

18/11/2021

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.348.854 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MARCO ANTONIO ALVES RIBEIRO
ADV.(A/S) : BIOVANE RIBEIRO

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENÇA-MATERNIDADE. EXTENSÃO AO PAI SOLTEIRO, SERVIDOR PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da constitucionalidade da extensão da licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, ao pai solteiro servidor público, em face dos princípios da isonomia (art. 5º, I, CF), da legalidade (art. 37, caput, CF), e da proteção integral da criança com absoluta prioridade (art. 227 da CF), bem como ante o art. 195, § 5º, da CF, que dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. .

2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes.

RE 1348854 RG / SP

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.348.854 SÃO PAULO

Título do tema: Constitucionalidade da extensão da licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, ao pai solteiro servidor público, em face dos princípios da isonomia (art. 5º, I, CF), da legalidade (art. 37, caput, CF), e da proteção integral da criança com absoluta prioridade (art. 227 da CF), bem como ante o art. 195, § 5º, da CF, que dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

MANIFESTAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator):

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Vol. 5, fl. 72).

Na origem, MARCO ANTONIO ALVES RIBEIRO ajuizou ação com pedido de tutela antecipada em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e da União Federal, com o objetivo de obter o benefício de salário maternidade pelo prazo de 180 dias, previsto no artigo 207 da Lei 8.112/1990, na qualidade de pai solteiro de crianças gêmeas geradas através de procedimento de fertilização *in vitro* e utilização de ‘barriga de aluguel’.

Narra que é servidor público federal e que exerce a função de perito médico juntamente ao INSS, e que seus filhos, um casal, nasceram em 31/8/2014, de parto prematuro e por meio de processo de fertilização *in vitro*, realizado em 13/2/2014.

Aduz que a mãe deu à luz aos bebês no Hospital ‘Umass’, no Estado de Massachusetts (EUA), e que eles terão dupla nacionalidade e serão registrados unicamente em nome do autor. Acresce que o retorno ao

RE 1348854 RG / SP

Brasil dos recém-nascidos com o autor ocorreu após o período de adaptação.

Anota que requereu, em 6/8/2014, perante a Chefia de Recursos Humanos do INSS, licença análoga à maternidade, com base na Lei 12.873/2013, contudo, o pleito foi indeferido por falta de previsão no artigo 7º, inciso XVIII, CF c/c artigo 207, da Lei 8.112/190.

Destaca que não há no ordenamento jurídico brasileiro, nas hipóteses de inseminação artificial, a permissão para que o pai usufrua da licença maternidade. Todavia, defende que, como a Lei 12.873/2013 admite que os pais adotivos usufruam desse direito, por analogia, essa previsão deve ser estendida ao seu caso, tendo em vista que o objetivo do benefício é assegurar proteção integral aos recém-nascidos e possibilitar uma melhor adaptação do pai à nova situação familiar.

A tutela antecipada foi concedida.

O juízo singular julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, relativamente à União Federal, por ilegitimidade passiva para a causa, ao argumento de não ter sido formulado pleito indenizatório voltado à União Federal pela ausência de legislação especial que regule a situação do autor, mas formulou-se apenas requerimento de concessão do benefício de salário maternidade, por analogia, o que se insere no âmbito de competência exclusiva do INSS.

No mérito, ratificou a tutela antecipatória para convalidar os atos praticados pelo INSS, que concedera a licença maternidade, bem como o benefício de salário maternidade, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data do registro de nascimento das crianças na embaixada brasileira nos Estados Unidos. Julgou procedente o pedido para reconhecer ao autor o direito ao benefício da licença maternidade, aos fundamentos de que, apesar de o pedido administrativo de concessão do benefício ter sido indeferido, sob o alegação de ausência de previsão

RE 1348854 RG / SP

legal, nos termos do artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, bem como do art. 207 do Lei 8.112/1990, no caso dos autos, a situação do autor se assemelha ao falecimento da mãe, uma vez que as crianças serão cuidadas exclusivamente pelo pai, em país distante.

O Juízo assinalou que, haja vista ter a licença maternidade os objetivos de proteção da criança, garantia do convívio do recém-nascido com o seu genitor nos primeiros estágios da vida em família, e o fortalecimento dos vínculos afetivos, essas finalidades não se alteram mesmo em caso de adoção ou produção independente de filhos, até porque esta liberalidade é concedida aos pais ou às avós, no caso de falecimento da mãe no parto.

Ressaltou a consonância desse entendimento com a Lei 12.873/2013, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para inserir a possibilidade de concessão de licença maternidade pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias ao empregado adotante ou que obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Concluiu, assim, que, não obstante a inexistência de legislação regulamentando a hipótese específica de genitor monoparental e a sua possibilidade de afastamento do trabalho, impõe-se reconhecer, por analogia à Lei 12.873/2013, o direito à concessão de salário maternidade e de licença maternidade em casos como na hipótese dos autos (Vol. 5, fls. 16-23).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com esteio nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente, manteve a sentença para ratificar o direito do autor ao benefício pleiteado. O acórdão recebeu a seguinte ementa (Vol. 5, fl. 72):

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO DE EXTENSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE AO PAI SOLTEIRO CUJA PROLE FOI CONCEBIDA POR MEIO DE TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.

RE 1348854 RG / SP

- A inexistência de disposições legais expressas não impede que o magistrado supra lacunas por meio da analogia.

2 - Tendência do direito moderno de proteger as variadas formas de famílias e os interesses das crianças e adolescentes. Princípios com sede constitucional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Estatuto da Primeira Infância.

3 - Ao pai solteiro, cuja prole foi concebida por meio de técnicas modernas de fertilização *in vitro* e gestação por substituição, deve ser estendido o direito ao salário-maternidade.

4 - A presença do genitor na primeira infância é essencial ao desenvolvimento do recém-nascido. Negar a este o direito da presença de seu pai neste crucial momento da vida é violar o princípio da isonomia material, tendo em vista que outras crianças, concebidas pelos meios naturais, têm-no.

5 - A finalidade dos institutos das licenças parentais é privilegiar o desenvolvimento do infante, tendo prevalecente vez extrapatrimonial.

6 - A jurisprudência caminha no sentido de favorecer os interesses da família e da criança ao interpretar a aplicação, na prática, dos referidos institutos. Precedentes.

7 - Atendimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia material e da vedação à proteção deficiente.

8 - Apelação improvida.”

Opostos Embargos de Declaração pelo agora recorrido (Vol. 5, fl. 74), foram acolhidos para majorar a condenação em honorários advocatícios em 1% (um por cento) (Vol. 5, fl. 101).

No RE (Vol. 5, fl. 81), interposto com amparo no art. 102, III, a, da Constituição Federal, o INSS aponta violação aos artigos 5º, I; 7º, XVIII; 37; 195, § 5º; 226, § 8º; 227, § 6º; e 229, da Constituição Federal.

Alega, em síntese, que o texto constitucional é claro ao dispor que a licença é dada à mulher gestante, tendo em vista suas características

RE 1348854 RG / SP

físicas que a vincula ao bebê de modo diferenciado do vínculo com o pai, concluindo que embora seja verdade que a licença maternidade seja um benefício do filho, não se pode negar as diferenças biológicas que distinguem o pai da mãe, como por exemplo a amamentação (Vol. 5, fl. 84).

Aponta que a concessão do benefício sem a correspondente fonte de custeio viola o artigo 195, § 5º, da CF/1988.

Assevera, ainda, que a não concessão de licença paternidade por igual período ao concedido à mãe não implica em falta de assistência aos filhos, pois o pai tem direito a licença paternidade pelo período estabelecido em lei (5 dias) (Vol. 5, fl. 85).

Ao sustentar a repercussão geral da questão constitucional, estes são os argumentos da parte relativos ao caso concreto (Vol. 5, fl. 83):

“Cumprir destacar que a análise da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do §2º, do artigo 1.035, do novo Código de Processo Civil.

Conforme o §1º do mesmo artigo, haverá repercussão geral quando houver questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapasse os interesses subjetivos da causa.

Apesar da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, é possível observar como parâmetro para aferição da repercussão geral o binômio relevância/transcendência.

Nos termos da legislação, a relevância deve ser econômica, política, social ou jurídica.

Tais conceitos devem ser analisados à luz da ordem jurídica em que estão inseridos.

Nessa linha de ideias, a concessão de licença paternidade de 180 dias ao pai solteiro traz grande prejuízo ao erário e a Administração Pública como um todo.

RE 1348854 RG / SP

Assim, resta evidente que atendido o requisito da repercussão geral.

Por outro lado, o requisito da transcendência exige que a questão, por mais relevante que seja, ultrapasse os interesses subjetivos da causa. É o que se dá no caso dos autos.

Portanto, a decisão judicial recorrida atinge a esfera jurídica de toda a Administração pública ao condenar o INSS a conceder licença paternidade de 180 dias ao pai solteiro.

Nesse contexto, resta evidenciado o preenchimento do requisito da repercussão geral.”

É o relatório.

No caso, trata-se de demanda em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, na qual o autor, pai solteiro de um casal de crianças geradas através de procedimento de fertilização *in vitro* e utilização de ‘barriga de aluguel’, pleiteia o benefício de salário maternidade pelo prazo de 180 dias, por analogia à Lei 12.873/2013, que alterou a CLT, para inserir a possibilidade de concessão de licença pelo prazo de 120 dias ao empregado adotante ou que obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Eis os fundamentos do acórdão recorrido para assegurar ao autor o benefício do salário maternidade (Vol. 5, fls. 64-71):

“Entendo, nesse caso, ser de rigor a manutenção da sentença.

É inquestionável e incontroversa a ausência, na espécie, de previsão legal específica para concessão do benefício do salário maternidade ao pai solteiro, que faz gerar sua prole por meio de tecnologia biomédica (no caso, fertilização *in vitro* e gestação por substituição).

Todavia, é certo que, diante das lacunas do direito, ao magistrado é dado julgar por analogia, conforme se depreende

RE 1348854 RG / SP

do art. 4º da LINDB:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Por certo, é tema moderno e de alta relevância a preocupação dos tribunais e do legislador com a proteção das diversas formas de família que se apresentam na sociedade.

Essa preocupação não escapa às questões previdenciárias, conforme se vê de recentes alterações legislativas, como a que introduziu no ordenamento a licença-adotante.

Como cerne basilar que orienta essas novas tendências estão, sem dúvida, os princípios da proteção à família e do melhor interesse da criança e do adolescente, ambos construções modernas, com fundamentos constitucionais bem consolidados.

Ora, na espécie, é inequívoco que a sentença a quo trouxe a solução que mais atende aos multicitados princípios.

Há cada vez mais fartas evidências científicas de que a presença e o contato físico e emocional dos pais com seus filhos na primeira infância é fundamental para o desenvolvimento da criança (v.g. matéria divulgada na publicação *Scientific American* a respeito: *How Important Is Physical Contact with Your Infant?*, <https://www.scientificamerican.com/article/infant-touch/>).

Justamente com o intuito de proteger os interesses desses infantes, promulgou-se a Lei 13.257/16, o chamado Estatuto da Primeira Infância, que dispõe sobre os direitos das crianças de até 6 (seis) anos.

RE 1348854 RG / SP

Nos arts. 3º e 8º, caput desse diploma, pontifica-se:

Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.

(...)

Art. 8º O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação. segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Assim, se a ciência atesta que a presença perene dos pais é imprescindível ao desenvolvimento integral dos bebês, não é possível ver obediência ao art. 3º do Estatuto da Primeira Infância se se vedasse ao pai, no caso dos autos, o direito de estar junto a seu filho, no gozo de licença para esse fim.

De fato, esse deve ser o paradigma para a escorreita interpretação do instituto das licenças parentais: o melhor interesse da criança.

O direito, como se sabe, é de lenta e paulatina construção, seja sob o viés legislativo, seja sob o viés jurisprudencial. Não há como fazer ser punido aquele que, por fruir dos avanços das ciências, não conseguiu que as leis o acompanhassem a tempo.

[...]

Ora, se relevada a proibição de que os filhos nascidos por

RE 1348854 RG / SP

técnicas modernas de gestação sub-rogada, de pais solteiros, não tenham a companhia destes na primeira infância (que é a consequência de se negar a licença parental requerida na espécie), evidentemente estar-se-á violando o princípio da isonomia material, bem como o da vedação à proteção deficiente.

Ressalte-se que esta orientação está firmada na Constituição Federal, em diversas normas que expressam tais princípios.

Nesse teor, o artigo 226 dispõe que o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, portanto, também à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso; o artigo 227 assenta ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, diversos direitos, dentre os quais o da dignidade e da convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência ou discriminação, além de estabelecer, no § 8º, o princípio da isonomia entre os filhos em qualquer condição, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, devendo-se-lhes garantir os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; bem como, no artigo 229, estabelece-se o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.”

Vejamos o teor da normas que regem a demanda:

Constituição Federal:

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

RE 1348854 RG / SP

salário, com a duração de cento e vinte dias;

(...)

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Lei 8.112, de 24 de julho de 1990

Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração. (Vide Decreto nº 6.690, de 2008)

§ 1º A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.

§ 3º No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício.

RE 1348854 RG / SP

§ 4º No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado.

Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Art. 209. Para amamentar o próprio filho, até a idade de seis meses, a servidora lactante terá direito, durante a jornada de trabalho, a uma hora de descanso, que poderá ser parcelada em dois períodos de meia hora.

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (Vide Decreto nº 6.691, de 2008)

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

O recorrente, INSS, defende que a Constituição (art. 7º, XVII) conferiu à mulher gestante o direito à licença maternidade, tendo em vista as peculiaridades biológicas que as vinculam de forma especial ao bebê, particularmente no que diz respeito à amamentação, e que a não concessão desse benefício ao pai solteiro não implica ausência de assistência à criança, pois o homem tem direito à licença paternidade pelo período de 5 (cinco) dias, previsto no art. 208 da Lei 8.112/1990.

Sustenta que a extensão de licença maternidade de 180 dias para o pai afronta o princípio da legalidade, e também o artigo 195, § 5º, da CF/1988, uma vez que confere benefício sem a correspondente fonte de custeio.

Pois bem. Acerca do princípio da igualdade entre homens e mulheres, e o tratamento isonômico conferido pela Constituição Federal a

RE 1348854 RG / SP

ambos os sexos, já tive a oportunidade em diversos julgamentos nesta CORTE de me manifestar sobre o tema. Tenho entendido que as diferenças peculiares entre os gêneros justificam tratamento singularmente favorecido para a mulher, quando a desequiparação se baseia em razões lógicas.

Nessa linha, na ADI 5938, na qual fui Relator, DJe de 23/9/2019, o Tribunal Pleno declarou a inconstitucionalidade de normas que expunham as empregadas gestantes e lactantes a atividades insalubres e, ainda, atribuíam a elas o encargo de apresentar atestado de saúde, para que fossem afastadas do trabalho realizado nessas condições, durante a gestação ou a lactação.

Ao votar, sustentei que a proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

Aduzi que a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

Nessa mesma vertente, no julgamento do Tema 497 (RE 629.053-RG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tema 497, no qual fui Redator para o acórdão, DJe de 27/2/2019), reafirmou-se o direito fundamental de proteção à maternidade e à infância.

Nessa ocasião, o Plenário desta CORTE entendeu que a estabilidade

RE 1348854 RG / SP

provisória garantida constitucionalmente à mulher visa protegê-la e ao recém-nascido. Para tanto, fixou-se a seguinte tese: *A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.*

Na oportunidade, ao proferir meu voto, afirmei que, sob a ótica dos artigos 6º e 7º da CF, que proclamam importantes direitos, entre eles a proteção à maternidade - que compreende a salvaguarda da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante-, a proteção da dispensa arbitrária da gestante, caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável; quanto da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher como, por exemplo, o pleno gozo do direito a licença-maternidade mas também, efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador).

Nesse sentido, o artigo 226 da Constituição Federal é extremamente claro: “A família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A *ratio* dessa norma, a meu ver, não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido.

Vale lembrar que, no julgamento das ADI 4277, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, e ADPF 132, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 14/10/2011, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

RE 1348854 RG / SP

Na esteira dessa evolução, o legislador entendeu por bem estender a licença-maternidade para homem adotante e, também para mulher que adota. Para tanto, a Lei 12.873/2013 incluiu o art. 71-A na Lei 8.213/1991, com a seguinte redação:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)

§ 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.

A norma veio conferir maior proteção à criança e à família, valores protegidos constitucionalmente.

No direito estrangeiro, o direito a tratamento isonômico no que concerne à licença maternidade já foi reconhecido em outros países, como se colhem das transcrições abaixo:

- Na Finlândia, a licença paternidade deverá ser estendida para quase sete meses, o mesmo período concedido às mães. Governo quer adaptar política à estrutura atual de família, em favor de maior igualdade de gênero em casa e no trabalho (<https://www.dw.com/pt-br/na-finl%C3%A2ndia-licen%C3%A7a-parental-dever%C3%A1-ser-igual-para->

RE 1348854 RG / SP

pais-e-m%C3%A3es/a-52269624. Data 5/2/2020).

Estudo técnico realizado, em julho de 2019, pela Consultoria Legislativa do Senado, de autoria da Consultora Legislativa CLÁUDIA VIRGÍNIA BRITO DE MELO, denominado Proteção à maternidade e licença parental no mundo, dá conta de que, em diversos países, o período da licença parental é igual ou próximo ao da licença maternidade.

A título de exemplo, cito:

No Canadá, a empregada grávida tem direito a até dezessete semanas de licença-maternidade. A lei prevê licença parental adicional de até 63 semanas para pais biológicos ou adotivos. A licença-maternidade e a licença parental, somadas, não podem exceder 78 semanas, se forem usufruídas exclusivamente pela mãe, ou 86 semanas, se for compartilhada por ambos os pais.

Já em Cuba, a mãe empregada tem direito a uma licença-maternidade que se divide em dois períodos: um pré-natal de seis semanas, para garantir o seu descanso no período próximo ao parto; e o outro pós-natal de doze semanas, para sua recuperação e cuidado da criança. Se a gravidez for múltipla, o período pré-natal é aumentado para oito semanas. Após o término do período pós-natal da licença-maternidade, inicia-se a licença parental. Essa licença se estende até que a criança complete um ano de idade, e a mãe e o pai podem decidir quem cuidará da criança e a forma como essa responsabilidade será distribuída.

Na Dinamarca, as mães têm direito a quatro semanas de licença-maternidade antes da data prevista para o parto e quatorze semanas após o nascimento da criança: os pais têm direito a duas semanas de licença-paternidade a ser usufruída nas primeiras quatorze semanas após o parto. Além disso, cada progenitor tem direito a 32 semanas de licença parental.

RE 1348854 RG / SP

Os pais podem receber benefícios do Estado em razão do nascimento do filho, por um máximo de 52 semanas por criança. Dessas 32 semanas são reservadas para licença parental e podem ser compartilhadas entre os pais. O número total de semanas para licença parental excede o número de semanas para benefícios por licença. Isso significa que os pais podem continuar sua licença parental além do período de benefício de 32 semanas, se assim o desejarem, mas sem remuneração.

Acerca do princípio da isonomia, Ingo Wolfgang Sarlet enuncia três vertentes:

“Nessa perspectiva, mas considerando a arquitetura constitucional positiva brasileira, já delineada, é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder

Nessa perspectiva, mas considerando a arquitetura constitucional positiva brasileira, já delineada, é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder ,

RE 1348854 RG / SP

de desigualdades de natureza social, econômica e cultural. (SARLET, Ingo Wolfgang et ai. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 544.)

De outro lado, no RE 576967-RG, Tema 72, fixou-se tese no sentido que “É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade.”

Nesse precedente fiquei vencido, pois entendi, entre outros fundamentos, que o princípio da solidariedade contributiva, segundo o qual “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei”, reafirma a obrigação do empregador de contribuir para a seguridade social a fim de assegurar a necessária fonte de custeio para a previdência social.

Não se pode olvidar que a jurisprudência reiterada desta CORTE, na seara tributária, fixou-se no sentido que o Poder judiciário só atua como legislador negativo, deixando de aplicar a norma declarada ilegal ou inconstitucional, sendo-lhe vedado conferir benefícios fiscais não previstos em lei ou estendê-los aos contribuintes não contemplados pela lei existente, em face de suposta violação do princípio da isonomia.

Por exemplo, foi o que se decidiu no ARE 928139 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 5/9/2018; e RE 449233 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 10/3/2011.

Especificamente no que toca a benefício previdenciário, no Tema 1095 da repercussão geral, no qual se debateu acerca da extensão do adicional de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, destinado aos aposentados por invalidez pelo RGPS e que comprovem a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu que aquele benefício, intitulado “auxílio-acompanhante” não pode ser estendido aos demais segurados beneficiários de outra modalidades de aposentadoria, uma vez que essa

RE 1348854 RG / SP

possibilidade desrespeita os princípios da reserva legal, da distributividade e da regra de contrapartida (fonte de custeio).

A tese desse precedente foi redigida no seguinte sentido: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não sendo possível, por ora, a extensão do auxílio da grande invalidez (art. 45 da Lei n. 8.213/91) a todas às espécies de aposentadoria.”*

Na hipótese agora em exame, é de rigor que também se analise a possibilidade de extensão da licença maternidade ao pai solteiro em face do art. 195, § 5º, da CF que exige fonte de custeio para criação ou majoração de benefício ou serviço da seguridade social.

Portanto, coloca-se para exame do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a possibilidade ou não de estender o benefício de salário maternidade pelo prazo de 180 dias, previsto no artigo 207 da Lei 8.112/1990, ao pai solteiro de crianças geradas através de procedimento de fertilização *in vitro* e utilização de ‘barriga de aluguel’, ante a ausência de previsão expressa na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional de regência, e da necessidade de fonte de custeio para suportar a extensão do benefício na situação em tela.

É superlativa a relevância do tema constitucional discutido. Em jogo, definir se (I) é possível estender o benefício da licença maternidade de 180 dias ao pai solteiro ante a ausência de previsão expressa na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional de regência; e (ii) a extensão desse benefício ao homem está condicionada a indicação da correspondente fonte de custeio.

Registre-se que o PLENÁRIO desta CORTE já reconheceu a repercussão geral de temas correlatos:

Tema 452 – Tese: *É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia*

RE 1348854 RG / SP

(art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.

Tema 973 – Tese: *“É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.”*

Tema 782 – 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.”*

Tema 528 - *“Recurso Extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, I, e 7º, XXX, da Constituição Federal de 1988, a recepção, ou não, por este diploma, do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que prevê a concessão, exclusivamente para as mulheres, de intervalo de 15 minutos antes do início da jornada extraordinária.*

Tese: *“O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras.”*

Tema 542, descrito assim: *“Direito de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão demissível ad nutum, ao gozo de licença-maternidade e à estabilidade provisória”. Não julgado.*

Na presente hipótese, portanto, patente a repercussão geral.

Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem

RE 1348854 RG / SP

analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

Foi cumprida, no caso, obrigação do recorrente de apresentar, formal e motivadamente, a repercussão geral, demonstrando a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 327, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Com efeito, (a) o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e (b) a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide.

Por essas razões, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional. É como voto.