

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5019632-23.2011.404.7200/SC

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública contra o **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**, com o objetivo de: a) reconhecer e declarar a inconstitucionalidade do artigo 71-A, segunda parte da Lei 8.213/91, b) ordenar à ré, sob pena de multa, que conceda salário-maternidade de 120 dias às seguradas que adotaram ou obtiveram a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente independentemente da idade do adotado, b) ordenar à ré, sob pena de multa, que prorogue o benefício do salário-maternidade, até que atinja o período de 120 dias, das seguradas que adotaram ou que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção e que se encontram em gozo do referido benefício, independentemente da idade da criança ou adolescente adotado, d) a fixação de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada caso comprovado de descumprimento da determinação judicial em desfavor do INSS; e) seja a ré compelida a promover ampla divulgação da sentença de procedência, ao menos duas vezes em jornal de ampla circulação nacional ou estadual, bem como no seu sítio na internet por tempo mínimo de 90 (noventa) dias, tudo a ser comprovado nos autos.

Afirma que até o ano de 2002 não havia no ordenamento jurídico brasileiro nenhum dispositivo legal que garantisse expressamente à segurada da previdência social que adotasse ou obtivesse guarda judicial para fins de adoção o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade. Relata que referidos direitos somente foram reconhecidos formalmente com a entrada em vigor da Lei nº 10.421/02, que modificou o art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que previa licença-maternidade somente para as gestantes (mães biológicas), e acrescentou à Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, o art. 71-A. Sustenta que existe um número elevado de crianças que se encontram destituídas do poder familiar, vivendo em instituições mantidas pelo Estado à espera de um novo lar. Salienta que a maior parte delas, porém, crescerá nesses abrigos públicos, uma vez que famílias que teriam condições de adotá-las deixam de fazê-lo em razão do medo, do preconceito e de vários outros mitos associados à adoção. Juntou documentos.

Postergada a análise do pedido de antecipação de tutela, foi indeferido o pedido de sigilo processual.

O Ministério Público Federal interpôs embargos de declaração.

Mantida a decisão inicial, o INSS foi citado e contestou. Suscitou preliminar de litispendência. Questionou a legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação contra o INSS. Sustentou a inadequação da via eleita para obter declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, usurpando-se a competência do STF. Afirmou que as leis que concedem vantagens, mormente pecuniárias, são aplicadas de forma estrita, não cabendo ao intérprete alargar sua área de incidência. Salientou que não se procede a extensão de benefícios por analogia ou interpretação extensiva. Ressaltou que não há qualquer direito de extensão do artigo 71-A da Lei 8.213/91, para que fosse ordenado que a autarquia concedesse o benefício de salário-maternidade de 120 dias às seguradas que adotaram ou obtiveram guarda independente da idade da criança, sem previsão legal. Argumentou que há empecilho de ordem constitucional a afastar a atuação do Judiciário como legislador positivo, o primado da independência e harmonia entre os poderes. Argumentou que a discriminação de prazo não tem por objetivo distinguir o filho adotivo e tampouco diferenciar a família formada pela adoção da família ligada por vínculos biológicos. Referiu que as razões para diferenciação dos prazos são a ausência de necessidade de recuperação da saúde da mulher pela ausência de parto e o fato de crianças maiores de um ano não dependerem de amamentação ou alimentação equivalente. Aduziu que ao empregador caberá custear o afastamento da empregada e não à Previdência, sob pena de violação à exigência constitucional de existência prévia de fonte de custeio. Salientou que impossibilidade de extensão do prazo do benefício sem a previsão de fonte de custeio encontra suporte na reserva do possível fática e jurídica. Juntou documentos.

Houve réplica.

Os autos foram conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir.

Não há que se falar em litispendência em relação à Ação Civil Pública ajuizada junto à Justiça Federal de São Miguel do Oeste, eis que a abrangência buscada na ação movida junto àquela subseção está restrita à sua área de atuação, ao contrário do que ocorre nestes autos, em que se busca a coisa julgada em âmbito nacional, ou subsidiariamente, em âmbito estadual. Neste caso, as ações deverão ser reunidas neste Juízo, que é o Juízo da capital do Estado, competente para apreciar um pedido mais abrangente. É o que já decidiu a Jurisprudência:

Processo
AG 200201000024419AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200201000024419
Relator(a)

DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS
Sigla do órgão
TRF1
Órgão julgador
QUINTA TURMA
Fonte
e-DJF1 DATA:24/09/2010 PAGINA:43
Decisão
A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento.
Ementa
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA POR CONTINÊNCIA (CPC, ART. 104). 1. Em se tratando de ação civil pública , a competência do Juiz Federal da Capital de Minas Gerais abrange toda a área territorial do Estado. Assim é que, proposta, na Seção Judiciária de Minas Gerais, ação civil pública com o objetivo de que sejam anuladas as autuações, e as penalidades respectivas, feitas pelo antigo DNER nas rodovias federais da região dessa unidade federativa e, tendo sido ajuizada outra ação civil pública com objeto menos abrangente na Subseção Judiciária de Uberlândia, impõe-se a reunião de ambas as demandas, em face da prevenção por continência (CPC, art. 104). Precedente. 2. Agravo de instrumento provido para determinar a remessa dos autos do processo originário (n. 2001.38.03.00.3196-9/MG) ao Juízo da 18ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais - Belo Horizonte, por prevenção ao Processo n. 2001.38.00.015839-0. ACÓRDÃO

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a matéria previdenciária é de grande relevância social, sendo o Ministério Público Federal parte legítima para ajuizar ação civil pública em tais casos. Com efeito, cabe ao Ministério Público tentar combater distorções existentes na sociedade, protegendo interesses de incapazes e desvalidos, sendo um dos fins das leis previdenciárias justamente dar guarida à população nestas situações de carência e imprevidência, quando a educação e manutenção de pessoas incapazes está em jogo. Cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Processo
RESP 200901028441RESP - RECURSO ESPECIAL - 1142630
Relator(a)
LAURITA VAZ
Sigla do órgão
STJ
Órgão julgador
QUINTA TURMA
Fonte

DJE DATA:01/02/2011

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** DESTINADA À TUTELA DE DIREITOS DE NATUREZA **PREVIDENCIÁRIA** (NO CASO, REVISÃO DE BENEFÍCIOS). EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. **LEGITIMIDADE** ATIVA AD CAUSAM DO **MINISTÉRIO PÚBLICO**. RECONHECIMENTO. 1. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, os interesses individuais homogêneos classificam-se como subespécies dos interesses coletivos, previstos no art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a Lei Complementar n.º 75/93 (art. 6.º, VII, a) e a Lei n.º 8.625/93 (art. 25, IV, a) legitimam o **Ministério Público** à propositura de **ação civil pública** para a defesa de interesses individuais homogêneos, sociais e coletivos. Não subsiste, portanto, a alegação de falta de **legitimidade** do Parquet para a **ação civil pública** pertinente à tutela de direitos individuais homogêneos, ao argumento de que nem a Lei Maior, no aludido preceito, nem a Lei Complementar 75/93, teriam cogitado dessa categoria de direitos. 2. A **ação civil pública** presta-se à tutela não apenas de direitos individuais homogêneos concernentes às relações consumeristas, podendo o seu objeto abranger quaisquer outras espécies de interesses transindividuais (REsp 706.791/PE, 6.ª Turma, Rel.ª Min.ª MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 02/03/2009). 3. Restando caracterizado o relevante interesse social, os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de tutela pelo **Ministério Público** mediante a **ação civil pública**. Precedentes do Pretório Excelso e da Corte Especial deste Tribunal. 4. No âmbito do direito previdenciário (um dos seguimentos da seguridade social), elevado pela Constituição Federal à categoria de direito fundamental do homem, é indiscutível a presença do relevante interesse social, viabilizando a **legitimidade** do Órgão Ministerial para figurar no polo ativo da **ação civil pública**, ainda que se trate de direito disponível (STF, AgRg no RE AgRg/RE 472.489/RS, 2.ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 29/08/2008). 5. Trata-se, como se vê, de entendimento firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição Federal confiou a última palavra em termos de interpretação de seus dispositivos, entendimento esse aplicado no âmbito daquela Excelsa Corte também às relações jurídicas estabelecidas entre os segurados da previdência e o INSS, resultando na declaração de **legitimidade** do Parquet para ajuizar **ação civil pública** em **matéria previdenciária** (STF, AgRg no AI 516.419/PR, 2.ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 30/11/2010). 6. O reconhecimento da **legitimidade** do **Ministério Público** para a **ação civil pública** em **matéria previdenciária** mostra-se patente tanto em face do inquestionável interesse social envolvido no assunto, como, também, em razão da inegável economia processual, evitando-se a proliferação de demandas individuais idênticas com resultados divergentes, com o conseqüente acúmulo de feitos nas instâncias do Judiciário, o que, certamente, não contribui para uma prestação jurisdicional eficiente, célere e uniforme. 7. Após nova reflexão sobre o tema em debate, deve ser restabelecida a jurisprudência desta Corte, no sentido de se

reconhecer a **legitimidade** do **Ministério Público** para figurar no polo ativo de **ação civil pública** destinada à defesa de direitos de natureza **previdenciária**. 8. Recurso especial desprovido.

Por outro lado, não vislumbro hipótese de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, já que o objetivo principal desta ação não é a declaração de inconstitucionalidade do texto legal, mas a correção do agir do INSS, que supostamente está a descumprir a Constituição e a prejudicar crianças que ficarão sem o acompanhamento dos pais adotivos. Com efeito, o Ministério Público apenas requereu a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, no caso concreto. Assim, o Supremo Tribunal Federal terá toda liberdade para reapreciar a matéria através de recurso extraordinário ou mesmo através de ação direta inconstitucionalidade, não havendo qualquer usurpação de competência da Suprema Corte. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso semelhante:

Processo
Rcl 600Rcl - RECLAMAÇÃO
Relator(a)
NÉRI DA SILVEIRA
Sigla do órgão
STF
Descrição
Votação: por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Resultado: julgada improcedente a Reclamação, ficando sem efeito a medida liminar concedida. Acórdãos citados: Rcl-337 (RTJ-164/832), Rcl-410 (RTJ-144/713), Rcl-434 (RTJ-154/13), Rcl-597, Rcl-602 (RTJ-184/408), ADI-493 (RTJ-143/724). Número de páginas: (57). Análise:(JBM). Revisão:(). Inclusão: 29/06/04, (JVC). ..DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA: SP - SÃO PAULO
Ementa
EMENTA: - Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da 'diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença'. 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu 'uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar'. 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1 - SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir

direito subjetivo dos substituídos. 7. Na **ação civil pública**, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a **inconstitucionalidade** de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo **STF** (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, **incidenter tantum**, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas **ações** coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da **declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na **ação civil pública**, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do **STF**. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a **usurpação**, pela Corte local, de **competência** do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na **ação civil pública** (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar

No que concerne ao mérito, entendo que o Princípio da Legalidade não pode ser analisado isoladamente, como pretende o INSS. Com efeito, a Constituição Federal é um todo, que deve ser interpretado em conjunto. Assim, o administrador público tem a obrigação de analisar se determinada lei não violará frontalmente a Constituição, devendo corrigir seus rumos quando houver prejuízo a crianças ou adolescentes, os quais são especialmente protegidos por nossa Carta Magna.

Assim sendo, o Poder Executivo ao vislumbrar a inconstitucionalidade manifesta de um texto legal, poderá editar uma medida provisória para corrigir o equívoco, não sendo dado ao INSS violar a Constituição sob o argumento de que estaria cumprindo o Princípio da Legalidade.

De outra parte, não vislumbro qualquer inobservância ao Princípio da Separação dos Poderes. Ao Poder Judiciário cabe analisar a constitucionalidade das leis e verificar no caso concreto se o agir do INSS está a respeitar os preceitos constitucionais. Caso tal argumento prosperasse, seria proibido ao Poder Judiciário examinar os atos do INSS, ficando a autarquia previdenciária livre para agir, sem que precisasse observar o texto constitucional, o que seria absurdo, já que haveria violação ao Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário, assim, está a exercer sua função precípua, a de fazer valer a Constituição, não permitindo que nossa Carta Magna seja apenas um mero papel, destituído de qualquer valor ou eficácia na vida diária. Por conseguinte, o Poder

Judiciário, ao fundamentar suas decisões, está a atuar no âmbito de sua competência, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Processo
RE 170782RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a)
MOREIRA ALVES
Sigla do órgão
STF
Descrição
Votação: Unânime. Resultado: Não conhecido. Número de páginas: (21). Análise:(ARL). Revisão:(RCO/AAF). Inclusão: 20/07/00, (MLR). Alteração: 01/02/06, (SVF). ..DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA: RS - RIO GRANDE DO SUL
Ementa
EMENTA: Educação. Calendário rotativo. - A única questão constitucional prequestionada foi a da alegada ofensa ao princípio da separação de Poderes . - Inexistência dessa violação, porquanto, no caso, o Poder Judiciário, por ter considerado o ato da Administração como ilegal e abusivo, fundamentando essa conclusão, se limitou a situar-se no terreno de sua competência. Recurso extraordinário não conhecido.

Quanto ao mérito propriamente dito, o artigo 71-A da Lei 8213/91, acrescido pela Lei 10.421/02 prevê a concessão de salário-maternidade à adotante e à mulher que obtiver a guarda para fins de adoção nos seguintes termos:

'À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. (incluído pela Lei nº 10.421, de 15.04.2002)'

É certo que a Constituição Federal tutela somente a licença à gestante, sendo o direito à adotante estendido por opção legislativa. Todavia, tal argumento não é capaz de afastar a discriminação inconstitucional que foi conferida aos filhos adotados.

Por outro lado, não vislumbro razoabilidade no argumento de que as razões de diferenciação são a ausência de necessidade de recuperação da saúde da mulher e o fato de que as crianças maiores de um ano não dependem de amamentação. É que uma criança adotada precisa de um período de aclimatação e adaptação à nova família, sendo indispensável a presença do pai, mãe ou responsável nos primeiros meses de adoção. O sucesso da adoção dependerá do total acolhimento e atenção dada pela mãe ao seu novo filho. Para isso, é preciso

tempo e dinheiro. Assim, ao não conceder tempo e recursos para seja perfectibilizada tal adaptação, o Estado está a desestimular a prática da adoção, sabendo que existem muitas crianças maiores de um ano de idade que precisam de proteção e atenção para sair das ruas e se tornarem cidadãos.

Com efeito, o artigo 227, § 6º da Constituição Federal expressamente proibiu qualquer discriminação, seja de qualquer tipo, entre os filhos adotivos e biológicos, como se percebe:

'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.'

Por conseguinte, não vislumbro dúvidas de que a equiparação de direitos entre os filhos adotados e os biológicos deva ser absoluta e total, sob pena de agressão à vontade do legislador constituinte, que exprimiu uma clareza inquestionável.

Neste sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal em caso análogo, reconhecendo o direito do auxílio-natalidade aos servidores adotantes, como se infere:

Processo
APELREEX 200671000217512APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
Relator(a)
VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Sigla do órgão
TRF4
Órgão julgador
QUARTA TURMA
Fonte
D.E. 01/03/2010
Decisão
Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, dar parcial provimento à apelação do Sindicato, à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Ementa
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUXÍLIO-NATALIDADE. SERVIDOR ADOTANTE. POSSIBILIDADE. SENTENÇA. ABRANGÊNCIA ESTADUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXO. 1.O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e

interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos seus filiados. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. 2. O direito à percepção de auxílio-natalidade por servidor adotante é matéria controvertida, porque ao princípio da isonomia opõem-se os da legalidade e da reserva orçamentária, todos de status constitucional e relevância jurídica equivalente. Não obstante, considerando a finalidade da norma legal - arts. 185, I, a, e 196 da Lei nº 8.112, de 1991 - de prover as necessidades imediatas daquele que passou a compor a unidade familiar, necessidades estas que, por serem próprias de qualquer criança, não se distinguem pelo vínculo (**biológico** ou afetivo) estabelecido com o servidor, tenho que a solução mais adequada é concedê-lo também ao servidor adotante. Em que pese o característico nascimento de **filho** seja essencial ao legislador, ter um **filho**, seja pelo vínculo **biológico** do nascimento, seja pela adoção, acarreta despesas ao servidor, o que justifica a percepção do auxílio pecuniário. 3. A Constituição Federal equiparou os **filhos adotados** aos naturais, proibindo qualquer tipo de **discriminação**, ao dispor que 'os **filhos**, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.' (Art. 227, § 6º, da CF). 4. Em se tratando de ação coletiva proposta por Sindicato de âmbito estadual, representativa dos trabalhadores do Poder Judiciário no Rio Grande do Sul, quaisquer que sejam os órgãos a que estejam vinculados, os efeitos da sentença somente alcançarão os associados com domicílio no Estado (art. 8º, III, da CF, c/c artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, acrescentada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001). 5. O quantum fixado na sentença a título de honorários advocatícios, por irrisório, não remunera, condignamente, o trabalho desenvolvido pelos profissionais que atuaram no feito. Em se tratando de litígio que envolve matéria singela e exclusivamente de direito, a dispensar produção de provas, o mais razoável é estabelecer um valor fixo, porque, além de o artigo 20, § 4º, do CPC, não impor a fixação de percentual incidente sobre o montante da condenação, neste caso, a adoção desse parâmetro seria temerário, ante a inexistência de elementos para estimá-lo (sendo absolutamente desconhecido) e o número significativo de substituídos abrangidos no título judicial.

De qualquer forma, é sabido que não é obrigação do empregador estimular a adoção de crianças. Ao contrário, é obrigação do Estado conferir um ambiente saudável às crianças. As crianças que não possuem pais devem ser adotadas, sem o que não poderão ter uma família, ficando privadas de uma educação saudável com afeto e respeito que somente uma família pode conceder.

Assim, não cabe ao empregador custear o afastamento da empregada que deseja adotar uma criança, já que o estímulo às adoções cuida-se de política pública de proteção às crianças e adolescentes sem amparo.

Por conseguinte, a regra da falta de custeio ou da reserva do possível não é aplicável no caso concreto, já que está em jogo o direito à dignidade humana. Tal caso poderia ser comparado ao já julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se obrigou o Município de São Paulo a fornecer creches para todas as crianças menores de cinco anos de idade. Mesmo que não haja previsão orçamentária para tanto, é o Princípio da Dignidade Humana que está em jogo, não podendo se alegar o Princípio da Reserva do Possível para se

inibir ou desestimular a educação e adoção de crianças em estado de desamparo. Cite-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que os interesses da criança devem ser preservados e não devem ser limitados por questões orçamentárias:

Processo
ARE-AgR 639337ARE-AgR - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a)
CELSO DE MELLO
Sigla do órgão
STF
Decisão
A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 23.08.2011.
Descrição
- Acórdãos citados: RE 99978 ED, RE 410715 AgR, RE 411518 AgR, RE 436996 AgR, AI 474444 AgR, RE 495740 TAR, RE 595595 AgR; RTJ 90/516, RTJ 147/994, RTJ 152/612, RTJ 153/1019, RTJ 158/693, RTJ 161/992, RTJ 164/158, RTJ 173/335, RTJ 174/687, RTJ 175/1212, RTJ 183/818, RTJ 185/794, RTJ 186/703, RTJ 199/1219; RT 808/253; RF 370/297; STJ: REsp 201378, REsp 784188, REsp 810017. - Decisões monocráticas citadas: ADPF 45, ADI 1484, RE 401673, RE 431773, RE 436996, AI 455802, AI 475571, AI 583136, AI 583553. - Legislação estrangeira citada: Art. 22; Art. 25, nº 1 e nº 2 da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana de 1948. - Decisão estrangeira citada: Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional Português. Fonte: Acórdãos do Tribunal Constitucional. vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa. Número de páginas: 48. Análise: 04/10/2011, SEV. Revisão: 13/10/2011, ACG. ..DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA: SP - SÃO PAULO
Ementa
E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS 'ASTREINTES' CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE

POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' - **RESERVA DO POSSÍVEL**, MÍNIMO EXISTENCIAL, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se **possível**, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz

inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À '**RESERVA DO POSSÍVEL**' E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na **dignidade** da pessoa **humana**, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da **reserva do possível** - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial **dignidade** da pessoa **humana**. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa **Humana**, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos

prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS 'ASTREINTES'. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A 'astreinte' - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

Doutrina

Neste sentido, o Excelso Pretório deixou bem claro que não é possível ao Estado transigir quando se está em jogo o direito das crianças e adolescentes. Com efeito, é indispensável que a criança adotada possua um contato e uma intimidade nos primeiros meses de adoção, a fim de que possa se adaptar à nova vida e se adequar à nova família. Se o pai ou mãe passar o dia no trabalho e não der a acolhida e o carinho necessário nos primeiros meses, é possível que a adoção não tenha sucesso, ficando o futuro da criança adotada perdido, podendo tal ser humano estar sujeito ao mundo da criminalidade e das drogas, o que seria extremamente prejudicial e indesejável para toda a sociedade.

Assim, o legislador não pode transigir e conferir um tratamento diferenciado aos filhos adotados, pois estaria sendo irresponsável, desestimulando a adoção de crianças desamparadas e sem futuro, as quais poderiam ter um rumo com o acolhimento e educação em uma família estável.

Por conseguinte, os custos com que o INSS arcará com tal benefício são ínfimos, se compararmos aos benefícios com a educação que terão as crianças adotadas, as quais necessitam de um período de adaptação. Somente o contato constante com os pais nos primeiros meses de adoção é que permitirá que a adoção tenha êxito. Sem tal estímulo, o INSS estaria a estimular a desagregação familiar, prejudicando justamente aquelas crianças que precisam de mais tempo e dedicação dos pais, até porque uma adoção não é uma situação simples de acolhimento e adaptação. As relações humanas são complexas e difíceis, não podendo se resumir a números da Previdência. Não pode o Estado se pautar em números e orçamento para decidir quando se trata do Princípio da Dignidade Humana.

Saliente-se que a urgência na apreciação e cumprimento da demanda é fundamental, pois a cada dia em que a discriminação é praticada uma criança adotada poderá ficar privada do contato com sua nova família, o que constitui perigo de dano irreparável.

Ante o exposto, **julgo procedente o pedido veiculado pelo Ministério Público Federal para deferir o pedido de antecipação de tutela, com efeitos nacionais, para determinar:**

a) seja suspensa a aplicação do disposto no artigo 71-A da Lei 8.213/91 para considerar a licença-maternidade à mãe adotiva como período de 120 (cento e vinte) dias independentemente da idade do adotado;

b) à ré, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao dia, que conceda salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias às seguradas que adotaram ou que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente independentemente da idade do menor, devendo o cumprimento da decisão ser comprovado nos autos no prazo de dez dias;

c) à ré, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao dia, que prorrogue o benefício do salário-maternidade, até que atinja o período de 120 dias, das seguradas que adotaram ou que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção e que se encontram em gozo do referido benefício, independentemente da idade da criança ou adolescente adotado, devendo a comprovação do cumprimento desta decisão ser comprovado nos autos dentro de dez dias;

d) fixo a multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada caso comprovado de descumprimento da determinação judicial em desfavor do INSS;

e) seja a ré compelida a promover ampla divulgação desta decisão, ao menos duas vezes em jornal de ampla circulação nacional e estadual, bem como no seu sítio na internet por tempo mínimo de 90 (noventa) dias, tudo a ser comprovado nos autos no prazo de dez dias, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Outrossim, julgo procedente o pedido do Ministério Público Federal para:

1) declarar incidenter tantum a inconstitucionalidade do artigo 71-A, caput, segunda parte da Lei 8.213/91, por ofensa aos princípios e regras insculpidos no artigo 6º, caput, no artigo 203, I, e no art. 227, caput e § 6º, todos da Constituição Federal (no que diz respeito ao fracionamento do salário-maternidade e sua previsão em período inferior a 120 (cento e vinte) dias;

2) ordenar à ré, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao dia, que conceda salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias às seguradas que adotaram ou que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente independentemente da idade do adotado, devendo a comprovação do cumprimento da sentença se dar nos autos dentro do prazo de dez dias;

3) ordenar à ré, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao dia, que prorogue o benefício do auxílio-maternidade, até que atinja o período de 120 dias, das seguradas que adotaram ou que obtiveram a guarda judicial para fins de adoção e que se encontram em gozo do referido benefício, independentemente da idade da criança ou do adolescente adotado, devendo comprovar a obediência nos autos no prazo de dez dias;

4) fixar multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada caso comprovado de descumprimento da determinação judicial em desfavor do INSS;

5) determinar seja a ré compelida a promover ampla divulgação da sentença de procedência, ao menos duas vezes em jornal de ampla circulação nacional e estadual, bem como no seu sítio na internet por tempo mínimo de 90 (noventa) dias, tudo a ser comprovado nos autos no prazo de dez dias, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Não há condenação em honorários advocatícios, eis que a parte autora é o Ministério Público. Também não há condenação na devolução de custas, em face da isenção prevista no art. 4º, III, da Lei nº 9.289, combinado com o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se com urgência.

Oficie-se ao Presidente do INSS, a fim de que seja cumprida a antecipação dos efeitos da tutela com urgência, em âmbito nacional.

Florianópolis, 03 de maio de 2012.

Marcelo Krás Borges
Juiz Federal

Documento eletrônico assinado por **Marcelo Krás Borges, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfsc.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4402990v3** e, se solicitado, do código CRC **57C5B5C3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Marcelo Krás Borges

Data e Hora: 03/05/2012 14:06
