

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. ARTIGOS 7º, XVIII, E 201, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. SILÊNCIO LEGISLATIVO. CONCEITO PLURAL DE FAMÍLIA. MULTIDIVERSIDADE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INSTITUÍDO PRIMORDIALMENTE NO INTERESSE DA CRIANÇA. FUNDAMENTALIDADE DA CONVIVÊNCIA PRÓXIMA COM A GENITORA NA PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO À MÃE NÃO GESTANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DOIS BENEFÍCIOS IDÊNTICOS EM UM MESMO NÚCLEO FAMILIAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

RE 1211446 / SP

1. O sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e a realidade das relações interpessoais no seio de nossa sociedade impõem regime jurídico que protege diversos formatos de família que os indivíduos constroem a partir de seus vínculos afetivos. Esta concepção plural de família resta patente no reconhecimento constitucional da legitimidade de modelos familiares independentes do casamento, como a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º da CF de 1988).

2. O Supremo Tribunal Federal assentou, no histórico julgamento da ADI 4.227 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJe* 14/10/2011), o novel conceito de família, como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil e que abrange, com igual dignidade, uniões entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos, a partir de uma exegese não reducionista.

3. A licença-maternidade constitui benefício previdenciário destinado, em conjunto com outras previsões, a concretizar o direito fundamental social de proteção à maternidade e à infância, mencionado no caput do art. 6º da CF. A temática relaciona-se à inserção da mulher no mercado de trabalho, que conduziu os Estados a promoverem políticas públicas que conciliassem a vida familiar e o melhor interesse dos filhos com a atividade laboral, para o desenvolvimento pessoal e profissional da mulher.

4. A proteção à maternidade constitui medida de discriminação positiva, que reconhece a especial condição ou papel da mulher no que concerne à geração de filhos e aos cuidados da primeira infância, tendo como *ratio essendi* primordial o bem estar da criança recém-nascida ou recém-incorporada à unidade familiar.

5. O convívio próximo com a genitora na primeira infância é de fundamental importância para o desenvolvimento psíquico saudável da criança. É que a garantia de períodos estendidos de licença-maternidade está associada, na literatura médica, entre outras coisas à redução da mortalidade infantil em países de todos os níveis de renda (HEYMANN et al. *Paid parental leave and family wellbeing in the sustainable development*

RE 1211446 / SP

era. *Public Health Reviews*, 2017, 38:21).

6. A *ratio essendi* primordial de proteção integral das crianças do instituto da licença-maternidade, tem diversos precedentes no sentido da extensão deste benefício a genitores em casos não expressamente previstos na legislação. Nesse sentido, a jurisprudência consagrou que a duração do benefício deve ser idêntico para genitoras adotivas e biológicas (RE 778.889, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01/08/2016); reconheceu-se o gozo da licença a servidores públicos solteiros do sexo masculino solteiro que adotem crianças (RE 1.348.854, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24/10/2022); e garantiu-se o direito à licença também às servidoras públicas detentoras de cargos em comissão (RE 842.844, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 06/12/2023).

7. As normas constitucionais relativas ao direito à licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva não podem ser interpretadas fora do contexto social em que o ordenamento jurídico brasileiro se insere, impondo-se opção por interpretação que confira máxima efetividade às finalidades perseguidas pelo Texto Constitucional.

8. O direito à igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, pressupõe a consideração das especificidades indevidamente ignoradas pelo Direito, especialmente aquelas vinculadas à efetivação da autonomia individual necessária à autorrealização dos membros da sociedade. Na linha da definição formulada por Ronald Dworkin, a igualdade equivale a tratar a todos com o mesmo respeito e consideração (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 419).

9. À luz da isonomia, não há que se falar exclusão da licença-maternidade às mães não gestantes em união homoafetiva. A Constituição Federal de 1988 concede à universalidade das mulheres a proteção constitucional à maternidade, independentemente do prévio estado de gravidez.

10. O reconhecimento da condição de mãe à mulher não gestante, em união homoafetiva, no que concerne à concessão da licença-maternidade,

RE 1211446 / SP

tem o condão de fortalecer o direito à igualdade material e, simbolicamente, de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes.

11. À luz do princípio da proporcionalidade, verifica-se a impossibilidade da concessão do benefício na hipótese abstrata de concorrência entre as mães a ambas simultaneamente em virtude de uma única criança, devendo a uma delas ser concedida a licença-maternidade e à outra afastamento por período equivalente ao da licença-paternidade. Saliente-se no ponto que o Plenário desta Corte declarou, recentemente, no julgamento da ADO 20, a existência de omissão inconstitucional do Congresso Nacional no que concerne à regulamentação da licença-paternidade, assinalando prazo de 18 meses ao Poder Legislativo Federal para a colmatação da lacuna normativa.

12. *In casu*, tem-se quadro fático em que o direito de trabalhadora não gestante em união homoafetiva ao gozo de licença-maternidade foi reconhecido, em contexto em que sua companheira, a mãe gestante, não usufruiu do benefício, de sorte que a decisão recorrida se adéqua perfeitamente à melhor interpretação constitucional.

13. Recurso extraordinário a que se **NEGA PROVIMENTO**, com a fixação da seguinte tese vinculante: *“A servidora pública ou a trabalhadora regida pela CLT não gestante em união homoafetiva têm direito ao gozo da licença-maternidade. Caso a companheira tenha usufruído do benefício, fará jus a período de afastamento correspondente ao da licença-paternidade”*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, apreciando o tema 1.072 da repercussão geral, Em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: “A

RE 1211446 / SP

mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade”, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso.

Brasília, 13 de março de 2024.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

07/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo, com fulcro no art. 102, III, *a*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado, *in verbis*:

Licença maternidade pelo período de 180 dias. Casal homoafetivo. Mãe que não gestou a criança. Extensão. Melhor interesse do menor. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido.

Na origem, Tatiana Maria Pereira Fernandes, médica do serviço

RE 1211446 / SP

público, ajuizou ação de concessão de licença gestante em face do Município. Afirma que, por meio da técnica da fertilização *in vitro*, os seus óvulos foram utilizados, resultando na gravidez da sua companheira.

Aduz que a filha nasceu no dia 7 de outubro de 2017 e que a companheira, a qual alega ser profissional autônoma, sem filiação a qualquer regime de previdência e sem o direito ao benefício da licença maternidade, precisou voltar a trabalhar, ficando impossibilitada de cuidar da criança. Ressalta que deu entrada no pedido administrativo de licença gestante perante o Município, que o indeferiu, sob a justificativa de ausência de amparo legal.

Afirma que, apesar de não ter engravidado, é a mãe biológica da criança. Aponta o risco de acarretamento de danos imensuráveis à criança, uma vez desprovida da companhia de suas duas mães na fase mais importante e delicada de sua vida. Argumenta ter sido discriminada em relação às mães adotantes, às quais a legislação assegura o direito.

A sentença julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que *“[a] autora, enquanto mãe não gestante, em união estável homoafetiva, não pode ser excluída do direito à licença-maternidade, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia”,* já que o direito é *“garantido às mães não gestantes, em situação de adoção”*. E ainda *“[d]eve ser considerado, também, o direito da criança de ter sua genitora ao seu lado, em período sensível da vida. E como se trata de período posterior à gestação, em que a lei busca garantir o convívio da mãe com o filho, não há razão para reservar o direito somente àquela mãe gestante”*.

O Tribunal *a quo* manteve a sentença, por seus próprios fundamentos, assentando que, configurada a entidade familiar pela união estável, não se pode negar a extensão do direito à autora, tendo em vista o fundamento da maximização dos direitos fundamentais no âmbito

RE 1211446 / SP

familiar, tanto para as mães quanto para a criança.

Em face desse acórdão foi interposto o presente recurso extraordinário. Nas razões do apelo extremo, o Município aponta violação aos artigos 7º, XVIII, e 37, *caput*, da Constituição Federal. Aduz que o acórdão recorrido atribuiu interpretação extensiva ao direito à licença-maternidade, permitindo a sua concessão à recorrida, mãe não gestante. Alega contrariedade ao princípio da legalidade administrativa, posto inexistir qualquer autorização legal para a concessão da licença na hipótese fática *sub examine*. Argumenta que o direito ao afastamento laboral remunerado, previsto no art. 7º, XVIII, da Carta Magna, é exclusivo da mãe gestante, que necessita de um período de recuperação após as alterações físicas decorrentes da gestação e do parto. Por fim, aponta que a companheira da recorrida, que esteve grávida, exerce atividade remunerada na condição de trabalhadora autônoma, sendo segurada obrigatória do regime geral da previdência social, conforme alínea *h*, do inciso V do art. 11 da Lei 8.213/1991.

Em contrarrazões, a recorrida sustenta a inobservância de requisito de admissibilidade, tendo em vista que a mera alegação de que a decisão foi injusta não serve para fundamentar a estreita via do recurso extraordinário. No mérito, sublinha que a licença maternidade encontra amparo no art. 7º, XVIII, da CF/1988 e que, nada obstante não imaginada pelo legislador, o caso concreto não pode ficar sem acolhimento no Direito. A título de registro, informa que também é funcionária celetista de outros hospitais, e que por não ter o seu pedido administrativo analisado pelo INSS, ajuizou uma outra ação visando a concessão do benefício perante o Juizado Especial Federal de São Paulo (processo nº 0061432172017403601), tendo o seu pedido sido julgado procedente, já com trânsito em julgado.

O Tribunal *a quo* proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

RE 1211446 / SP

Ato contínuo, ao examinar o preenchimento dos pré-requisitos de interposição do extraordinário e a transcendência econômica, política, social e jurídica da matéria, suscitei a necessidade deste excelso Tribunal definir, por meio da sistemática da repercussão geral, a *“possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial”*.

O Tribunal, no dia 8/11/2019, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. O acórdão do julgamento veicula a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.”

Conferida vista à Procuradoria-Geral da República, veio aos autos parecer no sentido do desprovimento do recurso extraordinário, ao argumento de que a concessão do benefício deve ser pautada pela ampla proteção à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família, bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal. O parecer porta a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1072. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. MÃE NÃO GESTANTE.

1. Recurso extraordinário leading case do Tema 1072 da

RE 1211446 / SP

sistemática da repercussão geral: Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

2. A concessão da licença-maternidade há de se pautar pela ampla proteção conferida pela Constituição Federal à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família.

3. O fundamento para a outorga da licença-maternidade extrapola o fator biológico da gravidez, incluindo o fortalecimento do vínculo afetivo e a promoção da integração da família, norteando-se pela importância do convívio familiar.

4. A concessão do benefício há de observar os princípios da legalidade e da isonomia, de forma que somente é viável a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar (licença maternidade e licença-paternidade), sendo defesa a concessão de dupla licença-maternidade.

5. Propostas de Teses de Repercussão Geral:

I – É possível conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e fixação das teses sugeridas.”

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social – CNTSS/CUT, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário foram admitidos no processo na condição de *amici curiae*, nos exatos termos do art. 138 do CPC.

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

RECDO.(A/S) : TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES

ADV.(A/S) : ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA (166877/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 234932/RJ, 1190/SE, 439314/SP)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS

ADV.(A/S) : LUANDA MORAIS PIRES (47652/DF, 23873-A/MS, 95946/PR, 357642/SP)

ADV.(A/S) : FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL (48570A/GO, 236036/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN (250708/RJ, 18200/SC, 356A/SE, 494709/SP)

ADV.(A/S) : ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO (46896/RS)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização da sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT, o Dr. Paulo Francisco Soares Freire. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 7.3.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Excelenstíssimo Senhor Presidente, Ministro Roberto Barroso, Excelentíssima Ministra Carmén Lúcia; Excelentíssimos Ministros; ilustre representante do Ministério Público; ilustres advogados.

O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao *thema decidendum* veiculado neste recurso extraordinário, nos seguintes termos: “Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial” (Tema 1.072 do Plenário Virtual).

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, a controvérsia *sub examine* consiste em analisar, à luz dos arts. 6º, 7º, XVIII, 37, *caput*, 39, § 3º, 201, 203, I e 226, §§ 3º e 4º, da CF/1988, a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união homoafetiva, cuja companheira engravidou após o procedimento de inseminação artificial.

Antes de passar propriamente à análise da matéria, considero importante fixar algumas premissas teóricas, relativas ao conceito hodierno de família e aos direitos fundamentais da trabalhadora relativos à maternidade.

PREMISSAS TEÓRICAS

I - O CONCEITO PLURAL DE FAMÍLIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RE 1211446 / SP

Início pontuando que, a ausência de legislação, seja municipal, seja federal, a contemplar a situação ora em análise, de mãe não gestante em união homoafetiva com relação à licença-maternidade, evidencia que o conjunto legislativo *sub judice* ainda assume como paradigma o modelo tradicional de família, centrado na heteroafetividade e no vínculo indissolúvel do casamento.

Ocorre, todavia, que - como tantas vezes afirmado no Plenário deste Supremo Tribunal Federal -, a Constituição Federal de 1988, forte no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e atenta à realidade das relações interpessoais no seio de nossa sociedade, inaugurou regime que protege diversos formatos de família que os indivíduos constroem a partir de seus vínculos afetivos. Assim é que, por exemplo, a Constituição reconhece, expressamente, como legítimos modelos familiares independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada família monoparental (art. 226, § 4º).

Em sede doutrinária, o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin enfatiza a circunstância ora mencionada, asseverando que a Constituição incorporou uma **concepção plural de família**, cuja consagração deve orientar a exegese de todo o Direito Civil e - digo eu - de toda a legislação infraconstitucional que impacta aspectos relacionados às relações familiares. *In verbis*:

*“(...) a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais. É por isso que cabe enfatizar a concepção plural de família presente na Constituição, apta a orientar a melhor exegese do novo Código Civil brasileiro” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17-18).*

RE 1211446 / SP

No mesmo sentido, é o magistério de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochardo Teixeira:

*“Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”. (TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. *Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família - Vol. 6, 4ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 2).*

Foi extamente à luz desta compreensão, que Egrégia Corte reconheceu, em julgamento histórico, a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas. Na ADI 4.277 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, *DJe* 14/10/2011), o Plenário deste STF assentou a imperiosidade de uma interpretação não-reducionista do conceito de família, como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil e que abrange, com igual dignidade, uniões entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos. Eis excerto da ementa daquele julgado:

“(...) 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-

RE 1211446 / SP**REDUACIONISTA.**

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 locus 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-reducionista 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-político-cultural. 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. (...)” (ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011).

Com efeito, em uma sociedade democrática, fundada no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, a realidade fática da

RE 1211446 / SP

multidiversidade familiar, com todos os seus desdobramentos, tem de ser reconhecida. A este Supremo Tribunal Federal incumbe, na ausência de legislação que proteja suficientemente as entidades familiares diversas e, especialmente, **as crianças integrantes destas entidades**, fornecer, pela via da hermenêutica constitucional, os necessários meios protetivos.

II - O DIREITO FUNDAMENTAL À LICENÇA-MATERNIDADE

A segunda premissa teórica essencial ao deslinde do caso em julgamento diz respeito, obviamente, ao direito à licença maternidade. A Constituição, como se sabe, inclui a proteção à maternidade e à infância no rol dos direitos sociais que o Estado tem o dever de garantir. *In verbis*:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A licença-maternidade constitui benefício previdenciário destinado justamente, em conjunto com outras previsões, a concretizar a proteção à maternidade e à infância mencionada no caput do art. 6º da CF. Nesse sentido, a Constituição consagra esta licença no rol de direitos dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos (art. 7º, XVIII e parágrafo único) e define a proteção à maternidade, especialmente à gestante, como objetivo da Previdência Social (art. 201, II), *in verbis*:

*“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais:
(...)*

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias

(...)

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, (...).”

RE 1211446 / SP

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Como já fiz constar em outros processos de minha relatoria neste Tribunal, a temática da licença maternidade relaciona-se à inserção da mulher no mercado de trabalho, que conduziu os Estados a promoverem políticas públicas que conciliassem a vida familiar e o melhor interesse dos filhos com a atividade laboral, para o desenvolvimento pessoal e profissional da mulher. A proteção à maternidade constitui, assim, medida de discriminação positiva, que reconhece a especial condição ou papel da mulher no que concerne à geração de filhos e aos cuidados da primeira infância. Não se trata, pois, de prerrogativa injustificada ou abusiva, porquanto o Estado favorece as mães como forma de tratar as diferenças naturais e amplamente justas.

A proteção à maternidade e à infância em nível constitucional no Brasil teve sua origem apenas com a Constituição de 1934. Por sua vez, a primeira legislação de alcance nacional a contemplar a licença-maternidade foi a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1943, na qual se estabeleceu o período de 84 dias e o custeio pelo empregador – o que implicava, no plano fenomênico, restrições às mulheres no mercado de trabalho. A fim de evitar esse tipo de discriminação, houve recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, por intermédio do artigo IV, item 8, da Convenção 103/1952, ratificada pelo Brasil em 1965, que “*em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega*”, pois, caso contrário, a licença-maternidade consistiria em uma

RE 1211446 / SP

condição desfavorável e fator de desestímulo à contratação de mulheres, razão pela qual as prestações deveriam ser custeadas por um sistema de seguro social.

Apesar de subscrita pelo Brasil, essa norma de direito internacional apenas teve eficácia social conferida com o advento da Lei 6.136/1974. A partir de então, não apenas se assegurou prazo de afastamento em virtude de maternidade, à época de 12 (doze) semanas, como também se estipulou que os salários do período do afastamento ficariam sob encargo da Previdência Social (art. 71 da Lei 8.213/1991). Esta medida — qual seja, a assunção do ônus financeiro da licença pela Previdência — foi adotada com vistas a não desestimular a contratação de trabalhadoras pela classe empregadora, que não mais arcaria com os custos do eventual afastamento, em caso de condição gravídica. O doutrinador Maurício Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed., São Paulo: LTr, 2017, p. 1.226-1.227) sublinha os impactos da interrupção contratual relativamente a essa licença:

“[A] ordem jurídica buscou minorar os custos normalmente assumidos pelo empregador, isso em decorrência de uma política social dirigida a eliminar discriminações à mulher no mercado de trabalho. É que, se fossem mantidos todos os custos da interrupção no presente caso, prejudicar-se-ia a mulher obreira, dado que se estaria restringindo comparativamente seu mercado de trabalho (seus contratos seriam potencialmente mais caros para o empregador, levando este a práticas discriminatórias contra as mulheres).

A *ratio essendi* primordial do instituto da licença-maternidade é, sem dúvida alguma, o bem estar da criança recém-nascida ou recém-incorporada à unidade familiar (como se dá no caso de adoção). Com efeito, visa-se assegurar a assistência das necessidades essenciais da criança pela família, pelo Estado e pela sociedade (art. 227 da CF/1988).

O tempo de convívio familiar é uma das necessidades descritas no

RE 1211446 / SP

Texto Constitucional, na medida em que, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança, na medida em que a mãe poderá atender-lhe as necessidades básicas. O afastamento laboral remunerado das atividades profissionais e a aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo membro na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente, conforme amplamente reconhecido no meio científico.

É nesse sentido a lição do psicanalista e psiquiatra austro-americano René Spitz, professor da Universidade de Denver, no Colorado, que, em sua obra *“O primeiro ano de vida”*, menciona a presença da mãe, mediante pequenas ações e gestos, como fator indispensável ao estímulo ao bebê: *“As influências formativas que se originam no ambiente (isto é, na mãe) são dirigidas a essa totalidade viva, receptiva e em desenvolvimento.”* (1. ed., Tradução de Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 91). Na mesma linha, o pediatra e psicanalista inglês Donald Wood Winnicott, professor da Universidade de Londres e da London School of Economics, para quem: *“Especialmente no início da vida que as mães são imprescindíveis, pois carregam consigo a tarefa de proteger a continuidade de ser do bebê.”* (Natureza Humana. Rio de Janeiro: Imago, 1990, p. 153).

Conforme explica Maria Cecília Schettino, psicóloga da PUC do Rio de Janeiro, *“o contato com a mãe estimula as conexões neurais no cérebro do bebê, que faz com que o bebê se sinta seguro, acolhido e amado, condições para que uma inteligência emocional que trará consequências positivas por toda sua vida, em todas as relações.”* (MARANGON, CRISTIANE. *Licença-maternidade: a importância para a mãe e o bebê*. In: Revista Crescer. Globo. 26 mar. 2015).

Na reportagem *“O cérebro de um bebê precisa de amor para se desenvolver”*, publicada na edição lusitana da revista National Geographic, verificou-se que crianças que recebiam mais atenção e cuidados em casa

RE 1211446 / SP

tinham a tendência a ter um QI mais alto; aquelas mais estimuladas em nível cognitivo obtiveram melhores resultados em tarefas de linguagem; e as que se beneficiavam de educação mais afetuosa se saíram melhor em testes de memória (Texto de BHATTACHARJEE, Yudhijit. *In: National Geographic Portugal*. 25 jun. 2020).

Para se ter uma ideia do impacto da licença-maternidade na família e na sociedade, ao analisar dados de 17 países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico — OCDE, os professores norte-americanos da Universidade de Toledo, em Ohio, C. R. Winegarden e Paula Bracy apontam correlação de programas de licença-maternidade e o declínio na taxa de mortalidade infantil (WINEGARDEN, C. R.; BRACY, P. M. *Demographic consequences of maternal-leave programs in industrial countries: evidence from fixed-effects models*. *Southern Economic Journal*, v. 61, p. 1.020- 1.035, 1995).

No mesmo sentido, um grupo de pesquisadores dos Estados Unidos e do Canadá destacam estudos recentes evidenciando que períodos estendidos de licença-maternidade reduzem a mortalidade infantil em países de todos os níveis de renda (HEYMANN et al. *Paid parental leave and family wellbeing in the sustainable development era*. *Public Health Reviews*, 2017, 38:21). No mesmo sentido é a pesquisa “*Increased Duration of Paid Maternity Leave Lowers Infant Mortality in Low- and Middle-income Countries: A Quasi-experimental Study*”, conduzido por Nandi et al. (journal.pmed.1001985. e Collection 2016 Mar.). Usando dados longitudinais e modelos multiníveis em relação a quase 300.000 nascidos vivos em 20 países de baixa e média renda, a pesquisa revelou que cada adição de mês de licença-maternidade remunerada foi associada a 7,9 menos mortes infantis por 1.000 vivos nascimentos (IC 95% 3,7, 12,0), refletindo uma redução relativa de 13% — vale dizer: as reduções da mortalidade infantil associadas ao aumento da duração da licença maternidade remunerada concentraram-se no período pós-neonatal.

RE 1211446 / SP

Vale ressaltar, com Luciano Martinez, que a proteção à maternidade não decorre apenas da circunstância jurídica de estar ela prevista expressamente na Constituição como direito, mas da realidade natural de a maternidade efetivamente representar a preservação da espécie humana e a perenização das diferentes etnias. Se cuida de uma salvaguarda da própria espécie humana (*O direito fundamental à proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário*. In: Revista dos Tribunais, v. 1000, fev/2019, p. 515-531).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, atenta à *ratio essendi* primordial de **proteção integral das crianças** do instituto da licença-maternidade, tem diversos precedentes no sentido da extensão deste benefício a genitores em casos não expressamente previstos na legislação. Nesse sentido, **esta Egrégia Corte declarou a inconstitucionalidade da fixação de prazos distintos de duração da licença maternidade para genitoras adotivas e biológicas**, no julgamento do RE 778.889 (Tema 782 da sistemática da repercussão geral). Eis a 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

RE 1211446 / SP

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 mais 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 n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolução CJF n  30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já

RE 1211446 / SP

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 778.889, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01/08/2016, grifei).

De igual sorte, no julgamento do RE 1.348.854 (Tema 1.182 da repercussão geral), **o Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu ao servidor público do sexo masculino solteiro que adote uma criança o direito à licença-maternidade**, sempre tendo como norte o melhor interesse da criança. Transcrevo a ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (“BARRIGA DE ALUGUEL”). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS.

1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização in vitro em “barriga de aluguel”, obter a licença-maternidade.

2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A ratio dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-

RE 1211446 / SP

nascido.

3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores.

4. **A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário- maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia.**

5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que “em consonância com a proteção integral da criança”, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor’”.

6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro.

7. **Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Fixada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema**

RE 1211446 / SP

1182: “À luz do art. 227 da CF que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, bem como do princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF), a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público.” (RE 1.348.854, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24/10/2022, grifei).

Mais recentemente, em processo de minha relatoria (RE 842.844, Tema 842 da repercussão geral), o Plenário da Corte afirmou que **também às servidoras públicas detentoras de cargos comissionados deve ser garantido o direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória**, justamente porque este direito tem como objetivo fundamental o interesse da criança. A seguir, transcrevo a ementa deste julgado que, aliás, foi festejado em artigo publicado pelo Eminentíssimo Jurista Heleno Taveira Torres no site CONJUR por ocasião do Dia Internacional da Mulher:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA GESTANTE. GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR CARGO COMISSIONADO, NÃO EFETIVO, OU POR CONTRATO TEMPORÁRIO. DIREITO À LICENÇA MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RECONHECIDAS A TODAS AS TRABALHADORAS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

RE 1211446 / SP

1. *As medidas adotadas pelo Estado, como a proteção à maternidade, são de discriminação positiva, não constituindo prerrogativa injustificada ou abusiva, pois o Estado favorece as mães como forma de tratar as diferenças naturais e amplamente justas entre os sexos, além de proteger o nascituro e o infante.*

2. *O direito à licença-maternidade tem por razão o reconhecimento das dificuldades fisiológicas e sociais das mulheres, dadas as circunstâncias pós-parto, como a recuperação físico-psíquica da mãe e amamentação e cuidado do recém-nascido, além da possibilidade do convívio familiar nos primeiros meses de vida da criança.*

3. *A Constituição Federal de 1988 se comprometeu com valores como a igualdade de gênero e a liberdade reprodutiva, sendo certo que a condição da trabalhadora gestante goza de proteção reforçada, com respeito à maternidade, à família e ao planejamento familiar.*

4. *O Texto Constitucional foi expresso em ampliar a proteção jurídica à trabalhadora gestante, a fim de garantir como direito fundamental a licença maternidade (art. 7º XVIII, CF/1988), além de assegurar a estabilidade provisória no emprego.*

5. *A licença-maternidade, prevista como direito indisponível, relativo ao repouso remunerado, pela Carta Magna de 1988, impõe importantíssimo meio de proteção não só à mãe trabalhadora, mas, sobretudo, ao nascituro, salvaguardando a unidade familiar (art. 226 da CF/1988), como também a assistência das necessidades essenciais da criança pela família, pelo Estado e pela sociedade (art. 227 da CF/1988).*

6. *O tempo de convívio familiar é uma das necessidades descritas no Texto Constitucional, na medida em que, por ocasião do recente nascimento, representa vantagens sensíveis ao desenvolvimento da criança, pois*

RE 1211446 / SP

que a genitora poderá atender-lhe as necessidades básicas.

7. *A licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, recaindo sobre a mãe, o nascituro e o infante, além de proteger a própria sociedade, considerada a defesa da família e a segurança à maternidade, de modo que o alcance do benefício não mais comporta uma exegese individualista, fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto.*

8. *A Constituição alça a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (CF, art. 203, inc. I). Assim, revelou-se ser dever do Estado assegurar especial proteção ao vínculo maternal.*

9. *A estabilidade provisória relaciona-se à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), em vista que tal amparo abrange não apenas a subsistência da empregada gestante, como também a vida do nascituro e o desenvolvimento sadio do bebê em seus primeiros meses de vida.*

10. *A relevância da proteção à maternidade na ordem jurídica vigente impõe ao intérprete, dentre as diversas alternativas hermenêuticas possíveis, optar por aquela que confira máxima efetividade às finalidades perseguidas pelo Texto Constitucional, sendo que a tolerância à exclusão da proteção à maternidade ao argumento da precariedade dos vínculos com a Administração Pública vai de encontro aos objetivos constitucionais.*

11. *A garantia de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa tem por objeto primordial a proteção do nascituro, o que também acaba por salvaguardar a trabalhadora gestante beneficiária da condição material protetora da natalidade.*

12. *O princípio da isonomia impede que haja diferenciação entre as modalidades contratuais de servidoras públicas*

RE 1211446 / SP

gestantes, reconhecendo àquelas ocupantes de cargo em comissão ou em trabalho temporário os direitos de concessão da licença-maternidade e da estabilidade provisória.

13. *O direito conferido pela Constituição Federal de 1988 à universalidade das servidoras é a proteção constitucional uniformizadora à maternidade. O estado gravídico é o bastante a se acionar o direito, pouco importando a essa consecução a modalidade do trabalho.*

14. *A proteção ao trabalho da mulher gestante é medida justa e necessária, independente da natureza jurídica do vínculo empregatício (celetista, temporário, estatutário) e da modalidade do prazo do contrato de trabalho e da forma de provimento (em caráter efetivo ou em comissão, demissível ad nutum).*

15. *O cenário jurídico-normativo exposto impõe ao Supremo Tribunal Federal um esforço de integração dos valores contrapostos. O direito à vida e à dignidade humana, como direitos fundamentais de salutar importância, sobrepujam outros interesses ou direitos, que, balizados pela técnica da ponderação, orientada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cedem lugar à proteção do nascituro.*

16. *Ainda que possa de certa forma causar restrição à liberdade decisória de agentes públicos, a proteção constitucional observa finalidade mais elevada: a de proteger a mãe e a criança. O custo social do não reconhecimento de tais direitos, uma vez em jogo valores os quais a Constituição confere especial proteção, é consideravelmente maior que a restrição à prerrogativa de nomear e exonerar dos gestores públicos.*

17. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assegura os direitos às trabalhadoras gestantes ocupantes de cargos comissionados ou contratadas temporariamente, conforme demonstram os precedentes, impondo-se a sua observância para a inferência de que as garantias constitucionais de proteção à gestante e à criança devem prevalecer sob os efeitos da natureza*

RE 1211446 / SP

de quaisquer vínculos com a Administração Pública.

18. *Ex positis, conheço do recurso extraordinário e a ele nego provimento.*

19. *Em sede de repercussão geral, a tese jurídica fica assim assentada: A trabalhadora gestante tem direito ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicável, se contratual ou administrativo, ainda que ocupe cargo em comissão ou seja contratada por tempo determinado, nos termos dos arts. 7º, XVIII; 37, II; e 39, § 3º; da Constituição Federal, e 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias". (RE 842.844, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 06/12/2023).*

Como constou deste último acórdão, a licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, recaindo sobre a mãe, o nascituro e o infante, além de proteger a própria sociedade, considerada a defesa da família e a segurança à maternidade. A licença também se destina à proteção de mães adotivas e **de mãe não gestante em união homoafetiva** que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar.

Considerando que a Constituição alçou a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (CF, art. 203, inc. I), revela-se dever do Estado assegurar especial proteção ao vínculo maternal, independentemente da origem da filiação **ou da configuração familiar que lhe subjaz.**

III - A COEXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

RE 1211446 / SP

Ainda no que concerne às premissas teóricas, cumpre consignar que o ordenamento jurídico deve ser compreendido com base nos princípios da unidade e da coerência. É essencial para a hermenêutica jurídica vislumbrar o complexo normativo como uma estrutura íntegra, amparado hierarquicamente em princípios constitucionais que objetivem a justiça e a equidade. É premissa primordial, portanto, interpretar os dispositivos legais e constitucionais de forma conjugada com o complexo normativo integrante.

Nas palavras do Ministro Eros Grau, a quem honrosamente substituí nessa cadeira, “*não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços (...) mas sim no seu todo*” (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34).

In casu, as normas constitucionais relativas ao direito à licença-maternidade à mãe não gestante em união homoafetiva não podem ser interpretadas fora do contexto social em que o ordenamento jurídico brasileiro se insere. Tampouco pode-se olvidar de outros direitos estampados no Texto Constitucional, como os citados direitos de proteção à maternidade, à vida e à integridade física e psicológica da criança. Esses grupos de princípios, ambos muito caros ao desenvolvimento social e individual do país, devem, portanto, ser coerentes (i) entre si, (ii) com o resto do ordenamento constitucional e (iii) com a realidade observável (*v.g.* fatores sociais e econômicos).

A relevância da proteção à maternidade na ordem jurídica vigente impõe ao intérprete, dentre as diversas alternativas hermenêuticas possíveis, optar por interpretação que confira máxima efetividade às finalidades perseguidas pelo Texto Constitucional. Nesta senda, tolerar a exclusão dessa proteção ao argumento da ausência de previsão expressa em lei à mãe não gestante em união homoafetiva, quando se tem em jogo direitos fundamentais da mais alta relevância, vai de encontro aos objetivos constitucionais acima destacados.

RE 1211446 / SP

Nessas circunstâncias, a ausência de reconhecimento dos direitos à mãe não gestante pelo Poder Público não poderia comprometer a efetividade do Texto Constitucional, na medida em que, segundo arguta análise do professor lusitano José Joaquim Gomes Canotilho:

“A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem força normativo-constitucional, dada a superação definitiva das ideias de Constituição como simples complexo de directivas políticas e uma vez rejeitada a ideia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. Consequentemente, toda a Constituição é direito, toda ela é lei positiva e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1991, p. 73).

Enquanto dimensão dos direitos fundamentais do homem, anota o constitucionalista José Afonso da Silva, os direitos sociais *“são prestações proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a **igualização de situações desiguais**. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”* (SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 37. ed., 4º tiragem, 1994, São Paulo/SP, p. 288 - grifei).

Segundo este ideário da nossa Constituição, forçoso reconhecer que o direito à igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, pressupõe a consideração das especificidades indevidamente ignoradas pelo Direito, especialmente aquelas vinculadas à efetivação da autonomia individual necessária à autorrealização dos membros da sociedade. Na linha da definição formulada por Ronald Dworkin, a igualdade equivale a tratar a todos com o mesmo respeito e consideração (DWORKIN,

RE 1211446 / SP

Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 419), de sorte que as decisões coletivas devem ser tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem igual apreço e valor às escolhas existenciais de seus cidadãos (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26), especialmente no que concerne à configuração familiar.

Deveras, há de se aplicar à discussão o princípio da isonomia. Uma vez demonstrada a proteção constitucional às mães adotantes em geral, as quais, obviamente, também não engravidaram e, nada obstante, tiveram seu direito à licença reconhecido, não há como se negar o direito à mãe não gestante na hipótese em análise. O reconhecimento do direito à mãe não gestante no caso *sub examine* tem o condão de fortalecer o direito à igualdade material.

O direito conferido pela Constituição Federal de 1988 à universalidade das mulheres, presente elemento uniformizador, é a proteção constitucional à maternidade. A circunstância de ser mãe é o bastante a se acionar o direito, pouco importando a essa consecução o fato de não ter estado em gravidez.

Jean-Louis Bergel, professor emérito da Universidade de Aix-Marseille na França, leciona que no processo intelectual que leva aos conceitos, procura-se estabelecer uma tipologia dos fenômenos observados de maneira que, por comparação, se manifestem semelhanças e dessemelhanças que permitam operar grupos entre eles. Acaba-se então arrumando os fenômenos e as noções jurídicas de mesma natureza em categorias às quais se prendem, por encadeamento causal, certas regras próprias. Essa categorização repousa em traços constantes. A definição de um conceito jurídico deve descrever sua substância e revelar seus critérios distintivos (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes,

RE 1211446 / SP

2006, p. 259).

Consideradas essas premissas, observa-se no conceito de proteção à maternidade a ideia de proteção de laços familiares baseados no sentimento, no afeto, a afastar a possibilidade de que a proteção seja aplicada a algumas mães e não a outras, **especialmente se considerarmos a realidade de uma sociedade marcadamente preconceituosa em relação a modelos que fogem do estereótipo predeterminado de família, que de modo impiedoso exclui, nos planos da interação social e da normatividade, os demais modelos.** O pleito *sub examine* bem revela a insurgência que eclode do tecido social contra a excludência decorrente desses padrões. **A resposta do Judiciário tem de vir na medida e com efeito duplo: na proteção da criança, que não escolhe a família onde nascer; e na proteção da mãe não gestante em união homoafetiva, escanteada por uma legislação omissa e preconceituosa.**

Nesse particular, Charles Taylor, da Universidade McGill de Montreal, Canadá, teórico do paradigma da igualdade, assenta que mudanças simbólicas nas percepções sociais podem significar notável avanço no *status* de determinado grupo, desempenhando relevante papel na busca pela igualdade, *in verbis*:

(...) o não reconhecimento ou o falso reconhecimento (...) pode ser uma forma de opressão, aprisionando o sujeito em um modo de ser falso, distorcido e reduzido. Além da simples falta de respeito, isso pode infligir uma grave ferida, submetendo as pessoas aos danos resultantes do ódio por si próprias. O devido reconhecimento não é meramente uma cortesia, mas uma necessidade humana vital. (TAYLOR, Charles. 1994. *The politics of recognition*. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. Ed. Amy Gutmann. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, p. 25).

É nesse sentido que, no caso *sub examine*, o reconhecimento da

RE 1211446 / SP

condição de mãe à mulher não gestante, em união homoafetiva, no que concerne à concessão da licença-maternidade, tem o condão de fortalecer o direito à igualdade material e, simbolicamente, de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configuração familiares existentes. Na esteira do afirmado por Axel Honneth, da Universidade de Frankfurt, o reconhecimento social consubstancia um relevante elemento da formação da identidade e autorrealização do indivíduo, que deve compreender a si mesmo como detentor de iguais direitos e obrigações:

(...) podemos conceber como "direitos", grosso modo, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social urna pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em urna coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade. Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valar, moralmente em pé de igualdade (HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 216).

Oportuno destacar que o grupo não configura *minoria* em razão apenas do número de pessoas que se encontram sob tal classificação, mas justamente por ser necessária uma tutela diferenciada que os proteja desse argumento opressor da coletividade. É a intensidade em que a medida afeta cada parte que serve de parâmetro para aferir sua proporcionalidade – e não o número de afetados. No caso em tela, a negativa à mãe não gestante em união homoafetiva da licença-maternidade representa **riscos de danos sociais e econômicos** a ela (por tudo o que se disse acerca do modelo social e normativamente excludente) e **riscos de vida e integridade física** à criança.

RE 1211446 / SP

Vale lembrar que a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1952, marco na proteção aos direitos excepcionais do período da *maternidade*, garante a **toda mulher** a licença-maternidade (artigo III, item 1), o que inclui mães gestantes, mães adotantes e também as mães não gestantes em união homoafetiva.

A garantia emanada da norma constitucional volta-se à mãe não gestante, atendendo-se, por corolário, o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Ademais, a previsão geral de proteção à maternidade visando prevenir e reduzir os riscos de danos à mãe e à criança não exaure os pormenores da regra constitucional, que também encontra lastro de proteção em outros princípios.

Nesse prisma, o art. 7º, XVIII, da Constituição da República, que prevê o direito à licença-maternidade, deve ser interpretado em consonância com os princípios da dignidade humana, da igualdade, do melhor interesse do menor e da proporcionalidade, na dimensão da vedação à proteção deficiente.

O cenário jurídico-normativo exposto, consectariamente, impõe ao Supremo Tribunal Federal um esforço de integração dos valores contrapostos. A essa altura, não é demasiado afirmar que os direitos à dignidade humana e à igualdade, como direitos fundamentais de salutar importância, sobrepujam outros interesses ou direitos, que, balizados pela técnica da ponderação, orientada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cedem lugar à proteção da mãe e do bebê.

Em primeiro lugar, descarta-se, no presente caso, a hipótese de lesão ao princípio da supremacia do interesse público ou da legalidade, pena de se desconsiderar preceitos consagrados na Constituição que asseguram proteção à maternidade, nos quais envolvidos tantos outros

RE 1211446 / SP

princípios, inclusive a defesa da dignidade da mãe e da criança.

Em segundo lugar, é pacífico que não existe, *a priori*, norma fundamental absoluta. Percebe-se que, caso a conclusão sobre a natureza dos preceitos fundamentais fosse outra, a Constituição estaria fadada à desarmonia e à arbitrariedade de seu próprio texto. Não por acaso, Robert Alexy elucida que não há princípios que prevaleçam sobre os outros em caráter permanente, mas apenas em situações específicas:

“É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111)

Em situações nas quais existe o conflito principiológico, há de se ponderar os valores inerentes à situação apresentada e conseqüentemente decidir pela aplicação daquelas normas mais convenientes e mais necessárias para a concretização da justiça e da equidade.

In casu, em relação à mãe não gestante em união homoafetiva, a negativa da licença-maternidade decorreria dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público (na medida em que ausente o direito

RE 1211446 / SP

expresso à ela na legislação municipal), os quais estariam em contraposição com os princípios da proteção da maternidade, da dignidade humana, do reconhecimento, da igualdade e do melhor interesse do menor.

Como se percebe, a discussão se encontra polarizada entre valores prestigiados. Por tal razão, a proporcionalidade se apresenta como valiosa ferramenta argumentativa. A respeito da relevância do princípio da proporcionalidade para a formação da convicção judicial, confira-se a síntese de Alec Stone Sweet e Jud Mathews:

“A Proporcionalidade é uma estrutura argumentativa, aparentemente feita sob medida para lidar com tensões entre normas constitucionais, ou seja, a indeterminação da adjudicação de direitos. O quadro indica claramente aos litigantes o tipo e a sequência de argumentos que podem e devem ser feitos, e o caminho através do qual os juízes irão fundamentar sua decisão. Ao longo deste caminho, a Proporcionalidade oferece ampla oportunidade para o tribunal expressar seu respeito, ou mesmo reverência, pelas posições relativas de cada uma das partes. Este último ponto é crucial. Em situações onde os juízes não podem evitar declarar um vencedor, eles podem pelo menos fazer uma série de reverências à parte vencida. Na verdade, o tribunal que aplica a proporcionalidade em sentido estrito está dizendo, com efeito, que cada lado tem algum direito constitucional significativo do seu lado, mas que o tribunal deve, no entanto, tomar uma decisão. O tribunal pode, então, de forma crível afirmar que compartilha algumas das aflições do perdedor no resultado”. (STONE SWEET, Alec e MATHEWS, Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 2008. Faculty Scholarship Series. Paper 14. Tradução livre).

No caso concreto, mãe não gestante em relação homoafetiva teve o seu direito à licença-maternidade negado pela Administração Pública sob o argumento da ausência de previsão expressa em lei que a reconhecia como beneficiária do direito. Contudo, ainda que ausente essa previsão, a

RE 1211446 / SP

proteção constitucional observa finalidade mais elevada: a de proteger a criança e a mãe. O custo social do não reconhecimento do benefício, uma vez em jogo direitos os quais a Constituição confere especial proteção, é consideravelmente maior que a ausência de previsão da situação jurídica específica no texto legal, mas cuja solução pode ser extraída o plexo de princípios constitucionais. Ademais, a excepcionalidade da hipótese, decorrente de uma legislação não adaptável à realidade social, reforça a necessidade de se minorar o peso atribuído à ausência de previsão legal expressa.

A proporcionalidade da medida pressupõe a aplicabilidade da justificativa, que, no caso, compreende-se como a finalidade de proteção à maternidade. Utilizando mais uma vez a ponderação como ferramenta de conflito principiológico, a não existência de normas absolutas faz com que a preferência de um princípio por outro em casos concretos leve em conta a proporcionalidade em sentido estrito. A problemática da ausência de proteção da maternidade à mãe não gestante é urgente, inexistindo violação à Constituição, uma vez presente a justaposição ou convivência razoável entre os princípios em conflito. No caso *sub examine*, portanto, a proporcionalidade da medida se demonstra evidente.

Destarte, o ato que negou o direito à mãe não gestante embora com aparência de legalidade, está eivado de abuso. E o exercício abusivo desse direito é vedado pela Constituição. **À luz da proporcionalidade, forçoso reconhecer que a ausência de previsão expressa na norma de situação decorrente de uma nova configuração familiar, de família homoparental, acaba por excluir direito não apenas da mãe não gestante, mas também da criança.** O Estado deve minimizar, de todas as formas, o risco de fragilização da maternidade, período em que o recém-nascido aspira cuidados especiais.

Os custos sociais voltados às garantias da maternidade pela Constituição de 1988 — repartidos coletivamente, vale ressaltar —

RE 1211446 / SP

justificam a proteção, uma vez associada ao fim de resguardo em relação aos riscos sociais e econômicos da mãe não gestante em união homoafetiva e aos riscos à vida e à saúde do bebê. Nesse prisma, o art. 7º, XVIII, da Constituição da República, que prevê o direito à licença-maternidade, deve ser interpretado em consonância com os princípios da dignidade humana, do reconhecimento, da igualdade, do melhor interesse do menor e da proporcionalidade, na dimensão da vedação à proteção deficiente. O âmbito de incidência desse direito constitucional ainda reclama conformação à luz da necessidade de proteção ao vínculo maternal constituído por mães não gestantes, bem como do paradigma da isonomia jurídica entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas.

No que respeita aos **limites da concessão do benefício**, não há falar em violação à supremacia do interesse público, uma vez ausente, no caso, a duplicidade concessiva: conforme consta do acórdão recorrido, a mãe gestante em união homoafetiva não auferiu o benefício.

Porém, como se trata de processo sob a sistemática da repercussão geral, para efeito de formulação da tese infere-se pela impossibilidade da concessão do benefício na hipótese abstrata de concorrência entre as mães a ambas simultaneamente em virtude de uma única criança, devendo a uma delas ser concedida a licença-maternidade e à outra a licença-paternidade (sem que com isso se possa falar em ofensa discriminatória, já que a conclusão é orientada pelo princípio da igualdade), na mesma linha como elucidou, com propriedade, o julgador de primeiro grau: *“o direito da autora, contudo, não pode concorrer com eventual benefício análogo da companheira gestante, que também é mãe da criança. Caso contrário, haverá apenas direito a uma licença de menor duração, como a licença-paternidade, para evitar-se situação de dupla licença-maternidade, por qualquer regime”*.

Reforçando essa visão da questão previdenciária, se a filiação decorresse de adoção na disciplina do Regime Geral de Previdência, somente uma das mães poderia usufruir o benefício, mesmo que distinto

RE 1211446 / SP

o regime previdenciário da outra mãe — art. 392-A, § 5º, da CLT; e art. 71-A, § 2º, da Lei 8.213/1991, *verbis*: “A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada” e “Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social”, respectivamente –, razão pela qual não parece ser o caso de distinção substancial em relação ao caso de inseminação artificial de mãe não gestante em união homoafetiva.

Nessa linha, oportuno transcrever trecho, **com o qual integralmente aquiesço**, do Parecer da Procuradoria-Geral da República, no qual ressaltada a impossibilidade de concessão de dupla licença-maternidade ao mesmo núcleo familiar em virtude da mesma criança:

“Sabe-se que, como salientado, a criança tem o direito constitucional prioritário de ser cuidada e de ter garantido o convívio familiar, de forma a crescer em um ambiente sadio, e o papel de ambos os pais na formação e na proteção da família é cada vez mais equivalente. Ocorre que, apesar de o cenário constitucional brasileiro caminhar no sentido de implementar paradigma de mútua responsabilidade familiar entre os cônjuges, de forma que ambos sejam igualmente responsáveis pelo bem-estar e pela proteção da entidade familiar, são, de fato, diferentes os lapsos temporais legalmente previstos para as respectivas licenças parentais (licença-maternidade e licença-paternidade). A previsão de tais benefícios envolve custos e impacta no equilíbrio econômico dos sistemas de previdência, reclamando, para sua ampliação, a atuação do Legislativo, com leitura global do impacto da medida.

No atual contexto jurídico-constitucional, que, como dito, segue parâmetros de proteção da criança e de favorecimento da interação familiar, sopesando-se também os princípios do equilíbrio atuarial na concessão dos benefícios previdenciários, da legalidade e da isonomia, somente é viável a coincidência de diferentes espécies de licenças

RE 1211446 / SP

parentais, sendo defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar”.

Conclui-se, portanto, por força de princípios protetivos à maternidade de extração constitucional, pelo reconhecimento do direito à licença-maternidade às mães não gestantes em união homoafetiva, calcado no necessário equilíbrio atuarial (custo-benefício) previdenciário e na diferença de licenças parentais, posto inequivocamente defeso a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar.

DO CASO CONCRETO

Bem delimitada essas premissas genéricas objetivas, **passo à análise do caso concreto.**

No presente caso, a recorrida é servidora pública, mãe não gestante, em união estável homoafetiva com sua companheira, cuja gestação decorreu de procedimento de inseminação artificial heteróloga, com utilização dos óvulos da parceira. O Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Bernardo do Campo reconheceu o direito da recorrida ao benefício da licença-maternidade, mediante remuneração, pelo período de 180 (cento e oitenta). Na mesma linha, o Tribunal de origem consignou:

O direito à licença maternidade encontra previsão no art. 7º, XVIII da CF/88 e legislação infraconstitucional e os dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Em face desse acórdão foi interposto recurso extraordinário pelo Município de São Bernardo do Campo. A *vexata quaestio*, então, cinge-se ao direito de trabalhadora não gestante em união homoafetiva ao gozo de licença-maternidade, em um quadro fático em que a mãe gestante não usufruiu do benefício. *In casu*, diante de todos os fundamentos expostos,

RE 1211446 / SP

sem razão o recorrente, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com a Constituição Federal.

Concluindo, Senhor Presidente, voto no sentido de **CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso extraordinário e proponho que o Tribunal afirme a seguinte tese objetiva, em sede de repercussão geral:

TESE OBJETIVA: *“A servidora pública ou a trabalhadora regida pela CLT não gestante em união homoafetiva têm direito ao gozo da licença-maternidade. Caso a companheira tenha usufruído do benefício, fará jus a período de afastamento correspondente ao da licença-paternidade”.*

É como voto.

13/03/2024**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO****VOTO-VOGAL**

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, saúdo Vossa Excelência, os eminentes Pares, o Ministério Público e todos os presentes.

Acompanhei o voto do eminente Relator, muito bem fundamentado em precedentes, doutrina e Direito Comparado. Corroboro o pensamento fundamental do voto no sentido de que os direitos da liberdade, que são essenciais, primaciais, exigem também a imbricação com o conceito de igualdade. Só é possível imaginar liberdade plena se houver uma atividade promocional do Estado que garanta o acesso e a fruição aos direitos. Foi exatamente nessa direção que Sua Excelência o eminente Relator caminhou.

Lembro, a propósito, que o art. 3º, I, da nossa Constituição, quando se refere ao objetivo de uma sociedade livre, o faz de modo vinculado aos conceitos de justa e solidária. Ou seja, a Constituição nos determina que só é possível erigir uma sociedade com liberdade se houver justiça, igualdade e solidariedade. Por isso, no que se refere a essa fundamentação axiológica, ética, do voto do eminente Relator, estou em absoluta congruência.

Do mesmo modo, com uma questão que é assente na jurisprudência deste Tribunal, talvez numa das construções mais exitosas, no que diz respeito à compreensão do conceito normativo de família. Isso não se trata de nenhuma hermenêutica que seja imaginativa ou deslizante em relação à dicção do Texto Constitucional. Lembremos que o Constituinte originário, no art. 226, diz que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

E ao dizer, não restringiu o alcance do que seja família. Pelo contrário, admitiu, nos parágrafos, a existência de múltiplas formas ou tipologias de arranjos familiares. E isso, de resto, além de ser uma emanção do Direito positivo, é uma questão milenar.

Há, às vezes, afirmações que me parecem destituídas de razão, no

RE 1211446 / SP

sentido de que essas outras configurações familiares seriam típicas apenas do nosso tempo. Não, os estudos antropológicos mostram que em diferentes tempos, em diferentes espaços, houve arranjos familiares de diferentes naturezas. Mesmo as Sagradas Escrituras mostram isso. Basta consultar o Antigo Testamento para ver que, desde milênios, nós temos a proteção, a vivência de múltiplas formas de convivência afetiva.

Por essas razões, Senhor Presidente, Senhor Relator, eu apenas faço menção, à guisa de homenagem, à minha ilustre antecessora, a Ministra Rosa Weber, que quando, do exame, por este Plenário, da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, disse:

"Uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero, exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção puramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais que impedem a sua concretização."

Há todos os precedentes mencionados por Sua Excelência, o Ministro Luiz Fux, que vão nessa direção da compreensão dessa proteção jurídica indeclinável com a nota da fundamentalidade, da essencialidade quanto às múltiplas famílias, obedecendo ao art. 226 da Constituição Federal.

Eu, portanto, adiro às premissas do voto de Sua Excelência.

Em relação ao caso concreto, de fato, não há dúvida quanto ao improvimento do recurso extraordinário.

Em relação à tese, eu apenas chamo a atenção para uma consequência, na medida em que nós estamos dizendo que, nessa hipótese de duas mulheres que adotam ou, nesse caso de inseminação artificial, venham a ter um filho, nós teremos uma hipótese em que uma terá a licença-maternidade e a outra algo equivalente, do ponto de vista temporal, à licença-paternidade.

Por simetria, a consequência será que, quando se tratar de dois homens adotantes, do mesmo modo, nós teremos que um dos homens adotantes terá a licença-paternidade e outro, por igualdade, terá direito a uma licença, do ponto de vista temporal, similar à licença-maternidade.

RE 1211446 / SP

Então, talvez, Ministro Fux, até para que nós possamos cumprir essa missão inerente à função da Corte Suprema de trazer segurança jurídica, de complementar marcos normativos sólidos, quem sabe fosse o caso de, a partir da extrapolação desse caso concreto, na tese, nós acrescentarmos um terceiro item para já deslindar também essa situação por simetria para deixar claro que há igualdade de proteção entre as duas situações, sejam duas mulheres, sejam dois homens, havendo, portanto, essa equivalência temporal.

É como eu voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Flávio Dino, Vossa Excelência se juntou a nós há pouco tempo, nós temos tido, em situações precedentes, algumas discussões acerca da extensão que desejamos dar às teses. E temos adotado, como regra geral, uma posição mais estreita no sentido de ficar tão próximo quanto possível do caso concreto.

O nosso caso concreto são duas mulheres, sendo que uma delas fez a gestação com o material genético da outra. Eu nem discordo do que Vossa Excelência disse, mas eu sinceramente não me animaria a extrapolar aqui para muito além dessa situação. Até porque, entre dois homens, evidentemente não será possível que um tenha gestação.

Então, eu, sem discordar de Vossa Excelência, talvez exercesse um pouco de autocontenção na tese, seguindo uma tradição que temos procurado manter de o máximo de proximidade com a situação concreta.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, é claro que autocontenção sempre é muito bem-vinda. Aliás, tenho procurado me ater a isso.

Apenas faço, talvez até como *obiter dictum*, para alertar que essa consequência haverá.

Agora, considero, Senhor Presidente, importante fixar que é desinfluyente para a consequência o fato de haver material genético, porque, mesmo que não houvesse, a conclusão seria a mesma, tendo em vista que, no caso da licença-adoptante assim tem sido.

Mas, de todo modo, de ser um *obiter dictum* uma compreensão de

RE 1211446 / SP

que tal ocorrerá por derivação do que nós estamos aqui construindo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - No caso de licença-adoptante, eu mesmo fui o Relator e concordo plenamente. E concordo com o *obiter dictum* também, não discordo do conceito.

Eu só não colocaria na tese para tentarmos preservar um certo critério que temos adotado quanto à extensão da tese.

Muito obrigado, Ministro Flávio Dino!

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, uma pequena observação: relembro que a Corte consagrou essa licença ao pai solteiro adotante em julgado do Pleno.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Licença-paternidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - No caso da utilização de barriga de aluguel com nascimento, estendemos os 180 dias para o pai, quando somente o pai.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então não é paternidade.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Estendemos a licença-maternidade para o pai nos casos em que há fertilização *in vitro* e, conseqüentemente, não há mãe. O pai não é casado, não tem companheira, pai solteiro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Como lembrou o Ministro Flávio Dino, hoje em dia, a Constituição brasileira, com a ajuda do Supremo Tribunal Federal, reconhece quatro modalidades de família: a do casamento - não é proibido ser convencional -, as famílias das uniões estáveis, as famílias monoparentais e as famílias homoafetivas. Onde antes existia uma modalidade, como lembrou o Ministro Flávio Dino, agora são quatro.

13/03/2024**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO****VOTO
(VOGAL)**

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, quero cumprimentar Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Pares, o eminente Procurador-Geral da República, os Senhores Advogados, Advogadas e Servidores.

Senhor Presidente, quero cumprimentar o eminente Ministro Luiz Fux, Relator deste recurso. Em relação ao desfecho do recurso extraordinário, estou plenamente de acordo, adiro à fundamentação de Vossa Excelência.

Em relação à tese, também me alinho à preocupação manifestada pelo eminente Presidente. A discussão aqui é definir o direito ou não à licença-maternidade à mãe não gestante considerada a união estável homoafetiva. Essa é a discussão. Parece-me que ir além, para excluir a possibilidade de duplicidade, talvez já avance e analise situações, como, por exemplo, a mãe não gestante que faz tratamento para amamentar a criança.

Sei que Vossa Excelência aborda essa questão no voto, mas é uma questão que não foi aqui debatida e, talvez, não tenhamos tantos dados para enfrentá-la. A proposta, na verdade, que trago à discussão, seria restringir a tese da seguinte forma: tem direito à licença-maternidade a mãe não gestante em união estável homoafetiva cuja companheira que engravidou não teve direito ao benefício. Sei da preocupação trazida pelo eminente Procurador-Geral da República em relação às questões previdenciárias, à própria duplicidade, mas me parece que aqui há outras situações que mereceriam uma análise mais detalhada. Se avançássemos, isso poderia ficar prejudicado.

Minha proposta, sujeita evidentemente à maioria, seria restringir a tese àquilo que foi colocado como repercussão geral originariamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

RE 1211446 / SP

(PRESIDENTE) - Vossa Excelência, poderia, por gentileza, Ministro Zanin, repetir a proposta de tese?

Tem direito à licença-maternidade a mãe?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira que engravidou não teve direito ao benefício.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nesse caso, vamos fixar uma tese mais minimalista do que o necessário, porque, com essa ressalva, vamos dizer que ela só tem direito porque a outra não usufruiu, quando, na verdade, o que queremos dizer é que a licença-maternidade é devida, sem prejuízo de a outra companheira também ter uma licença análoga à que se concede à paternidade. Vou deixar para o Ministro Edson Fachin, que fez um arredondamento da tese, porque, da forma como está, Vossa Excelência está dizendo: tem direito, porque a outra não usufruiu. O que estamos dizendo é que as duas têm direito.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - A repercussão geral, tal como proposta e reconhecida, diz:

Cumpra ao Tribunal definir o direito ou não à licença-maternidade à mãe não gestante considerada a união estável homoafetiva.

Talvez pudéssemos, na tese, dizer que há direito à licença-maternidade à mãe não gestante, considerada a união estável homoafetiva. Dessa forma, estaríamos avançando para dizer que não é possível a duplicidade ou outras situações que não foram analisadas neste recurso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Então seria: tem direito à licença-maternidade a mãe não gestante em união estável homoafetiva.

O Ministro Fux teve a preocupação de esclarecer que, no caso, são duas mulheres. Não teriam ambas direito ao mesmo período de licença-maternidade e, portanto, sugeriu que fosse análogo ao prazo da licença-paternidade. De fato, essa questão aqui não se coloca, porque a companheira é autônoma e, portanto, não tem como desfrutar de nenhum tipo de licença.

RE 1211446 / SP

A solução do Ministro Zanin, de fato, amolda-se totalmente ao caso, mas, talvez, a gente deixasse em aberto a questão - que eu não gostaria - de imaginar que as duas possam ter direito à licença-maternidade, o que produziria um impacto muito grande sobre a previdência.

Embora goste do início da proposição do Ministro Zanin, Ministro Fux, em vez de dizer "a servidora pública e a empregada," é só dizer "tem direito à licença-maternidade a mãe não gestante em união homoafetiva". A gente só precisa equacionar a melhor forma de dizer o que Vossa Excelência disse no tocante à companheira, que só teria direito a situação análoga à da licença-paternidade. Acho que, depois de termos votado, podemos pensar juntos a tese.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Também cumprimento o Ministro-Relator, Ministro Luiz Fux, pelo substancial e profundo voto que ora apresenta, a Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Pares, o Senhor Procurador-Geral da República, Advogados, Advogadas, Servidores e Servidoras.

Presidente, apresento uma síntese do meu voto em uma proposição de tese convergente, mas, que, talvez, traga alguns aspectos que mereçam ser avaliados pelo Colegiado.

A síntese é:

I - Como fundamento do princípio da isonomia, é legítima a concessão da licença-maternidade a uma das mães, gestante ou não gestante, após a gravidez obtida por inseminação artificial;

II - Em razão do postulado do livre planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição, é exclusiva das mães a decisão sobre quem deve usufruir da licença-maternidade de 120 dias e a quem cabe a licença de 5 dias, correspondente à licença-paternidade.

Caberia a uma delas, não a ambas, a quem delas seria; uma decisão da esfera de liberdade do casal, no caso.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Vossa Excelência me permite só um aparte, Ministro André?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Pois não.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Essa linha de Vossa Excelência se aproxima da licença parental compartilhada, conceito em que o casal define quem tira a licença e qual o período. Linha, inclusive, hoje, objeto de alguns projetos de lei no Congresso Nacional, o que me parece que seria uma evolução em relação a esse assunto. Também acho que poderia ser uma solução. Só para registrar que realmente me parece algo que se aproximaria da licença parental compartilhada.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Agradeço, Ministro

RE 1211446 / SP

Zanin. A preocupação é porque, em uma família, às vezes, as responsabilidades do dia a dia ora sobressaem sobre uma, ora sobre outra, nessa questão de gestão familiar, de planejamento da família. Seria importante, ao conceder a garantia, também prevermos essa liberdade, até para que não haja por parte do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS atuação ou decisão que restringisse a decisão, ora de um lado, ora de outro.

Esperando ter contribuído com o já substancioso voto do Ministro Luiz Fux, com os aportes trazidos pelos Ministros Flávio Dino e Cristiano Zanin, essas considerações para a avaliação do Colegiado.

É como voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Não captei exatamente o ponto. Vossa Excelência diverge em alguma questão específica?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência acompanha?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Acompanho, mas trago complementos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Qual, Ministro André? Desculpe!

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não é um complemento, apenas um registro do que deparei do voto do Ministro Luiz Fux, que seria uma delas que usufruiria do prazo de 120 dias.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Certo.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - A outra usufruiria da licença-paternidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Análogo, o prazo análogo. Isso.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Mas, no âmbito do casal, a quem caberiam os 120 dias, a quem caberiam os 5 dias? Nesse aspecto, trago que essa é uma decisão que cabe ao casal.

RE 1211446 / SP

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(PRESIDENTE) - Certo. Nenhuma divergência. Perfeitamente.**

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**
ADV.(A/S) : **JANE LÚCIA WILHELM BERWANGER**

VOTO-VOGAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA RG Nº 1.072. LICENÇA-GESTANTE. CASAL HOMOAFETIVO FEMININO. GRAVIDEZ A PARTIR DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. ADMISSÍVEL A CONCESSÃO DA LICENÇA A UMA DAS CONSORTESES, À LIVRE ESCOLHA DO CASAL. VETOR DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PROTEÇÃO DA INFÂNCIA. DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR. CONCESSÃO DE DUAS LICENÇAS A AMBAS: OFENSA À

RE 1211446 / SP

ISONOMIA MATERIAL. HIPÓTESE INEXISTENTE NOUTROS CASOS DE PAIS BIOLÓGICOS, OU HOMOAFETIVOS MASCULINOS. FIXAÇÃO DA TESE: I – *Com fundamento no princípio da isonomia, é viável a concessão da licença-maternidade a uma das mães — gestante ou não gestante — após gravidez obtida por inseminação artificial; II – Em razão do postulado do livre planejamento familiar, inscrito no art. 226, § 7º, da Constituição da República, é exclusiva das mães a decisão sobre quem deve usufruir da licença-maternidade de 120 dias, e a quem cabe a licença de 5 dias prevista no art. 10, § 1º, do ADCT.*

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Como bem minuciado pelo Relator, o eminente Ministro Luiz Fux, o caso trata de pedido de concessão de licença-maternidade formulado por servidora pública municipal em razão da gravidez de sua companheira, que é trabalhadora autônoma e recebeu os óvulos da recorrida a partir de procedimento de fertilização *in vitro*.

2. Após a procedência dos pedidos em 1º e 2º Graus, o Município de São Bernardo do Campo/SP interpôs o recurso extraordinário afetado pelo Ministro Relator, no que veio a ser o Tema nº 1.072 do ementário da Repercussão Geral.

3. No final de 2023, reunimo-nos neste Plenário para julgar o Tema RG nº 542, no qual o eminente Ministro Luiz Fux, também Relator, explanou com maestria que o gozo da licença-maternidade, para além de um direito da mãe, tinha como **vetor o desenvolvimento do abrigo familiar em torno da criança**. Fixou-se, na oportunidade, o direito da

RE 1211446 / SP

trabalhadora gestante ao gozo da licença-maternidade qualquer que fosse o vínculo mantido com a Administração Pública (*leading case* do RE nº 842.844-RG/SC).

4. Tenho que o norte deste e de outros casos é o mesmo: a inserção da criança no seio familiar como valor que extravasa a proteção da família por si só, para também se traduzir no desenvolvimento das noções comunitárias mais básicas a cada um de seus integrantes, como o pertencimento social, o afeto, a educação, o respeito mútuo e a solidariedade.

5. Sob este paradigma, o conceito de família não é estático, haja vista a hipótese aberta do art. 226, § 4º, da Constituição da República, que reconhece “*como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*”

6. Esse dinamismo se enxerga facilmente a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, para o que contribuiu sobremaneira o Supremo Tribunal Federal no emblemático julgamento conjunto da ADI nº 4.277/DF e da ADPF nº 132/DF, sob a relatoria do eminente Ministro Ayres Britto, quando conferida interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, a fim de viabilizar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entendimento, aliás, que foi logo acompanhado pelo CNJ com a edição da Resolução nº 175, de 2013, que proibiu cartórios do País de se recusarem a celebrar casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo.

6.1. Vale a transcrição:

“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**

RE 1211446 / SP

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-reducionista 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-político-cultural.”

(ADI nº 4.277/DF; ADPF nº 132/DF; Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, j. 05/05/2011, p. 14/10/2011; destaque acrescido).

7. Em feliz apreensão sobre o melhor interesse da criança adotada, no julgamento do Tema RG nº 782, o Pretório Excelso afastou qualquer distinção entre a licença-maternidade concedida à mãe biológica e a licença-maternidade dos adotantes. Sob a relatoria do nosso atual Presidente, o Ministro Luís Roberto Barroso, foi fixada a seguinte tese: *“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 nº 778.889-RG/PE, Tema RG nº 782, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 10/03/2016, p. 1º/08/2016).

8. Neste arrimo, somam-se as vozes quanto à expansão do sentido do art. 7º, inc. XVIII, da Constituição da República, para além da licença-maternidade concedida tão somente à gestante. Deixa de ser crucial, para

RE 1211446 / SP

efeitos do direito à licença, o liame biológico.

9. Sobre a questão trazida, não me parece haver qualquer dificuldade em se compreender pela garantia da licença-maternidade na circunstância em que um casal homoafetivo feminino opta pela concepção da prole a partir de procedimento de inseminação artificial.

10. Já há mais de uma década chancelada pela legislação e por este mesmo Supremo Tribunal Federal a plena comunhão de vida, com os efeitos jurídicos dela decorrentes, de casais homoafetivos e, com ainda maior razão, pela necessidade de se resguardar o superior interesse da criança, é razoável que se possa conceder o licenciamento a uma das mães do filho recém-nascido. Na hipótese concreta, a questão, para mães e filhos, resolve-se por orientação da isonomia.

11. Discussão mais tormentosa é apelidada “dupla licença-maternidade”, rechaçada no parecer da PGR acostado aos autos, a que faço breve referência, a seguir:

“(...) apesar de o cenário constitucional brasileiro caminhar no sentido de implementar paradigma de mútua responsabilidade familiar entre os cônjuges, de forma que ambos sejam igualmente responsáveis pelo bem-estar e pela proteção da entidade familiar, são, de fato, diferentes os lapsos temporais legalmente previstos para as respectivas licenças parentais (licença-maternidade e licença-paternidade).

A previsão de tais benefícios envolve custos e impacta no equilíbrio econômico dos sistemas de previdência, reclamando, para sua ampliação, a atuação do Legislativo, com leitura global do impacto da medida.

No atual contexto jurídico-constitucional, que, como dito, segue parâmetros de proteção da criança e de favorecimento da interação familiar, sopesando-se também os princípios do equilíbrio atuarial na concessão dos benefícios previdenciários, da legalidade e da isonomia, somente é

RE 1211446 / SP

viável a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais, sendo defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar.

Tanto é assim que, no caso subjacente a este paradigma da repercussão geral, ao conceder a antecipação de tutela, esclareceu o julgador de primeiro grau que: *'o direito da autora, contudo, não pode concorrer com eventual benefício análogo da companheira gestante, que também é mãe da criança. Caso contrário, haverá apenas direito a uma licença de menor duração, como a licença-paternidade, para evitar-se situação de dupla licença-maternidade, por qualquer regime'*.

Desse modo, é vedada a concessão de dupla licença-maternidade." (e-doc. 7, p. 11-12; destaque acrescido).

12. No caso concreto, poderia ser aventada a possibilidade de a companheira da recorrida, na qualidade de profissional autônoma, obter a licença-maternidade pelo RGPS, como segurada individual, enquanto a recorrida solicitar a mesma licença no regime próprio, dado que servidora pública municipal. Bem assim, a exegese poderia se transpor para o caso de duas companheiras vinculadas ao mesmo regime de previdência — próprio ou geral.

13. Como adiantei, a questão não é simples, e a lei em vigor em torno do tema já se mostra desatualizada, haja vista o influxo contínuo das relações humanas modernas. Neste aspecto, é salutar que se reconheça a necessidade de o Poder Legislativo também se debruçar sobre o assunto e, o quanto possível, albergar esses novos debates.

13.1. A esse respeito, saliento a recente decisão deste Pretório Excelso na ADO nº 20/DF, na qual instado o Congresso Nacional a sanar, no prazo de 18 meses, a omissão da disciplina da licença-paternidade, regulamentada pela norma provisória do art. 10, § 1º, do ADCT, desde a vigência da Constituição. (cf. ADO nº 20/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Red. p/ Ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 14/12/2023).

RE 1211446 / SP

13.2. Assim, embora o aparato legislativo não esteja, neste caso, a serviço da solução específica do caso, é possível extrair uma norma concreta em consonância com os valores e objetivos constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da isonomia.

14. Numa primeira vista, seria possível argumentar que o direito à licença-maternidade deve ser garantido a todas as mães, sob pena de discriminação a mães unidas em comunhão homoafetiva. Ainda, estabelecer a licença-maternidade a uma delas, e os cinco dias do art. 10 do ADCT à outra, importaria em diferenciação entre as conviventes da mesma relação familiar.

15. Nada obstante, novamente fazendo referência ao objetivo dessas licenças centrado na **família** e na **criança**, a concessão de 120 dias a cada uma das consortes se traduziria em claro **privilégio dessa forma familiar, tanto das mães quanto de seus filhos.**

16. Em sua dicção literal, a Constituição prevê uma licença de 120 dias à mulher gestante (art. 7º, inc. XVIII), e outra de 5 dias ao pai (art. 7º, inc. XIX, c/c o art. 10. § 1º, ADCT). Com relação à mulher, a mesma redação se encontra no art. 392 da CLT: *“A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.”*

17. Como visto, é anacrônico pensar que somente as mães que tenham uma relação estritamente biológica com sua prole seriam contempladas pela proteção previdenciária. Superada está a compreensão, não só pelas famílias formadas a partir da adoção, como pela própria família monoparental.

17.1. No caso da adoção, além do sobrecitado Tema RG nº 782, a legislação garantiu a licença e o salário **a um dos adotantes, ou guardiões**

RE 1211446 / SP

do filhos adotivos. Confira-se:

“CLT - Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (...)

§ 5º. A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (destaques acrescidos)

Lei nº 8.213, de 1991 - Art. 71-A. Ao segurado ou 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. (...)

§ 2º. Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.” (destaques acrescidos).

17.2. No caso da família monoparental, tanto a jurisprudência do STF quanto a Lei nº 8.213, de 1991 preveem a possibilidade de concessão da licença-maternidade ao homem, quando o pai for viúvo da mulher que faria jus ao benefício, ou quando intencionar a paternidade, também, pela fertilização *in vitro* (conforme decidido no Tema RG nº 1.182).

“Lei nº 8.213, de 1991 - Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.”

“À luz do art. 227 da CF, que confere **proteção integral da**

RE 1211446 / SP

criança com absoluta prioridade e do princípio da paternidade responsável, a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai genitor monoparental.”

(RE nº 1.348.854-RG/SP, Tema RG nº 1.182, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 12/05/2022, p. 24/10/2022; destaques acrescentados).

18. Com efeito, a aplicação pura e simples da licença-maternidade a ambas as mães reunidas em comunhão homoafetiva soaria plausível apenas sob o prisma formal, **mas fulminaria a isonomia em sua égide material.**

18.1. Isso porque **o mesmo direito não poderia ser concedido aos casais heterossexuais, aos pais e mães adotantes e também aos casais homoafetivos masculinos.** O contrassenso seria ainda maior, se pensarmos dessa forma, em conceder apenas 5 dias de licença-paternidade aos pais homossexuais do sexo masculino.

18.2. A equivocada concessão reforçaria ainda aquela **ideia vetusta de que é da mulher a responsabilidade pela prole e pelas tarefas domésticas.**

18.3. Logo, a concessão de 120 dias de licença a uma das mães (gestante ou não) é incapaz de gerar qualquer desigualdade. Ao contrário, além de respeitar o desenho constitucional, **a concessão da licença-maternidade a só uma das mulheres é medida que garante o tratamento por igual de todas as famílias e de todas as crianças, independentemente do arranjo familiar de cada casal (hétero ou homossexual).**

19. O ponto remanescente seria sobre a quem se dirigir o gozo da licença-maternidade: à mãe gestante ou à não gestante?

RE 1211446 / SP

19.1. De um lado, ao privilegiar a mãe gestante, voltaríamos à noção antiga de que a licença serve apenas à recuperação da mãe após o parto. Ainda, esta Suprema Corte resolveu questão na qual a mãe ou o filho demandam tratamentos médicos em consequência do parto, o que não dá início ao gozo da licença-maternidade, mas enseja à utilização do auxílio-doença, contando aquele período, somente, após a alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido. Isso consta do julgamento da ADI nº 6.327/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 24/10/2022, p. 07/11/2022.

19.2. Noutro giro, simplesmente conceder à mãe não gestante também poderia interferir na decisão própria do casal e, eventualmente, prejudicar aquelas que optaram pela inseminação artificial em determinada convivente sob a crença de que aquela seria a fruidora do benefício.

20. Com mais tranquilidade, faço referência ao postulado constitucional do livre planejamento familiar, inscrito no art. 226, § 7º, da Carta República, para **deixar à escolha do casal homoafetivo feminino qual seria a mãe beneficiária da licença-maternidade** — o que, reitero, **está em consonância com o esquema constitucional e legislativo de que a um integrante cabe o período de 120 dias da licença-maternidade, e ao outro a licença de 5 dias.**

21. O raciocínio poderia ser, igualmente, aplicado a casais homoafetivos masculinos, novamente, em observância do princípio da isonomia.

22. Alerto que, justamente para não criar regras novas e restritas à família da hipótese analisada, não caberia a distribuição dos dias entre as mães de maneira distinta, de modo a dividir o interregno da licença entre elas.

23. Ante o exposto, **acompanho o relator no sentido de negar**

RE 1211446 / SP

provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo/SP. Adiro, ainda, à tese fixada pela maioria.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
RECDO.(A/S)	: TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES
ADV.(A/S)	: ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT
ADV.(A/S)	: RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS
ADV.(A/S)	: LUANDA MORAIS PIRES
ADV.(A/S)	: FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN
ADV.(A/S)	: ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO
ADV.(A/S)	: JANE LÚCIA WILHELM BERWANGER

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Quero cumprimentar o Presidente, ministro Luís Roberto Barroso, a ministra Cármen Lúcia e, nas pessoas de Vossas Excelências, cumprimentar todos os Colegas, o Procurador-Geral da República e os demais presentes.

Senhor Presidente, meu voto é alongado, mas nada tenho a acrescentar ao que foi dito.

Minha preocupação reside exatamente no ponto que vem sendo debatido nos últimos quinze minutos: de um lado, a ponderação de valores acerca da igualdade entre os diversos paradigmas de família, proteção à criança e o favorecimento à integração de pais e filhos; de

RE 1211446 / SP

outro lado, não podemos descuidar da atuação legislativa e do equilíbrio atuarial da previdência.

Acho que é muito prudente a posição de o Relator laborar com o que a legislação brasileira nos oferece: as duas licenças. Cabe ao Supremo adequar e permitir, como acabou de ser sugerido, que as famílias se organizem, mas deve trabalhar com os institutos que temos, evitando, assim, sobrecarregar o sistema – não temos agora como fazer esse cálculo.

São só essas ponderações, e acho que a matéria já se vem encaminhando dessa forma.

Acompanho o eminente Relator, parabenizando-o pelo belíssimo voto.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO
RECDO.(A/S)	: TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES
ADV.(A/S)	: ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT
ADV.(A/S)	: RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO
AM. CURIAE.	: GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS
ADV.(A/S)	: LUANDA MORAIS PIRES
ADV.(A/S)	: FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP
ADV.(A/S)	: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN
ADV.(A/S)	: ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO
ADV.(A/S)	: JANE LÚCIA WILHELM BERWANGER

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo, com alegada base no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim resumido:

Licença maternidade pelo período de 180 dias. Casal homoafetivo. Mãe que não gestou a criança. Extensão. Melhor interesse do menor. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido.

(eDoc 1, fl. 257)

RE 1211446 / SP

A parte recorrente aponta violação dos arts. 7º, XVIII, e 37, *caput*, da Carta da República, nos seguintes termos:

[...]

A recorrida alegou que junto com sua companheira realizou tratamento de fertilização *in vitro* utilizando seus óvulos que foram implantados naquela; que houve nascimento de sua filha; que sua companheira é trabalhadora autônoma e possui microempresa individual; que com base no artigo 184-A da Lei Municipal nº 1.729/68 – Estatuto dos Funcionários Públicos de São Bernardo do Campo – requereu o gozo de licença-maternidade; que o pedido foi indeferido. Foi proferida sentença acolhendo o pedido. Inconformada a Fazenda Pública aviou recurso inominado alegando que ar. sentença de fls. violou o Princípio de legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição da República. O qual foi rejeitado.

[...]

Contudo, tal decisão merece ser reformada, *data venia*, pois foi proferida com violação ao Princípio da Legalidade; além de conferir interpretação inconstitucional ao inc. XVIII do artigo 7º da Constituição da República.

[...]

A Fazenda Municipal foi condenada conceder licença gestante em situação não contemplada pela Lei Municipal, nem pela Lei 8.213/91 (Lei de benefícios da previdência social). Considerando-se que o Princípio da legalidade regula a atividade administrativa de todos os entes da Federação, sem exceção, o deslinde dessa demanda apresenta interesse jurídico e econômico que extrapola os interesses subjetivos das partes envolvidas na causa.

A recorrida invocou o artigo 184-A da Lei Municipal 1.729/68 (doc. 2) para, por *analogia*, obter afastamento remunerado do serviço a título de licença maternidade.

[...]

Ocorre que a Administração Pública está adstrita ao Princípio da Estrita legal inserto no “*caput*” do artigo 37 da

RE 1211446 / SP

Constituição da República.

[...]

De outra parte a legislação infraconstitucional também não contempla a pretensão da Autora. O Artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho não autoriza o deferimento de licença-maternidade para a situação fática vivenciada pela Autora. Ademais, consoante o parágrafo 2º do artigo 71-A da Lei 8.213/1991 o salário-maternidade só poderá ser pago à **mãe biológica**.

[...]

Portanto, ainda que se cogite a hipótese de concessão de afastamento da recorrida a título de licença-maternidade não há possibilidade jurídica de pagamento de *vencimentos* no curso da licença por absoluta falta de **autorização legal**.

Por fim, não se olvide que conforme afirmado na petição inicial a **companheira da recorrida** exerce atividade remunerada na condição de trabalhadora autônoma, sendo segurada obrigatória do regime geral da previdência social nos termos da alínea *h*, inciso *V* do artigo 11 da Lei 8.213/91.

[...]

Assim, a companheira da recorrida tem o direito de receber o benefício de licença-maternidade a ser custeado pelos cofres do regime geral da previdência social. Porém, tal situação jurídica da companheira **impede** que recorrida venha a receber remuneração a título de licença-maternidade dos cofres do Município por expressa vedação da parte final do parágrafo 2º do artigo 71-A da Lei 8.213/91.

[...]

(eDoc 1, fls. 261-265)

Em contrarrazões, a recorrida aduz, em suma, que:

[...]

O direito à licença maternidade encontra previsão no art. 7º, XVIII da CF/88 e legislação infraconstitucional e os dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais

RE 1211446 / SP

entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Os argumentos expostos pelo Recorrente não merecem ser acolhidos, pois carecem de pressupostos fáticos e legais.

Alegam os mesmos a inexistência de norma legal que autorize a concessão do benefício remunerado da Recorrida.

Conforme certidão de nascimento de fls. 93, a Recorrida é sua mãe. A filiação não advém somente do parto. Além disso, de acordo com o documento de fls. 92, houve a fecundação de seu óvulo, sendo também mãe biológica.

Trouxe aos autos ainda Recorrente, que Sua companheira atua informalmente no mercado de trabalho e não está inscrita como segurada nos quadros do Instituto Nacional do Seguro Social, portanto não faz jus ao recebimento do benefício do auxílio maternidade.

Tanto é verdade que a Recorrente, após não ter sido analisado seu pedido administrativo, junto ao INSS, interpôs ação de concessão de benefício previdenciário junto ao Juizado Especial Federal de São Paulo, processo nº 0061432172017403601 para obter o benefício. Pois é funcionária celetista de outros hospitais.

Referido processo foi julgado procedente, e transitou em julgado confirmando a tese da recorrida.

A situação, apesar de não imaginada pelo legislador não pode ficar sem acolhimento no Direito, sob a alegação de que não existe amparo legal.

[...]

(eDoc 1, fls. 272-273)

O Supremo, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o ministro Edson Fachin. Não se manifestou o ministro Gilmar Mendes. O acórdão recebeu a ementa a seguir transcrita:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO

RE 1211446 / SP

HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.

(eDoc 3, fl. 1)

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Procurador-Geral da República, Dr. Augusto Aras, opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário. Eis a síntese do pronunciamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1072. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. MÃE NÃO GESTANTE.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1072 da sistemática da repercussão geral: Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

2. A concessão da licença-maternidade há de se pautar pela ampla proteção conferida pela Constituição Federal à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família.

3. O fundamento para a outorga da licença-maternidade extrapola o fator biológico da gravidez, incluindo o fortalecimento do vínculo afetivo e a promoção da integração da família, norteados-se pela importância do convívio familiar.

4. A concessão do benefício há de observar os princípios da legalidade e da isonomia, de forma que somente é viável a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar (licença-maternidade e licença-paternidade), sendo defesa a concessão de dupla licença-maternidade.

5. Propostas de Teses de Repercussão Geral:

RE 1211446 / SP

I – É possível conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e fixação das teses sugeridas.

(eDoc 7, fls. 1-2)

Foram admitidos no processo, na condição de *amici curiae*, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social (CNTSS/CUT), o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADVS) e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

O cerne da controvérsia está em saber se é possível concessão de licença-maternidade a mulher que, em união estável homoafetiva, seja mãe não gestante de criança gerada mediante inseminação artificial heteróloga realizada na companheira.

Cumpre, então, enfrentar os fundamentos e princípios constitucionais que regem o benefício, principalmente os vetores aptos a dar sustentáculo à resolução da controvérsia.

1. Sistema constitucional e princípios regentes da licença-maternidade

A licença-maternidade é o benefício concedido a quem, em razão do nascimento de filho, precisa afastar-se do trabalho para cuidar da criança.

A conscientização acerca do direito da mulher de ausentar-se do local de trabalho por tempo determinado para o resguardo do nascituro

RE 1211446 / SP

deu origem, no plano internacional, à Convenção n. 3, de 1919, da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O documento, revisado em 1952, recebeu o n. 103 e a denominação “Convenção sobre o Amparo à Maternidade”.

Referida convenção foi internalizada no Brasil mediante promulgação pelo Decreto n. 58.820, em 14 de julho de 1966, entrando em vigor no dia 18 imediato.

A Constituição Federal de 1988 veio ampliar a proteção dada à maternidade, como ilustram os seguintes dispositivos:

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

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.

Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º **São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais**, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII – **licença à gestante**, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

RE 1211446 / SP

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Art. 203. **A assistência social** será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e **tem por objetivos:**

I – **a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;**

Ante a adoção, pela Carta de 1988, de um modelo plural de família, constituída com base no afeto, inclusive com o reconhecimento de diferentes formas de representação, a exemplo da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º), acrescida, ainda, da união estável homoafetiva segundo a jurisprudência do Supremo (ADI 4.277, ministro Ayres Britto, *DJe* de 12 de maio de 2011), entendo que a titularidade do direito à licença-maternidade deve se estendido às mães não gestantes.

A licença-maternidade pode ser analisada sob dois prismas: primeiro, o de direito da mulher de ter a maternidade protegida; segundo, o de direito da criança à saúde, ao aleitamento materno e à convivência familiar. Ambos encontram amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 9º O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de

RE 1211446 / SP

liberdade.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Assim, trata-se de benefício que, considerados os vetores da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade reprodutiva e do melhor interesse da criança e do adolescente, deve alcançar também a mulher em união estável homoafetiva que tenha se tornado mãe de filho gestado pela companheira após procedimento de inseminação artificial heteróloga.

Aliás, o Plenário do Supremo já assentou que não pode haver diferença entre a licença-maternidade concedida à mãe biológica e a deferida à mãe adotante, de modo que a ambas é assegurado o direito a, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias de afastamento do trabalho. A decisão foi proferida em março de 2016, no julgamento do RE 778.889, revelador do Tema n. 782/RG. O acórdão ficou assim sintetizado:

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

RE 1211446 / SP

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 mais 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

RE 1211446 / SP

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.”*

A mesma ótica foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no pronunciamento ora recorrido:

O direito à licença maternidade encontra previsão no art. 7º, XVIII da CF/88 e legislação infraconstitucional e os dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Conforme certidão de nascimento de fls. 93, a recorrida é sua mãe. A filiação não advém somente do parto. Além disso, de acordo com o documento de fls. 92, houve a fecundação de seu óvulo, sendo também mãe biológica. A origem do direito à licença maternidade encontra razões nas circunstâncias pós-parto como a amamentação ou a recuperação física-psíquica da mãe, mas também é um direito concedido pelo fato de que possibilita o convívio familiar e o cuidado com a criança. Tem como fonte o convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Independentemente da origem da filiação.

O afastamento por tempo determinado das funções profissionais e a aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo ente na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente e atende aos princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a exemplo de seu artigo 4º, que zela pelo “melhor interesse do menor”, levando-se em conta que o convívio da criança com os pais/mães – biológicos

RE 1211446 / SP

ou adotivos, é essencial para sua criação.

Assim, configurada a entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a recorrida e sua companheira (ADPF 132/RJ), não há como negar, como bem fez a sentença, que o direito à licença maternidade deveria ser estendido para a recorrida, sob o fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar.

Esse o quadro, a meu ver, a concessão de licença-maternidade deve pautar-se pelo estatuto constitucional de proteção da família plural, embasando-se não só na necessidade de recuperação da mulher depois do parto como também na importância do convívio familiar entre pais e filhos nos primeiros meses de vida.

2. Duplicidade da licença-maternidade dentro da mesma entidade familiar: impossibilidade

O direito à licença-maternidade há de ser ponderado com outros valores, como igualdade entre os diversos paradigmas de famílias, legalidade, atuação legislativa e equilíbrio atuarial da previdência, o que impede a concorrência de dois benefícios iguais dentro da mesma entidade familiar.

Embora atualmente até haja movimentos defensores da isonomia entre licenças para o pai e para a mãe, certo é que a legislação brasileira lhes dá tratamentos diferentes.

Destaco, quanto ao ponto, fragmento do parecer apresentado pelo Ministério Público Federal:

A previsão de tais benefícios envolve custos e impacta no equilíbrio econômico dos sistemas de previdência, reclamando, para sua ampliação, a atuação do Legislativo, com leitura global

RE 1211446 / SP

do impacto da medida.

No atual contexto jurídico-constitucional, que, como dito, segue parâmetros de proteção da criança e de favorecimento da interação familiar, sopesando-se também os princípios do equilíbrio atuarial na concessão dos benefícios previdenciários, da legalidade e da isonomia, somente é viável a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais, sendo defesa a concorrência de dois benefícios análogos no mesmo núcleo familiar.

Também na sentença de primeiro grau o magistrado se manifestou nesse sentido. Confira-se:

O direito da autora, contudo, não pode concorrer com eventual benefício análogo da companheira gestante, que também é mãe da criança. Caso contrário, haverá apenas direito a uma licença de menor duração, como a licença-paternidade, para evitar-se situação de dupla licença-maternidade, por qualquer regime.

Desse modo, reputo inviável a concessão em duplicidade da licença-maternidade dentro da mesma entidade familiar.

3. Caso concreto

Na espécie, a recorrida realizou com a companheira tratamento de fertilização *in vitro* no qual óvulos fertilizados de uma foram implantados na outra.

Após o nascimento da criança, a parturiente, trabalhadora autônoma e microempresária individual, não foi bem-sucedida no intento de obter a licença-maternidade. Nesse contexto, a mãe não gestante, servidora do Município de São Bernardo do Campo, requereu o gozo do benefício.

O pedido foi indeferido administrativamente, o que levou a

RE 1211446 / SP

interessada a acionar o Poder Judiciário. Proferida sentença acolhendo a pretensão, a Fazenda Pública aviou recurso inominado apontando violação do princípio da legalidade insculpido no art. 37 da Lei Maior. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitou as alegações.

Pois bem.

De início, tendo em conta a previsão do estatuto constitucional de proteção à família, a assegurar a licença-maternidade à recorrida, não há falar em ofensa ao princípio da legalidade.

Ademais, inexistente nos autos comprovação de que a companheira da recorrida tenha usufruído da licença-maternidade pelo regime geral de previdência social. Ausente, portanto, obstáculo ao recebimento do benefício pela recorrida.

Esse o quadro, compreendo que deve ser mantido o direito da mãe não gestante ao benefício.

4. Dispositivo

Do exposto, **acompanho o eminente Relator, para negar provimento** ao recurso extraordinário.

Proponho, ainda, a seguinte tese: *“É possível a concessão de licença-maternidade a mulher que, em união estável homoafetiva, seja mãe não gestante de criança gerada mediante inseminação artificial heteróloga realizada na companheira, desde que ausente duplicidade do benefício dentro da mesma entidade familiar.”*

É como voto.

RE 1211446 / SP

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, o Relator, Ministro Luiz Fux, a Ministra Cármen, o Procurador-Geral da República.

Presidente, eu não vou me alongar na fundamentação, mas vou divergir da conclusão. Explico rapidamente.

Nós já temos uma série de julgados, e foi citado pelo eminente Relator, por exemplo, o caso em que o pai genitor monoparental tem direito à licença-maternidade. Mesmo que seja barriga de aluguel, o pai tem direito.

E tem direito por quê? Sai da licença-paternidade, que é menor, e vai para a licença-maternidade porque, na ausência da mãe, em um resumo bem resumido, nós consideramos que ele faz o papel também de mãe. Toda essa ideia da licença-maternidade maior, do período necessário de a mãe ficar com o filho, de um lado, vislumbra os interesses do filho, mas, do outro, também da mãe, da necessidade de a mãe criar aquele vínculo com o filho.

Nós inclusive discutimos aqui, todos se recordam, a questão da extensão, ou não, da própria licença-paternidade. Salvo engano, a maioria decidiu dar um prazo para o Congresso Nacional fixar. Eu também me posicionei nesse sentido.

Por que eu insisto nisso de que o direito à licença-maternidade vislumbra, de um lado, a criança recém-nascida e, de outro, a mãe, os direitos da mãe também, a afetividade da mãe? Isso foi estendido, quando não há mãe, ao pai e isso foi estendido pela legislação, na adoção, ao pai e à mãe, o mesmo período.

Com todas as vênias às posições contrárias, não me parece possível escolher uma mãe só para ter a licença-paternidade, sob o argumento de que o INSS ficará sobrecarregado. Primeiro, são poucos casos, e, segundo, nós estamos, ao adotar esse posicionamento, querendo replicar o modelo

RE 1211446 / SP

tradicional de casamento - homem e mulher - para união estável homoafetiva - mulher e mulher. Nós estamos dizendo: essa é a mãe e essa outra é o pai. Não. Nós estamos replicando o modelo tradicional numa outra forma de família.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ministro Alexandre, permita-me um aparte?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Apenas uma dúvida, conducente ao mesmo raciocínio de meu *obiter dictum*. Nessa linha de Vossa Excelência, quando dois pais, dois homens adotantes têm licença-paternidade, de cinco dias, de 8 dias, ou um tem 120 dias, e o outro...?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não. Por isso peguei os dois casos que nós já julgamos. Na ausência da mãe, haveria necessidade de suprir isso. Agora, quando há duas mães...

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - As duas têm 120 dias ou 180.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - As duas têm 120 dias.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - E se forem dois homens? Porque isso chegará aqui em algum momento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sim, mas a Constituição e a legislação que foi complementada estabeleceram uma licença maior para a mãe, vislumbrando a condição de mulher. Se as duas são mulheres, as duas são mães, o Supremo é quem dirá que uma pode e a outra está sendo equiparada à licença-paternidade? Estamos replicando o modelo tradicional, homem e mulher. Ah, uma sustenta a casa. A partir do momento em que se aceita a união estável homoafetiva, e são duas mulheres, as duas são mães. Se as duas são mães, as duas têm o direito. Nesse caso, como Vossa Excelência disse, uma é autônoma, não tem direito. Mas, se fixarmos essa tese limitadora, duas podem ser servidoras públicas. Eu tenho duas amigas que são promotoras, casadas. Se elas adotarem, as duas têm direito aos 120 dias. Agora, se elas fizerem a inseminação dessa forma, uma vai ter direito aos 120 dias e a outra à

RE 1211446 / SP

licença-paternidade?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Só se postulava igualdade, mas o Ministro Alexandre está dando uma vantagem competitiva agora.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não é vantagem, porque nós estamos querendo uma desvantagem, nós estamos classificando uma das mulheres como pai e concedendo licença-paternidade.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - A minha primeira colocação foi justamente com essa preocupação de não definirmos, aqui, de antemão, uma situação que inviabiliza a concessão eventualmente até dupla, da licença-maternidade à segunda mãe. Agora, eu imaginei que algumas situações pudessem ser discutidas judicialmente, e havia a demonstração da necessidade, hipoteticamente, da concessão até mesmo de uma dupla licença-maternidade. Por exemplo, situação em que a mãe não gestante faz tratamento para amamentar a criança. Parece-me que seria exígua uma licença equiparada à licença-paternidade nesse caso.

Por isso que a minha proposta inicial foi de restringir apenas o direito e deixar que outras situações pudessem ser discutidas, especialmente sobre a necessidade de uma eventual segunda licença-maternidade para o mesmo casal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Nós estamos todos de acordo que a mãe não gestante tem direito, nesse caso, à licença-maternidade.

O Ministro Alexandre abre uma divergência relativamente à companheira da mãe não gestante. Sustenta Sua Excelência, nesse caso, que ambas deveriam ter. Essa é a posição do Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em conclusão, Presidente, entendo que nós temos de equiparar, nos termos da fundamentação do RE 1.348.854, e a legislação, a previsão da licença-

RE 1211446 / SP

adotante dupla, porque aqui, independentemente de ser gestante ou não, ambas são mulheres e ambas são mães. Seria, replicar, como eu disse, o modelo tradicional, definindo qual seria pai para fins de licença-paternidade. Então, nesse ponto é minha divergência, Presidente.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**
ADV.(A/S) : **JANE LÚCIA WILHELM BERWANGER**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Sr. Presidente, temos para exame o Tema 1072 da repercussão geral, assim descrito:

“Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.”

Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que se discute, à luz dos artigos 7º, XVIII, e 37, *caput*, da Constituição Federal, se é possível, ou não, conceder licença-maternidade à mãe não gestante, em

RE 1211446 / SP

união estável homoafetiva cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

Na origem, cuida-se de ação de concessão de licença gestante com pedido de antecipação de tutela proposta em face do Município de São Bernardo do Campo – SP.

A parte autora narrou ser servidora pública do referido município, exercendo a função de médica.

Informa que convive em união estável homoafetiva com sua companheira, que exerce suas atividades laborais como autônoma.

Relatou que o casal realizou tratamento de fertilização *in vitro*, resultando na gravidez de sua companheira utilizando óvulos da autora. A filha do casal nasceu em 07 de outubro de 2017.

Diante da impossibilidade de sua companheira afastar-se de suas atividades profissionais para permanecer em casa cuidando da criança, a autora requereu administrativamente a licença gestante, conforme previsto no estatuto dos servidores públicos municipais, a qual foi negada pela parte ré, ao argumento de inexistência de amparo legal tendo em vista não ser a gestante da criança e não se tratar de adoção.

A autora ressaltou ser mãe biológica da criança, visto que gerada com seu óvulo mediante fertilização *in vitro*, no entanto foi discriminada pelo ente público para o qual trabalha, por não se enquadrar no conceito de gestante e nem de adotante.

Ao final requereu a antecipação da tutela e a procedência da ação para condenar o réu à concessão de licença gestante à autora pelo período de 180 dias com a respectiva remuneração.

O Juízo de primeiro grau concedeu a tutela de urgência e determinou a concessão do benefício pleiteado, com a ressalva de que “o direito da autora, contudo, não pode concorrer com eventual benefício análogo da companheira gestante, que também é mãe da criança. Caso contrário, haverá apenas direito a uma licença de menor duração, como a licença-parternidade, para evitar-se situação de dupla licença maternidade, por qualquer regime”(fl. 115, Doc. 1).

RE 1211446 / SP

Apresentada contestação pelo Município de São Benardo do Campo, o Juízo de primeiro grau proferiu sentença de mérito condenando a Municipalidade a conceder licença maternidade à parte autora pelo prazo de 180 dias, mediante remuneração (fl. 236, Doc. 1).

Irresignado, o Município apresentou Recurso Inominado sustentando, em síntese, que a Administração está adstrita ao princípio da estrita legalidade constante no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e que a legislação infraconstitucional de regência não contempla a pretensão da parte autora.

Aduz, ainda, que “a companheira da recorrida tem o direito de receber o benefício da licença-maternidade a ser custeados pelos cofres do regime geral da previdência social. Porém, tal situação jurídica da companheira impede que a recorrida venha a receber remuneração a título de licença-maternidade dos cofres do Município por expressa vedação da parte final do parágrafo 2º do art. 71-A da Lei 8.231/91” (fl. 242, Doc. 1).

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Em contrarrazões, a parte autora sustentou que “a situação, apesar de não imaginada pelo legislador, não pode ficar sem acolhimento do Direito, sob a alegação de que não existe amparo legal” (fl. 247, Doc. 1) e destacou a possibilidade de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar os direitos do recém nascido. Por fim, requereu a manutenção da sentença e desprovimento do recurso.

A Turma da Fazenda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença de procedência do pedido em acórdão assim ementado (fl. 257, Doc. 1):

“Licença maternidade pelo período de 180 dias. Casal homoafetivo. Mãe que não gestou a criança. Extensão. Melhor interesse do menor. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido” (e-Doc. 1, fl. 257)

No Recurso Extraordinário, com amparo no art. 102, III, ‘a’, da

RE 1211446 / SP

Constituição Federal, o Município de São Bernardo do Campo sustenta ser necessária a manifestação desta SUPREMA CORTE “quanto ao alcance e extensão das disposições do inciso XVIII do artigo 7º da Constituição da República em contraste com o Princípio da Legalidade agasalhado pelo artigo 37” (fl. 262, Doc. 1) tendo em vista que a legislação infraconstitucional não contempla a pretensão da parte autora.

Cita o artigo 71-A, § 2º, da Lei 8.213/1991 e afirma que o salário-maternidade só poderá ser pago à mãe biológica, assim, “ainda que se cogite a hipótese de concessão de afastamento da recorrida a título de licença-maternidade não há possibilidade jurídica de pagamento de vencimentos no curso da licença por absoluta falta de autorização legal.”(fl. 264, Doc. 1), além disso, “a companheira da recorrida tem o direito de receber o benefício de licença-maternidade custeado pelos cofres do regime da previdência social. Porém, tal situação jurídica da companheira impede que a recorrida venha a receber remuneração a título de licença-maternidade dos cofres do Município” (fl. 265, Doc. 1) por expressa vedação do referido dispositivo legal.

Requer o conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário para reformar o acórdão recorrido e afastar a condenação do Município recorrente.

A parte recorrida apresentou contrarrazões (fls. 270-274, Doc. 1) sustentando, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso. Quanto ao mérito, alega ser mãe biológica da criança, posto que houve a fecundação de seu óvulo para gestação no ventre de sua companheira, e que “ a filiação não advém somente com o parto”. Ao final requer o desprovimento do Recurso Extraordinário e a manutenção do acórdão recorrido em sua totalidade.

O Recurso Extraordinário foi devidamente admitido e os autos remetidos ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (fl. 279, Doc. 1).

Em 7.11.2019, o Plenário desta SUPREMA CORTE, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria. Veja-se a ementa do acórdão (fl. 1, Doc. 3):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL.

RE 1211446 / SP

ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.”

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do Recurso Extraordinário em parecer que exhibe a seguinte ementa (fls. 1-2, Doc. 7):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1072. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. MÃE NÃO GESTANTE.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1072 da sistemática da repercussão geral: Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

2. A concessão da licença-maternidade há de se pautar pela ampla proteção conferida pela Constituição Federal à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família.

3. O fundamento para a outorga da licença-maternidade extrapola o fator biológico da gravidez, incluindo o fortalecimento do vínculo afetivo e a promoção da integração da família, norteados-se pela importância do convívio familiar.

4. A concessão do benefício há de observar os princípios da legalidade e da isonomia, de forma que somente é viável a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar (licença-maternidade e licença-paternidade), sendo defesa a concessão de dupla licença-maternidade.

5. Propostas de Teses de Repercussão Geral: I – É possível

RE 1211446 / SP

conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade. – Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e fixação das teses sugeridas. ”

Foram admitidos como *amici curiae*, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL -CNTSS, o GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO -GADvS, e o INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO -IBDP (Doc. 25).

A então Procuradora-Geral da República, ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS, requereu o julgamento preferencial do presente julgado tendo em vista a relevância da matéria em discussão para a integral proteção da criança e da maternidade bem como o decurso de cerca de 4 anos desde que admitido o recurso na sistemática da Repercussão Geral (Doc. 37).

Consta dos autos, requerimento de ingresso, na condição de *amicus curiae*, formulado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (Doc. 29); pelo INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS – IEPREV (Doc. 31); e pelo SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR - ANDES - SINDICATO NACIONAL (Doc. 39).

É o relatório.

Senhor Presidente, temos para exame, sob a sistemática da Repercussão Geral, Recurso Extraordinário em que se debate a possibilidade de concessão de licença maternidade à mãe não gestante, na hipótese de fertilização in vitro no âmbito de união estável homoafetiva.

Para adequada compreensão da controvérsia, cumpre destacar os seguintes fatos constatados na hipótese dos autos:

(i) a parte autora, ora recorrida, é servidora pública do

RE 1211446 / SP

quadro do Município recorrente;

(ii) a autora convive em união estável homoafetiva e realizou tratamento de fertilização in vitro com sua parceira, ocasionando a gravidez desta;

(iii) houve fertilização do óvulo da parte autora, de modo que esta também deve ser considerada mãe biológica; e

(iv) a companheira da parte autora, mãe genitora da criança, atua profissionalmente como autônoma e não é filiada a qualquer regime de previdência, de modo que não usufruiu da licença-maternidade.

Assim, cumpre definir no presente julgamento os seguintes pontos:

I – na união estável homoafetiva composta por duas mulheres, a mãe que não gestou a criança faz jus à licença para afastamento do trabalho?

II – em caso afirmativo, a qual licença tem direito? À mesma da mãe gestante? Ou a licença menor, equivalente à licença paternidade, embora inequivocamente também desempenhe o papel de mãe?

Cabe destacar que o presente caso exhibe uma particularidade: a mãe que gestou a criança não faz jus a qualquer licença, pois é trabalhadora autônoma.

Esta peculiaridade influencia decisivamente a solução do caso concreto, já que, se não for reconhecida a licença à mãe não gestante, servidora pública, nenhuma das duas terá o direito constitucionalmente reconhecido a todas as trabalhadoras, de estar presente no desenvolvimento do seu filho, nos primeiros momentos de vida.

Não obstante, a par da solução para o peculiar caso concreto, impõe-se definir neste precedente também a situação em que ambas as mães sejam trabalhadoras com vínculo celetista e/ou estatutário. Devem ser concedidas licenças distintas, ainda que ambas indubitavelmente desempenhem o papel de “mãe”?

RE 1211446 / SP

I – O DIREITO À LICENÇA PARA A MÃE NÃO GESTANTE

O Juízo de origem, à luz do “princípio do melhor interesse da criança”, reconheceu o direito da parte autora, que não gestou a criança, ao recebimento da licença maternidade remunerada pelo prazo de 180 dias. Por oportuno, cito os fundamentos do Juízo *a quo* para manter a sentença de procedência do pedido (fls. 227-258, Doc. 1):

“O direito à licença maternidade encontra previsão no art. 7º, XVIII, da CF/88 e legislação infraconstitucional e dos dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Conforme certidão de nascimento de fls. 93, a recorrida é sua mãe. A filiação não advém somente do parto. Além disso, de acordo com o documento de fls. 92, houve a fecundação de seu óvulo, sendo também mãe biológica.

A origem do direito à licença maternidade encontra razões nas circunstâncias pós-parto como a amamentação ou a recuperação física-psíquica da mãe, mas é também um direito concedido pelo fato de que possibilidade o convívio familiar e o cuidado com a criança. Tem como fonte o convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Independentemente da origem da filiação.

O afastamento por tempo determinado das funções profissionais e a aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo ente na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente e atende aos princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a exemplo do seu artigo 4º, que zela pelo “melhor interesse do menor”, levando-se em conta que o convívio da criança com os pais/mães – biológicos ou adotivos, é essencial para sua criação.

Assim, configurada a entidade familiar a partir do reconhecimento da união estável entre a recorrida e sua

RE 1211446 / SP

companheira (ADPF 132/RJ), não há como negar, como bem fez a sentença, que o direito à licença maternidade deveria ser estendido a recorrida, sob o fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança no âmbito familiar.”

Analisando o caso à luz da Constituição Federal de 1988, temos que a licença maternidade (ou licença gestante) está prevista nos art. 7º, XVIII, e é extensível aos servidores públicos conforme art. 39, § 3º. Veja-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art. 39 [...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, **XVIII**, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Cumprido destacar, ainda, que a Constituição Federal estabeleceu como direitos sociais a proteção à maternidade e à infância e, ainda, reservou especial proteção às entidades familiares, às gestantes e às crianças, *in litteris*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o

RE 1211446 / SP

equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

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

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.

Da leitura dos referidos dispositivos verifica-se que a *ratio* das normas constitucionais de proteção ao direito à maternidade (artigos 6º; 7º, XVIII; 201); bem como de proteção à Família (artigos 226, 227 e 229) tem, também, como finalidade a absoluta prioridade que a Constituição Federal, em seu artigo 227, estabelece para a integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido.

Nesse contexto, a concessão da licença maternidade em união homoafetiva, na qual se concebeu o filho mediante o uso da fertilização *in vitro*, deve ser interpretada não somente do ponto de vista trabalhista/previdenciário, mas, sobretudo, sob a ótica da proteção à família, à maternidade e à infância, pois o objetivo da referida licença é assegurar o melhor interesse da criança, uma vez que é nos primeiros dias de vida que se criam os laços de afetividade com aquele que será o responsável pela criação e educação do menor, eles indispensáveis para a

RE 1211446 / SP

construção de uma personalidade saudável.

Como bem destacado pelo Juízo de origem, embora a licença maternidade tenha seu fundamento originário na necessidade de recuperação física e psicológica da mãe genitora, bem como nos cuidados necessários no pós-parto, incluindo a amamentação, verifica-se que tal licença não constitui direito exclusivo da parturiente, mas, sobretudo, revela-se como direito da criança recém-nascida ao convívio familiar e à companhia de sua mãe, seja ela genitora ou não, nos dias iniciais de sua vida.

Ressalte-se que, sob a perspectiva do melhor interesse da criança, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 778.889-RG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, equiparou a licença maternidade e a licença adotante e firmou tese no sentido de que *“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”*

Veja-se a ementa do referido julgado:

“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

RE 1211446 / SP

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 mais 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

RE 1211446 / SP

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, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 01/08/2016 – grifos nossos).

A respeito da incidência do princípio da proteção integral da criança relativamente à licença-maternidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 1348854-RG, de minha relatoria, reconheceu a possibilidade de concessão desse benefício ao pai genitor monoparental, sendo irrelevante a circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel. O julgado recebeu a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (“BARRIGA DE ALUGUEL”). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS.

1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização in vitro em “barriga de aluguel”, obter a licença-maternidade.

2. **A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A ratio dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido.**

3. **O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores.**

4. **A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel**

RE 1211446 / SP

mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário-maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia.

5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que “em consonância com a proteção integral da criança’, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor”.

6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro.

7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Fixada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema 1182: “À luz do art. 227 da CF que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, bem como do princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF), a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público.” (RE 1348854-RG, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 24/10/2022 – grifos nossos)

Cumprе destacar, também, que, no contexto da proteção constitucional à família, esta SUPREMA CORTE, no julgamento da ADI

RE 1211446 / SP

4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, admitindo como inconstitucionais quaisquer condutas discriminatórias entre as diversas modalidades de entidade familiar em razão de sua composição.

Nesse contexto, diante do princípio da isonomia e da vedação à discriminação das diversas entidades familiares, deve-se dar tratamento isonômico entre as uniões homoafetivas e as heteroafetivas, inclusive no que se refere aos filhos.

Deve, portanto, ser confirmado o acórdão recorrido, ao conceder a licença maternidade à mãe não gestante, especialmente em face da peculiaridade de que a mãe que gestou o bebê não pode usufruir de tal benefício, por ser trabalhadora autônoma.

II – NA HIPÓTESE EM QUE AMBAS AS MÃES FAÇAM JUS À LICENÇA, O BENEFÍCIO SERÁ IGUAL OU DISTINTO?

A Constituição Federal previu a coexistência de uma licença maternidade cumulável com uma licença paternidade, cada qual com prazos distintos de duração (art. 7º, XVIII e XIX, da CF e art. 10, § 1º, do ADCT).

O acórdão ora recorrido considerou que, no caso de gestação compartilhada em relação homoafetiva, a concessão de licença-maternidade a ambas as mães resultaria em inconstitucional tratamento anti-isonômico entre filhos de união heteroafetiva e filhos de união homoafetiva.

Entretanto, na minha visão, a proteção à criança está direta e intrinsecamente ligada ao direito fundamental da mulher à maternidade. E, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMPOSTA POR DUAS MULHERES, NÃO HÁ COMO NEGAR A CONDIÇÃO DE MÃE A UMA DELAS, APENAS PORQUE NÃO GESTOU A CRIANÇA; TRATÁ-LAS DIFERENTEMENTE É QUE OFENDERIA O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

O art. 7º, XVIII, da Constituição no que garante a licença-

RE 1211446 / SP

maternidade deve ser lido à luz do que foi decidido no RE 778.889 acima mencionado, quando esta CORTE assegurou às mães adotivas o direito àquele benefício. Veja-se que, nesse precedente, desvinculou-se a condição biológica da mãe como requisito para a licença-maternidade.

Na oportunidade, o Relator, Min. ROBERTO BARROSO, acentuou que a mudança na realidade é capaz de alterar o próprio significado do direito, por isso em face da dignidade da pessoa humana e a igualdade das mulheres, em verdade, o art. 7º, XVIII, da CF deve abarcar toda e qualquer licença-maternidade. Em suas palavras:

“Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao art. 7º, XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a integridade do Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito.

(...)

Assim, também com base nessas considerações, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade.”

Também no sentido da igualdade entre as mulheres, enquanto gênero, TULIUS MARCUS FIUZA LIMA defende ser inaceitável a concessão de licença-parternidade para a mãe não gestante, que compõe um casal homoafetivo do sexo feminino, isso porque:

“Em respeito à personalidade e à dignidade da mulher, mostra-se inaceitável a concessão da licença-paternidade para a

RE 1211446 / SP

mãe não gestante, desconsiderando as particularidades psíquicas e culturais próprias do gênero, sobretudo nos caso em que duas mães, compondo um casal homoafetivo do sexo feminino, pretendem exercer conjuntamente o direito à maternidade. O princípio da igualdade, em toas as dimensões, veda discriminações entre pessoas que merecem idêntico tratamento, isto é, entre duas mulheres, impedindo que o Judiciário, ao interpretar a norma constitucional, dê tratamento distinto a quem a lei, e também a natureza, definiu iguais” (TULIUS MARCUS FIUZA LIMA. *Direito à licença-maternidade para casais homoafetivos femininos*. p. 473-489. In: *Direito Econômico e Desenvolvimento. Entre a prática e a academia*. Coordenador. Cláudio Xavier Seefelder Filho. Belo Horizonte: Forum. 2023)

O mesmo autor esclarece que, para muitas mulheres, a maternidade é vista sob o prisma da essência da condição feminina; “ser mulher” é igual a “ser mãe”, sendo mãe considerada imprescindível ao bom e saudável desenvolvimento dos filhos. Em consequência, a maternidade continua sendo afirmada por muitas como elemento forte na cultura e identidade feminina pela ligação com o corpo e com a natureza da pessoa humana.

Desse modo, o conceito de maternidade vai além do vínculo biológico ou da condição de gestante, adotante ou lactante. É o que se denomina de “maternagem”, ou seja, a que cuida, dá abrigo, carinho e educação ao filho.

Para MARIA BERENICE DIAS, o método de gestação compartilhada “corresponde a uma dupla maternidade” (*Manual de direito das famílias*. 11 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2016, p. 400).

Embora a Procuradoria-Geral da República posicione-se pela concessão da licença-maternidade a apenas uma das mães, enfatiza que o benefício “extrapola o fator biológico da gravidez, incluindo o fortalecimento do vínculo afetivo e a promoção da integração da família, norteando-se pela importância do convívio familiar.

A propósito, confira-se os seguintes trechos (fls. 7-12, Doc. 7):

RE 1211446 / SP

“A concessão do benefício há de levar em consideração o estatuto constitucional de proteção à família, sopesando-se os interesses de todos os agentes envolvidos (pais e criança), em uma interpretação que traga como núcleo da tutela jurídica o valor da integração familiar, despindo da licença uma exegese individualista, fundada exclusivamente na recuperação da mulher após o parto.

O fundamento para a concessão do benefício vai além do fator biológico da gravidez e da condição física da mulher e do nascituro. Há de promover a manutenção da família, enaltecendo a importância do convívio familiar.

Exatamente por isso a licença também se destina à proteção de mães não gestantes que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os papéis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar.

[...]

Em uma interpretação sistemática da ordem constitucional, bem como levando-se em consideração a evolução histórico-cultural da sociedade brasileira, a concessão do benefício supera o aspecto biológico da maternidade, abrangendo o vínculo parental afetivo e o favorecimento do contato familiar.

Assim, no caso da dupla maternidade, impossibilitada a mãe gestante de usufruir da licença-maternidade, é possível ser concedido à mãe não gestante o gozo da licença-maternidade, privilegiando-se o direito da entidade familiar de realizar os cuidados parentais e de fortalecer o vínculo afetivo.”

Deve-se atentar não apenas para a condição de mães, mas também de mulheres, ainda distantes da igualdade real com os homens, conforme reconhecido em inúmeros precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 576967, Tema 72 da repercussão geral; RE 658312, Tema 528). Sob esse prisma, conclui-se que não há qualquer assimetria em relação às uniões de casais heterossexuais, ou mesmo às uniões afetivas

RE 1211446 / SP

masculinas. Às mulheres que exibam a condição de mãe, em uniões heterossexuais ou homoafetivas, devem ser concedido rigorosamente o mesmo benefício.

Em síntese, o direito à licença-maternidade para todos os tipos de mãe, sejam elas gestantes, adotantes, ou aquelas que compõem uma relação homoafetiva contretiza o direito à maternidade. “Se é assim, o reconhecimento da mãe não gestante, partícipe da relação homoafetiva, no âmbito de concessão da licença-maternidade, tem a capacidade de fortalecer a maternidade, a liberdade e a igualdade substancial para todas as mulheres, além de exteriorizar o respeito estatal às diversas escolhas de vida e configurações familiares existentes, ampliando o concernente âmbito de proteção.

No caso concreto destes autos, a autora – mãe não gestante, doadora dos óvulos – pleiteou a licença-maternidade apenas para si, pois a companheira, após o parto, não tem como se afastar das atividades laborais que exerce como autônoma. Além do mais, o recorrente é o Município, que obviamente não tem interesse em contemplar ambas as mães.

Diante dessas especiais circunstâncias, a solução para o caso concreto é negar provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo-se o acórdão que assegurou somente à autora à licença-maternidade.

Todavia, para fins de fixação da tese de repercussão geral, proponho que seja assegurada a licença-maternidade a ambas as mães, tanto a gestante como àquela que doou seu óvulos para ser fecundado na companheira.

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso Extraordinário.

Fixo a seguinte tese para o Tema 1072 da Repercussão Geral:

“No contexto de união estável homoafetiva entre mulheres, é constitucional a concessão de licença-maternidade, em absoluta igualdade de condições, tanto à mãe não gestante, como a companheira que engravidou pelo método de gestação compartilhada, após o procedimento de inseminação artificial.”

RE 1211446 / SP

É o voto.

13/03/2024**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, Ministra Cármen Lúcia, eminentes Pares, Ministro-Relator, Ministro Luiz Fux, que vem de aportar um importantíssimo voto sobre essa matéria sensível e relevante, Senhor Procurador-Geral da República, Advogadas e Advogados.

Senhor Presidente, evidentemente que o universo sociológico que faz nascer um conjunto de estruturas que vão desafiar os laços parentais é riquíssimo. A realidade nem sempre pede licença ao discurso jurídico prévio para se colocar enquanto tal. Nada obstante se possa ir a passos eventualmente mais largos nessa matéria, creio que aqui há uma demanda que foi filtrada pela juridicidade da repercussão geral. Aliás, votei contra o reconhecimento da repercussão geral, entendendo que o Tribunal de Justiça de São Paulo havia tomado a decisão escorreita, interpretando a legislação previdenciária infraconstitucional e concedendo o benefício. Na verdade, foi reconhecida a repercussão geral nesse recurso extraordinário do município que se negou a reconhecer o benefício e a questão foi superada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ministro Fachin, pelo fato de que, com repercussão geral, será vinculante. No caso concreto, embora concorde com Vossa Excelência que a decisão estava correta, outro tribunal poderia tomar decisão diversa. Estamos uniformizando o tratamento nacionalmente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Isso. Lá, obviamente, adotei a compreensão de que o que o Tribunal havia feito era aplicar a legislação infraconstitucional. De qualquer sorte, está-se revelando proveitoso ter-se reconhecido a repercussão geral, porque permitirá solver o caso concreto. Dos votos até agora proferidos, estou entendendo que todos se estão alinhando à proposição do Relator no sentido de não prover o recurso extraordinário, com o que também estou de acordo.

Aliás, aplaudo a mais não poder o voto de Sua Excelência, exceto nas

RE 1211446 / SP

duas partes que fez citação a esse que neste momento está a falar. No mais, merece todos os aplausos, portanto, em afirmar, na primeira parte da tese, o reconhecimento da licença-maternidade, que, como também aqui já restou explicitado, está no universo dos chamados benefícios de natureza previdenciária, o que traduz um certo quadro de compreensão dessa matéria em termos jurídicos.

Em termos sociológicos, em termos culturais, a realidade vai ao encontro do que o eminente Ministro Alexandre de Moraes acaba de expor. Do ponto de vista do fato sociológico ou do fato cultural, Sua Excelência está coberto de razão. Não raro utilizamos os chamados paradigmas mentais dominantes para, a partir dele, fotografar a realidade. É uma espécie da síndrome do Barão de Münchhausen, como se utiliza em alguns manuais de teoria do Direito, ou seja, fotografar o mundo através das formas. A estrutura familiar reconhecida constitucionalmente é dotada de porosidade, daí a centralidade da família, mas não apenas de uma forma de família.

Todavia, feita a filtragem jurídica nesse lugar da apreciação em sede jurisdicional, tenho que há alguns comandos normativos que estabelecem determinados limites à luz desta repercussão geral, ao menos. Dentre eles, os próprios dispositivos expressos da Constituição: o inciso XVIII do art. 7º, o § 3º do art. 39 e algumas convenções internacionais a que Sua Excelência o Relator se referiu, especialmente a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, bem lembrada que é de junho de 1952. Aliás, havia sido precedida pelo art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já apontava nessa direção.

Por isso a discussão, de um tempo para cá, como alguns votos que me antecederam já salientaram, sobre a licença-maternidade não contemplar apenas a mãe como destinatário, e sim a relação mãe e filho. Aqui, há uma localização nuclear sobre o melhor interesse das crianças, da proteção à própria criança, dimensão valorativa incorporada pelo próprio sentido da Constituição, no art. 227, quando estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado emanar esse arco de proteção. Por isso, essa remodelação da função central da licença-maternidade passa a

RE 1211446 / SP

ter como âmago o melhor interesse dos filhos.

Há uma longa e larga produção doutrinária no Brasil - cito Luiz Henrique Sormani Barbugiani - e há inúmeros precedentes - foi citado o Recurso Extraordinário 778.889, da relatoria de Vossa Excelência, Presidente. Há trabalhos levados a efeito sobre essa matéria que cito no voto, o qual irei juntar, em centros de estudos de diversos países, inclusive sobre a licença parental, referida nos votos dos Ministros Cristiano Zanin e André Mendonça, a repensar a ideia de superação dos papéis tradicionalmente assumidos pelas pessoas para funcionalizá-los, pensando na função, que é a de proteger a criança prioritariamente.

No Brasil, há uma tese de doutorado que tive a oportunidade de orientar que verticalizou essa ordem de ideias como expressão da liberdade e da igualdade do Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, publicada pela GZ em 2011, portanto há mais de uma década. Há os trabalhos da Professora Maria Berenice Dias, conhecidos e muito citados nesse tema.

Por essas e outras razões que estão no voto, Senhor Presidente, estou acompanhando o Ministro Luiz Fux. Creio que nisso não estou a dizer nenhuma novidade em relação aos votos que me precederam. Vamos todos hoje no não provimento do recurso e no reconhecimento do direito, sem exercer clarividência, pelos votos que me antecederam, acompanhar Sua Excelência o Ministro Luiz Fux.

Quanto à tese propriamente dita, nada obstante, como já mencionei e reitero, o que o Ministro Alexandre de Moraes traz à colação é um cenário que, do ponto de vista cultural e sociológico, pode apontar para uma realidade que se vai colocar logo mais ali adiante.

Todavia, tenho que, no atual estado da arte, no conjunto de paradigmas que aqui se coloca e em homenagem a um certo juízo de contenção que me parece cabível nesta matéria, estou aderindo à tese de Sua Excelência o Relator, com uma pequena alteração, que já sugeri a Sua Excelência. Estou acolhendo a primeira parte, em que o Ministro Fux assenta na tese: "A trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem

RE 1211446 / SP

direito ao gozo de licença-maternidade". Isso responde ao caso concreto.

Na segunda parte, estou sugerindo incluir o período equivalente exatamente para afastar um pouco do que foi o destino da crítica do Ministro Alexandre de Moraes, procedente do ponto de vista, como disse, sociológico e cultural.

Por isso, na segunda parte, estou propondo: "caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença-maternidade pelo período equivalente ao da licença-paternidade".

Estou introduzindo a ideia de um período equivalente, porque, de algum modo, no atual estado da arte, no desenho da diversidade familiar, estamos criando equiparações, equivalências, sem que um modelo ou outro se desfuncionalize. A ideia da equivalência me parece que ajuda a aproximar as posições anteriores e é a sugestão que faço.

Portanto, substancialmente, acompanho o voto do Ministro Luiz Fux.

É como voto, Presidente.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Luiz Fux.

Apenas para subsidiar a presente manifestação rememoro tratar-se, *in casu*, de recurso extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo em face de acórdão prolatado pela Turma da Fazenda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDoc 1, p. 257):

“Ementa: Licença maternidade pelo período de 180 dias. Casal homoafetivo. Mãe que não gestou a criança. Extensão. Melhor interesse do menor. Sentença mantida por seus próprios fundamentos”.

RE 1211446 / SP

Na origem, trata-se de ação de concessão de licença gestante, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela ora recorrida contra o Município de São Bernardo do Campo/SP. Em síntese, na inicial, a recorrida alega que: (a) é servidora pública do Município de São Bernardo do Campo; (b) a sua companheira utilizou os seus óvulos para engravidar por meio fertilização *in vitro*; e (c) a sua companheira não teve direito à licença-maternidade por ser autônoma e não ser filiada à regime de previdência

Diante da impossibilidade de sua companheira obter a licença-maternidade, a recorrida requereu esse direito para si perante o Município, que indeferiu o pedido sob o fundamento de ausência de normativa municipal para tal deferimento.

Além da concessão da tutela, o pedido foi julgado procedente na primeira instância, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos da ementa do Acórdão supracitado.

Inconformado, o Município de São Bernardo do Campo, com fundamento nos artigos 37 e 7º, XVIII, da Constituição Federal, interpôs o presente Recurso Extraordinário por considerar que o Acórdão violou o princípio da legalidade, uma vez que não há previsão legal asseguradora de licença gestante para o caso dos autos.

Nesta Casa, a repercussão geral da questão constitucional suscitada foi reconhecida no Tema 1.072, ora em debate, que trata da *“possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial”*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário e sugeriu a fixação das seguintes teses (eDoc 7, p. 14):

I – É possível conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade”.

RE 1211446 / SP

Era, em síntese, o que tinha a rememorar.

Inicialmente, ressalto meu entendimento de que a matéria demanda disciplina de norma infraconstitucional, motivo pelo qual assentei a compreensão da ausência de repercussão geral na discussão em tela e da ausente questão constitucional, no que fiquei vencido.

Superada essa questão, um aspecto de especial relevância diz respeito à licença-maternidade, sobre a qual passo a discorrer.

A licença-maternidade consiste em benefício de natureza previdenciária, cujo escopo é assegurar à mãe um período de convivência intensa com a criança, sendo devidamente remunerada e protegida da dispensa do labor por essa razão. É benefício garantido tanto às empregadas celetistas quanto às servidoras públicas, estando previsto no artigo 7º, inciso XVIII do texto constitucional, e extensível às servidoras pelo conteúdo do art. 39, §3º da Constituição Federal.

No âmbito internacional, o direito à licença-maternidade está previsto na Convenção nº 103, editada na Trigesima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 28 de junho de 1952. No Brasil, essa Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 58.820/966, que foi revogado pelo Decreto nº 10.088/2019, no qual consta um anexo específico para amparar a maternidade. Evidencia-se o artigo III do anexo XXIV:

“1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada, obrigatoriamente depois do parto.

3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional; não será, porém nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seis antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória ou seja ainda uma parte antes da

RE 1211446 / SP

primeira destas datas e uma parte depois da segunda.

4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.

5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário de parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente". (grifei).

Além da Convenção n° 103, a Declaração Universal dos Direitos dos Direitos Humanos, de 1948, salvaguarda a licença-maternidade, conforme se observa no artigo 23:

"3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, **outros meios de proteção social**". (grifei).

A licença-maternidade, indubitavelmente, é um meio basilar para proteger a família, a mãe e, sobretudo, o filho. Nesse sentir, o teor aberto do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange o direito à licença-maternidade.

Feita essa breve análise das normas nacionais e internacionais a respeito da licença-maternidade, questionamentos surgem acerca do verdadeiro destinatário desse direito: as mães que se utilizam do período para recuperar-se da gravidez e do parto ou as crianças, a fim de serem integralmente atendidas em período de grande fragilidade e dependência.

RE 1211446 / SP

Não creio, contudo, que se trate de direito de dimensão meramente individual, a requerer apenas a identificação de um único sujeito a ser protegido pela norma. Parece-me, em verdade, que ambos, mãe e filho, serão protegidos por meio da tutela do vínculo maternal, esta a verdadeira dimensão na qual os valores constitucionais se concretizam através da garantia do direito ao gozo da licença-maternidade.

Apesar de a proteção da mãe e do filho ser a finalidade da licença-maternidade, um desses sujeitos (mãe ou filho) é interpretado como objeto central da referida licença. No decorrer dos anos, houve uma remodelação da função central da licença-maternidade, que deixou de ser a recuperação materna do pós-parto para ter como âmago o melhor interesse do filho. Nesse sentido, afirma Luiz Henrique Sormani Barbugiani:

“A licença-maternidade, assim como a licença-paternidade, com o passar dos anos, deixou de ser meramente um direito atrelado à figura da mãe e do pai e transformou-se em algo intrinsecamente coligado à proteção das crianças. Assim, essa visão de recomposição da debilidade da mãe após a gravidez deixa de ser o principal objetivo da licença-maternidade, aproximando-se das mesmas funções da licença-paternidade, no intuito de tutelar o recém-nascido e promover o bem-estar da unidade familiar, como se observará nas linhas seguintes”. (BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *A Licença-Maternidade Como Dever na Sociedade Contemporânea: uma Concepção Evolucionista*. *Revista Síntese*, ano XXIV, n. 291, 2013, p. 223).

A relevância da licença-maternidade para o bem-estar do filho foi reconhecida por esta Corte no RE 778889, no qual ficou assentado que “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” (TEMA 782). Em síntese, a ementa ficou assim disposta pelo ora e. Rel. Min. Roberto Barroso:

RE 1211446 / SP

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

[...]

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 mais 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.

[...] 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

RE 1211446 / SP

como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. [...]”.

Sendo assim, a licença-maternidade é mais um meio de tutelar o melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse sentir, a pesquisadora Dona S. Lero, da Universidade de Guelph, Canadá, apresentou dados sobre os efeitos da licença parental no desenvolvimento das crianças. Uma das pesquisas apresentadas pelo autora é o *Longitudinal Study of Early Child Care and Youth Development* (Estudo longitudinal sobre cuidados na primeira infância e desenvolvimento juvenil), patrocinada pelo *National Institute of Child Health and Human Development* (Instituto Nacional de Saúde Infantil e Desenvolvimento Humano), que “*confirmou a importância de cuidados parentais responsivos e estimulantes e de serviços de cuidados infantis de boa qualidade para o melhor desenvolvimento de crianças pequenas*”. Donna Lero também menciona que:

“À medida que aumenta nosso conhecimento sobre a **importância das experiências na primeira infância**, aumenta nosso ímpeto em favor do desenvolvimento de políticas, programas e serviços mais responsivos, para dar apoio a todos os pais e promover uma integração mais saudável entre o trabalho e a vida familiar. **Políticas de licença-maternidade**, de licença parental e de benefícios são apenas um dos componentes de um conjunto de políticas e apoios públicos e dos locais de trabalho que podem ajudar os pais a reconciliar as demandas concorrentes do trabalho e da vida familiar depois do nascimento ou da adoção de uma criança”. (LERO, Donna S. Pesquisas sobre políticas de licença parental e implicações no desenvolvimento da criança para formuladores de políticas e provedores de serviços. In: Tremblay RE, Boivin M, Peters RDeV, eds. *Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância*. Montreal, Quebec: Centre of Excellence for Early Childhood Development e Strategic Knowledge Cluster on Early Child Development; 2012:1-10, p. 9, grifei).

RE 1211446 / SP

Diante do exposto, é inquestionável a importância da licença-maternidade na tutela do bem-estar do recém-nascido, sendo, portanto, mais um meio para concretizar o artigo 227, do texto constitucional, vejamos:

“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”.

De fato, com a promulgação da Constituição Federal, a família ganhou nova roupagem, acompanhando um caminhar da sociedade, que paulatinamente deixa de se centrar numa visão de família patriarcal e passa a admitir que os vínculos familiares centram-se no afeto das relações entre as pessoas. É como descreve o Professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em livro que espelha sua tese de doutoramento:

“A transformação funcional na expressão jurídica da família tem como ponto de partida a apreensão, pelo Direito, de característica marcante da família como realidade histórica, sobretudo na segunda metade do século XX.

Trata-se da passagem da concepção institucionalista de família, cuja dimensão funcional conduzia à conformação de modelos autoritários e centrados na estabilidade do ente familiar para uma família em que prevalecem as aspirações coexistenciais, tendo como leitmotiv o afeto .

Se é certo que o ‘ser’ da família não encontra no afeto, mesmo contemporaneamente, seu único cimento, a compreensão de que ele é um dos elementos mais relevantes de conformação estrutural das comunidades familiares traz relevantes subsídios para uma nova configuração de um ‘dever-ser’ da família que apreende a relevância da afetividade, de modo coerente com uma ‘repersonalização’ dessas relações.”

RE 1211446 / SP

(RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdades(s): Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. GZ: Rio de Janeiro, 2011, p. 325).

Nessa perspectiva, a Constituição consagrou, em seus artigos 226 e 227, essa nova significação da família, centrada no afeto como valor preponderante, inclusive no que tange ao reconhecimento e estabelecimento da maternidade.

E é nessa conjuntura que o instituto da licença-maternidade ganha relevo, ao deixar de se assemelhar a um favor ou caridade a um menor, para, efetivamente, **estabelecer laços de maternidade irrenunciáveis**.

Quando se considera que o vínculo inicial entre mãe e filho é bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição erigiu o afeto como liame ressignificador das relações familiares, mostra-se necessária a extensão da licença-maternidade à recorrida, mãe não gestante, cuja companheira engravidou em razão de inseminação artificial.

O caso concreto deste Recurso Extraordinário se repete em múltiplos lares brasileiros, tendo sido, inclusive, abordado pela ilustre Professora Maria Berenice Dias no livro “Homoafetividade e Direitos LGBTI”:

“O Conselho Federal de Medicina – CFM periodicamente edita resoluções adotando normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – RA, de forma explícita e reiterada permite o uso das técnicas de reprodução assistida aos relacionamentos homoafetivos.

Às lésbicas é admitida a possibilidade de ser extraído o óvulo de uma do par que, fecundando in vitro, o embrião é implementado no útero da outra, a qual leva a gestação a termo. **A mãe biológica é a que cede o óvulo, e a mãe gestacional, a que levou a gestação a termo**”. (DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 192)

RE 1211446 / SP

In casu, a mãe gestacional não teve direito à licença-maternidade por ser autônoma e não ser filiada à regime de previdência. Para o filho não ficar desassistido, a mãe biológica, servidora municipal, requereu esse direito para si perante o Município de São Bernardo do Campo/SP, que indeferiu o pedido sob o fundamento de ausência de normativa municipal para tal deferimento.

Ao negar a solicitação da mãe biológica, o Município desconsiderou a relevância da licença-maternidade para o bem-estar do recém-nascido, que precisa de atenção integral nos primeiros meses de vida. Vale mencionar que se a filiação fosse derivada de adoção, a mãe servidora pública também deveria ter tal direito, dado que a licença-maternidade auxilia na adaptação do filho ao seio familiar, independente de sua idade, conforme assentado por esta Corte no RE 778889.

Diante do que fora exposto, a não concessão da licença-maternidade à recorrida evidencia a violação de variados princípios constitucionais, como o da dignidade humana, do pluralismo das entidades familiares, da proibição do retrocesso social, da afetividade, da felicidade e da proteção integral da criança e do adolescente.

A ausência de norma municipal específica para o caso concreto não permite que o Município possa desconsiderar toda a principiologia da Constituição, negando a convivência integral da mãe com o filho que recém chegou ao seio familiar, em completa desconsideração à condição de fragilidade do filho, que precisa do acolhimento materno.

Todo o arcabouço de proteção à criança e ao adolescente, inaugurada em 1988, fica relegado à pequenez se não se garantir ao filho da recorrida um período de íntimo e intenso convívio com a mãe, período esse determinante para a constituição da nova família enquanto locus privilegiado de desenvolvimento pleno de sua personalidade.

Manifesto-me, portanto, Senhor Presidente, diante do exposto, e homenageando conclusões diversas, pelo **desprovemento do recurso extraordinário** para manter os termos do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RE 1211446 / SP**Da tese do tema 1.072 da Repercussão Geral**

Após a análise do mérito dos autos, passo a discorrer sobre o Tema 1.072 da Repercussão Geral.

O e. Relator, Min. Luiz Fux, a princípio, propôs a seguinte tese: “A trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus ao benefício da licença-paternidade.”

A partir dessa proposta inicial de tese, entendia que a tese apresentada pelo e. Relator estava muito bem posta. Entretanto, divergia em relação ao seu trecho final, tendo em vista que a mulher, na qualidade de mãe, não poderia fazer jus à licença-paternidade, mas sim à licença-maternidade pelo período equivalente ao da licença-paternidade.

Na prática, a minha sugestão de tese não alteraria o prazo do benefício proposto pelo e. Relator. A mudança de terminologia aqui inicialmente sugerida serviria apenas para fortalecer a identidade de mulheres que buscam ser reconhecidas como tal, independentemente de suas orientações sexuais. Afinal, afirmar que uma mãe terá direito à licença-paternidade implica em negar a sua condição de mulher e, conseqüentemente, em não reconhecer a sua identidade.

O discurso desempenha, portanto, um papel fundamental na construção identitária. Nesse sentir, Claude Dubar, no livro “A crise da identidades: a interpretação de uma mutação” (2006, p. 73), afirma que “não há identidade sem alteridade”. Tal afirmação sugere, por exemplo, que a construção do gênero, além de depender da compreensão que a pessoa tem de si, decorre da legitimação conferida pelo outro. Portanto, assegurar, no presente caso, a utilização da terminologia “licença-maternidade” em detrimento da expressão “licença-paternidade” constitui uma forma de reconhecer o gênero da mãe e, conseqüentemente, sua identidade.

O reconhecimento, conforme bem posto pelo e. Min. Luiz Fux, “representa uma dimensão importantíssima da dignidade da pessoa humana”. Nesse contexto, o i. Relator citou uma passagem da obra do

RE 1211446 / SP

Professor Daniel Sarmiento, a qual reproduzo abaixo:

“É possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade. Trata-se de um direito ‘ao igual respeito da identidade pessoal’. Ele não apenas veda as políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos” (SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana - conteúdo, trajetórias e metodologia. Rio de Janeiro: Fórum, 2016, p. 334, grifei).

Por conseguinte, a cultura hegemônica pressupõe que um casal deva consistir em integrantes com papéis masculinos e femininos (binarismo), inclusive quando formado por pessoas do mesmo gênero. Portanto, é imperativo romper com essa visão binária, especialmente no contexto das uniões homoafetivas, compostas por dois homens ou duas mulheres. No caso em questão, deparamo-nos com a presença de duas mães, e, portanto, ao sugerir que uma delas terá direito à licença-paternidade, estaríamos a reproduzir o discurso da cultura hegemônica e, assim, a negligenciar a identidade das mulheres que desempenham o papel de mães, não de pais, em uniões homoafetivas.

Sendo assim, o direito fundamental ao reconhecimento, mencionado pelo Professor Daniel Sarmiento, está também presente no discurso que reproduzimos. Em razão disso, ao assegurarmos a utilização da terminologia "licença-maternidade" em vez da expressão "licença-paternidade", estaremos reconhecendo o gênero da mãe e, portanto, fortalecendo a sua identidade.

A princípio, minha divergência residia unicamente na utilização da terminologia "licença-paternidade" para mães.

Isto posto, sugeri a seguinte redação:

RE 1211446 / SP

“A trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença-maternidade pelo período equivalente ao da licença-paternidade”.

Ocorre que, no decorrer do julgamento, **e. Relator alterou a proposta de tese**, que ficou assim redigida:

“A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade”.

Diante da alteração da tese, **acompanho i. Relator.**

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, na pessoa de Vossa Excelência, cumprimento a todos.

Muito brevemente, acompanho o eminente Relator, como todos já o fizeram, na negativa de provimento. Quanto à tese, pedindo vênias a quem pensa de maneira diferente, entendo que não cabe ao Estado dizer quem é mãe e quem é pai nesse relacionamento.

Nesse sentido, acompanho a proposição de tese do Ministro **Alexandre de Moraes**.

É como voto.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, todos os Senhores Ministros na pessoa do Relator, que traz tema tão importante e necessário de esclarecimento. Senhor Procurador-Geral da República, Senhores Advogados, Servidores, todos que nos acompanham.

Presidente, o Direito de Família tornou-se o direito das famílias, como o Ministro Edson Fachin, que é um dos grandes teóricos do tema no Brasil, tem enfatizado. Mudamos nas faculdades o ensino dessa disciplina porque o mundo mudou, porque a vida mudou.

Muda tudo, só não muda uma coisa: a mãe. A necessidade dessa proteção foi aqui enfatizada, a necessidade de, cada vez mais, a sociedade, de alguma forma, contribuir, estar presente, para que a gente tenha a garantia não apenas da criança, realçada tantas vezes nos votos, mas também da própria mulher que quer ser boa mãe, modelo de solidariedade que temos na humanidade, essa presença de quem tem um filho e deseja ser a melhor mãe para esse filho. Já foi dito aqui mais de uma vez e o voto do Ministro Relator, o Ministro Fux, enfatiza exatamente esses dados.

Neste caso, o quadro que se põe é de negativa de provimento, porque o Tribunal de Justiça de São Paulo andou bem, como foi também aqui já realçado.

Estou, portanto, acompanhando no sentido de negar provimento, mas, Presidente, vou pedir todas as vênias ao Ministro Relator, como já tinha antes dito, para acompanhar a divergência do Ministro Alexandre de Moraes no sentido de assegurar a licença à não gestante em igualdade

RE 1211446 / SP

de condições com a outra, a fim de que a gente tenha o modelo completo. Como lembrou bem o Ministro Alexandre, este é o que me parece ser o avanço que a legislação brasileira propicia que a jurisprudência dê.

Com todas as vênias, estou acompanhando, na tese, a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre, mas, na negativa de provimento, claro, o Ministro Relator.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, penso que é muito delicada essa questão.

Agora, com a adesão da Ministra **Cármen Lúcia** ao voto do Ministro **Alexandre de Moraes**, gostaria de dizer que a solução vencedora de se dizer que um dos cônjuges no casal da união estável terá a possibilidade da licença-maternidade e o outro, da licença paternidade, ou que o casal vai ter que escolher, quem é quem, na verdade trata-se do Estado criando conflito dentro do casal.

A solução adequada – e todos são contribuintes –, é, em minha opinião, a proposição de tese muito lúcida do Ministro **Alexandre de Moraes**, até porque essa é uma questão de sentimento. Se são duas mulheres e as duas se sentem mães, como é que o Estado vai dizer que uma delas é o pai, ou dizer que elas vão ter que escolher entre elas? Isso é uma questão de sentimento, e, nessas questões, muitas vezes, ninguém se vê nem como mãe nem como pai, e sim como relacionamento, como sentimento, como vida, como amor.

Por favor, Ministro **Flávio**.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - A questão que se põe é que, quando nós estamos julgando essa situação, nós estamos julgando outra, mesmo que não conste da tese. E como é um precedente, uma tese com repercussão geral e efeito vinculante, nós temos que nos lembrar da consequência.

Por essa argumentação, com a qual, do ponto de vista valorativo e filosófico, eu concordo, a consequência é que quando forem dois homens, nós vamos deferir licença-maternidade para os dois, de 120 ou 180 dias. Então, a questão é que nós temos que evitar a incoerência posterior na jurisprudência.

E lembremos, nós estamos tratando de uniões homoafetivas. Lembremos que também, como o eminente Presidente destacou, existem

RE 1211446 / SP

as uniões heteroafetivas. Então, nós temos que lembrar desse conjunto de proteções. Por isso que eu penso que o eminente Relator, acompanhando o Ministério Público, vai na direção de nós termos maior isonomia.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Esse ponto é importante.

No fundo, com todas as vênias, é promover uma desequiparação das famílias homoafetivas. Num mundo em que se postula igualdade, é claro que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas aqui, eu acho que é um esforço de se equipararem situações, e não de se desequipararem. Mas, enfim, há bons argumentos para todos os lados.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhor Presidente, permite?

Na verdade, a Constituição já desequiparou a mulher do homem em relação à licença. Não é a questão de desequiparar situações de união homoafetiva. A Constituição desequiparou a mulher do homem corretamente, em virtude de toda a questão biológica, dando uma licença maior.

O que nós, com todo respeito, me parece que estamos fazendo, é desequiparar duas mulheres.

Obrigado, Presidente.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, em relação à questão, trouxe até voto mais longo, mas obviamente vou poupar a leitura, porque o tema já está bem encaminhado e eu estava de acordo com aquilo que tinha trazido, desde então, o Ministro Fux.

Concordo, portanto, que, de fato, há de ser desprovido o recurso. Estava também subscrevendo as teses trazidas por Sua Excelência. Considero, inclusive, o adiantado da hora e a necessidade de que debatamos esse tema.

Sou muito sensível a toda a temática, vi todo o *background*, o pano de fundo que tivemos a propósito da união homoafetiva, construto digno de nota desta Corte. Todavia, lembro que temos vários precedentes e há um dispositivo constitucional – eu mesmo fui relator – sobre a questão da previdência social, de não se criarem benefícios sem a fonte de custeio. Travamos um debate bastante intenso aqui.

Acho que nenhum de nós é capaz de subscrever, em tese, concepção diferente daquela que vem sendo consignada a partir da observação do Ministro Alexandre, mas há uma série de implicações como acaba de notar o Ministro Flávio Dino, gerando, também, assimetrias internas, a partir das próprias comparações.

De modo que pediria a Vossa Excelência que, talvez, seja benfazeja interrupção para que discutamos a tese depois do intervalo.

Estou votando com o relator, no que diz respeito à negativa de provimento.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
RECTE.(S) : **MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**
RECDO.(A/S) : **TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES**
ADV.(A/S) : **ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS**
ADV.(A/S) : **LUANDA MORAIS PIRES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP**
ADV.(A/S) : **GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO**

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de recurso extraordinário vinculado ao **tema 1.072 da sistemática da repercussão geral**, interposto pelo Município de São Bernardo do Campo, com fundamento no art. 102, III, “a” e “c”, CF, em face de acórdão da Turma Recursal de São Bernardo do Campo, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Licença maternidade pelo período de 180 dias. Casal homoafetivo. Mãe que não gestou a criança. Extensão. Melhor interesse do menor. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido”. (eDOC 1, p. 257).

RE 1211446 / SP

Na origem, a autora, ora recorrida, ajuizou ação de concessão de licença gestante, com pedido de antecipação de tutela, em face do Município ora recorrente, alegando que convive em união estável homoafetiva desde 2007, tendo realizado tratamento de reprodução humana assistida, por meio da técnica de *“fertilização in vitro, utilizando os óvulos da Requerente, o que ocasionou a gravidez em sua companheira”* (eDOC 1, p. 2).

A liminar foi deferida pelo juízo de 1º grau (eDOC 1, p. 115). Em impugnação à contestação do ora recorrente, a autora também requereu perante o Poder Judiciário Federal, em face do INSS, correspondente à sua atividade privada de médica, o mesmo benefício de salário-maternidade, obtendo decisão favorável, com o pagamento dos atrasados no valor de R\$ 21.727,22 (eDOC 1, p. 232/234).

Sentença de procedência, diante da inexistência de comprovação de que a companheira da autora percebeu ou esteja percebendo benefício previdenciário do RGPS (eDOC 1, p. 235/236).

A Turma Recursal de São Bernardo do Campo, vinculada ao Tribunal de Justiça de São Paulo, manteve a procedência do pedido, cujo voto condutor foi fundamentado nos seguintes termos:

“(…)

O direito à licença maternidade encontra previsão no art. 7º, XVIII da CF/88 e legislação infraconstitucional e os dispositivos devem ser interpretados conforme os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade.

Conforme certidão de nascimento de fls. 93, a recorrida é sua mãe. A filiação não advém somente do parto. Além disso, de acordo com o documento de fls. 92, houve a fecundação de seu óvulo, sendo também mãe biológica.

A origem do direito à licença maternidade encontra razões nas circunstâncias pós-parto como a amamentação ou a recuperação física-psíquica da mãe, mas também é um direito concedido pelo fato de que possibilita o convívio familiar e o

RE 1211446 / SP

cuidado com a criança. Tem como fonte o convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Independentemente da origem da filiação.

O afastamento por tempo determinado das funções profissionais e a aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo ente na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente e atende aos princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a exemplo de seu artigo 4º, que zela pelo ‘melhor interesse do menor’, levando-se em conta que o convívio da criança com os pais/mães – biológicos ou adotivos, é essencial para sua criação.

Assim, configurada a entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a recorrida e sua companheira (ADPF 132/RJ), não há como negar, como bem fez a sentença, que o direito à licença maternidade deveria ser estendido para a recorrida, sob o fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso”. (eDOC 1, p. 257/258).

Nas razões recursais, o Município de São Bernardo do Campo alegou violação ao princípio da legalidade, ao argumento de que o art. 184-A da Lei Municipal 1.729/1968 *“não autoriza o deferimento de licença-maternidade para a situação fática vivenciada pela Autora”*. Aduziu, ainda, que *“a companheira da recorrida tem o direito de receber o benefício de licença-maternidade a ser custeado pelos cofres do regime geral da previdência social. Porém, tal situação jurídica da companheira impede que a recorrida venha a receber remuneração a título de licença-maternidade dos cofres do Município por expressa vedação da parte final do parágrafo 2º do artigo 71-A da Lei 8.213/91”*.

O Ministro Relator, Luiz Fux, afetuou o recurso extraordinário à sistemática da repercussão geral, no que foi acompanhado, por maioria, pelo Tribunal, em julgamento assim ementado:

RE 1211446 / SP

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. PLURIPARENTALIDADE. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL”. (eDOC 3).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, em parecer assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1072. LICENÇA-MATERNIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. MÃE NÃO GESTANTE. 1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1072 da sistemática da repercussão geral: Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. 2. A concessão da licença-maternidade há de se pautar pela ampla proteção conferida pela Constituição Federal à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família. 3. O fundamento para a outorga da licença-maternidade extrapola o fator biológico da gravidez, incluindo o fortalecimento do vínculo afetivo e a promoção da integração da família, norteando-se pela importância do convívio familiar. 4. A concessão do benefício há de observar os princípios da legalidade e da isonomia, de forma que somente é viável a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar (licença-maternidade e licença-paternidade), sendo defesa a concessão de dupla licença-maternidade.

5. Propostas de Teses de Repercussão Geral: I – É possível conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união

RE 1211446 / SP

estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário e fixação das teses sugeridas”.

Foram admitidos pelo relator (eDOC 25), na condição de *amici curiae*, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social (CNTSS/CUT – eDOC 9); o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS – eDOC 14); e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP – eDOC 17). Estão pendentes de análise os pedidos de participação, em idêntica condição, das seguintes entidades: Defensoria Pública da União (eDOC 29), Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV – eDOC 31) Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES - Sindicato Nacional – eDOC 39).

É a breve síntese dos fatos relevantes. **Passo a votar.**

1) Mérito

A questão controvertida nestes autos consiste em definir se é possível a concessão de licença maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

Eis o disposto no inciso XVIII do art. 7º e a extensão aos servidores públicos do § 3º do art. 39, ambos da CF, respectivamente:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

[...]

RE 1211446 / SP

§ 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

Não é novidade que esta Corte tem enfrentado temas complexos no campo da proteção da família, da criança e do adolescente.

O reconhecimento da união homoafetiva como família na locução constitucional, formalizado no julgamento da ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, representou mudança paradigmática na compreensão das relações familiares e respectivo âmbito de proteção.

O acórdão foi ementado nos seguintes termos:

“1. 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.

RE 1211446 / SP

CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação 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 constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 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-REDUZIONISTA. 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,

RE 1211446 / SP

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-reducionista 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-político-cultural. 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 ESTABELEECER 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

RE 1211446 / SP

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-equivalência 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 Cezar 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 auto-aplicabilidade 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'.

RE 1211446 / SP

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 heteroaferiva". (ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14.10.2011).

A dignidade da pessoa humana, nas vertentes da busca da felicidade e da autonomia da vontade, e o pluralismo desempenharam papel central na reconfiguração hermenêutica da entidade familiar, que não mais funciona como símbolo de reforço da sociedade patriarcal, mas, sim, ponto de inflexão das relações sociais.

No seio da família as pessoas encontram afeto, em relação horizontal de cooperação e promoção de direitos fundamentais daqueles e daquelas que a integram, inclusive as crianças, agora acolhidas como sujeitos de direitos.

Foi com base nessas premissas que este Tribunal, no julgamento do tema 782 da sistemática da repercussão geral, realizado no RE 778.889, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2016, decidiu equiparar o prazo da licença adotante do art. 210 da Lei 8.112/1990, com o acréscimo do §3º do art. 2º do Decreto 6.690/2008, ao prazo de licença gestante. Senão vejamos a ementa do acórdão paradigmático:

“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

RE 1211446 / SP

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 mais 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 n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolução CJF n  30/2008.** 7. **Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de**

RE 1211446 / SP

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 778.889, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2016, grifo nosso).

Como se vê, a nova leitura do Tribunal sobre a licença parental prestigia a igualdade entre os filhos e os direitos da mulher, afastando-se de compreensão da licença maternidade como vinculada à condição biológica de gestante, para prestigiar outros valores igualmente importantes, como o melhor interesse da criança e a isonomia no tratamento de mulheres adotantes e de crianças adotadas.

O viés protetivo ao neonato foi reforçado pela Lei 13.257/2016, a qual trouxe o marco jurídico da primeira infância, ao estabelecer que:

“Art. 4º. As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

(...)

IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança”.

Vê-se, pois, que o Estado brasileiro assumiu o compromisso de reduzir as desigualdades no acesso a bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, **sem qualquer discriminação entre os infantes, independentemente de o(s) genitor(es) ser(em) submetidos ao RPPS ou RGPS e/ou integrarem família homo ou heteroafetiva.**

É preciso lembrar que o servidor publico federal vinculado ao

RE 1211446 / SP

RPPS, que gere de forma biológica, adote ou obtenha a guarda judicial de infante tem direito à percepção de licença parental, na primeira situação (vínculo biológico), de 20 (vinte) dias (5 dias mais a extensão de 15 dias), **sem prejuízo da licença maternidade da genitora, se for o caso**; e na segunda hipótese acima descrita (adoção ou guarda judicial), de até 180 (cento e oitenta) dias, assim como também na situação de nascimento advindo de gestação submetida à técnica de reprodução médica assistida (RMA) de casal homoafetivo.

Dessa imbrincada interpretação sistemática entre o art. 7º, XVIII e XIX, c/c art. 39, §3º, da Constituição Federal; o art. 210 da Lei 8.112/1990, com a exegese conferida pela Corte no tema 782 da RG; aliado à legislação especial (Lei 12.873/2013 e Decreto 6.691/2008, sem prejuízo de outras disposições esparsas), o estado da arte da temática dependerá da situação enquadrada. Assim, nos termos do precedente, se o servidor público **federal** submetido ao RPPS (regime próprio de previdência social):

(i) gerar biologicamente filho, terá direito à licença-paternidade de 20 (vinte) dias, aliado à licença maternidade da genitora em caso de casamento ou união estável, se esta for vinculada a qualquer regime previdenciário;

(ii) adotar ou obtiver a guarda judicial de infante terá direito à percepção de licença adotante no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que a(o) sua (seu) consorte ou companheira(o) adotante não tenha obtido o mesmo benefício, seja no RGPS ou no RPPS;

(iii) em união homoafetiva, gere infante, por meio técnica de reprodução medicamente assistida (RMA), poderá requerer o salário maternidade, caso seu consorte ou companheiro não solicite no RPPS ou RGPS, a ser usufruído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias; e

(iv) gerar filho, através de gestação sub-rogada, em família monoparental, possuía, legalmente, direito apenas à licença paternidade de 20 (vinte) dias, todavia tal questão foi objeto do tema 1.182 da Repercussão Geral, oportunidade em que o Tribunal assentou que “a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo

RE 1211446 / SP

art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público". O acórdão recebeu a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GENITOR MONOPARENTAL DE CRIANÇAS GÊMEAS GERADAS POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO (‘BARRIGA DE ALUGUEL’). DIREITO AO BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE PELO PRAZO DE 180 DIAS. 1. Não há previsão legal da possibilidade de o pai solteiro, que optou pelo procedimento de fertilização in vitro em ‘barriga de aluguel’, obter a licença-maternidade. 2. A Constituição Federal, no art. 227, estabelece com absoluta prioridade a integral proteção à criança. A ratio dos artigos 6º e 7º da CF não é só salvaguardar os direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido. 3. O art. 226, § 5º, da Lei Fundamental estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, não só em relação à sociedade conjugal em si, mas, sobretudo, no que tange ao cuidado, guarda e educação dos filhos menores. 4. A circunstância de as crianças terem sido geradas por meio fertilização in vitro e utilização de barriga de aluguel mostra-se irrelevante, pois, se a licença adotante é assegurada a homens e mulheres indistintamente, não há razão lógica para que a licença e o salário- maternidade não seja estendido ao homem quando do nascimento de filhos biológicos que serão criados unicamente pelo pai. Entendimento contrário afronta os princípios do melhor interesse da criança, da razoabilidade e da isonomia. 5. A Nota Informativa SEI nº 398/2022/ME, e Nota Técnica SEI nº 18585/2021/ME, emitidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, trazidas aos autos pelo INSS, informam que ‘ ‘em consonância com a proteção integral da criança’, a Administração Pública federal reconhece ‘o direito, equivalente ao prazo da licença à gestante

RE 1211446 / SP

a uma das pessoas presentes na filiação, independente de gênero e estado civil, desde que ausente a parturiente na composição familiar do servidor'. 6. As informações constantes nas aludidas Notas emitidas pelo Ministério da Economia apenas confirmam que o entendimento exposto no voto acompanha a compreensão que esta CORTE tem reiteradamente afirmado nas questões relativas à proteção da criança e do adolescente, para os quais a atenção e o cuidado parentais são indispensáveis para o desenvolvimento saudável e seguro. 7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Fixada, para fins de repercussão geral, a seguinte tese ao Tema 1182: 'À luz do art. 227 da CF que confere proteção integral da criança com absoluta prioridade, bem como do princípio da isonomia de direitos entre o homem e a mulher (art. 5º, I, CF), a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, estende-se ao pai, genitor monoparental, servidor público.' (RE 1.348.854, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.10.2022).

Portanto, no âmbito federal, atualmente, no caso de pessoas vinculadas em união homoafetiva, que gere infante, por meio técnica de reprodução medicamente assistida (RMA), poderá requerer o salário maternidade, caso seu consorte ou companheiro não solicite no RPPS ou RGPS, a ser usufruído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Da mesma forma, em caso de adoção.

Insta salientar que o(a) servidor(a) público(a) adotante terá direito à concessão da licença de 180 dias, na situação em que a(o) consorte adotante não postular a licença-maternidade ou em situações em que apenas o adotante é contribuinte do referido regime de previdência social, ainda que tenha ocorrido reprodução assistida por sub-rogação (filho biológico apenas da genitora).

O próprio art. 184-A da Lei 1729/68 do Município de São Bernardo do Campo/SP permite essa fruição da licença adotante, tal como se percebe:

RE 1211446 / SP

“Art. 184-A. A licença-gestante será concedida, também, à funcionária pública que adotar uma criança ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção, respeitando os seguintes períodos em conformidade com a idade da criança.

I - do nascimento até 2 (dois) meses de idade, 180 (cento e oitenta) dias;

II - de 2 (dois) meses e 1 (um) dia até 1 (um) ano de idade, 120 (cento e vinte) dias;

III - de 1 (um) ano e 1 (um) dia até 4 (quatro) anos de idade, 60 (sessenta) dias;

IV - de 4 (quatro) anos e 1 (um) dia a 8 (oito) anos de idade, 30 (trinta) dias.

Parágrafo Único. As crianças com idade escolar, devem estar regularmente matriculadas e não devem interromper a frequência”. (eDOC 1, p 64).

Do mesmo modo, também em caso de guarda judicial para fins de adoção, o funcionário público celetista, submetido ao RGPS, tem direito à percepção da licença maternidade pelo tempo restante a que teria direito à adotante em caso de falecimento desta (art. 71-B da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 12.873/2013).

A mens legis dessa última situação foi salvaguardar a criança e manter o regime protetivo em caso de ausência da adotante, repassando ao(à) consorte ou ao (à) companheiro(a) o direito de usufruir do restante da licença ou da remuneração conferida de 180 (cento e oitenta) dias.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer que a reconfiguração da família e da licença maternidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi implementada a partir do direito à igualdade, assim como dos direitos da criança e da mulher. A licença deixou de ser vinculada estritamente ao ato de gestar ou ao papel de gênero usualmente atribuído à mulher pela concepção tradicional da sociedade patriarcal, cedendo espaço ao melhor interesse da criança e ao prestígio das múltiplas forma de família tuteladas pela Constituição Federal.

Por essa razão, superou-se a inadequada distinção ainda verificada em diplomas legais entre licença maternidade e paternidade, agora

RE 1211446 / SP

reunidas, ao menos na jurisprudência da Corte, sobre o conceito único e abrangente de licença parental.

A partir do que decidido pelo STF nos temas 782 e 1.182 da Repercussão Geral – respectivamente, extensão da licença maternidade no caso de adoção, além do pai, genitor monoparental, servidor público -, estão lançadas as bases para o acolhimento do pleito veiculado pela recorrida.

Com efeito, a inexistência de previsão legal específica para a concessão da licença parental remunerada à genitora não gestante de união estável homoafetiva não pode constituir, à luz do cenário constitucional e jurisprudencial até aqui exposto, óbice à admissão do benefício.

A omissão do legislador gera consequências inconstitucionais que foram por mim apontadas no exame do tema 1.182. A primeira diz respeito à discriminação entre as crianças.

Há uma diferenciação nefasta entre as crianças adotadas por família hétero ou homoafetiva e, de outro lado, aquelas geradas por fertilização *in vitro*, de família homoafetiva em que a gestante não seja servidora pública, sendo que essas últimas não disporão de idêntico regime protetivo daquelas, em descompasso com o § 6º do art. 227 da CF.

A segunda consequência é a de que o nuelo, o qual seja adotado (ainda que gerado por técnica de reprodução assistida) por família homoafetiva, terá um dos adotantes usufruindo de salário maternidade (RGPS – 120 dias) ou licença maternidade (RPPS federal - 180 dias), trazendo maior disposição de tempo e afeto nessa importante etapa inicial da vida, comparativamente àquele infante advindo da família de servidor(a) de outro ente federativo em idêntica configuração familiar e forma de concepção.

A terceira constatação é a de que o deferimento do pleito judicial ora vindicado não malferirá o disposto no §5º do art. 195 da CF, em razão de o benefício previdenciário de salário maternidade (RGPS) ou licença maternidade (RPPS) – adequado à nomenclatura contemporânea de licença parental (ou salário parental) – já existir e recentemente ter

RE 1211446 / SP

abarcado, inclusive, situação de adoção ou obtenção de guarda judicial, independente do gênero (licença parental), inclusive de casal em família homoafetiva, concedendo, em todas as situações descritas, o afastamento remunerado pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, independentemente do regime jurídico específico de cada Ente Federativo.

Diante desse cenário, qualquer diferenciação, sem justificativa razoável, que acentue a desigualdade entre servidoras(es) que são genitoras (es) de famílias homoafetivas, por meio da técnica de RMA, e aqueles outros adotantes ou que obtiveram guarda judicial – os quais independentemente de serem integrantes de família monoparental ou sejam casados ou vivam sob união estável ou, ainda, integrantes de família homoafetiva, ofende o postulado constitucional da isonomia (art. 5º, I, da CF) e da proteção integral e sem discriminação à criança (§ 8º do art. 226 e § 6º do art. 227 da CF), havendo desproporcionalidade em razão da proteção insuficiente.

Sobre o tema, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“3.3.4. Da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*)

Ao lado da ideia da proibição do excesso tem a Corte Constitucional alemã apontado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

Schlink observa, porém, que, se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva envair esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. Se se comparam, contudo, situações do âmbito das medidas protetivas, tendo em vista a análise de sua eventual insuficiência, tem-se uma operação diversa da verificada no âmbito da proibição do excesso, na qual se examinam as medidas igualmente eficazes e menos invasivas. Daí concluiu que ‘a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista

RE 1211446 / SP

metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)’.

Em julgamento de interesse doutrinário evidente – RE 418.376142 –, o Supremo Tribunal Federal deparou com hipótese em que, na decisão recorrida, não fora reconhecida a união estável entre homem e mulher como uma entidade familiar, para efeitos da aplicação da cláusula de extinção da punibilidade prevista no art. 107, inciso VII, do Código Penal.

Tratava-se de situação em que certa criança fora confiada a tutor, que com ela manteve relações sexuais desde que a menina tinha 9 anos de idade. Ou seja, postulava-se o reconhecimento de união estável entre garota de 12 anos que engravidou, após manter relações sexuais com o marido da tia, seu tutor legal, e que, depois de ter o filho, veio a juízo afirmar que vivia maritalmente com o próprio opressor.

Naquela ocasião, o Min. Gilmar Mendes registrou que, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta desse princípio, a abranger conjunturas diversas, entre as quais a daqueles autos.

É que, por óbvio, conferir à situação o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, inciso VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 232/233).

A inexistência de norma expressa autorizativa nos demais Entes Federativos não pode ser utilizada como empecilho para negar a fruição de um direito assegurado constitucionalmente à(ao) servidor(a) público(a) – art. 7º, XVIII, c/c da CF –, diante do atual cenário constitucional normativo e da jurisprudência desta Corte.

RE 1211446 / SP

Não restam dúvidas de que existe uma omissão inconstitucional que deve ser, urgentemente, solucionada pela via legislativa, a qual, enquanto não é resolvida adequadamente, diante da proporcionalidade em sentido estrito, em razão da proibição da proteção insuficiente ao infante gestado por RMA, que seja integrante de família homoafetiva, deve ser equalizada pela concessão analógica de licença adotante remunerada, de 180 (cento e oitenta) dias, à (ao) servidor(a) público(a) de família homoafetiva, na qual a gestante não seja servidora pública e tenha ocorrido a técnica de gestação sub-rogada, assim como no caso de adoção, independentemente de ser participante de família homo ou heteroafetiva.

Sendo assim, tenho como inconstitucional afastar a fruição do benefício previdenciário unicamente no caso de servidor(a) público de outros entes federativos, sob regime do RPPS, optante pela fertilização *in vitro*, de família homoafetiva em que a gestante não seja servidora pública, ao argumento da ausência de norma expressa que lhe assegure a percepção, tendo em vista que não pode deixar desamparado aquele(a), o que se afigura *discrímen* injustificado, atraindo omissão anti-isonômica e inconstitucional com a situação da adoção.

Ressalto tão somente que apenas uma pessoa entre os(as) adotantes/consortes/conviventes, nas situações acima identificadas, pode obter o direito de usufruir de licença parental estendida e o(a) outro(a) o equivalente à licença paternidade.

Conseqüentemente, acolho a sugestão da Procuradoria-Geral da República, proponho a fixação das seguintes teses:

I – É possível conceder-se licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

II – É defesa a concessão da licença-maternidade em duplicidade dentro da mesma entidade familiar, assegurado à segunda mãe benefício análogo à licença-paternidade”.

Nada obstante, acompanho a tese proposta pelo relator.

RE 1211446 / SP

2) Caso concreto

A descrição contida na petição inicial descreve que *“a companheira da requerente atua profissionalmente de forma autônoma, dando aulas particulares [mas] não [possui] filiação a nenhum regime de previdência nem com o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), portanto não tem direito ao benefício do auxílio-maternidade”*. (eDOC 1, p. 2).

O pleito, na esfera administrativa, foi indeferido *“por falta de amparo legal no âmbito deste Município”*. (eDOC 1, p. 22), apesar de existir previsão, desde 2007, de concessão da licença-gestante em caso de adoção (art. 184-A da Lei 1729/68 do Município de São Bernardo do Campo/SP – eDOC 1, p 64).

De acordo com a fundamentação precedente, tenho que deva ser mantida a concessão do benefício pleiteado nestes autos, mormente considerando a informação dos autos no sentido de que a parturiente da nuela (companheira da recorrida) não solicitou a concessão de idêntico benefício perante outro regime previdenciário (RPPS ou RGPS).

3) Voto

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, assentando que a licença maternidade, devida por quaisquer entes federativos, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88, estende-se à(ao) servidor(a) que mantenha união homoafetiva e cuja família venha a gerar infante, por meio técnica de reprodução medicamente assistida (RMA), caso sua(eu) consorte ou companheira(o) não solicite idêntico benefício no RPPS ou RGPS. Acompanho a tese proposta pelo relator.

13/03/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Neste momento, apenas para nós refletirmos no intervalo, nós temos a proposição do Ministro Alexandre, de que se assegure o prazo da licença-maternidade a ambas, e temos a posição do Ministro Fux, eu diria, rephraseada ligeiramente pelo Ministro Fachin, que é a trabalhadora - a trabalhadora valendo para a servidora também -, a trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença-maternidade pelo período equivalente ao da licença-paternidade. O conteúdo é igual ao do Ministro Fux, apenas com ligeira diferença de forma.

Essas são as duas posições na Mesa. Há a terceira que é a do Ministro Zanin.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Eu trouxe uma outra proposta no sentido de restringir a tese apenas àquilo que foi discutido no caso concreto justamente em razão dessas peculiaridades. Talvez nós não tenhamos aqui todos os elementos para avançar seja para negar a dupla licença-maternidade, seja para deferir a dupla licença-maternidade.

Então, a minha proposta diz respeito apenas à primeira parte.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Tem direito à licença-maternidade a mãe não gestante em união homoafetiva?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, permita-me um rápido aparte. Como Relator, tenho toda a inibição de me intrometer nos debates, quer dizer, o voto está aqui, a questão é a tese.

O problema é o seguinte: nós não estamos julgando um recurso

RE 1211446 / SP

extraordinário subjetivo. Nós estamos julgando um recurso extraordinário que tem uma parte subjetiva e tem uma objetivação em razão de o Plenário ter reconhecido a repercussão geral. Nós não somos uma Corte de apelação; nós julgamos a questão federal que deve ser enfrentada.

Aqui foi mencionado que nós temos parâmetros legislativos, e temos, porque não há lei, as leis em vigor não permitem essa dupla concessão. Teremos de declarar a inconstitucionalidade do que está em vigor. Essa é a primeira questão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Há norma constitucional que diz que você pode dar benefício previdenciário sem fonte de recurso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Pois é, eu coloquei aqui. Eu disse: ponderando, à luz da fonte de custeio, dar a licença-maternidade para uma e o prazo análogo à licença-paternidade para outra. Foi isso o que eu disse. Nós não podemos julgar, vamos julgar assim e fixar a tese, não! Caso concreto com repercussão geral, não se fixa tese para caso concreto, fixa-se tese para repercussão geral. Caso concreto, julga o tribunal de apelação. Nós não podemos pegar esse vezo de nos transformarmos num tribunal que julga caso concreto. Nós estamos fixando aqui uma tese para evitar o que Vossa Excelência disse: que outros tribunais não venham a negar o direito na união homoafetiva à mãe.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu entendo.

Nós temos três posições. A proposta do Ministro Zanin é mais do que julgar o caso concreto vinculadamente para todos os tribunais: a mãe não gestante em união homoafetiva tem direito à licença-maternidade. Acho que isso é mais do que julgar o caso concreto.

Porém, na visão, penso, da maioria, é deixar em aberto um problema que nós já poderíamos resolver desde logo e que venha, digamos assim, quase que necessariamente, se é uma união homoafetiva de duas mulheres, nós definirmos se ambas têm o direito ou se só uma tem o

RE 1211446 / SP

direito. Acho que isso é imperativo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - À luz dessa preocupação da fonte de custeio. Quem vai pagar isso?

13/03/2024**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446 SÃO PAULO****PROPOSTA
(TESE)**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Nós havíamos tido, em relação à posição do Ministro Luiz Fux, o voto divergente capitaneado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que defendia a ideia de que as duas companheiras deveriam ter direito ao mesmo prazo de licença-maternidade. O Ministro Alexandre de Moraes foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli e pela Ministra Cármen Lúcia.

Tivemos ainda a posição do Ministro Cristiano Zanin, que parava a tese apenas na específica situação do caso concreto, embora formulando uma tese, por uma preocupação específica de algumas situações excepcionais. E Sua Excelência mencionou uma de que tinha conhecimento, de que a companheira não gestante, embora mãe, estivesse fazendo um tratamento para ter condições de aleitamento.

Então, ajustou-se que o Ministro Luiz Fux incluirá, no corpo do voto, a possibilidade de situações excepcionais merecerem soluções excepcionais, como precisamente essa citada pelo Ministro Zanin. E o Ministro Fux também se comprometeu a inserir, no corpo do voto que, na hipótese de ambas terem direito ao salário-maternidade, caberá ao casal decidir quem fruirá o salário-maternidade e a equivalência com o salário-paternidade.

Solicito ao Ministro Zanin e ao Ministro André o favor de mandarem a formulação que gostariam seja incluída pelo Ministro Fux no voto.

Com essas inclusões, o Ministro André e o Ministro Zanin acompanham a tese proposta pelo Ministro Fux com um reajuste de redação dado pelo Ministro Edson Fachin, a quem pediria que lesse, por favor, a proposta de tese.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, o texto está em mãos do eminente Relator. Se Vossa Excelência permitir.

RE 1211446 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Por favor, Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, a tese ficaria assim:

A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade.

Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença-maternidade pelo período equivalente ao da licença-paternidade.

Foi a esse consenso que se chegou.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Na última, ficou: fará jus à licença pelo período equivalente à licença-paternidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu não tinha a maternidade escrita, mas...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu acho que deveria ser só licença.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A referida licença?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Só licença. Leia novamente, sem maternidade no final.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Acho que ficou melhor assim.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : MUNICIPIO DE SAO BERNARDO DO CAMPO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

RECDO.(A/S) : TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES

ADV.(A/S) : ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA (166877/SP)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT

ADV.(A/S) : RAIMUNDO CEZAR BRITTO ARAGAO (32147/DF, 140251/MG, 234932/RJ, 1190/SE, 439314/SP)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO - GADVS

ADV.(A/S) : LUANDA MORAIS PIRES (47652/DF, 23873-A/MS, 95946/PR, 357642/SP)

ADV.(A/S) : FERNANDA APARECIDA GONCALVES PERREGIL (48570A/GO, 236036/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIARIO - IBDP

ADV.(A/S) : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN (250708/RJ, 18200/SC, 356A/SE, 494709/SP)

ADV.(A/S) : ANDERSON DE TOMASI RIBEIRO (46896/RS)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização da sustentação oral, o julgamento foi suspenso. Falou, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT, o Dr. Paulo Francisco Soares Freire. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 7.3.2024.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.072 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade", vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 13.3.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes

Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário