



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446/SP

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO

RECORRIDA: TATIANA MARIA PEREIRA FERNANDES

ADVOGADA: ISABELA LIGEIRO DE OLIVEIRA

PARECER ARESV/PGR Nº 117774/2020

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.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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 desprovisionamento do recurso extraordinário e fixação das teses sugeridas.

Egrégio Plenário,

Trata-se de recurso extraordinário representativo do Tema 1072 da sistemática da Repercussão Geral, referente à possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

O recurso extraordinário foi interposto de acórdão do 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Na origem, a ora recorrida ajuizou ação de concessão de licença gestante contra o Município de São Bernardo do Campo/SP, afirmando, em síntese, que: (i) é servidora pública pertencente ao quadro do referido ente municipal; (ii) convive em união estável homoafetiva; (iii) ela e sua companheira realizaram tratamento de fertilização *in vitro* utilizando os seus óvulos, o que ocasionou a gravidez em sua parceira; e (iv) sua companheira atua profissionalmente como autônoma e não é filiada a qualquer regime de previdência, não tendo, por isso, usufruído da licença-maternidade.

Argumentou que, diante daqueles fatos, pertencendo a criança a uma família composta por duas mães e, na impossibilidade de a mãe gestante ficar em casa, pois é autônoma e precisa trabalhar, tem a segunda mãe direito à garantia constitucional da licença-maternidade.

A antecipação de tutela foi concedida e o pedido foi julgado procedente pelo Juízo de primeiro grau. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a decisão de mérito, nos termos do acórdão recorrido.

Daí o recurso extraordinário interposto pelo Município de São Bernardo do Campo, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, em que se alega violação do princípio da legalidade, ante a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

inexistência de previsão normativa que autorize o afastamento remunerado a título de licença-maternidade para a situação em causa.

Sustenta o recorrente que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, e que não há previsão do benefício para a mãe não gestante.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso, os autos foram enviados ao Supremo Tribunal Federal.

Submetido ao Plenário Virtual, a Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia e delimitou o tema a ser examinado neste *leading case*. Respectivo acórdão ficou assim ementado:

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.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Eis, em síntese, o relatório.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

1. EXAME DO TEMA 1072 DA REPERCUSSÃO GERAL

1.1 *Dimensão plural do benefício: tutela da relação parental e da família como um todo*

A questão constitucional analisada neste paradigma da repercussão geral cinge-se à possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

O direito à licença-maternidade consiste em benefício de natureza previdenciária, assegurado pela Constituição Federal às trabalhadoras urbanas e rurais (art. 7º, XVIII)¹, bem como às ocupantes de cargos públicos (art. 39, § 3º)², destinado a assegurar à mãe um período de convívio com a criança, mediante afastamento laboral remunerado.

O benefício tem o escopo de tutelar o vínculo formado entre mãe e filho e há de ostentar, numa interpretação sistemática da Constituição

1 *“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;”

2 *“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.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Federal, dimensão plural, de forma a proteger os direitos de todos os envolvidos na relação parental.

A outorga do benefício há de se pautar pela ampla proteção conferida pelo texto constitucional à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família, bens jurídicos amparados pela Carta Federal.

O resguardo da maternidade ressaí do disposto no art. 201, II, da Constituição Federal³, ao tratar da proteção previdenciária no campo materno, com especial cuidado à gestante. Semelhante proteção é prevista no campo da assistência social (art. 203, I⁴).

O art. 226, *caput*, da Carta Constitucional,⁵ por sua vez, confere especial proteção à família e o sistema de proteção familiar é complementado no dispositivo subsequente⁶, que preza pela prioridade do resguardo da

3 *“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;”

4 *“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;”

5 *“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”*

6 *“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,*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

criança, mediante garantia de seus direitos, entre eles o da convivência familiar.

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.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a licença há de ser concedida em igualdade de condições às mães adotantes,

exploração, violência, crueldade e opressão."



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

afastando qualquer discrimen entre a origem biológica e adotiva da relação materna.

Referido entendimento ficou evidenciado no julgamento do RE 778.889/PE, em que se fixou a tese do Tema 782 da sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: *“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”*.

O mencionado julgado paradigma deixa claro que a licença-maternidade há de ser entendida como um direito que assiste a família, atentando, sobretudo, ao direito da criança de ter um período de convivência com seus pais/mães. A outorga do benefício há de propiciar o cuidado parental, o amplo desenvolvimento da criança e a integração 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O acórdão recorrido está em harmonia com os comandos constitucionais de proteção à família e de primazia do vínculo afetivo. A propósito, vale trazer as considerações do julgado:

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 físico-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 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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar. (Grifos nossos.)

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.

1.2 Impossibilidade de a licença-maternidade concorrer com eventual benefício idêntico dentro da mesma entidade familiar

Explicitado que o direito à licença-maternidade há de ser tomado em uma dimensão plural, de proteção à entidade familiar, indo além da condição física da gravidez, importante anotar que a outorga do benefício há de obedecer, também, aos princípios da igualdade e da legalidade, afastando-se o risco de se criar paradigma anti-isonômico entre os diversos tipos de famílias.

Hodiernamente, ambos os pais têm direito à licença após o nascimento do filho, em razão dos cuidados que a criança precisa e para que sejam fortalecidos os vínculos afetivos. Por outro lado, embora alguns defendam que deveria haver equiparação entre os tipos de licenças parentais,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

os benefícios são previstos na legislação brasileira de forma diferenciada para o pai e para a mãe.

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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.

2. APLICAÇÃO DO DIREITO AO PROCESSO

O recurso extraordinário traz, essencialmente, a alegação de afronta ao princípio da legalidade (art. 37 da Constituição Federal), ante a ausência de previsão normativa que autorize o afastamento remunerado a título de licença-maternidade para a hipótese da mãe não gestante.

Como exposto, a concessão da licença-maternidade há de se guiar pela ampla proteção conferida pelo texto constitucional à maternidade, ao melhor interesse do menor e à família, de modo que o fundamento para a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

outorga do benefício extrapola o fator biológico da gravidez e há de fortalecer o vínculo afetivo e promover o convívio familiar.

Assim, inexistente a suscitada violação do princípio da legalidade e, diferentemente, o estatuto constitucional de proteção à família assegura a concessão do benefício à mãe não gestante, ora recorrida.

Anote-se que somente é possível a coincidência de diferentes espécies de licenças parentais na mesma entidade familiar; inviável a concessão de dupla licença-maternidade.

In casu, como explicitado, a mãe gestante atua profissionalmente como autônoma e não usufruiu da licença-maternidade, sendo, por isso, assegurada a outorga do benefício à mãe não gestante.

Portanto, o recurso extraordinário do ente municipal há de ser desprovido para que, confirmando-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seja mantido o direito da ora recorrida à fruição da licença-maternidade.

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo desprovimento do recurso extraordinário e, considerados a sistemática da repercussão geral e os efeitos do julgamento deste recurso em



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do mesmo tema, sugere 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.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

[VCM]