

NOTA TÉCNICA 22/2021

Cliente	SINPOL/DF
Referência	Licença-maternidade para mãe não gestante em união estável homoafetiva
Data	Brasília, 14 de setembro de 2021

1. Trata-se de nota técnica para esclarecer a possibilidade de concessão de licença-maternidade para mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira esteja grávida.
2. Como inexistente lei que trate do assunto especificamente, a Administração Pública recorrentemente se vale do princípio da legalidade administrativa¹ para negar a concessão de licença-maternidade ou indeferir o pedido para que as companheiras não gestantes gozem dos 180 (cento e oitenta) dias atribuídos às companheiras que gestaram, sob o fundamento de que seria impossível aplicar uma interpretação extensiva da Lei nº 8.112 e do Decreto Federal nº 6.690, respectivamente.
3. Assim, com a recusa administrativa à concessão de licença-maternidade ou a limitação do direito para que o prazo se restrinja ao mesmo da licença paternidade, a controvérsia chegou ao Poder Judiciário.

¹ O princípio da legalidade administrativa estabelece que “o administrador público somente pode atuar conforme determina a lei, amplamente considerada, abarcando todas as formas legislativas.”, conforme conceito de Matheus Carvalho (2020, p. 69).

4. O precedente judicial mais emblemático é aquele no qual o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Bernardo do Campo/SP garantiu o direito à licença-maternidade de 180 dias para a mãe não gestante, em união homoafetiva com sua companheira que engravidou por inseminação artificial. O mesmo entendimento foi mantido pelo órgão colegiado, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão do TJSP:

“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”.

5. Alegando que o referido acórdão violava a Constituição Federal, o Município de São Bernardo do Campo interpôs Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que foi distribuído sob o nº 1.211.446.

6. Em decisão proferida em 17 de outubro de 2019, o Ministro Relator Luiz Fux votou pela repercussão geral da matéria, não só pela relevância social, jurídica e econômica, mas também porque a questão debatida ultrapassa os limites do caso concreto, posto que é *“passível de repetição em inúmeros feitos em que se confrontam o interesse da mãe não gestante, em união homoafetiva, a usufruir da licença-maternidade, e o interesse social concernente aos custos do pagamento do benefício previdenciários e à construção de critérios isonômicos em relação às uniões heteroafetivas.”*

7. Em que pese a repercussão geral já tenha sido reconhecida por maioria, o julgamento do Recurso Extraordinário ainda não foi pautado. Ou seja, ainda não é possível precisar quando a questão será definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

8. Enquanto isso, cada tribunal estadual vem formando a sua jurisprudência sobre o assunto.

9. O TJDFTE teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão recentemente (maio de 2021), mas a conclusão foi a de que a genitora parturiente deveria gozar da licença-maternidade (licença parental de longo prazo) e a sua companheira não gestante deveria gozar de licença paternidade (licença parental de curto prazo), sob pena de tratamento anti-isonômico com os casais heteroafetivos e homoafetivos do gênero masculino.

10. A seguir, colaciona-se a ementa extraída do Recurso Inominado nº 0704892-84.2020.8.07.0018, de relatoria da Des. Geilza Fátima Cavalcanti Diniz da 2ª Turma Recursal:

JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS À MÃE SERVIDORA PÚBLICA NÃO GESTANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora em face da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial para que Distrito Federal fosse condenado a lhe conceder licença maternidade pelo período de 180 dias, sem prejuízo de sua remuneração. Em seu recurso a parte recorrente relata que o caso trata de filhos gemelares, gerados do óvulo da parte recorrente no útero de sua esposa, bem como ter realizado tratamento hormonal durante toda a gestação de sua esposa com o objetivo de amamentar os gêmeos. Invoca princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança para que seja reformada a sentença recorrida a fim de conceder a licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias, parte à recorrente. II. Recurso próprio, tempestivo e com preparo regular (ID 22711854). Contrarrazões apresentadas (ID 22712060). III. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral sobre a possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante de casal homoafetiva, cuja companheira engravidou após inseminação artificial no Resp 1.211.446. O Relator do feito ao reconhecer a repercussão geral do tema entendeu que: "Emerge relevante questão jurídica que tangencia não só a possibilidade de

extensão da licença-maternidade à mãe não gestante, em união homoafetiva, mas também os limites e parâmetros fixados para essa extensão". IV. Eis o ponto da minha divergência, tal qual consignei quando do julgamento do Recurso Inominado de nº 0706292-70.2019.8.07.0018: A interpretação extensiva atribuída ao direito à licença-maternidade à servidora não gestante, ao meu ver contraria o princípio da legalidade administrativa, uma vez que não existe autorização legal. V. **Com efeito, vislumbra-se que, neste momento jurídico, um tratamento desigual com relação aos casais heteroafetivos e aos casais homoafetivos do gênero masculino, em que cabe somente à mulher a licença maternidade com o prazo dilatado e ao homem um período mais curto.** VI. **Tanto é que a interpretação, pelo estágio atual do Direito, conforme muitos tribunais vêm decidindo, com suporte legal no princípio da isonomia, deveria ser concedida licença-maternidade à genitora parturiente (licença parental de longo prazo) e licença-paternidade à companheira não gestante (licença parental de curto prazo).** VII. Muito embora a parte recorrente tenha feito o tratamento para amamentar, com auxílio de hormônios, não se mostra razoável ampliar, por analogia, o acesso ao benefício, haja vista a situação elencada divergir totalmente dos casos previstos na lei. VIII. Destaca-se que não se está a discutir as novas formas de construção familiar, muito menos a conter o acesso de um benefício, haja vista ser inevitável o afastamento do direito das mudanças ocorridas na sociedade. Entretanto, a conclusão que se chega é a de que a concessão da extensão da licença maternidade àquela que não ostenta as mesmas condições previstas na legislação gera um confronto com os ditames legais. Nessa senda já se pronunciou o TJDF: (Acórdão 855780, 20130110227074APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: JOÃO EGMONT, 2ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 4/3/2015, publicado no DJE: 20/3/2015. Pág.: 156) IX. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida. Custas recolhidas. Condeno a parte recorrente vencida ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor corrigido da causa. X. A súmula de julgamento servirá de acórdão, consoante disposto no artigo 46 da Lei nº 9.099/95.(Acórdão 1335696, 07048928420208070018, Relator: GEILZA FATIMA CAVALCANTI DINIZ, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 26/4/2021, publicado no DJE: 14/5/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

11. Ocorre que a controvérsia está longe de estar pacificada, especialmente quando se observa a incipiente lista de julgados do TJDF que tratam sobre o assunto.

12. Reforça-se essa conclusão o fato de que, em julho de 2019, a 5ª Vara da Fazenda Pública do DF concedeu liminar para determinar que fosse concedida a licença-maternidade a uma bancária que estava em união homoafetiva com sua esposa gestante. O caso chegou a ser noticiado no site do TJDF, conforme matéria que pode ser acessada através do link: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/julho/brb-tera-que-conceder-licenca-maternidade-a-funcionaria-mae-lgbt-nao-gestante>

13. Mesmo mais recentemente (15.07.2021), o Juízo do 1º Juizado Especial da Fazenda Pública do DF condenou o Distrito Federal a conceder licença-maternidade pelo prazo de 180 dias para professora da rede pública de ensino que é mãe não gestante, em casamento homoafetivo e realizou tratamento de indução à lactação, conforme se extrai do seguinte trecho da sentença proferida no processo nº 0707343-82.2020.8.07.0018:

[...] Ante o exposto, por se tratar de benefício voltado à proteção da criança, por não haver diferença ou hierarquia entre as modalidades de maternidade (gestante, não-gestante, adotante), em vista do melhor interesse da criança, por ser a requerente a responsável pela amamentação da criança e ante a superação do paradigma de responsabilidade primordial pelo cuidado com neonato pela gestante, com esteio na igualdade material de todas as formas de configuração familiar, a procedência do pedido se impõe.

Forte nessas razões, confirmo a decisão que deferiu a tutela de urgência (ID 77590007) e julgo PROCEDENTE o pedido inaugural, para determinar ao réu que conceda à autora licença-maternidade pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data do nascimento de seu filho, sem prejuízo de sua remuneração.[...]

14. Diante do exposto, conclui-se que mesmo na hipótese de indeferimento administrativo da licença-maternidade e controvérsia judicial sobre o tema ainda não pacificado, há possibilidade de ajuizamento de ação judicial para que o

benefício do direito à licença-maternidade pelo prazo de 180 dias para a mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou através de reprodução assistida seja concedido judicialmente.

São os esclarecimentos.