame da questão sobre se esse regime constitucional de servidores públicos militares, e inclusive naquilo que implementado em lei por expressa remissão da Constituição Federal, seria lacunoso em hipótese como a dos presente caso e, em sendo, se por isso seria materialmente inconstitucional e passível de controle e de acerto judicial mediante a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Que há lacuna, não há dúvida.

Se essa lacuna é violadora de direito fundamental da autora, a ponto de ferir a sua dignidade humana, é a resposta a ser alcançada, não a sua premissa.

A simples ausência de previsão normativa não pode significar, isoladamente, lesão à dignidade do servidor, na medida em que os direitos são criados por lei, mas a própria lei pode estabelecer condições para as suas aquisição e exercício - não raro, por exemplo, condicionando o último ao interesse público, no mínimo, para que alguma falta de pessoal não prejudique o andamento do serviço.

Sendo o regime jurídico dos servidores públicos militares antes de tudo um regime constitucional, segue-se que a própria Constituição Federal reconheceu certas características, intrínsecas em toda relação jurídica estatutária de serviços públicos, como o da necessária instituição de direitos, deveres e obrigações por lei e da predominância do interesse da Administração Pública sobre os interesses particulares de seus servidores, dentre outras, isso como regra geral.

Sendo certo, outrossim, que havendo um específico regime constitucional dos servidores públicos militares, não há como estender-se a eles princípios e normas típicos de outros regimes jurídicos, como o Previdenciário Comum, a não ser que alguma norma previsse essa aplicação subsidiária – o que não se dá para o caso ora sob exame.

Afasta-se, assim, para o presente caso, qualquer aplicabilidade das normas contidas nos arts. 201, II da CF/88 e 71 da Lei no. 8.213/91.

Creio que dificilmente se poderia reconhecer, na situação da autora, lesão ao seu “mínimo existencial”, compreendida a expressão como o “direito a determinadas prestações e utilidades elementares”.

O filho do casal estará sob o cuidado da autora e de sua esposa. Imaginase que se revezarão nesses cuidados, tanto quanto for possível, e que, nos dias em que se mostrar necessário, terão que buscar auxílio com algum parente, uma babá ou uma creche, situações que são de comum ocorrência com as pessoas, nem todas com possibilidade de valer-se de licença – maternidade – a autora mesma alega que sua esposa não poderá solicitá-la junto à Previdência Social - não por ser “autônoma”, ressalto, mas provavelmente por não ter contribuído pelo tempo mínimo de carência do benefício.

A autora busca extrair esse “direito a ter direito” do princípio da igualdade para com as servidoras militares destinatárias dos benefícios da Lei no. 13.109/2015.

Mas a Lei no. 13.109/2015 menciona as “gestantes” (art. 1º., “caput”) e liga essas a um elemento objetivo – o “parto” (art. 1º., § 1º.); em outras passagens, refere-se à “militar que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança”(art. 3º., “caput”).

Nenhuma dessas hipóteses corresponde à situação da autora e, como dito acima, decidir sobre se os direitos instituídos por leis devem ser estendidos a ela não é premissa, mas consequência.

O art. 142, § 3º. , VIII da CF/88 assegura aos militares o direito previsto no art. 7º., XVIII da mesma CF/88 “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

No RE no. 778.889, STF, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE 01º.08.2016, decidiu-se pela possibilidade de interpretação extensiva da “licença maternidade prevista no artigo 7º., XVIII da Constituição”, para o fim de estabelecer-se que ela “abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias”, tendo se apontado como fundamentos a “dignidade da pessoa humana”, a “igualdade entre filhos biológicos e adotados” e “a doutrina da proteção integral,

do princípio da prioridade e do interesse superior do menor”, e mais: que é “dever reforçado do Estado” assegurar à mulher “condições para compatibilizar maternidade e profissão”.

Não vejo como deixar de relacionar a proteção à “gestante”, prevista no art. 7º., XVIII da CF/88, com o direito social à “proteção à maternidade” estatuído no art. 6º. dessa mesma Constituição.

Norma essa que também reclama integração de seu conteúdo com outras normas instituidoras de direito a prestações públicas.

A essa altura, e possivelmente em futuro próximo com maior ocorrência, já é possível até haver gestação a partir da combinação de “um óvulo combinado de duas mulheres fertilizado com o sêmen do genitor, uma delas doadora do DNA mitocondrial não defeituoso, tudo a evitar doenças genéticas transmitidas pela mãe”, daí resultado filhos com “identidades genéticas diferenciadas”, portadores de “DNAs distintos, ou seja, advenientes de duas mães genéticas”

(<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/390392005/biodireito-umnovo-filho-da-ciencia>, acesso em 02.04.2018)

Diante da evolução dos métodos de gestação – e o caso da autora é exemplo da aplicação de um deles – há que se alargar o conceito de “gestante” para que venha a coincidir com o de “mãe”, não, porém, no seu significado biológico tradicional, ou em uma compreensão reducionista como alguém dotado de uma “função reprodutiva”, ou, de modo mais reducionista ainda, “capaz de amamentar”, mas no seu sentido de “papel social”, uma noção, portanto, eminentemente “cultural” e “aberta”.

Parece que, no mundo de hoje, importam menos as capacidades orgânicas e fisiológicas naturais necessárias para a geração de filhos e a satisfação de suas necessidades imediatas – como a amamentação, por exemplo.

E também parece ser difícil reconhecer ou não o direito a uma licença – maternidade com base na maior ou menor capacidade de se amamentar um filho, como se isso não pudesse ser provido por outros meios – inclusive, doações de leite materno, ou, historicamente, através de “amas de leite”.

Não sendo equivocado, talvez, argumentar que a amamentação depende mais de estímulo físico do que, propriamente, do fato de a mulher ter gerado a criança.

Aceitando-se a premissa de entender-se “mãe” como um “papel social” desempenhado por um indivíduo, e não como uma qualidade possível decorrente do sexo feminino biologicamente determinado, esse “papel” será de exercício dinâmico, e não estático.

Ou seja, em tese, nada obstará que um homem tivesse direito a licença – maternidade, desde que as circunstâncias de fato indicassem que esse seria o “papel” que estaria a desempenhar na vida familiar.

É legítimo contra-argumentar-se que a Administração Pública poderia vir a sofrer prejuízo relevante em sua capacidade de organizar o seu pessoal e os seus serviços, se dois de seus servidores fossem beneficiários, a um só e mesmo tempo, do mesmo direito a licença – maternidade, considerando-se o prazo de cento e vinte dias de sua duração.

Na medida em que, tratando-se de aplicação de critérios de justiça distributiva, há que observar-se a capacidade de satisfação das necessidades da coletividade pelo Estado – as necessidades, infinitas; a capacidade de satisfazê-las, limitada, ambas sempre e sempre – seria razoável admitir-se a repartição do tempo da licença pelos (as) dois (duas) servidores (as).

Entretanto, no presente caso, esse problema nem tem lugar, já que a autora informou, na inicial, que sua esposa não está a usufruir de igual direito nem mesmo sob o regime da Previdência Social comum.

(...)

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO DE 180 DIAS. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO" EM "BARRIGA DE ALUGUEL". DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. 1.

Hipótese em que a autora tendo realizado fertilização "in vitro" e gestação em "barriga de aluguel", em virtude das dificuldades em engravidar, pretende seja reconhecido o seu direito à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta dias) dias e não de 150 (cento e cinquenta) dias como deferido pela UFPE, bem como indenização por danos morais. 2. Devem ser computados aos prazos previstos nos artigos 207 e 210, da Constituição Federal, os prazos

estabelecidos nos Decretos n.ºs. 6.690/2008 e 6.691/2008, resultando o benefício de 180 (cento e oitenta) dias para a mãe gestante e 150 (cento e cinquenta) dias para a mãe adotante. 3. **A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi "in vitro" ou com "barriga de aluguel". Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos.** 4. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, conforme posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o mero dissabor não gera o direito à indenização por danos morais. 5. "O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige" (REsp 898.005/RN, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 528). 6. Apelação a que se nega provimento. (AC 00041612320114058300, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 Primeira Turma, DJE - Data:06/09/2012 - Página: 254.)”
(grifei)

Quanto ao pedido de indenização por dano moral.

O dano moral pressupõe sofrimento, um transtorno, uma perturbação, um abalo, uma ruptura da paz de espírito e da tranquilidade, exagerados, excepcionais, muito superiores aos aborrecimentos insignificantes que qualquer pessoa está sujeita na vida em sociedade e que, com a própria marcha do tempo, são imediata e plenamente esquecidos, sem deixar qualquer marca.

Não creio que, dos fatos narrados e do documento juntado no Evento 1 – fls.29/30, tenha havido ilícita geradora, por si só, de danos morais, inclusive considerando-se a sugestão de concessão de licença-paternidade.

Afinal, e como dito quando da própria medida liminar, simplesmente não havia norma legal ou regulamentar com base na qual a autoridade administrativa pudesse se orientar para decidir, e, mesmo assim, ofereceu o que lhe parecia uma proposta de solução razoável, e mesmo agora não se pode dizer que a resposta teria sido aberrante.

Talvez o presente caso possa ser considerado um "caso difícil" e que, se não tivesse sido o deferimento da medida liminar, aí sim, danos reflexos, como uma maior dificuldade na repartição de tarefas domésticas e de acompanhamento da própria gestação, poderiam ter acontecido, e então se poderia falar de danos morais indenizáveis.

Mas a medida liminar foi deferida, a autoridade administrativa cumpriu-a de imediato, e a vida pôde seguir.

Indefiro, por isso, o pedido de indenização por danos morais.

Isto posto, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LICENÇA - MATERNIDADE**, confirmando a tutela anteriormente deferida, mas **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido de indenização por danos morais. Condeno a União Federal, ainda, em honorários advocatícios, ora fixados em dez por cento do valor da causa, atualizado monetariamente, nos termos do art.85, § 3º do CPC, tendo em vista que o pedido principal era o de concessão de licença maternidade. Sem custas, face à gratuidade de Justiça.

Intime-se a União Federal, desta sentença, pessoalmente.

Oficie-se ao Exmo. Sr. Relator do Agravo de Instrumento nº 0003468-47.2018.4.02.0000, encaminhando-se cópia desta sentença.

Decorrido o prazo legal sem interposição de recurso, remetam-se os autos ao Eg. TRF-2a. Região, para reexame obrigatório, com as nossas homenagens.

P. I.

Documento eletrônico assinado por **ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jftrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510002827065v5** e do código CRC **e7775f12**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR Data
e Hora: 8/5/2020, às 12:56:5

0028053-89.2018.4.02.5101

510002827065 .V5

https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=511588973773678541876001815120&evento=5115889

...