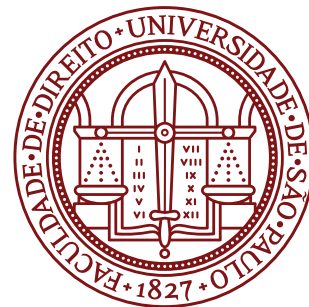




constituição,
política &
instituições



IGUALDADE E LICENÇA MATERNIDADE

CASO PARA DEBATE EM AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ELABORAÇÃO

GUILHERME BALBI
JULIA WAND-DEL-REY-CANI
LUIZ FERNANDO GOMES ESTEVES

SUPERVISÃO

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

SÃO PAULO
2023

Para informações sobre o uso deste material didático, visite: e.usp.br/n7q ou use o código QR abaixo:



Este trabalho está licenciado sob a Licença Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional Creative Commons

Para visualizar uma cópia desta licença, visite http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt_BR

CASO

Sílvia e Joana são empregadas em diferentes empresas e vivem em união estável há cinco anos. Joana doou seu óvulo e, após procedimento de fertilização *in vitro*, Sílvia engravidou e se afastou do trabalho, por licença-maternidade, 28 dias antes do parto. Após o nascimento do bebê, Joana, mãe não gestante, requereu a concessão do benefício de licença-maternidade, alegando que sua não concessão violaria o princípio da igualdade, dado que ela também é mãe da criança. O requerimento foi negado pelo INSS e em duas instâncias judiciais, sob o argumento de que a dupla concessão de licença-maternidade para um mesmo casal seria vedada pelo art. 71-A, § 2º, da lei 8.213/1991. O INSS alegou que, embora Joana também fosse mãe, a concessão de dupla licença-maternidade seria discriminação intolerável a outros tipos de casais, como os heteroafetivos e homoafetivos masculinos, de tal modo que apenas uma das mães poderia ter direito à licença-maternidade, ficando resguardada uma licença equivalente à paternidade, de cinco dias, para a outra.

Diante da negativa, Joana interpôs recurso extraordinário perante o STF. Sustentou que a decisão consistiria em tratamento discriminatório, dado que ela também é mãe da criança, que o benefício é concedido para mães adotantes (não gestantes, portanto), e que negar tal concessão desprestigiaria a entidade familiar homoafetiva composta por duas mães. Pleiteou, assim, a concessão de licença-maternidade de 120 dias para ela, igual à licença concedida à sua companheira.

VOTO – MINISTRA A – RELATORA

Trata-se de recurso extraordinário em que a recorrente, Joana, empregada celetista, pleiteia licença-maternidade de 120 dias por ter tido um filho por meio do procedimento de fertilização *in vitro* com Sílvia, com quem mantém união estável há cinco anos. Inconformada com a negativa de seu alegado direito no âmbito administrativo (INSS) e em duas instâncias do Poder Judiciário, Joana interpôs recurso extraordinário, no qual reforça seu argumento de que a não concessão da licença de 120 dias violou o princípio da igualdade, uma vez que ela é igualmente mãe da criança. O INSS, por sua vez, argumentou que a dupla concessão de licença-maternidade seria vedada pelo art. 71-A, § 2º, da lei 8.213/1991, além de ser discriminatória em relação a outros tipos de casais. Dado que uma licença-maternidade já tinha sido concedida a Sílvia, mãe gestante, teria que ser concedida uma licença equivalente à licença-paternidade, de cinco dias, para Joana.

É o relatório. Decido.

O caso em questão fundamenta-se na existência de possível violação à igualdade, em virtude da não concessão de licença-maternidade – benefício já concedido à mãe gestante – à mãe não gestante em um casal homoafetivo.

Dada a omissão legislativa em regular essa questão em relação aos casais homoafetivos femininos, o princípio da igualdade e seu conteúdo encontram-se no foco desse problema. De um lado, alega-se que Joana, ainda que não gestante, também seria mãe, o que seria condição suficiente para a concessão de igual licença-maternidade (120 dias); por outro, argumenta-se que essa segunda concessão violaria o direito à igualdade, na medida em que em todos os outros tipos de união ou casamento não seria possível a cumulação de duas licenças-maternidade de 120 dias cada.

A estrutura familiar de união homoafetiva foi reconhecida pelo STF, conferindo-lhe os mesmos direitos e deveres atribuídos às uniões heteroafetivas. Apesar dessa multiplicidade de famílias, todas devem ser tratadas de forma isonômica, sob pena de discriminação, caso o Estado conceda privilégios indevidos a uma delas.

A regra aplicável contemporaneamente aos casais heteroafetivos consiste em uma licença maior para um membro do casal e uma licença menor para o outro. Essa é a estrutura legal aplicada, inclusive, aos casais adotantes.

Aplicar modelo diverso apenas à estrutura familiar homoafetiva feminina seria, desse modo, incompatível com o princípio da igualdade, uma vez que consistiria em privilégio indevido. Por ser composto por duas mães, um único núcleo familiar teria direito a duas licenças de 120 dias, enquanto todos os demais teriam direito a apenas uma licença com essa duração.

A disparidade torna-se ainda mais evidente se a mesma lógica fosse aplicada para os casais homoafetivos masculinos. Se a condição de mãe das duas mulheres no presente caso levasse à dupla licença-maternidade, poderia se argumentar que a condição de pai dos dois integrantes de um casal homoafetivo masculino levaria à concessão de duas licenças-paternidade de cinco dias. Tal lógica seria evidentemente inadequada e resultaria em prejuízo à formação da criança e ao convívio familiar.

A aplicação de uma licença de cinco dias para a mãe não gestante não se fundamenta em uma descaracterização de sua condição de mãe, tampouco da desqualificação da união estável homoafetiva feminina. Trata-se tão somente da aplicação da regra geral, aplicada a todos casais, de conceder uma licença maior a quem teve a gestação, e menor a quem não teve. Mesmo no caso de adoção, quando não há, portanto, gestação pelo casal ou pessoa adotante, não é possível atribuir duas licenças de 120 dias.

Conceder uma licença menor a um membro do casal também não é negar ou deslegitimar seu direito ao convívio familiar, mas apenas garantir esse direito em menor extensão. Conceder uma licença de 120 dias para as duas mães, unicamente com base no seu direito ao convívio com o recém-nascido, faria com que todos os pais pudessem requerer o mesmo direito, por força do princípio da igualdade.

Além de concretizadora da igualdade, a negativa dos pedidos da requerente também é compatível com o equilíbrio atuarial que deve nortear a concessão da licença-maternidade. Conceder 120 dias de licença para mais de um membro do casal levaria a evidente desequilíbrio nas contas públicas, dado que o benefício é custeado, ao final, pelo INSS. Para além da violação à igualdade, o fato de esse benefício ser custeado por toda a coletividade torna ainda mais problemática sua concessão em duplicidade.

Diante do exposto, deve-se aplicar a regra constitucional brasileira, em que a um membro do casal aplica-se um prazo maior de licença do que a outro. Voto no sentido de indeferir o recurso extraordinário.

VOTO – MINISTRA B

A Constituição previu, no art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre eles, no inciso IV, consta “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 7º prevê, nos incisos XVIII e XIX, os direitos à licença-maternidade e paternidade. Entretanto, enquanto o texto constitucional expressamente indica a duração de 120 dias para a licença à gestante, ele delega à lei, que nunca foi editada, o estabelecimento do prazo para a licença-paternidade. Diante de tal omissão legislativa, aplica-se o disposto no art. 10, § 1º, do ADCT, que estabelece o prazo de cinco dias, até que a regulamentação legal seja realizada.

A despeito de tal regulação contemplar os casais heteroafetivos, não existe previsão expressa na Constituição ou na legislação acerca dos direitos de pais e mães vivendo em núcleos familiares homoafetivos que tenham tido filhos provenientes de gestação, como é o presente caso. Assim, cabe ao Poder Judiciário, e especialmente ao Supremo Tribunal Federal, após demandado, promover os objetivos fundamentais da República, previstos, como mencionado, no art. 3º. Nesse caso, requer-se deste tribunal a compatibilização de direitos individuais (todos são iguais perante a lei – art. 5º, *caput*) e de direitos sociais, como licença para mães e pais, aos objetivos fundamentais da República.

A solução jurídica para essa questão deve ter como base o princípio da igualdade material, bem como a finalidade da licença-maternidade. Mais do que atender a necessidades pós-parto da mãe gestante, a licença-maternidade busca fortalecer o laço afetivo com o recém-nascido, visando à construção do laço familiar tendo em vista especialmente o melhor interesse e desenvolvimento da criança. Não é a recuperação pós-parto (que, inclusive, pode variar de mulher para mulher) que deve nortear a concessão do benefício, mas sim a necessidade de convivência familiar nos primeiros momentos da vida ou da inserção da criança na família. Tanto é assim que a legislação ordinária acolhe¹ – e o STF reconhece – a concessão da licença-maternidade, pelo período de 120 dias, às mães adotantes, independentemente da idade da criança adotada (RE 778.889), bem como a pais solos (RE 1.348.854).

Desse modo, a configuração da mãe como gestante ou não, em um casal homoafetivo, não é determinante para a concessão da licença-maternidade. Fazê-lo seria ato discriminatório – primeiramente, diante de sua companheira, uma vez que ambas são igualmente mães da criança. Conceder a uma, e não a outra, período estendido em momento sensível da criação do filho, seria tratá-las desigualmente e implicaria um tratamento privilegiado indevido.

O princípio da igualdade em seu sentido material impõe que todas as mães – gestantes ou não – desfrutem do mesmo direito, em igual extensão. A concessão de uma licença equivalente à licença-paternidade para a mãe não gestante não só contraria a busca pela igualdade nessa situação, como também trata a mãe não gestante e o casal homoafetivo por parâmetros heteronormativos inadequados ao caso.

1 Art. 392-A, CLT: 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.

Tal tratamento é flagrantemente contrário ao dever do Estado de proteção da família, o que envolve também suas estruturas não tradicionais. O próprio STF reconheceu, na ADI 4277, o caráter familiar das uniões homoafetivas, concedendo-lhes os mesmos direitos e deveres dos casais heteroafetivos – direitos esses que devem evidentemente ser adequados às particularidades dessas uniões. Conceder qualquer licença que não seja a licença-maternidade para uma das mães em um casal com duas mães seria desrespeitar as particularidades dessa forma de união, contrariando tal dever e desprestigiando essa estrutura familiar.

Não procede, desse modo, a alegação da igualdade formal, segundo a qual os casais homoafetivos femininos deveriam ter os mesmos direitos dos casais heteroafetivos. Proceder desse modo seria ignorar o fundamento da isonomia de que os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade. Na sociedade em que vivemos, o casal homoafetivo feminino enfrenta diversos obstáculos e desafios tanto em sua união quanto na gestação e criação de um filho – desafios, esses, que não são enfrentados por casais heteroafetivos. Garantir a extensão do benefício à mãe não gestante, bem como uma convivência maior dessas mães com o filho, é tratar os desiguais na medida de suas desigualdades e não conceder privilégio às formas tradicionais de família.

Quanto à alegação de que o art. 71-A, § 2º, da lei 8.213/1991 veda a concessão de uma segunda licença-maternidade (o que seria uma vedação da extensão do benefício à mãe não gestante), dois pontos merecem atenção. Primeiro, o fato de que tal regramento não abrange especificamente o caso dos autos, tendo em vista que não ocorreu adoção e as duas mães possuem vínculo biológico – a primeira, pela doação do seu material genético; e a segunda pela gestação. Além disso, ainda que a previsão normativa abrangesse o caso concreto, tal vedação não seria compatível com o texto constitucional, criando uma discriminação indevida entre duas pessoas na mesma situação. Não cabe ao Judiciário definir quem é mais ou menos mãe, tampouco medir qual delas merece o benefício ou não.

Da leitura do texto constitucional se depreende que o fundamento para a concessão da licença-maternidade vai muito além do fator biológico da gravidez. Independentemente da gestação, a licença concedida a mães e pais é, acima de tudo, direito que assiste à família – e principalmente aos filhos e filhas – de terem a melhor convivência com quem lhes prestará atenção e cuidados, proporcionando amplo desenvolvimento e integração familiar. No caso, portanto, tanto Sílvia quanto Joana têm constitucionalmente direito à licença-maternidade.

Desse modo, Joana não faz jus apenas aos cinco dias mencionados no ADCT para licença-paternidade. O princípio da igualdade impõe que haja uma concessão igual de licenças, pois ambas são igualmente mães.

Nesse sentido, a extensão do benefício à Joana é medida que se faz necessária, pelo igual prazo concedido à Sílvia. Divirjo da relatora e voto pela procedência do recurso.

VOTO – MINISTRA C

O recurso discute a possibilidade de concessão de licença-maternidade para as duas mães, na hipótese de dupla maternidade. Joana, a recorrente, argumenta que a concessão de licença-maternidade, pelo prazo de 120 dias, apenas para a mãe gestante, viola a ideia de igualdade material e que, como mãe, também deveria ter o direito a gozar de licença pelo mesmo período, uma vez que também é mãe da criança gestada por sua companheira. A aplicação de uma licença diferenciada, semelhante à licença-paternidade, de apenas cinco dias, por isso, seria inconstitucional, além de ser contrária aos melhores interesses da criança.

A argumentação da recorrente pressupõe a existência de uma omissão constitucional e legal sobre o assunto. Isto é, para a recorrente, a hipótese de dupla-maternidade não havia sido regulamentada até então, e por isso a solução deveria envolver a aplicação de princípios constitucionais. Esse pressuposto de que há uma omissão também sustentou os votos das duas ministras que me antecederam, apesar de cada uma delas extrair da ideia de igualdade material soluções diferentes. Para a ministra A, a aplicação do princípio da igualdade levaria à conclusão de que uma família composta por duas mães não deveria contar com um privilégio que não é concedido aos casais heteroafetivos e homoafetivos compostos por dois homens; por outro lado, para a ministra B o princípio da igualdade material levaria à concessão de duas licenças-maternidade simultaneamente para a mãe gestante e para a recorrente.

Ao contrário dos votos proferidos, entendo que há regulação constitucional e legal da matéria, de modo que a solução deve passar pela aplicação das regras já existentes para o caso.

No art. 7º, XVIII, a Constituição reserva à gestante a licença no prazo de 120 dias. Com isso, inicialmente, a licença-maternidade foi atrelada à gestação. Essa limitação gerou vários problemas ao longo do tempo, como a dúvida sobre a existência de direito para adotantes ou para casais homoafetivos formados por dois homens, já que nessas hipóteses não há gestação.

Porém, no caso discutido nos autos, a gestação foi conduzida por Sílvia, e não Joana, e a regra constitucional aplica-se sem maiores problemas para a mãe gestante, mas não para a recorrente, que não se qualifica como gestante.

A regulamentação do auxílio-maternidade é feita pela CLT, no capítulo dedicado à proteção ao trabalho da mulher. No art. 392, a lei também indica que o auxílio-maternidade será devido à gestante¹, mas o art. 392-A garante o auxílio-maternidade também para adotantes e guardiães. Este último artigo estabelece uma limitação importante: apenas é possível a concessão de uma licença-maternidade de 120 dias². Isto é, caso a adoção seja realizada por duas mulheres, por duas mães, portanto, *apenas uma* delas fará jus à licença de 120 dias.

O caso dos autos não é de adoção, já que Sílvia é mãe gestante e Joana é mãe biológica. Por isso, não há que se falar em possibilidade de escolha, aplicando-se não apenas o art. 7º, XVIII, da Constituição, mas também o art. 392, *caput*, da CLT.

- 1 Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.
- 2 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.

Além da Constituição e da CLT, o pagamento do benefício previdenciário também foi previsto na Lei de Benefícios da Previdência Social (lei 8.213/1991), nos arts. 71 a 73. Esses artigos também dão sustentação à ideia de que não há omissão, e de que as regras existentes dão conta da resolução do caso. O art. 72, § 1º, diz expressamente que o salário-maternidade será pago à "gestante"³, enquanto os arts. 71-A e 71-B indicam que não é possível que o benefício seja pago simultaneamente aos dois segurados, salvo no caso de morte do segurado ou segurada durante o recebimento do benefício⁴. Como a legislação veda taxativamente o pagamento de dois benefícios simultâneos, para atender o pedido da requerente seria necessário entender que o texto da Lei de Benefícios é inconstitucional.

Porém, esse não parece ser o caso, pois a Constituição, em seu texto original, diferenciou dois tipos de licença, estabelecendo prazos diferenciados para cada uma delas. No art. 7º, XVIII, previu a licença-gestante, com prazo de 120 dias. No inciso seguinte, XIX, previu a licença-paternidade, indicando que a regulamentação ficaria a cargo do Legislativo – mas estabeleceu, no art. 10, § 1º, do ADCT, que até tal regulamentação a licença-paternidade teria o prazo de cinco dias.

Com isso, a Constituição estabeleceu uma diferença nas consequências da maternidade para um casal. Para a mulher gestante, a licença deveria ser de 120; para o pai, a licença seria em prazo muito inferior, de apenas cinco dias. Não existem dúvidas de que a diferença estabelecida pelo constituinte tem reflexos na organização familiar, e de que pode não atender aos interesses de uma criança em seu estágio inicial de vida.

Se as licenças têm prazos diferentes, é possível imaginar que o ônus pela criação do recém-nascido será de quem contar com a licença mais longa, para se dedicar exclusivamente a isso, sem precisar, no início da vida da criança, adotar o regime da dupla jornada. Isto é, as tarefas decorrentes da maternidade serão divididas de forma desigual.

Apesar das injustiças que esse arranjo pode trazer consigo, é necessário reconhecer que este é o arranjo previsto pela Constituição. Ainda que, na linha do voto da ministra B, um arranjo diferente pudesse ser desejável, e que pudesse atender de forma mais adequada os interesses familiares e da criança, este não é, ainda, o arranjo previsto na Constituição e na legislação. Tanto Constituição quanto legislação preveem licenças diferentes, aplicadas a *todos os casais*, e a legislação veda o pagamento simultâneo de duas licenças iguais.

A ênfase em "todos os casais" é importante, para afastar o argumento da ministra B, segundo o qual a posição do INSS e as decisões das instâncias judiciais inferiores importariam em tratar um "casal homoafetivo por parâmetros heteronormativos inadequados ao caso". É o próprio voto da ministra B que propõe parâmetros inadequados e discriminatórios contra outras formas de união,

3 Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. §1º. Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, (...).

4 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.

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.

até mesmo homoafetivas. Se a justificativa para a concessão de duas licenças de 120 dias resume-se à constatação de que ambas são mães, a consequência natural seria a concessão de duas licenças de cinco dias a casais homoafetivos masculinos, já que ambos seriam pais. O tipo de união que mais sofre resistências da sociedade (dois homens) seria o mais discriminado pelo argumento da ministra B.

Além disso, o voto da ministra B, embora se proponha a oferecer uma visão menos tradicional, acaba por essencializar o papel da mulher. A criança mereceria o contato por 120 dias com ambas as integrantes de um casal homoafetivo feminino pura e simplesmente porque ambas são mulheres. Supõe, portanto, que as crianças precisam mais do contato com as mães do que com os pais. Ao procurar ser inovador, o voto da ministra B é, na verdade, extremamente tradicional, porque se baseia no pressuposto de que o papel da mulher é essencialmente diferente do papel do homem. O dever primário de cuidado seria da mulher, não do homem.

Por fim, o argumento de que, ao estabelecer a diferenciação, as instâncias inferiores atuaram de modo inconstitucional não deve ser aceito, tendo em vista que a própria Constituição estabeleceu a diferenciação entre as licenças. Aceitar o argumento significaria reconhecer que o dispositivo do ADCT que estabelece o prazo de cinco dias é inconstitucional, o que é juridicamente impossível, uma vez que se trata de dispositivo do texto original da Constituição. E, mais do que isso, reconhecer que a diferenciação estabelecida pelas instâncias inferiores é inconstitucional poderia colocar em xeque a própria existência do art. 7º, XIX, da Constituição, no que ele delega a regulamentação para o Legislativo. Isto é, se o princípio da igualdade parental vedasse diferenciações entre mães e pais, a delegação ao Legislativo da regulamentação da licença-paternidade não teria razão de ser, pois apenas seria constitucional a reprodução do mesmo regime aplicado à licença-maternidade.

Por essas razões, acompanho a ministra relatora, na conclusão, ainda que por fundamentos diferentes, e voto pelo não provimento do recurso.

VOTO – MINISTRA D

A questão é de difícil solução, uma vez que considero haver omissão legislativa e constitucional. A Constituição, quando de sua elaboração, estabeleceu o prazo de 120 dias para a licença gestante, e delegou a regulamentação da licença-paternidade para o Legislativo. Até que essa regulamentação fosse realizada, o ADCT estabeleceu a licença paternidade de cinco dias.

O uso do termo “gestante” evidencia a obsolescência da Constituição, já superada pela legislação ordinária e por este STF, quando estendeu o benefício a mães adotantes. Isso porque o avanço social fez com que se passasse a admitir, em pé de igualdade, a adoção de crianças ou o nascimento de bebês em diferentes estruturas familiares – como no caso das uniões homoafetivas femininas. Procedimentos de inseminação artificial, fertilização *in vitro* e a existência de uniões estáveis homoafetivas femininas e masculinas são questões contemporâneas que a Constituição, elaborada há mais de três décadas, não enfrentou.

Desse modo, considero que a solução constitucional (em que um membro do casal, gestante, tem 120 dias, enquanto o outro tem cinco dias de licença) pode não ser compatível com algumas formas de estrutura familiar. Aplicá-la sem se ater às particularidades de cada estrutura familiar, embora textualmente adequado, seria desconsiderar que existem mães que não são gestantes; que existem casais que adotam filhos; que existem filhos que são gestados no ventre de outra mulher, que não faz parte do casal; que existem pais solo; que, contemporaneamente, existem casais compostos por dois homens e casais compostos por duas mulheres. Todas essas estruturas familiares têm particularidades, que são consideradas pelas normas legais para que todas desfrutem dos mesmos direitos.

Foi o que ocorreu, inclusive, no RE 1.348.854, em que o STF entendeu ser possível a extensão do benefício da licença maternidade de 180 dias para servidor público vivendo em família monoparental, sem a presença materna, em que houve fertilização *in vitro* e utilização de barriga solidária (permitida desde que a cedente temporária do útero pertença à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, conforme a resolução CFM 2.294/2021¹).

Além disso, a aplicação automática dessa regra constitucional, ao conferir especial tratamento à mãe gestante, pressuporia que a licença-maternidade teria como finalidade apenas a recuperação pós-parto. Tal fundamento encontra-se atualmente superado pela legislação ordinária e pelo STF, ao concederem a licença de 120 dias para adotantes. Essas decisões compreendem o caráter fundamental desse período como forma de garantir o convívio familiar, visando a inserção da criança na família ou seu desenvolvimento em estágio inicial da vida.

Contudo, também não considero adequado atribuir benefício integral à mãe não gestante. Na busca pela promoção da igualdade material, a solução de conceder 120 dias para cada uma das mães provoca profunda e inaceitável desigualdade em relação a outros casais. Isso porque, ao fazê-lo, o casal homoafetivo feminino seria a única estrutura familiar a usufruir, no total, de 240 dias de licença. Igual direito não seria reconhecido nem aos casais heteroafetivos, nem aos casais

1 Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>.

homoafetivos masculinos – que, embora também sofram discriminação e obstáculos dos mais diversos na nossa sociedade, teriam direito a uma licença muito menor.

Conceder um período de 120 dias sob o fundamento de que as duas são mães também forçaria conferir o mesmo período de licença-paternidade, de cinco dias, para um casal homoafetivo formado por homens, em que ambos são pais. Essa solução seria frontalmente prejudicial à criança e contrária ao princípio da igualdade.

É possível vislumbrar, portanto, que a extensão da licença-maternidade de 120 dias para a mãe não gestante gera desigualdade, tanto da perspectiva dos casais – privilegiando as uniões homoafetivas femininas em detrimento de todas as outras – como das crianças. Algumas teriam o convívio familiar garantido com ambos os integrantes do casal por período muito maior do que outras. Tal extensão baseia-se em fundamentos que, caso universalizados, poderiam até comprometer seriamente o equilíbrio atuarial do regime previdenciário.

A inexistência de regulação legal e constitucional demanda uma solução compatível com o princípio da igualdade, tanto no caso concreto quanto nas demais hipóteses de casais e também no caso de famílias monoparentais.

A decisão deve, assim, consagrar a igualdade parental, norteadora das decisões envolvendo o melhor interesse dos filhos, conforme o art. 226 da Constituição. Tal dispositivo garante que o planejamento familiar seja livre decisão do casal, devendo o Estado apenas garantir o exercício desse direito e assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram².

Desse modo, a solução que melhor aplica a igualdade no caso concreto é a concessão de apenas uma licença-maternidade de 120 dias ao casal, que poderá escolher conferi-la à mãe gestante ou à mãe não gestante. A licença não poderá ser cumulada nem repartida, mas, concretizando a igualdade parental e a valorização do planejamento familiar, caberá ao casal escolher qual das duas ficará com a licença de 120 dias, restando à outra a licença de cinco dias.

Há que se ressaltar que não há que se alegar violação da separação de poderes ou atividade legislativa do Judiciário na presente solução. Diante de evidente omissão legislativa e constitucional, o STF não pode deixar de resolver o caso. Pelo contrário: deve adotar a solução que melhor fomente os princípios e objetivos constitucionais. É o que ocorre no caso: a decisão não cria discriminação indevida – não concedendo uma licença de 240 dias, impossível a quaisquer outros casais que não o casal homoafetivo feminino – mas também não deixa de considerar a complexidade da questão e as novas formas de arranjo familiar, além de consagrar a igualdade parental e o planejamento familiar como livre decisão do casal.

Diante do exposto, dirijo das demais ministras e julgo a ação parcialmente procedente, indeferindo a duplicidade da licença-maternidade pleiteada, mas abrindo a possibilidade de que a mãe não gestante desfrute do benefício, desde que pactuado com sua companheira, que desfrutará da licença em menor extensão. Em face do princípio da igualdade, entendo também

2 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...) § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

que, a partir de agora, este tribunal deve reconhecer a possibilidade de pactuação das licenças maternidade e paternidade não apenas nos casos de união homoafetiva feminina, mas em todos os casos.