

# **Proteção à Maternidade: reflexões acerca das mais recentes controvérsias jurisprudenciais**

## **Miguel Horvath Júnior**

Mestre e Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Advocacia-Geral da União – AGU. Integrante da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).

## **Rafael Vasconcelos Porto**

Juiz Federal. Bacharel em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal). Professor de Direito Previdenciário na pós-graduação *lato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie e na graduação da PUC-MG.

**RESUMO:** A proposta do presente trabalho consiste em analisar duas controvérsias jurisprudenciais postas perante o STF relacionadas com a proteção à maternidade, a partir de uma análise teórica pautada no risco social a que destina tal cobertura.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência social; seguro social; risco social; salário-maternidade; licença-maternidade.

**ABSTRACT:** This essay seeks to analyze two jurisdictional controversies brought before the Brazilian Supreme Court related to maternity protection, starting from a theoretical analysis based on the social risk aimed by such coverage.

**KEYWORDS:** Social security; social insurance; social risk; maternity leave; maternity pay.

1 – Introito; 2 – O risco social coberto pelo salário-maternidade; 3 – À *vexata quaestio*; 4 – Conclusão.

## 1. Introdução

O mote para a elaboração do presente ensaio, como o próprio título já permite deduzir, decorre da erupção recente de duas relevantes controvérsias jurisprudenciais envolvendo dimensões da proteção à maternidade.

Chamamos a atenção, à partida, para a possibilidade de identificar, no contexto de tais julgados, a aplicação do princípio da solidariedade enquanto pilar do sistema de proteção social<sup>1</sup>. Com efeito,

Através do princípio da solidariedade social, o Estado, utilizando vários instrumentos, distribui os efeitos econômicos das contingências entre o maior número de pessoas, com o que se efetiva o dever inescusável de prestação mútua diante da adversidade (...) Assim, conclui-se que todo e qualquer sistema de seguridade social funda-se no princípio da solidariedade. A solidariedade social tem como limite a própria sociedade, que a delimita com o princípio da universalidade.<sup>2</sup>

A primeira controvérsia foi exposta por decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada no bojo de medida cautelar na ADI n. 6327. Nos termos do extrato do julgamento, “O Tribunal, por maioria, preliminarmente, conheceu da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, no mérito, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, referendou a liminar deferida a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), e assim assentar a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade<sup>3</sup> a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n.º 3.048/99, nos termos do voto do Relator”. Em suma, o Plenário, no dia 03/04/2020 (em julgamento virtual, em vista da suspensão das atividades

---

<sup>1</sup> Miguel Horvath Júnior se ocupa de tal questão em sua tese de doutorado, à qual remetemos o leitor interessado num aprofundamento: Salário-Maternidade. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 24-25.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> A “licença-maternidade”, tecnicamente falando, é um instituto de natureza trabalhista, consistindo no afastamento do trabalho. O benefício previdenciário correspondente é o “salário-maternidade”. No presente texto, contudo, optamos por usar ocasionalmente o primeiro termo para designar o segundo quando queremos dar relevo ao afastamento em si, já que há um melhor encaixe em termos de nomenclatura.

presenciais em decorrência da pandemia da Covid-19), referendou decisão monocrática dantes prolatada pelo relator, Min. Edson Fachin.

A segunda querela também se encontra em litígio perante o STF, no bojo do RExt n. 1.211.446, com repercussão geral já reconhecida. A situação específica em contenda consiste em casal homoafetivo composto por duas mulheres, sendo que uma delas gestou uma criança, fecundada por inseminação artificial heteróloga do óvulo da consorte (que é parte na ação). A gestante/parturiente não obteve salário-maternidade por não estar filiada a nenhum regime previdenciário, sendo que a outra consorte, segurada de regime próprio, pretende a obtenção do benefício, sob o argumento de ser [também] mãe e, por conseguinte, preencher os requisitos legais para a obtenção da prestação. Salientamos, desde logo, que pretendemos efetuar uma análise mais ampla da situação envolvendo o nascimento no seio de sociedade conjugal homoafetiva composta por duas mulheres, não nos restringindo apenas aos dados do caso concreto.

Como se pode notar, são situações intrincadas, cujo desenlace não pode ser devidamente equacionado a partir do manejo meramente consultivo à legislação vigente. Com efeito, há de se perquirir além, revolvendo os fundamentos básicos da proteção social, missão a qual nos incumbimos de aqui empreender.

Destarte, abriremos os trabalhos em busca de uma sedimentação teórica que nos permita, a seguir, desenvolver - já de posse das ferramentas necessárias - as duas situações que descrevemos acima. Cabe, assim, questionar a natureza (é dizer, a feição) da proteção social que é veiculada por meio do salário-maternidade, com seus contornos e desdobramentos, o que permitirá o encadeamento do raciocínio subsequente. Vamos a isso.

## **2. O risco social coberto pelo salário-maternidade**

### **2.1. Alguns aportes prévios**

A primeira questão de caráter prejudicial que se coloca é a concepção que o intérprete possui acerca da natureza da previdência social. Segundo Miguel Horvath Júnior,

A discussão sobre a denominação “risco social” ou “contingência social” está relacionada à evolução dos sistemas de proteção social a partir da criação do modelo denominado seguro social, introduzido pelo chanceler alemão Otto Von Bismarck, em 1883, com a edição da lei de 15 de junho de 1883, que organizou o seguro-doença, adaptando alguns conceitos próprios do seguro privado ao seu modelo. Com a introdução de outros eventos no sistema protetivo e com a evolução do conceito de seguro social, a expressão “risco social” começou a sofrer críticas e passou-se a cunhar a expressão “contingências sociais”.

A análise etimológica dos termos contingências e riscos sociais não ajuda sua melhor compreensão.

A expressão “contingência social” surge para acentuar a separação entre a técnica do seguro social e a do seguro privado. A expressão apareceu em um estudo da OIT denominado “La seguridad social: estudio internacional”, foi publicado em Genebra em 1950. A Convenção n.º 102 da OIT, de 1952, relativa à norma mínima de seguridade social, utiliza a expressão “contingências cobertas”. (...)

Até hoje, a utilização da expressão “contingências sociais” não é unânime. A doutrina espanhola continua utilizando a expressão riscos sociais. Para doutrinadores como Antonio Vázquez Vialard, Eduardo Giorlandini e Mário L. Deveali, entre outros, a diferenciação entre risco e contingência decorre da análise conceitual de risco e de seus elementos configuradores.

Risco é o evento futuro, incerto e involuntário que produz um dano passível de ser avaliado economicamente. Têm-se, assim, os elementos que compõe o risco: futuridade, incerteza do seu acontecimento (quanto a sua ocorrência ou quanto ao momento de sua concretização), involuntariedade e dano. A diferença preponderante entre risco e contingência social baseia-se na ausência dos elementos voluntariedade e dano (no sentido de prejudicialidade), em alguns eventos protegidos como, por exemplo, a maternidade. Assim, contingência social vem a ser evento susceptível de produzir uma redução ou supressão da atividade do beneficiário ou de impor cargas econômicas suplementares.

A discussão sobre a expressão “risco” ou “contingência social” adquire sua verdadeira dimensão ao se analisar o tipo de sistema de proteção adotado por cada Estado (seguro social clássico ou seguro social progressivo).

A nota característica do seguro social clássico é a adaptação do esquema jurídico do seguro privado ao campo sócio-laboral. Neste modelo, para que haja a reparação do risco social ocorrido, exige-se a existência de uma prévia relação jurídica de proteção; trabalhando-se este modelo com os conceitos adaptados do seguro privado, a saber: risco (possibilidade), evento (acontecimento) e dano (conseqüência). No sistema de proteção denominado seguro social clássico, o risco constitui-se no objeto da relação jurídica previdenciária. Este sistema funda-se no trinômio risco – acontecimento – dano, sendo risco o evento futuro, incerto e involuntário capaz de produzir um dano avaliado economicamente. A sua principal característica é a onerosidade. (...)

No seguro social clássico, o sistema protetivo é contributivo e a entrega da prestação previdenciária funciona como elemento eliminador do dano causado pelo evento protegido. Havendo uma correlação entre os valores de contribuição e o valor das prestações (*individual equity*). O dano não implica necessariamente a indesejabilidade das conseqüências do evento, podendo traduzir-se no sentido da produção de um desequilíbrio econômico desfavorável, ou seja, evento danoso sob o ponto de vista do lucro cessante.

A evolução da técnica de seguro social com a implantação do sistema de seguridade social implicou em verdadeira revolução nas sociedades que o implantaram, já que precisaram se adaptar à nova realidade sócio-econômica-demográfica no período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial, fazendo surgir o conceito do seguro social progressivo, fundado no binômio acontecimento-conseqüência, aplicando as técnicas de proteção social como instrumento de eliminação das necessidades sociais.

O seguro social progressivo não exige a existência anterior de relação jurídica para a proteção dos acontecimentos previstos em lei como geradores de necessidade social, bastando a comprovação da existência do dano e da situação de necessidade social para fazer nascer a relação jurídica de seguro social. Assim, não importa o tempo da ocorrência do acontecimento, mas sim a conseqüência danosa e a situação de necessidade social para fazer nascer a relação de proteção.

Os Estados que adotam o conceito do seguro social progressivo atuam como agentes eliminadores das necessidades sociais previamente selecionadas pelo legislador, e, para a entrega da prestação previdenciária, verificam apenas se o evento protegido ocorreu e se, em decorrência de sua realização, o indivíduo se encontra em estado de necessidade. Estes Estados implantaram um modelo de

proteção social não contributivo, cujas prestações são custeadas em todos os níveis de ação pelas receitas tributárias em geral (sistema adotado pela Nova Zelândia). Nos Estados que continuam adotando o conceito de seguro social clássico, vigora o modelo de proteção previdenciária contributivo, exigindo uma prévia relação jurídica como condição sine qua non para a entrega da proteção previdenciária. O art. 201 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ao instituir o caráter contributivo do regime geral de previdência social, consagra a adoção do modelo de seguro social clássico. Assim, para a entrega da prestação previdenciária, há necessidade da ocorrência do trinômio risco, acontecimento, dano. É necessária a previsão da proteção objetiva prevista em lei (previsão do evento) e a comprovação da ocorrência do evento gerador da necessidade social.<sup>4</sup>

Destarte, a previdência social, no direito positivo brasileiro, tem natureza de seguro social, destinado à cobertura de riscos previamente ajustados. Tal é o pressuposto teórico que afiançará a empreitada que aqui prosperaremos. De fato, cabe alertar desde logo ao leitor que tal é o marco que dita a composição da seiva regente de nossa costura argumentativa. Iremos nos limitar, aqui, à sua exposição sintética, nos estritos limites necessários à sua compreensão; *c'est-à-dire*, não iremos nos estender a justificar nossa adesão<sup>5</sup>.

Pois bem, os elementos do seguro são: prêmio, risco, sinistro e indenização. Tem-se, em primeiro lugar, um pagamento (prêmio), que gera uma cobertura a riscos determinados; se e quando ocorrido o sinistro, ou seja, materializado o risco, passa-se a uma segunda fase, que consiste no pagamento da indenização. No âmbito do seguro social, o prêmio corresponde, *mutatis mutandis*, à contribuição social (especialmente a devida pelo próprio segurado) e a indenização é o benefício, ou seja, é paga em caráter continuativo.

A previdência social visa, em suma, atender a situação de necessidade econômica gerada pela eclosão de um risco social. Os riscos previstos, parte deles inclusive na própria Constituição, são: morte, reclusão, idade avançada, incapacidade temporária ou permanente, maternidade, exposição prolongada a atividade prejudicial à saúde ou integridade física (ou, como dissemos alhures<sup>6</sup>, “degradação física acentuada” ou “envelhecimento precoce”) e desemprego involuntário. Como se pode notar, o risco social que a previdência cobre é, genericamente falando, o do “não trabalho” e o sinistro é alguma situação que gere, ainda que virtualmente, a impossibilidade de trabalhar.

---

<sup>4</sup> *Op. cit.*, 2004, p. 24-25.

<sup>5</sup> Para maiores detalhes, vide o artigo: PORTO, Rafael Vasconcelos. *Teoria Geral do Risco Social*. Revista Brasileira de Previdência, v. 1, p. 118-157, 2018.

<sup>6</sup> PORTO, Rafael Vasconcelos. *Manual de Direito Previdenciário*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

Com efeito, Feijó Coimbra, citado por Balera e Fernandes, aduz que é "sempre da inexistência ou da insuficiência de renda que se cogita, quando a lei estabelece o direito à prestação previdenciária, e com ela sempre se pretende substituir uma renda que se perdeu e seria necessária para fazer face a um estado de necessidade"<sup>7</sup>. Seriam, assim, "riscos sociais", pois geram, potencialmente, necessidades sociais, em virtude da ausência ou diminuição, temporária ou definitiva, da renda, para o próprio segurado ou seus dependentes.

Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior anotam que "O termo *risco social* é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos normalmente não podem ser atendidas pelo indivíduo. Na terminologia do seguro, chamam-se tais eventos de '*riscos*' e por dizerem respeito ao próprio funcionamento da sociedade, denominam-se '*riscos sociais*'"<sup>8</sup>.

Nilson Martins Lopes Júnior, citando Cesarino Júnior, aduz que "Há na vida humana acontecimentos independentes da vontade do homem, aleatórios, chamados *riscos*. Estes podem ser *biológicos*, isto é, relativos às modificações do estado de saúde e da conseqüente capacidade para o trabalho, ou da supressão da vida, ou *econômico-sociais*, isto é, os eventos impeditores da aquisição pelo hipossuficiente de meios para sua subsistência, decorrentes da atual organização econômica da sociedade. Os primeiros se referem à doença, à invalidez, à velhice, à morte, aos acidentes de trabalho e à maternidade; e os últimos são os relativos ao desemprego. A realização dos riscos, denominada *sinistro*, produz duas conseqüências danosas: I – o *dano emergente*, isto é, o prejuízo resultante da realização do risco e que pode ser de ordem física, psicofísica ou econômica e II – o *lucro cessante*, vale dizer, a perda ou diminuição do salário pela incapacidade ou impossibilidade de trabalhar."<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D'Avila. *Fundamentos da Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>8</sup> *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 31. Silvio Marques Garcia, por sua vez, anota que "A expressão risco social é passível de críticas, como anota Daniel Machado da Rocha. Dentre elas, o fato de a previdência social cobrir também eventos desejados, a exemplo da maternidade (...). Entretanto, o termo risco advém do direito dos seguros privados e, qualificado de social, indica as situações em que o cidadão não tem condições de auferir rendimentos do seu trabalho, sujeitas, portanto, à proteção social." (*Aposentadoria por idade do trabalhador rural*. Franca: Lemos e Cruz, 2015, p. 86).

<sup>9</sup> LOPES JÚNIOR, Nilson Martins. *A Proteção Social do Trabalhador Rural*. 2006. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2006, p. 06.

Ao correlacionarmos os riscos descritos pelo legislador constituinte com a cobertura prevista, percebemos que: a incapacidade é coberta pelos benefícios de auxílio-doença (temporária, para a atividade habitual), auxílio-acidente (parcial e permanente) e aposentadoria por invalidez (omniprofissional e permanente); o desemprego involuntário é coberto pelo seguro-desemprego<sup>10</sup>; a maternidade, pelo salário-maternidade; a idade avançada<sup>11</sup>, pela aposentadoria programada; a morte, pela pensão por morte; a reclusão, pelo auxílio-reclusão; a exposição prolongada a atividade prejudicial à saúde ou integridade física, pela aposentadoria especial.

Há variadas possibilidades de abordagem e de classificação dos benefícios. Partindo-se da ideia de “seguro”, cabe adotar a clássica diferenciação, dicotômica, que fala em benefícios programados e não-programados. Os programados seriam aqueles que dependem de um longo aporte de contribuições (ou de anos de trabalho) e cujo sinistro é previsível. É o caso, no direito brasileiro, das aposentadorias por idade, contribuição e especial. Já os não-programados são aqueles cujo sinistro é, ao menos em larga escala, imprevisível, não dependendo de um vínculo de filiação muito duradouro (pode haver – ou não - exigência de períodos relativamente curtos de carência) para que haja o direito à concessão, embora o tempo de contribuição possa influenciar no valor do benefício. São de tal classe as prestações por incapacidade (auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez), o salário-maternidade, o auxílio-reclusão e a pensão por morte. O salário-família está fora de tal classificação, tendo em vista que possui uma natureza não relacionada à cobertura do risco “não-trabalho”, ostentando um caráter mais assistencialista.

Outra classificação, também relevante, leva em conta a origem do sinistro: patológica (doença, acidente); biológica (maternidade, velhice, morte); ou econômica (desemprego). A reclusão não se enquadraria propriamente em tal classificação, enquanto o envelhecimento precoce teria uma origem mista, patológico-biológica.

Passemos, a seguir, à análise específica do salário-maternidade, especificamente quanto ao elemento “risco”.

## 2.2. O risco “maternidade”

---

<sup>10</sup> Tal benefício, na prática, foi colocado pelo legislador infraconstitucional fora do âmbito do RGPS, não sendo pago/administrado pelo INSS, mas diretamente pela União, e não se encontra regulado pela Lei n. 8.213/91 (neste sentido, dispõe o §1º do art. 9º dessa lei).

<sup>11</sup> É possível classificar a idade avançada (ou “velhice”, conforme alguma legislação estrangeira, inclusive a nossa pretérita), como fazem alguns, como incapacidade presumida (senilidade), sendo cabível vislumbrar também, por outro lado, mas aí já vinculando a certo tempo de contribuição, a recompensa pelos anos de atividade produtiva (ancianidade). Há quem veja também na aposentadoria especial a incapacidade presumida.

O salário-maternidade é benefício previdenciário devido à segurada, que, como já dito, tem como alvo de cobertura o risco “maternidade”. Cabe, agora, descrever que tipo de risco exatamente é este.

Convém abordar, em primeiro plano, a maternidade natural, que foi o escopo originário que fez, historicamente, surgir a cobertura, a qual veio a ser posteriormente estendida – no caso do direito brasileiro hodierno, com equivalência – também à maternidade adotiva<sup>12</sup>.

Tal risco, assim considerado, possui, a nosso sentir, duas dimensões: por um lado, mira a proteção da parturiente (e potencial lactante), especialmente nas primeiras semanas pós-parto, a possibilitar a recuperação gradativa de suas forças (um período dito, popularmente, de “resguardo”); por outro lado, tem como enfoque a proteção do recém-nascido (e potencial lactante), é dizer, o cuidado com a reprodução da espécie em condições satisfatórias<sup>13</sup>.

Em suma, quanto à mãe, naquelas primeiras semanas, a contingência determinante é mesmo a incapacidade física [presumida] para o trabalho<sup>14</sup>; já no período complementar, a contingência é especialmente a proteção da espécie humana em idade tenra, possibilitando a destinação de um dos genitores (no Brasil, exclusivamente a mãe, no caso de filho natural) ao cuidado do bebê, a fim de permitir um desenvolvimento inicial seguro, do ponto de vista tanto físico quanto psicológico.

---

<sup>12</sup> Neste sentido, Maravillas Espín Sáez descreve que “*el núcleo y origen de la protección es la maternidad, concebida en primera instancia como hecho biológico que atañe a la mujer que, como consecuencia del parto, se ve en la situación de necesidad de recibir asistencia sanitaria para garantizar y restablecer su estado de salud y que, además, deja de prestar servicios y de percibir unos ingresos para atender el cuidado propio y al del menor o menores recién nacidos. Junto a esta concepción original de la maternidad, el legislador recoge el cambio en la noción social de la misma al reconocer la adopción y el acogimiento, (...) como situaciones que igualmente dan lugar a periodos de descanso suspensivos previstos con la finalidad de garantizar la atención y cuidado del menor adoptado o acogido.*” (In AZAÑA, Maria Yolanda Sánchez-Úrán (Coord.). **Derecho de la Seguridad Social**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 163).

<sup>13</sup> Destacamos, no entanto, que a criança, do ponto de vista jurídico, é alcançada apenas colateralmente pela proteção, não sendo titular do direito.

<sup>14</sup> Sáez considera que “*la maternidad no es una enfermedad sino un hecho, no solo biológico, que nada tiene de patológico; muy al contrario, posee entidad propia, dada la protección de la salud de la madre, del hijo y su vínculo afectivo, lo que justifica un tratamiento jurídico específico. No obstante, y a pesar del claro deslinde entre unas perspectivas y otra, se conservan similitudes en sus respectivas dinámicas.*” (Op. cit., p. 162). Em sentido semelhante, Borgetto e Lafore descrevem que “*La survenance de la grossesse ainsi que de l'accouchement pose aux assurances sociales des problèmes très voisins de ceux posés par la maladie: nécessité de prise en charge des frais médicaux et paramédicaux; pour la femme salariée, besoin d'un revenu de remplacement pendant la période de congé. Toutefois, si l'assurance maternité se distingue de l'assurance maladie, c'est qu'il n'y a pas ici transposition pure et simple des règles en vigueur pour cette dernière; tout d'abord, l'assurance-maternité revêt une certaine originalité; ensuite, ses prestations sont plus favorables que celles de l'assurance maladie.*” (BORGETTO, Michel; LAFORE, Robert. **Droit de la Sécurité Sociale**. 19<sup>a</sup> Ed. Paris: Dalloz, 2019. (E-book)).



Com efeito, o entendimento prevalecente na doutrina, inclusive estrangeira<sup>15</sup>, é de que há, no salário-maternidade, um período inicial com o caráter próprio de “licença”, a permitir a convalescença de quem deu à luz. Por tal razão, em países nos quais se admite o compartilhamento do salário-maternidade entre os pais (ostentando o benefício aí um caráter de “licença-parental”), o período inicial (em geral, de seis semanas) seria exclusivo da mãe-parturiente, não podendo ser transferido para o pai (o que daí sobeja poderia ser por este fruído). Trata-se, enfim, de um período exclusivo, para descanso. Há, nessa linha, um interessante julgado do Tribunal de Justiça da União Europeia, caso “Betriu Montull” (processo n. C-5/12), cuja síntese apresentaremos aqui, tendo em vista oferecer uma visão panorâmica bastante didática sobre o tema:

Em resumo, o Sr. M. Betriu Montull teve um filho com a senhora Macarena Ollé, em Espanha. Betriu Montull é trabalhador por conta de outrem, inscrito no regime geral da segurança social, que faz parte do sistema público de segurança social espanhol. Macarena Ollé é “*Procuradora de los Tribunales*” (mandatária judicial), profissão exercida a título independente, consistente em representar os clientes num processo judicial nos casos em que a lei o exige. À data dos fatos do litígio no processo principal, um “*Procurador de los Tribunales*” podia optar por estar inscrito no “*Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*”, integrado no sistema público da segurança social, ou na “*Mutualidad General de los Procuradores*”, regime de previdência profissional alheio ao sistema público de segurança social. O regime especial dos trabalhadores autônomos previa uma licença de maternidade, o que não sucedia com a mutualidade geral dos mandatários judiciais, que apenas previa um subsídio. M. Ollé tinha optado pela inscrição nessa mutualidade. Após o nascimento do filho, o Sr. Betriu Montull requereu o subsídio de maternidade previsto no artigo 133º-A da Lei geral da segurança social, que se destina a compensar a perda de rendimentos salariais do progenitor causada pela suspensão do seu contrato de trabalho no quadro da licença de maternidade, com uma duração de dezesseis semanas. O pedido de Betriu Montull visava o período de dez semanas subseqüentes às seis semanas de descanso obrigatório que a mãe deve gozar imediatamente após o parto, previsto no artigo 48º, n.º 4, do estatuto dos trabalhadores.

---

<sup>15</sup> Neste sentido, Sáez aduz que “*Nos adentramos en un grupo de prestaciones que tienen en común el ánimo de protección de tres intereses que confluyen: el interés del menor, muy especialmente la protección del nasciturus y del recién nacido; el interés de la madre, en particular, de su salud y de su estabilidad económica durante el tiempo que no presta servicios y, finalmente, un interés universal, cual es la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.*” (*Op. cit.*, p. 161). Quanto a esta última dimensão, contudo, parece-nos mais adequado vislumbrar aí um interesse comum da humanidade na reprodução da espécie em condições dignas, razão pela qual deve ser oferecido o suporte adequado para quem tem, por natureza, a incumbência de se submeter à gestação, ao parto e aos primeiros cuidados (envolvam ou não lactância). Hodiernamente, com o mundo ostentando superpopulação, a extinção afigura-se uma realidade distante, mas a fertilidade é indispensável à sobrevivência de qualquer espécie, razão pela qual há de se oferecer os meios a quem desempenha tão nobre missão.

A autoridade espanhola negou a Betriu Montull a atribuição desse subsídio de maternidade, dado que o direito à licença é um direito da mãe quando está inscrita num regime público de segurança social, e que, no caso de maternidade biológica, o pai não dispõe de um direito próprio, autónomo e independente do direito da mãe, mas apenas de um direito necessariamente derivado daquele. Neste caso, uma vez que não está inscrita em nenhum regime público de segurança social, M. Ollé não é titular do direito originário à licença de maternidade. Há previsão de um período de descanso obrigatório de seis semanas para a mãe após o parto<sup>16</sup>, período durante o qual o pai não pode gozar a licença de maternidade, sendo que esta diferença de tratamento entre o pai e a mãe se justifica pela proteção da mãe em virtude do parto<sup>17</sup>. No que se refere ao período de dez semanas subsequentes, o direito do pai é concebido como sendo derivado do direito da mãe. A este respeito, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, este período de dez semanas deve ser entendido como uma licença parental e uma medida de conciliação da vida familiar e profissional, dado que o fato biológico da gravidez e do parto, que diz exclusivamente respeito à mulher, está coberto pelo período de descanso obrigatório da mãe. Por este motivo, a licença em causa deve poder ser gozada indistintamente pela mãe e pelo pai. Diversamente, em caso de adoção, permite-se ao pai e à mãe distribuírem como entenderem o período de licença subsequente ao parto, não sendo tal direito originário da mãe. Assim, em caso de adoção, o pai trabalhador por conta de outrem inscrito num regime público de segurança social pode gozar a licença de maternidade na sua totalidade e receber o correspondente subsídio, mesmo que a mãe não seja trabalhadora por conta de outrem inscrita num regime público de segurança social, enquanto, no caso de parto, o pai biológico trabalhador por conta de outrem não pode gozar nenhuma licença quando a mãe da criança não esteja inscrita num regime público de segurança social.

---

<sup>16</sup> É interessante anotar que esse período inicial de seis semanas é visto como um período de recomposição (convalescência) para a mãe. Em sentido semelhante, a clássica Constituição Mexicana de 1917 (art. 123, V).

<sup>17</sup> O artigo 8º, n. 1, da Diretiva 92/85 da União Europeia enuncia que os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que as trabalhadoras beneficiem de uma licença de maternidade de, pelo menos, catorze semanas consecutivas, a gozar antes e/ou depois do parto, em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais. Por conseguinte, a licença de maternidade aí prevista não pode ser retirada à mãe contra a vontade desta para ser atribuída, em parte ou totalmente, ao pai da criança. A mãe pode, contudo, voluntariamente renunciar, com exceção das duas semanas de licença de maternidade obrigatória, previstas no n. 2 daquele artigo (v. acórdão Boyle *et alii.*). Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o direito a uma licença de maternidade reconhecido às trabalhadoras grávidas deve ser considerado um meio de proteção de direito social que reveste uma importância particular. O legislador da União considerou, assim, que as alterações essenciais nas condições de existência das interessadas durante o período limitado de, pelo menos, catorze semanas que precede e se segue ao parto constituíam um motivo legítimo de suspender o exercício da sua atividade profissional, sem que a legitimidade desse motivo possa ser posta em causa, de qualquer maneira, pelas autoridades públicas ou pelos empregadores (v. acórdão de 20 de setembro de 2007, Kiiski, C-116/06, Colet., p. I-7643, n.º 49). Com efeito, a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante encontra-se numa situação específica de vulnerabilidade que necessita que lhe seja concedido o direito a uma licença de maternidade, mas que, especialmente durante esta licença, não pode ser equiparada à de um homem nem à de uma mulher que beneficie de uma licença por doença (acórdão de 27 de outubro de 1998, Boyle *et alii.*, C-411/96, Colet., p. I-6401, n.º 40). Essa licença de maternidade de que beneficia a trabalhadora destina-se a assegurar, por um lado, a proteção da condição biológica da mulher durante e após a sua gravidez e, por outro, a proteção das relações especiais entre a mulher e o seu filho durante o período subsequente à gravidez e ao parto, evitando que essas relações sejam perturbadas pela acumulação de encargos resultantes do exercício simultâneo de uma atividade profissional (v., designadamente, acórdãos de 12 de julho de 1984, Hofmann, 184/83, Recueil, p. 3047, n.º 25, e Kiiski, já referido, n.º 46).

Na decisão, o TJUE assinalou que o Estatuto dos Trabalhadores espanhol prevê a suspensão do contrato de trabalho da mãe durante dezesseis semanas consecutivas, sendo esse período de suspensão distribuído ao critério da interessada, desde que sejam obrigatoriamente gozadas seis semanas imediatamente após o parto. Saliou que a legislação da UE não se opõe a que o pai não possa gozar da licença no caso de a mãe da criança exercer uma profissão independente, isto é, não ser trabalhadora por conta de outrem, e tiver optado por não estar inscrita num regime público de segurança social que lhe assegure tal licença. Com efeito, essa situação não está abrangida pela Diretiva 92/85, a qual visa apenas as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes cuja atividade profissional é exercida sob a direção de uma entidade patronal. Se a mãe da criança, enquanto trabalhadora independente não inscrita num regime público de segurança social, não é titular de um direito originário à licença-maternidade, por conseguinte não dispõe de nenhum direito a tal licença que pudesse ceder ao pai dessa criança.

Convém, aproveitando o ensejo, examinarmos brevemente a legislação espanhola sobre o salário-maternidade – que esteve em debate no julgado do TJUE, acima relatado -, uma vez que ela nos fornece subsídios importantes para a argumentação ulterior que estamos a urdir.

O direito previdenciário espanhol, em seu regime geral, oferece cinco benefícios diferentes relacionados ao risco “maternidade” em sentido lato. São eles: a “*prestación por maternidad*”, equivalente ao nosso salário-maternidade, que protege o risco “maternidade” em sentido estrito; a “*prestación por paternidad*”, destinada ao outro progenitor (que deve ser, ele próprio, segurado da previdência e cumprir um período de carência), com duração de quatro semanas ininterruptas; a “*protección por riesgo durante el embarazo*”, que consiste numa proteção oferecida no caso de incompatibilidade entre a gravidez e o desenvolvimento do trabalho<sup>18</sup>; “*el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*”, que consiste em algo próximo a um “auxílio-doença parental” (benefício inexistente em nosso RGPS), implementado através da conjugação de redução na jornada de trabalho (em pelo

---

<sup>18</sup> Como explica Sáez, “Entre las medidas posibles se prevé, en primer término, la adaptación del puesto de trabajo o de la tarea realizada por la trabajadora que no impliquen cambio de horario ni de trabajo. En segundo lugar, si aquella primera medida no fuera posible, la norma establece la alternativa de cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora o de asignarle una función diferente, que sean compatibles con su estado. Si no son factibles ninguna de estas medidas, cabe la posibilidad de suspender su contrato de trabajo. Esta suspensión es la situación protegida que dará lugar al derecho de percibir una prestación social que sustituya las rentas o ingresos que deje de percibir durante dicho periodo. (...) habrá que aplicar reglas similares a las aplicables a la incapacidad temporal por contingencias profesionales. (...) La prestación económica prevista consiste en la percepción de un subsidio que equivaldrá al 100% de la base reguladora [salário-de-benefício].” (Op. cit., p. 163). Trata-se, como se pode perceber, de um instituto misto, laboral-previdenciário.

menos 50%) e uma prestação previdenciária compensatória proporcional, situação que pode ser usufruída por qualquer um dos progenitores.

É esta a ampla estrutura espanhola de proteção à maternidade em sentido lato<sup>19</sup>. Interessa-nos de perto, porém, apenas a “*prestación por maternidad*”, a qual, portanto, descreveremos com maior vagar.

Em primeiro lugar, a percepção do benefício desencadeia a suspensão da relação laboral durante o período em gozo. O tempo total de duração do benefício é de 16 (dezesseis) semanas. O período poderá ser repartido entre os genitores, para percepção sucessiva ou simultânea, salvo – no caso de maternidade natural - as seis primeiras semanas, que são exclusivas da mãe.

Com efeito, explica Sáez que “*En la maternidad biológica se ve comprometida la salud de la mujer y el interés del nasciturus o del recién nacido. Ello justifica la atribución de un descanso distribuido en dos periodos: el primero, de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, contemplado para la recuperación de la salud de la madre; el segundo, de diez semanas adicionales. Este segundo periodo podrá disfrutarse, a voluntad de la madre, titular del derecho, antes del parto o después del parto. El primer periodo solo puede ser disfrutado por la madre, con la única excepción de su fallecimiento, en cuyo caso este período podrá ser disfrutado por el otro progenitor. (...) Respecto al segundo periodo, en el caso en que la madre y el otro progenitor trabajen, la madre podrá optar, con anterioridad al inicio del descanso por maternidad, por asignar la totalidad o una parte del mismo a la pareja. Este tiempo podrá ser disfrutado de forma sucesiva o simultánea con la madre (...). En estas previsiones se observa una atención muy clara al fomento de la corresponsabilidad (...).*”<sup>20</sup>.

No caso de adoção, o período de percepção do benefício também será de 16 (dezesseis) semanas, com correspondente suspensão da relação laboral, o qual poderá ser livremente distribuído, na integralidade, entre os adotantes, caso ambos trabalhem. Do mesmo modo, é concedido apenas um interstício, o qual pode ser compartilhado entre os adotantes para percepção sucessiva ou simultânea.

Vejamos agora, em síntese bastante apertada, como o benefício é regulado no direito brasileiro.

---

<sup>19</sup> Há, ademais, um desdobramento da “*prestación por maternidad*”, que consiste no pagamento de uma prestação mais módica (em valor e duração) à segurada que desatenda ao requisito da carência, embora atenda aos demais.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 163-164.

Trata-se de benefício devido à segurada, que exige como requisitos a qualidade de segurada e, eventualmente, carência<sup>21</sup>. O benefício tem duração, a princípio, de 120 dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste. A Lei n. 11.770/2008 passou a permitir que a empresa estenda a duração do benefício à sua [segurada]-empregada para 180 dias (nesse caso, receberá incentivos fiscais)<sup>22</sup>. Se a segurada falecer antes de cessar o benefício, o tempo restante passa ao consorte (em tal caso, o benefício é pago diretamente pelo INSS), salvo morte ou abandono do bebê ou se o novo beneficiário não se afastar do trabalho. Em caso de aborto não-criminoso, a segurada terá direito a salário-maternidade de duas semanas.

Para as seguradas empregada e trabalhadora avulsa, a renda mensal inicial (RMI) é equivalente ao salário que percebia (pode, inclusive, superar o teto do INSS, mas não o teto do funcionalismo público), sendo que, para a empregada, é pago diretamente pelo empregador (salvo se microempreendedor individual, quando é pago pelo INSS). Para a empregada doméstica, é igual ao último salário-de-contribuição. Para a segurada especial que contribui facultativamente, será correspondente a 1/12 do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual. Para as demais seguradas, consistirá em 1/12 da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> A carência é dispensada para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. Será exigida a quantia de 10 (dez) contribuições mensais para as seguradas facultativa, contribuinte individual e segurada especial. Em caso de parto antecipado, o período de carência será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado. Quanto aos benefícios ditos “não-programados”, o cômputo da carência deve observar contribuições sequenciais de modo que entre todas [e cada uma d]elas não tenha havido a perda da qualidade de segurado. Com efeito, perdida a qualidade de segurado, cai também a carência que já houvera sido cumprida. Caso a carência tenha sido integralmente cumprida outrora e tenha posteriormente havido perda da qualidade de segurado, dispõe o art. 27-A da Lei n. 8.213/91 que “o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos” para a concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, salário-maternidade e auxílio-reclusão. Tal regra é chamada pela doutrina e jurisprudência de “resgate da carência” ou “carência de reingresso”.

<sup>22</sup> demais, dispõe o Decreto n. 3.048/99 que “em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, por meio de atestado médico específico submetido à avaliação medico-pericial.” (§3º do art. 93, com redação dada pelo Decreto n. 10.410/20).

<sup>23</sup> Destacamos aqui duas recentíssimas alterações, efetivadas pelo Decreto n. 10.410/20, no Decreto Regulamentador da Previdência Social (RPS, decreto n. 3.048/99). Em primeiro lugar, a inserção do art. 100-B, para determinar que o salário-maternidade devido à empregada intermitente será pago diretamente pela Previdência Social, desde que os salários de contribuição tenham sido pagos com valor igual ou superiores ao mínimo legal. Nesta situação o valor da contribuição previdenciária será deduzido da renda mensal do benefício. Em segundo lugar, a introdução do art.100-C, dispondo que o salário-maternidade devido à empregada com jornada parcial cujo salário de contribuição seja inferior ao o seu limite mínimo mensal será pago diretamente pela previdência social e o valor da contribuição previdenciária deverá ser deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198.

O(a) segurado(a) que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança também faz jus ao salário-maternidade pelo período de 120 dias, desde que se afaste do trabalho. Neste caso, o benefício é pago diretamente pelo INSS. Pelo mesmo processo de adoção, não poderão duas pessoas receber o salário-maternidade, nem mesmo por regimes diversos.

Para fechar o presente tópico, ser-nos-á pertinente abordar também o tratamento destinado pelo direito francês ao risco “maternidade”.

Dois benefícios se articulam na proteção de tal risco, tomado em sentido amplo<sup>24</sup>: a “*assurance maternité*”, o congênere do nosso salário-maternidade<sup>25</sup>; a “*congé de paternité et d'accueil de l'enfant*”, que pode ser traduzido como licença-paternidade.

A “*congé de paternité*” tem duração, em regra, de 11 (onze) dias, e pode ser usufruída pelo pai da criança ou, alternativamente, pelo(a) consorte – seja cônjuge, companheiro ou companheira - da mãe da criança<sup>26</sup>.

Quanto à “*assurance maternité*”, ela é, no caso de maternidade biológica, destinada, em primeiro plano, à mãe. Caso, contudo, esta venha a falecer no curso da percepção, o período restante poderá ser transferido ao outro progenitor<sup>27</sup>. A duração é, em regra, de 16 (dezesesseis semanas)<sup>28</sup>. Com efeito, no caso de

---

<sup>24</sup> Há, contudo, sob a rubrica da “*assurance maladie*” uma prestação em moldes similares àquela que descrevemos no direito espanhol, de natureza híbrida (trabalhista/previdenciária), consistente na readaptação da trabalhadora grávida (ou, no caso francês, também a puérpera), caso o trabalho que desempenhe seja incompatível com tal condição, ou, na impossibilidade de readaptá-la, no afastamento com percepção de um subsídio. Com efeito, descrevem Borgetto e Lafore que “*Le Code du travail (art. L. 1225-9 et 12) prévoit que l'employeur doit proposer un poste de travail adapté à une femme enceinte ou qui vient d'accoucher. En cas d'impossibilité, la femme est dispensée de travailler et perçoit les IJ de l'assurance maladie appelées 'allocations journalières de maternité (CSS, art. L. 333-1 s., art. R. 313-3) complétées dans les conditions prévues par l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 annexé à la loi du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle hormis les dispositions relatives à l'ancienneté.*” (op. cit.).

<sup>25</sup> No direito previdenciário francês, contudo, além das “*prestations en espèces*” – benefícios -, há também as “*prestations en nature (soins)*” – que consistem, como o próprio nome diz, em prestação *in natura*, englobando, em síntese, medicamentos, exames laboratoriais e tratamento médico, cobertura extensível aos dependentes. No caso da maternidade, são devidos a partir do quarto mês antecedente à data prevista para o parto e até 12 dias após este. No período descrito, há, em síntese, uma cobertura total dos custos médicos relacionados com a gravidez.

<sup>26</sup> Art. L-331-6, §4º, do *Code de la Sécurité Sociale*: “*Lorsque le père de l'enfant ne demande pas à bénéficier de l'indemnité, le droit à indemnisation est accordé au conjoint de la mère ou à la personne liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle.*”

<sup>27</sup> Borgetto e Lafore aduzem que “*Les prestations en espèces, destinées à compenser la perte d'un salaire, supposent cette perte, par hypothèse: le problème ne se pose donc que pour la travailleuse elle-même assurée sociale contrainte de suspendre son activité professionnelle. On doit noter que la LFSS pour 2015 a innové à cet égard en prévoyant qu'en cas de décès de la mère durant la période d'indemnisation, le père bénéficie de l'indemnité journalière pour la durée restant à courir.*” (op. cit.).

<sup>28</sup> Quanto aos requisitos para a concessão, descrevem Borgetto e Lafore que “[*les conditions sont relatives à l'emploi et aux cotisations: aussi bien pour les prestations en nature que pour les prestations en espèces, ce sont les mêmes conditions que pour l'assurance maladie, appréciées au début du 9e mois avant la date présumée de*

nascimento do primeiro ou do segundo filho, tal será a duração<sup>29</sup>. No caso de nascimento do terceiro filho em diante, será de 26 (vinte e seis) semanas. No caso de nascimentos múltiplos (gêmeos), também será ampliado<sup>30</sup>.

Sendo de 16 (dezesesseis) semanas, serão usufruídas 6 (seis) semanas antes da data prevista para o parto (licença pré-natal<sup>31</sup>) e 10 (dez) semanas após este (licença pós-natal).

Caso a criança fique hospitalizada por mais de seis semanas, a licença-maternidade poderá ser suspensa, voltando a ser usufruída após a alta hospitalar. Com efeito, assim, dispõe o §1º do art. L-331-5 do *Code de la Sécurité Sociale*: “*Dans le cas où l'enfant est resté hospitalisé jusqu'à l'expiration de la sixième semaine suivant l'accouchement, l'assurée peut demander le report, à la date de la fin de l'hospitalisation de l'enfant, de tout ou partie de la période d'indemnisation à laquelle elle peut encore prétendre en application de l'article L. 331-3 ou L. 331-4*”.

No caso de adoção ou guarda preparatória para adoção, um dos adotantes, desde que se afaste do trabalho, fará jus ao benefício pelo mesmo intervalo da licença pós-natal da maternidade natural.

Está aí o que tínhamos para delinear acerca dos contornos do risco “maternidade”, com contributos de direito comparado, antes de ingressarmos nas controvérsias jurisprudenciais que pretendemos aqui destrinchar.

### 3. À *vexata quaestio*

A primeira questão que pretendemos debater, como já dissemos, envolve decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo de medida cautelar na ADI n. 6327. Em síntese, decidiu o STF que no caso de internação hospitalar, pós-parto, da parturiente ou do recém-nascido, superior a duas semanas, o marco inicial da contagem do prazo de percepção do salário-maternidade será postergado para a data da alta hospitalar.

Trata-se de decisão prolatada em sede de medida cautelar, ou seja, pende ainda a análise final do mérito, razão pela qual o tema vem causando alarido na

---

*l'accouchement ou à la date du début du congé. Néanmoins, il existe une condition supplémentaire d'immatriculation pour les prestations en espèces: pour avoir droit à ces dernières, l'assurée doit être immatriculée depuis au moins 10 mois à la date présumée de l'accouchement.” (op. cit.).*

<sup>29</sup> A segurada pode optar por um período menor, o qual, porém, deve ser de no mínimo oito semanas. Neste sentido, Borgetto e Lafore descrevem que “*Destinées à compenser la perte de salaire pendant le congé de maternité, ces prestations ne sont évidemment dues qu'à la salariée assurée sociale qui subit cette perte: le problème ne se pose pas pour les ayants droit. Un arrêt de travail minimal de 8 semaines est imposé à l'intéressée (CSS, art. L. 331-3 et C. trav., art. L. 1225-29).*” (op. cit.).

<sup>30</sup> Para melhor compreensão do benefício, vide arts. L-331-3 a L-331-7 do *Code de la Sécurité Sociale*.

<sup>31</sup> No caso de nascimento prematuro, o tempo de antecipação poderá ser usufruído na licença pós-natal.

doutrina desde então. De nossa parte, pretendemos prestar aqui alguma contribuição para o deslinde da controvérsia, que ainda está posta, segundo nos parece, em termos assimilativos.

Ademais, algumas questões decorrentes da interpretação a decisão judicial seguem em aberto. Com efeito, o STF não deixou totalmente claro, por exemplo, qual a cobertura devida durante o período de internação.

São esta e outras questões que pretendemos aqui debater.

Quanto à segunda controvérsia – que, como já dito, se encontra em litígio perante o STF, no bojo do RExt n. 1.211.446, com repercussão geral já reconhecida -, ela envolve um parto biológico de uma criança por uma mulher envolvida em relacionamento homoafetivo, sendo que a consorte não-parturiente solicitou a concessão do salário-maternidade, por alegadamente preencher, na condição de “mãe”, os requisitos necessários à sua concessão. Não obstante o suposto preenchimento dos requisitos, a situação suscita dúvidas diversas, pelo fato de um mesmo nascimento gerar duas potenciais beneficiárias. É este, em resumo, o outro imbróglio judicial que pretendemos aqui destrinchar.

### 3.1. Proteção à maternidade na internação hospitalar pós-parto prolongada

Como já informamos, temos, quanto à alteração suscitada, decisão proferida pelo Plenário do STF em sede de medida cautelar. Com efeito, o relator, Min. Fachin, deferiu liminarmente a tutela antecipatória pleiteada, a qual veio a ser depois referendada pelo Órgão Pleno. Calha, portanto, examinarmos aqui alguns aspectos materiais, especialmente, e processuais daquela decisão.

A primeira questão a se observar é que, como já dissemos, a decisão não deixa totalmente claro qual é a cobertura devida durante o período de internação. Com efeito, o *decisum* afigura-se obscuro quanto ao ponto, embora pareça ser no sentido de que o próprio benefício de salário-maternidade continua em andamento durante todo o período de internação, porém o prazo de 120 (cento e vinte) dias corre apenas a partir da alta hospitalar<sup>32</sup>. Não obstante, tal obscuridade já tem gerado percalços

---

<sup>32</sup> De fato, o extrato da decisão do Plenário diz o seguinte: “(...) e assim assentar a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas (...).” Já a decisão monocrática do Relator consigna que permite-se “nesses casos a prorrogação do benefício e, assim, a contagem do termo inicial do período de 120 dias a partir da alta hospitalar da criança ou de sua mãe, o que ocorrer por último.” Esta última parece um pouco mais indicativa no sentido de apontar na direção que cogitamos, mas ainda assim seria útil um esclarecimento a conferir certeza, o que mesmo a leitura do restante da decisão não nos permitiu alcançar.



para as instâncias inferiores, tendo em vista que ninguém ainda sabe ao certo como proceder. O manejo de Embargos de Declaração por alguma das partes seria, portanto, profícuo, considerando especialmente que a parte autora refere “afronta à isonomia material entre (...) celetistas e servidoras públicas, as quais podem usufruir de licença para tratamento de pessoa da família, sem que o período lhes seja subtraído da licença-maternidade” e suscita “migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação”, como descreve a própria decisão do Relator.

Pois bem ultrapassada tal ressalva, vamos à descrição dos principais ingredientes da decisão monocrática do Relator, o que será útil para apresentar os pontos que pretendemos debater em seguida - dentre eles, inclusive, aquele que acabamos de ventilar.

A decisão, à abertura da fundamentação, recebe a ADI proposta como ADPF, tendo em vista considerar que estão a ser impugnados dispositivos legais anteriores ao advento da CRFB de 1988; a seguir, discorre sobre o conceito de “preceito fundamental”<sup>33</sup>, para então reconhecer sua presença *in casu*<sup>34</sup>; finalmente, passa a reconhecer o comparecimento dos requisitos para a concessão da liminar monocraticamente (*ad referendum* do Órgão Pleno), o que, afinal, se projeta ao mérito, necessitando análise neste contexto.

No curso do relatório, o julgador chama a atenção para os seguintes argumentos apresentados pela parte autora para o reconhecimento da inconstitucionalidade: “prejuízo ao vínculo afetivo e à convivência entre mãe e criança” e “ao aleitamento materno”; “afronta a isonomia material entre mães com filhos prematuros e nascidos a termo, visto que estas terão convívio maior do que aquelas, bem como entre celetistas e servidoras públicas, as quais podem usufruir de licença para tratamento de pessoa da família, sem que o período lhes seja subtraído da licença-maternidade”; “viola o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF) e a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX,CF)”.

Já na fundamentação, apresenta os seguintes argumentos: “proteção deficiente das crianças prematuras (e de suas mães), que, embora demandem mais

---

<sup>33</sup> Não é aqui o lugar para ingressarmos em debate tão intrincado, contudo cabe observar que a jurisprudência do STF efetivamente ainda não logrou êxito em encontrar uma conceituação segura para a locução.

<sup>34</sup> Em especial, “o reconhecimento da qualidade de preceito fundamental derivada dos dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais fundamentais (art. 6º), e a absoluta prioridade dos direitos da crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227)”.

atenção mesmo ao terem alta, tem esse período encurtado, uma vez que o período em que permanecem no hospital é descontado do período da licença”; “não há previsão de extensão [da licença-maternidade] no caso de necessidade de internações mais longas, como ocorrem especialmente com crianças nascidas prematuramente, antes das 37 semanas de gestação”; alterações legislativas recentes destacam “preocupações concernentes à alta hospitalar responsável, ao estado puerperal, à amamentação, ao desenvolvimento infantil, à criação de vínculos afetivos, evidencia a proteção qualificada da primeira infância e, em especial, do período gestacional e pós-natal”; “a importância do período gestacional e neonatal no desenvolvimento da criança”, sendo que, segundo “teoria do apego, de John Bowlby, a construção do vínculo no primeiro ano de vida tem importância determinante para o seu desenvolvimento saudável”; “a doutrina da proteção integral deve ser (...) compreendida na sua máxima efetividade, assim como o direito da criança à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda a forma de negligência, e o dever constitucional de que percentual de recursos da saúde seja destinado à assistência materno-infantil”.

Descreve que “em termos legislativos, o direito à licença-maternidade evoluiu de um direito de proteção ao ingresso das mulheres no mercado de trabalho, para um direito materno-infantil, de proteção às crianças (v. Lei n. 8.069/90, art. 8º) e do direito à convivência destas com suas mães (e pais) e vice-versa, passando a alcançar as adoções e incrementando, ao longo do tempo, o número de dias de afastamento remunerado”.

Tece considerações acerca da legitimidade do controle judicial de políticas públicas, aduzindo que “entre a autocontenção e a discricionariedade/ativismo judicial existe uma margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais. Essa margem ganha especial relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que, como se sabe, exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. Nestes casos, a efetividade dos direitos sociais não só não afasta, como depende da atuação jurisdicional até mesmo para enriquecer a deliberação pública”.

Salienta que adere à tese de que “a omissão parcial comporta duas espécies: a chamada omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. Nesta, o legislador atua de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe cabia (...). Naquela, a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele

deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação à isonomia, deixando o ato impugnado de prever o alcance do dispositivo a outras categorias”. Conclui o ponto considerando que “Subsiste, por ora, omissão legislativa quanto à proteção das mães e crianças internadas após o parto, a qual não encontra critério discriminatório racional e constitucional. Essa omissão pode ser conformada judicialmente”.

Afasta a vedação constante no §5º do art. 195 da CRFB, quanto à inexistência de prévia fonte de custeio para a criação, majoração ou extensão do benefício, por considerar que o custeio já existente é suficiente.

Conclui no sentido de que “São essas premissas que devem orientar a interpretação do art. 7º, XVIII, da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores à ‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.’ Logo, os cento e vinte dias devem ser considerados com vistas a efetivar a convivência familiar, fundada especialmente na unidade do binômio materno-infantil”.

Ao final, concede a liminar, aduzindo que “a partir do art. 6º e do art. 227 da CF, vê-se que há, sim, uma omissão inconstitucional relativa nos dispositivos impugnados, uma vez que as crianças ou suas mães que são internadas após o parto são desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial”.

Cabe ainda destacar, à parte, os seguintes parágrafos da decisão:

O período de internação neonatal guarda as angústias e limitações inerentes ao ambiente hospitalar e à fragilidade das crianças. Ainda que possam eventualmente amamentar e em alguns momentos acolher nos braços seus filhos, é a equipe multidisciplinar que lhes atende, de modo que é na ida para casa que os bebês efetivamente demandarão o cuidado e atenção integral de seus pais, e especialmente da mãe, que vivencia também um momento sensível como é naturalmente, e em alguns casos agravado, o período puerperal. Não é por isso incomum que a família de bebês prematuros comemore duas datas de aniversário: a data do parto e a data da alta. A própria idade é corrigida. A alta é, então, o momento aguardado e celebrado e é esta data, afinal, que inaugura o período abrangido pela proteção constitucional à maternidade, à infância e à convivência familiar. É este, enfim, o âmbito de proteção.

Há uma unidade a ser protegida: mãe e filho. Não se trata apenas do direito do genitor à licença, e sim do direito do recém-nascido, no cumprimento do dever da família e do Estado de ter assegurado com ‘absoluta prioridade’ o seu ‘direito à vida, à saúde, à alimentação’, ‘à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar’, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência.’ (art. 227). Esse direito, no caso, confere-lhe, neste período sensível de cuidados ininterruptos (qualificados pela prematuridade), o direito à convivência materna.

Pois bem, ao ler cuidadosamente tal decisão, não podemos deixar de nos recordar da crítica feita por Streck, ao analisar decisão da Turma Recursal de Santa Catarina, que, em virtude de nascimento de gêmeos, concedeu também ao pai, servidor público, licença pós-parto de 180 dias: “Há coisas que são difíceis de discutir. Ninguém é contra coisas fofas. Dúcteis. Você é contra a tese de que os pais tenham

tempo a cuidar de seus filhos? Quem seria contra? (...) Sem qualquer previsão legal ou constitucional, o judiciário fez uma coisa da moda: ativismo. Decisão behaviorista. Fabricou direito novo. Como se legislador fosse, só que sem previsão orçamentária. *Welfare state* a golpe de caneta. Fê-lo, é claro, porque concedeu o direito que deverá ser pago pelo erário, como se este fosse uma ilha autossustentável. (...) em nome da 'interpretação mais justa'. Com certeza a Turma Recursal (...) tem um justômetro. (...) quem decide o quanto queremos pagar pelos direitos de todos? (...) Decisão não pode ser invenção. Decisão não pode ser escolha discricionária. Nem arbitrária.”<sup>35</sup>

Com efeito, é sempre difícil criticar decisões de tal viés, pois os críticos sempre serão acusados de falta de compaixão, empatia etc.. A decisão em estudo é garbosa, diríamos que até mesmo romântica, como bem ilustram especialmente os dois parágrafos transcritos na íntegra. Ademais, generosa, benévola, humanitária. Todos os argumentos levantados pelo julgador são bastante convincentes do ponto de vista político, de *lege ferenda*, ainda que possam ser refutados, também no debate democrático, à luz de argumentos econômico-orçamentários. De todo modo, trata-se – a decisão - de um manifesto político encorpado, substancioso.

Do ponto de vista jurídico, contudo, ela não escapa, parece-nos, da pecha de “voluntarista” – tipicamente, diríamos -, tendo em vista que os fundamentos jurídicos centrais hasteados longe estão de sustentar uma tutela que tem uma pretensão deveras audaciosa, consistente em invadir o papel do legislador eleito, de se sobrepor aos Poderes popularmente respaldados<sup>36</sup>. Melhor dizendo, não há propriamente fundamentos jurídicos centrais que mereçam tal classificação, senão apenas um mecanismo retórico – franzino, cabe anotar - de converter argumentos secundários em fulcrais, para fugir ao dever de enfrentar o ônus argumentativo que tutela de tal envergadura deveria requerer<sup>37</sup>.

Como se pode observar, a decisão é toda sustentada por razões excessivamente genéricas, despidas de direcionamento específico. Onde está

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?: com o dinheiro da Viúva é sempre fácil proferir decisões fofas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca> (acesso em 14/06/2020).

<sup>36</sup> No ponto, o fato de haver projeto de lei em tramitação para dispor acerca da temática, como suscitado no julgado, não deveria estimular o Judiciário a avançar, senão a se retrair e aguardar o desfecho do consenso democrático.

<sup>37</sup> Efetivamente, causa espanto que uma decisão que se propõe a se imiscuir no papel de legislador positivo, ao reconhecer uma suposta omissão inconstitucional, se limite a arrolar platitudes sem densidade minimamente suficiente a sustentar tamanha ousadia. De fato, não se trata de jurisdição comum, ordinária, senão do ponto mais avançado, da linha mais estirada, da trincheira mais avançada do relacionamento entre a jurisdição constitucional e os poderes eleitos para a função de legislar.

mesmo o dispositivo constitucional contrariado? Onde é que a CRFB obriga à concessão de um período mais alargado de licença-maternidade no caso de internação da parturiente ou do recém-nascido no período pós-natal? Ao contrário, a CRFB garante 120 dias de licença à gestante<sup>38</sup>. E só.

Será que o princípio da isonomia possui, por si só, o condão de determinar a inconstitucionalidade de uma legislação que não reservou um tratamento diferenciado ao caso? As situações nunca são plenamente iguais. O legislador precisa tratar especificamente de todas as diferenças existentes? A [suposta] desigualdade, no caso, surge em virtude de um acontecimento fático fortuito, natural, não atribuível a falhas sistêmicas da sociedade ou do sistema de saúde<sup>39</sup>. É um infortúnio, mas a Previdência não é responsável por cobrir todos os infortúnios, senão apenas aqueles previstos no cardápio ajustado, segundo conformação pensada pelo legislador. A nosso sentir, trata-se de uma opção que está ao alvedrio do legislador. Sim, ele pode validamente decidir por conferir especial proteção àquela (ou a outras) situação – tal como fez, em parte, o legislador francês, segundo vimos (mas sem a extensão pretendida pelo STF) – ou entender que não é o caso – como faz o legislador espanhol e, de resto, de tantos outros países, muitos deles signatários dos diplomas internacionais suscitados pela decisão.

Trata-se, enfim, de uma questão de definir prioridades, o que está a cargo – insistimos – do legislador. Inevitavelmente, teremos situações que ficarão fora do alcance da proteção projetada pelo orçamento aprovado pelo legislador, especialmente em países periféricos como o Brasil. Neste sentido, o Judiciário só deveria intervir em situações extremas, em contextos de grave omissão<sup>40</sup>. Ora,

---

<sup>38</sup> Frise-se “gestante”. Os termos linguísticos e seu sentido consensual não podem ser simplesmente ignorados. A extensão de tratamento isonômico ao adotante de criança de qualquer idade – suscitada pela decisão em exame – foi já uma deliberação despida de suporte constitucional. Se o legislador depois cedeu, não significa anuência, senão inevitável conformismo e respeito à CRFB (no que tange aos efeitos da jurisdição constitucional).

<sup>39</sup> A criança pode ter alta hospitalar e depois sofrer um infortúnio que a conduza de volta à internação e aí também a mãe não disporá do mesmo tempo daquelas que não sofreram com nenhum infortúnio para usufruir em casa com seu bebê. E aí?

<sup>40</sup> Como já anotamos alhures, “segundo nos quer parecer – a doutrina – ao menos aquela com a qual temos travado contato - também não tem laborado com o zelo científico necessário à preservação das bases jurídicas de nossa disciplina em solo seguro e, conseqüentemente, fértil. Com efeito, são deveras comuns as confusões conceituais, a falta de sistematização, a ausência de rigor metodológico e coerência terminológica, gerando, enfim, um repertório argumentativo pobre e, ademais, anacrônico. Isto tem como resultado – é sua herança inexorável – as soluções jurisdicionais tomadas de improviso (e afogadilho), gestadas a partir de princípios obscuros, utilizados – especialmente o da dignidade da pessoa humana – como verdadeira panaceia [no caso analisado, o “devido processo legal substantivo” e a “proteção do mercado de trabalho da mulher” fazem as vezes]. A consequência final é o desgaste: político, por um lado, visto o constante desacato das opções tomadas (legitimamente, em grande parte) pelos Poderes eleitos, sem fundamentação robusta que o justifique; jurídico, por outro lado, quando

estamos falando aqui de um tipo de proteção que sequer existe em muitos países desenvolvidos<sup>41</sup>! Não temos nenhuma dúvida: mais uma vez o Judiciário se arvora na condição de legislador para criar direito que ele considera, discricionariamente, ser adequado. Omissão inconstitucional não há.

O afastamento do óbice consignado no §5º do art. 195 da CRFB - quanto à inexistência de prévia fonte de custeio para a criação, majoração ou extensão do benefício – também não pode deixar de ser criticado. Ora, se o custeio já existente é suficiente para referendar esta ampliação, cabe entender então que ele é também bastante para toda e qualquer criação, majoração ou extensão de benefício. A pergunta que fica é: porque então existe o dispositivo? Quando é mesmo que se exigirá, como dispõe a CRFB, a “correspondente fonte de custeio total”? Tal entendimento, ao fim e ao cabo, torna tal dispositivo letra morta e a Constituição, por óbvio, não pode ter palavras inúteis<sup>42</sup>.

Em suma, estender indefinidamente o salário-maternidade durante o período de internação – se é mesmo isso o que o STF pretende -, por “canetada” judicial, nos parece absurdamente despropositado. Então, quais seriam, a nosso sentir, as soluções juridicamente viáveis?

Em primeiro lugar, é preciso destacar que o período inicial de seis semanas é destinado também à recuperação da mãe – como delineamos anteriormente, nos termos de consenso que abarca países como México, Espanha, França e o próprio

---

contrastado - aquele resultado – com o alcançado em outros ramos do Direito, o que serve para demonstrar, no mínimo, o pauperismo intelectual do setor. Enfim, urge que a doutrina setorial tome compostura, resgate a sobriedade, para, assim, retomar, com altivez, o compromisso social subjacente, para que, então, possa exigir o adimplemento deste pela contraparte. Com efeito, na toada em que hoje se caminha, ultrapassando-se os lindes, esgarçando-se as amarras, em tensionamento constante e inflexível, o resultado não poderá ser outro que não o de fornecer o substrato faltante ao consenso necessário ao sepultamento definitivo daquele ajuste. É preciso, assim, recuperar a confiança perdida, ingrediente vital à sutura das lacerações que foram sendo abertas ao longo do tempo.” (PORTO, Rafael Vasconcelos. *O Direito Fundamental à Segurança Social na Era da Precarização*. Projeto de Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa. *Mimeo*).

<sup>41</sup> Cabe chamar a atenção também para o seguinte argumento: “a doutrina da proteção integral deve ser (...) compreendida na sua máxima efetividade, assim como o direito da criança à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda a forma de negligência”. Imaginemos se fosse mesmo emprestada máxima efetividade ao direito da criança à convivência familiar, à luz da isonomia? Qual isonomia material efetivamente existe aqui, considerando as desigualdades econômicas e sociais? O quanto uma criança numa família monoparental pobre tem de convivência familiar em comparação com uma criança rica em que um dos pais aufere o suficiente para o sustento familiar e o outro se dedica integralmente a seu cuidado? Acerca de “toda forma de negligência”, façamos um comparativo entre a vida escolar de uma criança pobre e uma rica no Brasil. E pelo menos nesta última situação, podemos reconhecer uma considerável parcela de culpa do Estado e da sociedade, ao contrário do caso em exame. O STF, *data maxima venia*, parece estar descolado da realidade. Ademais, pretender levar qualquer direito social, em seu viés prestacional, ao extremo é já um equívoco teórico e bastante grave.

<sup>42</sup> Com efeito, melhor seria dizer que aquela exigência não tem lugar em se tratando de expansão empreendida pela jurisdição constitucional, voltando-se apenas à atividade legislativa propriamente dita.

Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>43</sup> -, o que não será impedido pela internação pós-natal do bebê. É por isso mesmo que a legislação gaulesa permite o diferimento da licença-maternidade para após a alta hospitalar, mas após o desconto daquelas seis semanas. Pois bem, nem a isso o STF se atentou, o que deixa transparecer uma decisão essencialmente “intuitiva”, opinativa, tomada com base num suposto sentimento de “justiça”, sem a busca de critérios jurídicos mais robustos. Sequer mesmo as duas primeiras semanas - que o STF reconheceu como sendo um período ordinário de internação, ao reconhecer como casos graves apenas aqueles que a isto excedem – foram descontadas!

Pois bem, retomando, entendemos que qualquer solução – no caso de internação do bebê - não pode deixar de lado o desconto daquelas seis semanas, destinadas também à recuperação da parturiente, na linha do que dispõe a legislação francesa, que confere tratamento específico à situação e, portanto, pode ser tomada como um parâmetro de direito comparado. No caso de internação da parturiente, apenas o período ordinário de internação, de duas semanas, deve ser descontado, tendo em vista que, em tal caso, não haverá nem recuperação da mãe tampouco convívio efetivo com o bebê, razão pela qual o afastamento perde totalmente sua função.

Colocada tal premissa, entendemos viável – seguindo o exemplo da legislação francesa - a postergação do período restante para após a alta hospitalar, solução a qual, por si só, não gera despesas adicionais à Previdência. Com efeito, parece-nos ser uma solução perfeitamente adequada ao caso, considerando que, findo o período que será descontado em cada caso, o benefício perderia toda ou grande parte de sua função. Em suma, a transposição do tempo de licença para após a alta hospitalar manteria a salvo aquele tempo de convívio da mãe com o filho, deixando de onerar os cofres da Previdência com o pagamento indefinido do salário-maternidade durante a internação (sem que o escopo subjacente – frise-se - seja estabelecer aquela convivência).

Resta apurar, contudo, como ficaria o período entre a suspensão do curso do prazo da licença e a retomada deste, a partir da alta hospitalar.

---

<sup>43</sup> E, ademais, adequado à literatura clínica. Com efeito, é consenso medicinal ser de 42 (quarenta e dois) dias, em regra, o período do puerpério.

Pois bem, se é a parturiente quem permanece internada, entendemos que o caso será de concessão do auxílio-doença, cujos requisitos muito provavelmente restarão preenchidos<sup>44</sup>. Trata-se de uma resposta perfeitamente ajustada à dimensão do risco coberto. De fato, o salário-maternidade fica suspenso enquanto o risco ao qual ele se destina não está a ser atendido, tomando o seu lugar o auxílio-doença, com conotação subsidiária, pois presente a contingência que lhe dá ensejo. Destacamos que no remédio proposto pelo STF, o salário-maternidade seria pago sem causa devida, sem atender o risco a que se destina. Resta observar que o pagamento do auxílio-doença nesse período, além de mais ajustado do ponto de vista do risco coberto, também não gera um dispêndio financeiro desarrazoado para os cofres da Previdência, considerando que os valores envolvidos no salário-maternidade são potencialmente bem mais elevados.

Já no caso de a internação ser do bebê, vislumbramos duas possibilidades.

A primeira delas é o retorno da mãe ao trabalho enquanto aguarda a alta hospitalar do bebê – após a qual, volta a correr a licença, pelo período restante -, o que seria possível considerando já terem sido vencidas as seis semanas de “resguardo” puerperal. É a alternativa que emerge a princípio.

A outra via, por sua vez, demanda construção jurídica mais sofisticada. De fato, o afastamento remunerado da mãe em virtude de problema de saúde do bebê consistiria no denominado “auxílio-doença parental”, benefício inexistente em nosso RGPS, conquanto possamos encontrar prestações similares no direito francês<sup>45</sup> e espanhol<sup>46</sup> (dentre outros) e também em nosso RPPS.

Como já vimos, a parte autora na ADI, inclusive, suscitou a equiparação entre celetistas e servidoras públicas quanto ao ponto, com a consequente extensão da licença para tratamento de pessoa da família, direito existente no RPPS.

Pois bem, em primeiro lugar, não nos parece ser apropriado falar em isonomia no que tange à comparação entre RGPS e RPPS, pois são regimes distintos, com

---

<sup>44</sup> Cabe lembrar que há vedação à acumulação de salário-maternidade e auxílio-doença (art. 124, II, da Lei n. 8.213/91), mas o que sugerimos no caso é uma intercalação – com a suspensão do salário-maternidade – e não uma sobreposição.

<sup>45</sup> A legislação gaulesa prevê um benefício que observa tal direcionamento, denominado “*l'allocation journalière de présence parentale*”. Trata-se de uma prestação familiar que é paga ao genitor que reduz parcial ou totalmente sua jornada de trabalho para cuidar de filho acometido por doença grave, deficiência ou que tenha sofrido um acidente, que necessite do suporte de outra pessoa pela presença ou cuidados obrigatórios por pelo menos quatro meses.

<sup>46</sup> Como já vimos, o direito espanhol prevê o benefício de “*cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*”.



regras próprias - nalguns pontos mais favoráveis lá, noutros cá -, conquanto a EC n. 103/2019 os tenha aproximado bastante, embora somente quanto ao RPPS federal (até então, inclusive, o RPPS é que ficava no prejuízo no cômputo global).

Pois bem, no âmbito federal, o instituto está regulado no Estatuto dos Servidores Públicos Civis (Lei n. 8.112/90) especificamente em seu art. 83 que dispõe:

Art. 83. Poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial.

§ 1o A licença somente será deferida se a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário, na forma do disposto no inciso II do art. 44.

§ 2o A licença de que trata o caput, incluídas as prorrogações, poderá ser concedida a cada período de doze meses nas seguintes condições:

I - por até 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, mantida a remuneração do servidor; e  
II - por até 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, sem remuneração.

§ 3o O início do interstício de 12 (doze) meses será contado a partir da data do deferimento da primeira licença concedida.

§ 4o A soma das licenças remuneradas e das licenças não remuneradas, incluídas as respectivas prorrogações, concedidas em um mesmo período de 12 (doze) meses, observado o disposto no § 3o, não poderá ultrapassar os limites estabelecidos nos incisos I e II do § 2o.

Destaca-se que o benefício está limitado a “se a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário” e a 60 dias remunerados a cada doze meses. Percebe-se que a decisão do STF, portanto, foi ainda além quanto às seguradas do RGPS, pois concede o benefício remunerado sem nenhuma ressalva e por tempo indefinido. De fato, assusta-nos o fato de sequer ter recorrido a tal parâmetro.

Pois bem, o auxílio-doença parental, como dito, não está legalmente previsto no âmbito do RGPS<sup>47</sup>, tampouco encontrou, até aqui, ressonância como tese acolhida jurisprudencialmente, conquanto seja possível apontar algumas decisões esparsas, mormente de primeira instância. No presente caso, temos elementos que permitiriam uma decisão baseada na técnica do *distinguish*, é dizer, a concessão nesse caso específico – para a parturiente, quanto a bebê recém-nascido com internação hospitalar prolongada no período pós-natal - não vincularia a outorga noutras hipóteses.

---

<sup>47</sup> Há projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional (PL n. 1876/2015), para alterar a Lei n. 8.213/91 e incluir o benefício no RGPS. O projeto foi deflagrado no Senado Federal, aprovado e remetido à Câmara dos Deputados, onde ainda se encontra em discussão. O texto original previa a inserção do art. 63-A na Lei de Benefícios, com o seguinte teor: “Será concedido auxílio-doença ao segurado por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste da sua declaração de rendimentos, mediante comprovação por perícia médica, até o limite máximo de doze meses, nos termos e nos limites temporais estabelecidos em regulamento”.

Trata-se, afinal, de uma decisão à margem da legislação posta, conquanto respaldada em paralelos com a legislação do RGPS e também a comparada, o que apresenta mais robustez jurídica do que o caminho descerrado pelo STF.

### 3.2. Proteção à maternidade em parto natural no seio de sociedade conjugal composta por duas mulheres

Pois bem, no caso que será apreciado pelo STF, a situação fática carrega dois aspectos específicos que, a depender da visão do intérprete, podem assumir importância decisiva: o primeiro deles é que a inseminação artificial heteróloga foi feita usando óvulo extraído da pretendente ao benefício (ou seja, possui uma relação biológica com o bebê), embora não tenha sido a gestante<sup>48</sup>; o segundo é que a gestante/parturiente não fez jus ao benefício, por não ser filiada a nenhum regime previdenciário.

Contudo, como já antecipamos, pretendemos fazer aqui uma análise mais ampla da situação envolvendo um casal homoafetivo composto por duas mulheres em que uma delas gesta e pari um bebê, já que se trata de contexto que o Judiciário tem sido constantemente chamado a apreciar e indubitavelmente será acionado outras vezes no futuro breve, sendo conveniente, desde já, cogitar soluções possíveis. Com efeito, temos cenários em que há uma pretensão dúplice de obtenção do benefício<sup>49</sup>, em geral sem conflito aberto entre as pretendentes, contudo mesmo isto poderá vir a ter lugar.

Destarte, pretendemos ancorar nosso raciocínio em duas premissas básicas, que nos servirão como norte para qualquer análise. Partamos do suposto de que há efetiva pretensão dúplice de obtenção do benefício. Pois bem, o cerne do debate que se fará pode ser ilustrado, para um primeiro olhar, a partir de dois argumentos que se antagonizam: por um lado, a pretendente não-parturiente dispõe do argumento de que é mãe da criança nascida e, portanto, atende aos requisitos legais para obtenção do

---

<sup>48</sup> A inseminação artificial denominada “homóloga” é aquela feita com a utilização do material genético de ambos os pais. A “heteróloga”, por sua vez, envolve utilização de material genético de terceiro. Esta última pode ser unilateral (quando, tal como no caso que será julgado no STF, há utilização do material genético de um dos pais) ou bilateral (quando o material genético é integralmente alheio aos pais).

<sup>49</sup> Por exemplo, no bojo do processo n. 1038389-82.2017.8.26.0053, a 2ª Câmara de Direito Público do TJ/SP negou a servidora pública a licença-maternidade de 180 dias pelo nascimento da filha, fruto de relacionamento homoafetivo com outra funcionária pública, que gestou a criança e percebeu o benefício, sob o argumento de que não se pode conceder o benefício duplicado. Já a 3ª Vara da Justiça Federal do DF chegou a conceder dois benefícios (vide: <http://www.justificando.com/2018/07/16/justica-reconhece-direito-a-licenca-maternidade-para-casal-de-maes/>). Há relatos de outros julgados, mas mencionamos os dois acima apenas para estampar a divergência latente, que possivelmente desembocará no STF no porvir breve.

benefício; doutra parte, contudo, o direito brasileiro não prevê, em nenhum caso, o pagamento dúplice de salário-maternidade. Aí está o confronto que pretendemos, em primeiro plano, equacionar, encontrando, desde aí, as duas ferramentas que utilizaremos em qualquer hipótese.

Pois bem, não há dúvida de que a pretendente será também mãe da criança, visto ser genitora - por resultado de fecundação artificial heteróloga - do sexo feminino. É legalmente genitora desde o nascimento, inclusive, e não em decorrência de adoção, nos termos do art. 1.597, V, do Código Civil.

A questão é que há também outra mãe, que gestou a criança, com pretensão equivalente de obtenção do benefício previdenciário. E a legislação previdenciária não está ajustada a esse tipo de composição familiar - só mais recentemente reconhecida juridicamente em nosso país -, senão tem por paradigma apenas os núcleos familiares compostos por homem e mulher ou monoparentais. Há, portanto, uma lacuna legislativa no ponto, a qual clama por colmatação.

A melhor solução, ao que nos parece, é, diante de tal lacuna, adotar, por analogia, a legislação afeta aos casais heteroafetivos, *mutatis mutandis*. Nesse sentido, como já adiantamos, o direito brasileiro prevê o pagamento, em qualquer hipótese, de apenas um benefício de salário-maternidade.

De fato, no caso de filiação congênita, apenas a mãe faz jus ao benefício, podendo o pai dele usufruir somente no caso de falecimento da mãe e pelo período restante. O nosso direito previdenciário – ao contrário do francês e do espanhol, dantes examinados – não prevê o benefício de salário-paternidade no RGPS (tem-se, na legislação laboral, a licença-paternidade, instituto de natureza trabalhista).

Até mesmo no caso de adoção, a lei é expressa no sentido de que “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” (§2º do art. 71-A da Lei n. 8.213/91). Então, apenas um dos eventuais adotantes poderá usufruir do benefício, mesmo se por regimes diversos.

Em suma, cada gravidez ou adoção tem o condão de gerar um único benefício de salário-maternidade. Tal afirmação, diga-se de passagem, é também verdadeira

nas legislações alienígenas que aqui analisamos<sup>50</sup>, mesmo quando, como ocorre na Espanha, é possível distribuir entre os consortes parte da licença.

Ademais, como argumento de reforço, convém referir o princípio da isonomia, para concluir que não nos parece ser possível conferir um tratamento diferenciado, mais benéfico, à sociedade conjugal homoafetiva composta por duas mulheres comparativamente às demais formulações conjugais. É dizer, conceder dois benefícios em determinado caso rompe com a isonomia em relação aos demais.

Em conclusão, entendemos que deve ser concedido apenas um benefício. Resta, porém, saber a quem. Parece-nos que a preferência – pelo menos - deve recair na parturiente, tendo em vista as razões já acima aludidas, no sentido de que [ao menos] num período inicial (o consenso atual parece apontar para seis semanas) a proteção também se destina à sua recuperação, além de que, em relação ao bebê, teremos eventualmente lactância<sup>51</sup>.

Destarte, temos aí delineadas as nossas duas premissas prévias: entendemos que deve ser concedido, em qualquer caso, no máximo um benefício; sustentamos, ademais, que a escolha deve recair – ao menos preferencialmente – sobre a parturiente.

Resta, contudo, analisar a situação que será julgada pelo STF. No caso, a consorte parturiente não acedeu ao benefício (segundo consta, por não ser filiada a nenhum regime previdenciário e, portanto, não ostentar direito ao acesso<sup>52</sup>), então não haveria falar, na prática, em concessão dúplice. Cabe anotar que esse “não acesso” pode decorrer de ausência de direito – como se deu no caso –, mas também por opção da parturiente. Basta pensar na hipótese em que sua consorte teria acesso

---

<sup>50</sup> No direito francês, fala-se no “*principe d'unicité de l'allocataire*”, Por exemplo, em relação às “*prestations familiales*”, relatam-nos Borgetto e Lafore o seguinte: “*Cette condition de ‘charge effective et permanente’ de l'enfant au sens de l'article L. 513-1 a imposé de régler des situations où la charge de l'enfant est assumée par un seul des parents, partagée entre eux ou assumées par des tiers. C'est le cas dans le cadre de divorces ou de séparations des parents: la jurisprudence a considéré que les prestations doivent être versées à celui des parents au foyer duquel vit l'enfant; dans l'hypothèse, en croissance, d'une résidence alternée, le principe d'unicité de l'allocataire s'impose et les parents ou, à défaut, le juge doivent déterminer celui des parents qui en sera l'attributaire; enfin, dans les hypothèses de placement des enfants où allocataire et attributaire sont par principe distincts, les prestations sont servies aux seules personnes ayant la charge effective de l'enfant ‘afin de concourir à la couverture des besoins matériels et moraux de cet enfant’ (...).*” (op. cit.).

<sup>51</sup> Alternativamente, seria possível cogitar, à luz do direito comparado, a repartição do período entre as consortes, para percepção sucessiva ou simultânea, exceto aquelas seis primeiras semanas, especialmente direcionadas ao “resguardo” (recuperação, convalescença). De todo modo, deve ser posto a salvo à parturiente o gozo de tal período inicial, o que significa dizer que se a opção for por conceder o benefício integralmente a apenas uma das consortes, a escolha deve recair na parturiente.

<sup>52</sup> Saliente-se, no ponto, que, segundo consta, seria trabalhadora autônoma, ou seja, deveria estar contribuindo ao INSS na qualidade de contribuinte individual.

a um benefício de valor maior e por mais tempo; imagine-se, por exemplo, uma parturiente autônoma com salário-de-benefício de um salário-mínimo e período projetado de percepção de 120 (cento e vinte) dias e a outra consorte sendo servidora pública do alto escalão, com pretensão a benefício de valor muito maior e por 180 (cento e oitenta) dias. Destarte, o casal poderia optar por a parturiente não pleitear o benefício, abrindo espaço para a consorte tentar obtê-lo<sup>53</sup>.

Em suma, podemos ter três situações relevantes à apreciação: na primeira, a parturiente não faz jus ao benefício e sua consorte, a princípio, sim; na segunda, a parturiente faz jus ao benefício, mas não o pleiteia, enquanto sua consorte o faz; na terceira, ambas possuem a pretensão e a veiculam.

Haverá quem entenda que a primeira e a segunda situações não merecem tratamento distinto. Com efeito, para quem sustentar que deve ser vedada apenas a percepção concreta (real) de dois benefícios, a solução será simples: não obtida, por qualquer razão, a prestação pela parturiente, está desimpedido o caminho para sua consorte.

Outro entendimento possível é o de que apenas a ausência de direito à parturiente é que abre a oportunidade para a percepção do benefício por sua consorte. É a nossa posição.

Contudo, cabe aduzir argumentos relevantes para construir ainda uma terceira corrente. Com efeito, retomando o paralelo com a condição dos casais heteroafetivos, não haveria, ali, direito ao pai, no caso de nascimento, de alcançar o salário-maternidade caso a mãe, por qualquer razão, não o obtivesse. Em suma, ou a mãe o obtém ou ninguém. Já no caso de adoção, curiosamente, não se tem a mesma resposta: o pai poderia obter o benefício caso a mãe não o acesse<sup>54</sup>. A análise, assim, seria feita em tese: a mera eventual pretensão da parturiente (ainda que inefetiva na prática), que é preferencial, afastaria a de sua consorte<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Economicamente, seria já lucrativo se os 60 dias a mais de pausa remunerada da consorte não-parturiente alcançassem valor maior do que os 120 dias da licença-maternidade da parturiente.

<sup>54</sup> Contudo, tal situação inusitada não é privilégio do direito brasileiro, sendo recorrente noutras legislações, inclusive na dos dois países que aqui examinamos com mais vagar, quais sejam, Espanha e França.

<sup>55</sup> Não se pode perder de vista, porém, a dificuldade resultante do fato de que, no caso que chegou ao STF, a requerente é mãe biológica da criança, como salientamos linhas atrás. Sem sombra de dúvidas, a dificuldade adicionada por tal circunstância, para afastá-la do direito ao benefício, não é de somenos importância, a nosso sentir. De fato, como recusar o benefício a uma mãe biológica? Podemos pensar, por outro lado, que na hipótese de “barriga de aluguel”, por exemplo, ela faria jus caso estivesse num relacionamento heteroafetivo. Não é que as situações devam ser comparadas, mas é curioso pensar que ela teria acesso ao benefício caso uma terceira pessoa carregasse no ventre seu filho, mas fica afastada se quem carrega é sua própria consorte.

Mais uma “pitada de sal” (ou “de pimenta”) pode ser adicionada ao debate. Se nos recordarmos do caso “Betriu Montull”, acima relatado, veremos que lá o TJUE – que é um Tribunal reconhecidamente progressista em termos de direitos sociais, diga-se de passagem – entendeu que o direito do pai ao salário-maternidade – dentro do direito espanhol, onde é possível o compartilhamento parcial entre os genitores – seria derivado do direito da mãe, sendo que caso esta não tivesse acesso ao benefício, aquele também não poderia ter. Tem-se, aqui, mais um argumento relevante a quem queira aderir à terceira corrente<sup>56</sup>.

Enfim, trata-se de um debate marcadamente dificultoso, tendo em vista que temos parâmetros conflitantes conforme o ângulo que seja focado. Aguardemos, assim, o amadurecimento do entendimento jurisprudencial, ao que esperamos ter prestado aqui alguma contribuição.

#### 4. Conclusão

A pretensão do presente ensaio foi a de debater duas situações juridicamente intrincadas que se encontram atualmente no foco da ribalta, tendo em vista estarem em julgamento perante o STF, envolvendo o mesmo tema de fundo, qual seja, a proteção à maternidade.

Para tal, procuramos desenvolver preliminarmente o suporte técnico do qual lançaríamos mão posteriormente, na análise casuística. Um desenvolvimento que, embora sucinto, pretendeu ser abrangente do ponto de vista de suas bases de

---

<sup>56</sup> Em sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Federal de São Carlos – SP, no bojo do processo n. 5002899-82.2019.4.03.6115, em caso semelhante ao que será julgado pelo STF (casal homoafetivo composto por duas mulheres, em que se alega que a parturiente não faz jus ao benefício, conquanto haja controvérsia em relação ao ponto, já que está descrito na sentença que a parturiente ostentava qualidade de segurada, em período de graça), o prolator deixou consignado que “O quadro jurídico exposto para apreciação dos fatos levará em consideração que a proteção da maternidade é primariamente deferida à gestante ou à adotante, sem prejuízo de o mesmo conjunto de deveres e direitos ser conferido a outrem, homem ou mulher, à falta escusável e insuperável da mãe gestante ou adotante, isto é, *subsidiariamente* e independentemente do gênero.”. Anotou, a seguir, que “A proteção constitucional da maternidade (art. 6º), ao menos quanto ao afastamento da trabalhadora (trabalhadora privada, servidora pública ou militar) *não se dá pelo fato de ser mãe* sob o ângulo exclusivamente afetivo. O art. 7º, XVIII, dá licença à mãe *gestante*, e, por extensão, considerada a particularidade da adaptação do adotando, à *adotante*. A *gestação e a adoção são as razões legais para a licença*, de modo que, para a pessoa ligada ao serviço público, há a licença-gestante ou a licença-adotante; para a pessoa que trabalha no setor privado, seja empregada ou profissional liberal, o afastamento remunerado faz parte do plano de benefícios do RGPS, pelo salário-maternidade, que, apesar da nomenclatura, se refere à contingência do parto ou da adoção, por expressão legal. (...) Inviável aceder a isso, diante do estado atual do texto constitucional: a maternidade tem cariz orgânico e sua proteção gira em torno do acolhimento da nova criança, pelo parto ou pela adoção. Fora desses casos, a obtenção de licença remunerada equivalente à licença-gestante (ou salário-maternidade), seja pelo homem ou pela mulher, depende da falta escusável e insuperável da pessoa natural a gozá-la. (...) Vale frisar, a equiparação pretendida não pode girar em torno do genótipo do cônjuge, sob pena de se estabelecer diferenciação de tratamento entre casais, tudo a depender de sua composição. (...) Por não ser pretensão universalizável, em desatenção à isonomia, não há razão com a parte autora.”

sustentação teórica, dando vazão à pretensão – por nós sempre cultivada – de buscar soluções a partir de um enredo global, procurando fugir ao casuísmo, ao julgamento de ocasião. Segundo nos quer parecer, não se pode pretender fazer ciência de outro modo. Coerência transversal nos parece ser o critério mínimo que se deve buscar. É mesmo vital!

Ademais, ao adentrar nas controvérsias, procuramos não deixar obscurecido nenhum de seus elementos, conquanto, ressalvamos, seja sempre possível – e até mesmo provável – que alguns nos tenham passado despercebidos. É natural que ocorra, mas não terá sido proposital.

E, por fim, fizemos escolhas. Poderíamos até não tê-las feito, mas acreditamos que aí mora aí um dos principais papéis da academia, qual seja, criticar, sugerir, palpar, para além de incitar o debate. Não cabe à doutrina – isto nos parece certo – meramente reproduzir a jurisprudência, tributariamente, como se tem visto constantemente em nosso país. Esperamos, assim, ter aqui, mais uma vez, contribuído para alimentar e adensar o debate.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AZAÑA, Maria Yolanda Sánchez-Úrán (Coord.). ***Derecho de la Seguridad Social***. Curitiba: Juruá, 2018.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. ***Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BALERA, Wagner; FERNANDES, Thiago D'Avila. ***Fundamentos da Seguridade Social***. São Paulo: LTr, 2015.
- BORGETTO, Michel; LAFORE, Robert. ***Droit de la Sécurité Sociale***. 19ª Ed. Paris: Dalloz, 2019. (E-book)
- GARCIA, Silvio Marques. ***Aposentadoria por idade do trabalhador rural***. Franca: Lemos e Cruz, 2015.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. ***Salário-Maternidade***. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- LOPES JÚNIOR, Nilson Martins. ***A Proteção Social do Trabalhador Rural***. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2006.
- PORTO, Rafael Vasconcelos. ***Teoria Geral do Risco Social***. Revista Brasileira de Previdência, v. 1, p. 118-157, 2018.
- PORTO, Rafael Vasconcelos. ***Manual de Direito Previdenciário***. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. ***Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?: com o dinheiro da Viúva é sempre fácil proferir decisões fofas***. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca> (acesso em 14/06/2020).