

Excelentíssimo Senhor Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal (“STF”), a quem esta for distribuída

“Em nenhum lado se pode proclamar a maternidade como uma negligência do dever profissional.”¹

SOLIDARIEDADE (“Autor”), partido político inscrito no CNPJ sob o n. 18.532.307/0001-07, com sede em Brasília/DF, no SRTVS, quadra 701, Bloco O, Sala 278, Ed. Multiempresarial-DF, com registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional (doc. n. 01), vem, por seus procuradores (doc. n. 02), com fulcro no artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal e nos artigos 2º e seguintes da Lei n. 9.868/1999, ajuizar a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
(com pedido de medida cautelar *inaudita altera parte*)**

com vistas à obtenção de interpretação conforme a Constituição do § 1º do artigo 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas (“CLT”) e, por conseguinte, do artigo 71 da Lei n. 8.213/1991, pelas razões de fato e de direito a seguir delineadas.

¹ Bridget Peixotto, professora de escola do Bronx, em Nova Iorque, demitida em 1913 por “negligência do dever profissional com o propósito de dar à luz” — seu caso, que resultaria na sua reincorporação ao ofício, é considerado a origem da licença maternidade. New York Times, 29 de Maio de 1913, pág.7; NYT 11 de Junho de 1913; NYT 23 Junho de 1913; NYT 26 Julho de 1913; NYT 11 de Janeiro de 1914; NYT 2 de Novembro de 1914; NYT 15 de Dezembro de 1914; NYT 12 de Janeiro de 1915; NYT 12 de Abril de 1972; The Grantees of New Jersey (2006), Dr. Neil Rosenstein.

I. - DOS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS E DOS FUNDAMENTOS PARA ADOÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

1. - A presente ação tem por objetivo seja dada ao § 1º do artigo 392 do Decreto-Lei n. 5.452/1943 e ao artigo 71 da Lei n. 8.213/1991 — esse último com redação dada pela Lei n. 10.710/2003 — interpretação conforme a Constituição de modo a se **considerar como marco inicial** da licença-maternidade **a alta hospitalar** da mãe e/ou **do recém-nascido**, o que **ocorrer por último**.² Bem a propósito, eis, *ipsis litteris*, o teor dos mencionados dispositivos:

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

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

2. - É bem verdade que a literalidade das disposições legais acima, num primeiro olhar, poderia favorecer exatamente a interpretação que se está a combater, inibindo interpretações outras por conta de sua aparente clareza.

3. - É igualmente verdade, contudo, que o cerne de toda a fundamentação desta ação está em que aquela literalidade presta um desserviço à Constituição, merecendo, por isso, ser sublimada em favor de uma aplicação, *possível*, mais identificada com a teleologia que a inspirou: de proteção à maternidade, à infância e ao convívio familiar.

4. - “*Leis injustas não se tornam justas por força de uma adesão formal.*”³ A interpretação gramatical não é o único método à disposição do hermeneuta, com ele convivendo outros, como o científico-espiritual⁴ e o teleológico, por exemplo. Isso

² Esse Supremo Tribunal Federal, em entendendo conveniente, poderá condicionar essa forma de contagem à apresentação de laudo médico (como fez na ADPF 54) e a convalidação em auxílio doença previdenciário se superado o período de quinze dias.

³ TAMANAHA, Brian. *On the rule of law. History, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 120.

⁴ No sentido de se perquirir o escopo da norma à luz de uma integração com outros sistemas, como o político e o social. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 62-63.

quer dizer que, sendo viável sustentar determinada interpretação, e sendo ela mais consentânea com a Constituição, não será o fato de a interpretação “*mais constitucional*” não ser a mais literal que fará com que ela não possa ser compreendida como possível. Essa verdadeira aplicação *corretiva*, por assim dizer, aliás, já guiou esse Supremo Tribunal Federal em hipóteses outras, aqui mencionadas ilustrativamente:

4.1. - na ADI 1.127 (DJ de 17.5.2006), se adotou interpretação conforme do artigo 50 da Lei n. 8.906/1994 para se compreender a palavra “*requisição*” como dependente de motivação, compatibilização com as finalidades da lei e atendimento de custos da requisição;

4.2. - na PET 3.388 (DJ de 19.3.2009), foram pontuados fundamentos constitucionais e salvaguardas institucionais condicionantes da demarcação legítima de terras indígenas; e

4.3. - na ADPF 54 (DJ de 12.4.2012), ainda que a decisão haja sido de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, houve viés aditivo no sentido de se eliminar a interpretação de constitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, na hipótese de fetos anencéfalos, desde que comprovada a anencefalia por laudo médico.

5. - Esses julgados — como dito, mencionados com caráter unicamente ilustrativo — bem evidenciam o cabimento da técnica de interpretação conforme como mecanismo corretivo, ao mesmo tempo em que deslustram qualquer reserva a respeito de sua adoção no caso em questão sob o signo crítico de uma usurpação legiferante.

6. - Explica-se: a interpretação conforme a Constituição — corretiva ou manipulativa de efeitos aditivos, se se preferir — poderia à primeira vista soar uma imprudente transcendência do *self-restraint*, resultando na introdução, no sistema, de norma até então inexistente.

7. - Ocorre que toda decisão, em alguma medida, tem o potencial de representar norma jurídica que, porque produto de interpretação, até pode ter defluído de

disposição legal, mas que não mais com essa se confundirá, eis que trilhada etapa subsequente de construção de sentido⁵, com todos os atributos que lhe são inerentes.

8. - No caso em apreço, tanto a aplicação literal dos dispositivos impugnados quanto a aplicação que ora se busca, ao fim e ao cabo, produzirão normas dotadas de atribuição judicial de sentido, isso é inescapável. A questão que aqui se põe, sem embargo, é saber qual dessas normas, resultantes das distintas interpretações em tese possíveis, se mostra mais consentânea com a Constituição — e é exatamente esse o escopo da presente ação.

9. - Antes, contudo, calha demonstrar seu cabimento e a legitimidade para o seu manejo.

II. - DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO

10. - Por óbvio que possa soar, a presente ação direta de inconstitucionalidade é a via adequada para se pleitear a interpretação do § 1º do artigo 392 da CLT e do artigo 71 da Lei n. 8.213/1991 conforme a Constituição Federal, nos termos do permissivo contido no artigo 102, inciso I, alínea *a*, do texto constitucional.

11. - Outrossim, segundo os ditames do artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal, repetido pelo artigo 2º, inciso VIII, da Lei n. 9.868/1999, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional são legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade⁶, não havendo, nesse caso, necessidade de demonstração da pertinência temática⁷.

12. - Por fim, uma vez presentes os requisitos da abstração e da generalidade, indispensáveis ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a presente ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como meio cabível e legítimo para a impugnação dos dispositivos anteriormente mencionados.

⁵ E, aqui, mais outro método interpretativo alternativo ao literal: o normativo estruturante. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 11-13.

⁶ Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; (...)

⁷ “Partido político. Ação direta. Legitimidade ativa. Inexigibilidade do vínculo de pertinência temática. Os partidos políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, arguir, perante o STF, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática.” (ADI 1.407-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 7-3-1996, Plenário, DJ de 24-11-2000).

III. - DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL, ATUAL E CONCRETA

13. - Não se desconhece que a demonstração da relevância da controvérsia é pressuposto exigido nas ações declaratórias de constitucionalidade, mas não nas ações diretas de inconstitucionalidade.

14. - Nada obstante, tanto de modo a (i) evidenciar a importância do pleito que ora se deduz, como também para, em abono à técnica da interpretação conforme, (ii) demonstrar que diferentes interpretações têm sido conferidas aos dispositivos impugnados, o Autor se permite pinçar algumas decisões judiciais de trato dissonante do § 1º do artigo 392 do Decreto-Lei n. 5.452/1943 e do artigo 71 da Lei n. 8.213/1991.

15. - Nesse norte, em linha com a interpretação que se busca combater — e, via de consequência, ver declarada inconstitucional —, confirmam-se estes julgados, de distintos juízos, que se fiaram em interpretação literal no sentido de inaugurar a contagem da licença maternidade estritamente segundo as normas impugnadas, independentemente das circunstâncias concretas:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. LICENÇA MATERNIDADE. PEDIDO DE INÍCIO DA CONTAGEM DA LICENÇA MATERNIDADE DESDE A ALTA HOSPITALAR. Inadmissibilidade. O início da licença maternidade deve ser contado do nascimento do bebê. Período de internação que a autora pode acompanhar o filho, estabelecendo o vínculo afetivo. **Prorrogação não respaldada na legislação.** Ordem denegada. Sentença reformada. (...) ⁸

(...) No presente caso, o pedido da demandante não pode ser atendido, pelo menos nessa fase de cognição sumária da causa, por ausência de fundamento legal. É certo que todas as questões postas na inicial são da mais absoluta relevância, tanto que me solidarizo com a gestante e seus rebentos, torcendo pela pronta recuperação dos pequenos gêmeos, em especial do Bernardo, que ainda está internado. **De fato, a proteção da família, da infância, da maternidade e da saúde da criança são garantias constitucionais da mais alta relevância e que não podem, em hipótese alguma, serem negligenciadas, pois são direitos fundamentais voltados para a dignidade da pessoa humana. Não há o que se discutir quanto a isso! Contudo, apesar da relevância e do justificado anseio da requerente, não existe fundamento jurídico que autorize a prorrogação de licença-maternidade por motivo de doença, ou internação, do recém-nascido;** tampouco a sua contagem somente a partir da alta hospitalar do bebê internado. ⁹ (Grifo não-original)

⁸ TJSP; AC 1002865-29.2018.8.26.0428; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Paulínia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/03/2019; Data de Registro: 19/03/2019.

⁹ JFDF, Processo 0026282-36.2016.4.01.3400, 7ª Vara Federal de Brasília, Juíza Luciana Raquel Tolentino, Data: 28/04/2016.

(...) Embora não haja controvérsia quanto ao fato de o nascituro ser portador de doença da síndrome de Down, o que restringiria o debate a questão de direito, **a Origem entendeu não existir amparo legal para o deferimento da contagem da licença maternidade a partir da alta do filho**, de prorrogação até a alta hospitalar e de transferência do genitor, em sede de antecipação de tutela, inexistindo qualquer ilegalidade ou violação a direito líquido e certo na decisão.¹⁰ (Grifos não-originais)

16. - Em sentido diametralmente oposto, julgados também há no sentido de interpretar constitucionalmente os dispositivos infraconstitucionais, fazendo prevalecer a tese aqui sustentada no sentido de que a licença, primordialmente destinada à convivência entre mãe e filho, não deveria computar período de recuperação de um e/ou de outro:

(...) A internação de forma prolongada priva o recém-nascido do convívio com os seus genitores, o qual se mostra primordial para estreitar os laços afetivos e ajudar na recuperação do infante. **Visando assegurar o melhor interesse do infante, não se mostra razoável que a licença maternidade ou paternidade tenha início na data no nascimento, mas a partir da alta hospitalar**, devendo o período de em que a criança permaneceu internada ser tratado como licença para tratamento de saúde de dependente.¹¹

(...) No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto, conforme prevê o art. 207, § 2º da Lei 8.112/90. Por essa razão, **o suporte fático da licença maternidade somente ocorre na data em que o bebê recebe alta e pode, finalmente, estabelecer o vínculo com sua mãe**. Tal interpretação busca justamente materializar a teleologia da própria licença e dar efetividade às disposições principiológicas da Constituição Federal que protegem a maternidade, a família, a infância e a saúde da criança, como disposto nos arts. 6º, *caput*, 196, 226 e 227, § 1º.

4. É manifesto que a licença gestante tem por escopo proporcionar um período mínimo de convivência entre a mãe e o seu filho, necessário ao pleno desenvolvimento dos laços familiares e da saúde e bem-estar do bebê, o que, na hipótese dos autos, foi reduzido por conta da internação hospitalar, razão alheia à vontade da parte autora.(...)¹² (Grifos não-originais)

17. - Como dito, a transcrição dos excertos acima, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, seria, a princípio, ociosa. No caso em apreço, contudo, atende ela a uma dupla finalidade: acentuar a relevância do caso — até mesmo para robustecer o pedido cautelar — e, também, para reforçar a convivência não somente teórica, mas prática de mais de uma interpretação para os dispositivos impugnados, o que mais uma vez prestigia a técnica da interpretação conforme.

¹⁰ TRT da 17ª Região, MS 0000364-80.2017.5.17.0000, Relator José Carlos Rizk, Data: 08.11.2017.

¹¹ TJDF, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Acórdão n.1158138, 07541045120188070016, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 14/03/2019, Publicado no DJE: 05/04/2019.

¹² TRF1, 1ª Turma, AC n. 0069874-67.2015.4.01.3400, Relatora Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas, DJ 14.08.2019.

IV. - DOS PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE QUE SE PROPÕE: ARTIGOS 5º, *CAPUT*; 6º, *CAPUT*; 201, II; 203, I; E 227, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

18. - Como brevemente adiantado, o cerne da presente ação é a necessidade de adequação da interpretação conferida ao § 1º do artigo 392 da CLT e ao artigo 71 da Lei n. 8.213/1991, no sentido de que a licença maternidade só poderia ter início a partir do 28º (vigésimo oitavo) dia anterior à data do parto ou, em última análise, a partir do nascimento da criança.

19. - Nesse sentido, necessário analisar os dispositivos previstos na Constituição Federal, que demonstram a relevância atribuída à proteção da maternidade, da infância e do convívio familiar, visto que são essas as esferas alcançadas pelas disposições ora impugnadas e que, exatamente por isso, se transmudam em parâmetro de controle das normas infraconstitucionais em referência.

20. - Pois bem, consoante se extrai do texto constitucional, as proteções à maternidade e à infância são direitos sociais que merecem ser resguardados. É o que expressamente preceitua o artigo 6º da Constituição:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

21. - Os artigos 201, inciso II, e 203, inciso I, de sua vez, também demonstram a incontestável importância do tratamento dado à maternidade, à família e à infância:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)

II - **proteção à maternidade, especialmente à gestante**;

(...)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - **a proteção à família, à maternidade, à infância**, à adolescência e à velhice;

22. - Convergindo ainda para a proteção, o artigo 227 da Constituição da República impõe a todos, assim também ao Estado, o dever de resguardo da convivência familiar, direito da criança e do adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

23. - A partir dos dispositivos acima transcritos, não são necessários muitos esforços para se chegar à conclusão de que o objetivo primordial do Constituinte originário, ao reportar-se por diversas vezes à indispensabilidade da proteção à maternidade e à infância, era garantir que essas etapas fossem plenamente vividas pela mãe e pelo novo integrante da família.

24. - De fato, essas proteções, constitucionalmente garantidas, revestem-se de caráter especial e dizem respeito a período da vida em que, além da necessidade de preservação da relação de emprego da mãe em seu período de recuperação pós-parto, impõe-se, concomitantemente, a integração do recém-nascido à sua primeira fase de socialização.

25. - A literatura médica, com efeito, demonstra que as crianças, nos primeiros anos de vida, experimentam taxas rápidas de desenvolvimento do cérebro e do sistema nervoso¹³ e formam importantes laços sociais com seus cuidadores¹⁴, reafirmando, assim, a pertinência da proteção jurídica da relação entre mãe e bebê.

26. - Ocorre que após o parto — sobretudo no Brasil, que registra o nascimento de 279.300 (duzentos e setenta e nove mil e trezentos) bebês prematuros por ano¹⁵ e altos índices de complicações maternas gestacionais e pós-parto¹⁶ —, não são raros¹⁷ os casos que ensejam internação médico-hospitalar subsequente da mãe e/ou da criança, que, em hipóteses extremas, pode perdurar meses.

¹³ Shonkoff, Jack P. and Deborah Phillips, eds. 2000. From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development. Washington, DC: National Academy Press.

¹⁴ Schore, Allan N. 2001. “Effects of a Secure Attachment Relationship on Right Brain Development, Affect Regulation, and Infant Mental Health.” *Infant Health Medical Journal* 22(1-2): 7-66.

¹⁵ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/preterm-birth>

¹⁶ A pré-eclampsia, por exemplo, afeta 7% das brasileiras, segundo dados do Ministério da Saúde. <http://www.saude.sc.gov.br/index.php/noticias-geral/todas-as-noticias/1641-noticias-2019/10661-a-pre-eclampsia-afeta-ate-7-das-brasileiras>.

¹⁷ À guisa de ilustração, podem ter lugar antes, durante ou após o parto, exigindo período maior ou menor de recuperação a segregar mãe e filho: ruptura prematura das membranas, gestação pós-termo e pós-maturidade, posição e apresentação anormais do feto, pré-eclâmpsia, embolia por líquido amniótico, distúrcia de ombro, prolapso do cordão umbilical, cordão nual, desproporção fetopélvica, sangramento uterino excessivo, útero invertido, ruptura uterina, sofrimento fetal, angústia respiratória do recém-nascido, placenta retida ou aderida, lacerações do trato genital, coagulopatias, doença trombolítica, endometrite, mastite, infecções pós-parto, transtornos de ansiedade generalizada, depressão etc.

27. - Em tais circunstâncias, considerando que o período de licença se inicia antes da data do parto — ou, quando muito, a partir dele —, resta evidente o prejuízo para o desenvolvimento do convívio afetivo entre mãe e criança para além do contexto hospitalar.

28. - Por isso, à luz dos dispositivos constitucionais mencionados, considerando a necessidade de tratamento isonômico e por imperativo humanitário, é forçoso reconhecer que é direito da genitora e do bebê que possam eles, juntos, se adaptar e desenvolver plenamente sua relação de mãe e filho no contexto social e familiar em que efetivamente se constituirá a trajetória da criança, sem a mediação da intervenção médica.

29. - De outra parte, cumpre ressaltar os prejuízos da disciplina legal vigente para mulheres e recém-nascidos do ponto de vista do aleitamento materno, cuja imprescindibilidade para o desenvolvimento fisiológico e psíquico da criança é reiteradamente enfatizado por organismos internacionais especializados, como a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS)¹⁸, a Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁹ e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)²⁰.

30. - Pesquisas científicas, nesse sentido, demonstram que a licença-maternidade tem efeitos positivos na porcentagem de amamentação materna.²¹ Em estudo realizado em 77 municípios de São Paulo, verificou-se que mães em licença-maternidade apresentaram maior percentual de amamentação exclusiva (54,6%), em comparação àquelas que estavam trabalhando sem licença-maternidade (25,6%) entre aquelas que estavam trabalhando fora sem licença-maternidade.²²

¹⁸ https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5998:opas-destaca-importancia-de-leis-que-protejam-a-maternidade-e-apoiem-a-amamentacao-no-local-de-trabalho&Itemid=839

¹⁹ <https://www.who.int/nutrition/publications/guidelines/breastfeeding-facilities-maternity-newborn/en/>

²⁰ <https://www.unicef.org/brazil/aleitamento-materno>

²¹ HUANG, Rui; YANG, Muzhe. Paid maternity leave and breastfeeding practice before and after California's implementation of the nation's first paid family leave program. **Economics & Human Biology**, [s.l.], v. 16, p.45-59, jan. 2015. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ehb.2013.12.009> Berger, Lawrence M., Jennifer Hill, and Jane Waldfogel. 2005. "Maternity Leave, Early Maternal Employment, and Child Health and Development in the U.S." *The Economic Journal* 115 (February): F29-F47. Lindberg, Laura. 1996. "Women's decisions about breastfeeding and maternal employment." *Journal of Marriage and the Family* 58 (1): pp. 239-51. Staehelin, Katharina, Paola Coda Berteza and Elisabeth Zemp Stutz. 2007. "Length of maternity leave and health of mother and child – a review." *International Journal of Public Health*, 52: 202-209.

²² Venancio, SI; Rea MF, Saldiva SRDM. A licença-maternidade e sua influência sobre a amamentação exclusiva. *BIS Bol. Inst. Saúde*, v. 12, n. 3, p. 287-92, 2010.

31. - Em casos de complicações para mães ou bebês como os que ora se discute há, portanto, evidente comprometimento do pleno desenvolvimento da criança.
32. - Não se ignora, por certo, que, mesmo em casos de doença da mãe ou de severa prematuridade do bebê, o aleitamento é viabilizado por meios alternativos e pode, inclusive, ser garantido por meio de sonda no próprio ambiente de Unidade de Terapia Intensiva.
33. - Tal prescrição, contudo, é temporária e, nos termos das recomendações oficiais, deve ser substituída tão logo quanto possível pela amamentação exclusiva por sucção do bebê, que não apenas contribui para o desenvolvimento da habilidade de deglutir, da mandíbula e da estrutura facial da criança²³, como garante benefícios do ponto de vista psicológico²⁴ e do estreitamento do vínculo entre mãe e filho²⁵.
34. - Mercê exatamente da importância do momento que se está a lustrar, as disposições constitucionais, como vetores normativos que são, encontrariam repercussão em diplomas da mais acentuada envergadura, como a Lei n. 8.069/1990, mais especificamente em seu artigo 9º, que impõe ao Estado e ao empregador o dever de assegurar condições propícias à mãe e ao bebê para que o aleitamento ocorra, e em seu artigo 19, que dispõe sobre a proteção integral que deve ser conferida à criança e ao adolescente²⁶, bem aprofundada por Válter Kenji Ishida²⁷:

Segundo a doutrina, o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a “doutrina da proteção integral”, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes. Foi anteriormente prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada prioridade absoluta. Constitui, portanto, em uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais a criança e ao adolescente.

²³ PIRES, S.C.; GIULIANI, E.R.J.; DA SILVA, F. Caraméz. *Influence of the duration of breastfeeding on quality of muscle function during mastication in preschoolers: a cohort study*. BMC Public Health 12, 934 (2012).

²⁴ SILVA, G. A.; COSTA, K. A.; GIULIANI, E. R. J. *Infant feeding: beyond the nutritional aspects*. J Pediatr (Rio J). 2016;92(3 Suppl 1): S2–7.

²⁵ “Breastfeeding Duration Predicts Greater Maternal Sensitivity Over the Next Decade Jennifer M. Weaver, PhD, Boise State University; Thomas J. Schofield, PhD, Iowa State University; Lauren M. Papp, PhD, University of Wisconsin — Madison. *Developmental Psychology*, published online Oct. 30, 2017. U.S. Department of Health and Human Services. 2000. HHS Blueprint for Action on Breastfeeding. Washington, DC: Department of Health and Human Services, Office on Women’s Health. (accessed December 5, 2013).

²⁶ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituída, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral

²⁷ Válter Kenji Ishida. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 03.

35. - Uma vez demonstrado o quilate da proteção conferida por nosso ordenamento à maternidade, à infância e ao indispensável período de convivência familiar após o nascimento, cumpre esclarecer, daqui em diante, o equívoco presente na interpretação literal do § 1º do artigo 392 da CLT e do artigo 71 da Lei n. 8.213/1991.

36. - No ponto, rememore-se que os referidos dispositivos consagram a determinação expressa de que o período de licença maternidade só poderá ter início a partir do 28º (vigésimo oitavo) dia anterior ao parto, previsão essa que, porque indiscriminada, possui aptidão para violar frontalmente, a um só tempo, direitos da mãe e da criança.

37. - É exatamente por essas razões que aqui se defende que o período de licença maternidade deve ter início tão somente com a alta hospitalar da mãe e/ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, interpretação essa que, além de abranger possíveis imprevistos na recuperação dos envolvidos, garante que a proteção prevista nos artigos 6º, 201, II, 203, I, e 227, todos da Constituição Federal, seja devidamente observada.

38. - Mas há outro argumento, adicional, que merece, ainda nessa epígrafe, ser trazido para cerrar fileiras em desfavor da interpretação literal dos dispositivos impugnados: a afronta à isonomia material (artigo 5º, *caput*, da Constituição).

39. - Explica-se: a prevalecer uma leitura gramatical das normas em tela, o que se tem como resultado pernicioso é, na prática, o patrocínio normativo de que mães e filhos que por quaisquer motivos exijam períodos de recuperação mais penosos usufruam período de convívio inferior que aquele que será gozado por genitoras e gerados que, privilegiadamente, não enfrentem desafios de saúde.

40. - A interpretação hostilizada igualmente vulnera a isonomia material na medida em que trabalhadoras celetistas, diferentemente de servidoras públicas (artigo 83 da Lei n. 8.112/1990), não possuem a prerrogativa legal de usufruir licença para tratamento de pessoa da família, de modo que, em sendo o recém-nascido o enfermo, a empregada seria colocada numa situação de desigualdade frente às servidoras, tendo subtraído de sua licença maternidade período em que efetivamente não aproveitaria a convivência próxima com seu filho.

41. - A par de todos esses fundamentos — em si suficientes — alinhavados até aqui, há ainda outros, sem prejuízo, que advogam em favor da interpretação aqui defendida como mais conforme a Constituição do que a literal.

V. - AINDA OUTROS PARÂMETROS DE CONTROLE: ARTIGOS 5º, LIV, E 7º, XVIII E XX, TAMBÉM DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

42. - Historicamente, o instituto da licença maternidade remonta ao caso *Peixotto vs. Board of Education*, em que uma professora do bairro do Bronx, em Nova Iorque, foi demitida em 1913 após ter dado à luz, sendo posteriormente reintegrada à função, que ocuparia até sua aposentadoria.²⁸ Posteriormente, a Organização Internacional do Trabalho editaria, em 1919, Convenção²⁹ recomendando aos países signatários a positivação do benefício. Já no Brasil, a licença somente se consagraria anos mais tarde, em 1943, com a CLT.

43. - De lá para cá, o instituto foi sendo gradativamente aperfeiçoado, sempre de modo a se elastecer e ampliar o direito, na medida em que se foi tomando cada vez mais consciência de sua importância. Na Constituição de 1988, a propósito, a licença, de cento e vinte dias, encontrou morada fixa no artigo 7º, XVIII, sendo, em alguma medida, regulamentada pelos indigitados artigos 392, § 1º, do Decreto-Lei n. 5.452/1943 e 71 da Lei n. 8.213/1991, precisamente as normas ora impugnadas.

44. - O problema é que — e aqui os fundamentos adicionais desta pretensão — aquelas disposições infraconstitucionais, que surgiriam como forma de densificar a norma constitucional, findaram por, em circunstâncias específicas, prover proteção débil ao mesmo direito que buscaram amparar.

45. - É que admitir a literalidade das normas em questão para entender indiscriminadamente que o termo inicial da licença se daria inexoravelmente em período entre o 28º (vigésimo oitavo) dia que anteceder o parto e o nascimento propriamente dito ignora especificidades, incorrendo no paradoxo de a lei, ao pretender instrumentalizar proteção, transmudar-se em resguardo insuficiente, o que equivale à vulneração própria do direito que deveria salvaguardar.

²⁸ New York Times, 29 de Maio de 1913, pág.7; NYT 11 de Junho de 1913; NYT 23 Junho de 1913; NYT 26 Julho de 1913; NYT 11 de Janeiro de 1914; NYT 2 de Novembro de 1914; NYT 15 de Dezembro de 1914; NYT 12 de Janeiro de 1915; NYT 12 de Abril de 1972; The Grandees of New Jersey (2006), Dr. Neil Rosenstein.

²⁹ Ver: Convenção 003 da OIT, convertida em 1952 para Convenção 103.

46. - É então que essa debilidade normativa desafia argumentos sofisticados, como o devido processo legal substantivo e a proteção insuficiente. Sobre o primeiro, a bem da clareza, convém rememorar que, ao menos desde 1925, a Suprema Corte dos Estados Unidos (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510) tem compreendido a impossibilidade de que “*interferências legislativas desarrazoadas*” tenham o condão de abreviar direitos garantidos pela Constituição.

47. - A “*rule of reason*” ou o “*standard of reasonableness*”³⁰ passariam dali em diante, com cada vez maior vigor, a ser capazes de fornecer critérios limitadores do poder estatal — no âmbito do qual avulta a competência legislativa —, funcionando como verdadeiros fundamentos modernos, ainda que elementares, do *judicial review*.

48. - “*Leis devem ser “razoáveis em sua substância”*”.³¹ Quando desdotada dessa razoabilidade (*reasonableness*) e/ou de racionalidade (*rationality*), a legislação desvirtua seu propósito, convertendo-se em embaraço — ao revés de plataforma de realização — de direitos com assento constitucional. Como tal, e como figurino de ato de poder que é, a lei passa a atrair, por conseguinte, a possibilidade de sua sindicância em sede de jurisdição constitucional³², como bem compreendeu esse STF a partir de voto do Ministro Celso de Mello na ADI 5.468³³:

A essência do substantive *due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

49. - Essa dimensão material (ou substantiva) do devido processo legal releva na hipótese em questão porque a razoabilidade que se impõe ao exercício do poder legislativo contrasta, a todas as luzes, com o escopo almejado pelas normas impugnadas.

³⁰ DEL CLARO, Roberto. *Devido processo legal: direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil*. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 126, ago. 2005, p. 266

³¹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due Process of Law*. In: Revista da Ajuris, n. 61, 1994.

³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214.

³³ Pleno, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.8.2017.

50. - Não se ignora que o devido processo legal substantivo tem mais frequentemente militado em desfavor de normas atentatórias às liberdades; isto é, comumente, a transcendência da razoabilidade se verifica com maior clareza quando o Estado deixa de observar restrições, vilipendiando direitos fundamentais em sua dimensão negativa, impositiva de um dever de abstenção. Essa maior frequência, todavia, não se traduz em exclusividade.

51. - Os direitos sociais, como espécie do gênero direitos fundamentais, exigem uma postura estatal mais ativa de sua promoção e efetivação, eficácia essa que se espalha horizontalmente para inclusive nivelar a relações entre particulares³⁴, como é o caso de empregada e empregador.

52. - Mais bem explicando — e sintetizando o argumento que se está a sustentar —, a razoabilidade exigida pelo devido processo legal substantivo não é limitada a um extravasamento estatal de um dever de abstenção, mas, também, a uma proteção deficiente (*Untermassverbot*)³⁵ de um direito social titularizado por particular frente a outro particular.

53. - Trata-se do imperativo de tutela a que alude Canaris³⁶, que insta o Estado a concretizar um direito social (*licença maternidade*) por meio de um ato de poder (*lei*) inibindo a atuação de outros indivíduos (*empregador*), mas que, inobservado a conteúdo (*proteção deficiente*), se torna desarrazoado (*vulnerando o devido processo legal substantivo*).

54. - Convém pontuar que o tema não é novo no âmbito desse STF, já tendo frequentado as razões de decidir de importantes julgados em sede de controle difuso:

O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as

³⁴ “O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” Segunda Turma, RE 201819/RJ, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ de 27.10.2006.

³⁵ MAYER, MATTHIAS. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 68-69.

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 36.

medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) – , deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.³⁷

55. - Se a interpretação literal dos artigos 392, § 1º, da CLT, e 71 da Lei n. 8.213/1991 não confere densidade material razoável à licença maternidade, parece fora de dúvida que essa interpretação violará o devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV) e acabará por contrariar não somente o direito que deveria proteger eficientemente (artigo 7º, XVIII), mas também, via de consequência, direito diverso que não deixa de representar fim de que aquele outro é meio: a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX, todos da Constituição).

56. - Por todas e mais essas razões, uma interpretação literal (*e inconstitucional*) dos artigos 392, § 1º, da CLT, e 71 da Lei n. 8.213/1991 deve necessariamente ceder em favor de uma leitura teleológica — científico-espiritual ou normativo-estruturante, se se preferir — que divise naquelas normas regulamentadoras termo inicial da licença maternidade atrelado à alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, ainda que esse STF, no exercício de seu mister, entenda por erigir elementos condicionantes, como a necessidade de laudo médico (conforme se decidiu na ADPF 54) ou a migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação. Seja como for, o que não se pode conceber é que recuperação médica a exigir internação decote período de licença que se destina a convívio familiar.

VI. - DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

57. - Consoante o disposto no artigo 102, inciso I, alínea “p”, da Constituição Federal, disciplinado pelos artigos 10 a 12 da Lei n. 9.868/1999, é autorizada a concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por decisão que possuirá efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

58. - Como requisitos, a tanto, nada obstante, é indispensável que (i) se mostre razoável a tese jurídica apresentada; (ii) esteja configurado o risco de dano em caso de demora dos efeitos que são buscados pela ação; e (iii) se revele conveniente o benefício esperado com a medida cautelar quando comparado ao seu ônus, deve esta ser deferida,

³⁷ Segunda Turma, HC 104410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 27.3.2012.

a fim de que se previna o ordenamento jurídico de efeitos indesejáveis e facilmente constatáveis³⁸.

59. - Nessa direção, a Lei n. 9.868/1999 estabeleceu procedimento no qual, uma vez pleiteada a concessão de medida cautelar, deverá haver a audiência das autoridades e/ou órgãos responsáveis pelo ato normativo impugnado, exceto em casos de extrema urgência e relevância, quando é invertida a ordem procedimental, com a postergação da audiência das respectivas autoridades e/ou órgãos.

60. - **Esse é exatamente o caso dos autos, tendo em vista a necessidade de se evitar — ou de se fazer cessar — a ocorrência dos graves danos decorrentes da interpretação literal que tem sido conferida aos dispositivos impugnados e ilustrada por decisões judiciais dela representativas.**

61. - No que toca à robustez do direito invocado, exsurge ela da força dos próprios fundamentos constitucionais já demonstrados, que evidenciam claramente a inconstitucionalidade da interpretação literal dada ao § 1º do artigo 392 da CLT e ao artigo 71 da Lei n. 8.213/1991, no sentido de que a licença maternidade teria início do 28º (vigésimo oitavo) dia anterior ao parto ao dia de nascimento do recém-nascido, o que deixa de resguardar o direito de convívio familiar, visto que, em muitos casos, a mãe e/ou a criança precisam de maior tempo de recuperação, após o parto, do que o inicialmente previsto.

62. - Quanto ao risco da demora na apreciação do mérito da presente ação, tem relevo a elevada taxa de natalidade do Brasil. Dentro desse universo, há uma probabilidade considerável de complicações capazes de exigir maior período de internação a obstar o convívio próximo entre mãe e filho.

63. - Nesse sentido, mostra-se conveniente para a preservação dos direitos essenciais consagrados pela Constituição Federal o pronto deferimento — monocrático e *inaudita altera parte, ad referendum* do Plenário, nos termos do artigo 21, IV e V, do Regimento Interno desse STF (“RISTF”) — da medida cautelar, a fim de que seja afastada interpretação literal das disposições do § 1º do artigo 392 da CLT e do artigo 71 da Lei n. 8.213/1991 e privilegiada interpretação teleológica — ou científico-espiritual ou normativo-estruturante, se se preferir — que considere como termo inicial da licença maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

ocorrer por último, ainda que esse STF, no exercício de seu mister, entenda por erigir como condições para tanto a necessidade de laudo médico (conforme se decidiu na ADPF 54) ou a migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação. Seja como for, o que não se pode conceber é que recuperação médica a exigir internação decote período de licença que se destina a convívio familiar.

VII. - DOS PEDIDOS

64. - Com fulcro no artigo 10, § 3º, e 11, § 1º, ambos da Lei Federal n. 9.868/1999, e no artigo 21, IV e V, do RISTF, requer seja concedida, **monocraticamente, inaudita altera parte e ad referendum do Plenário**, medida cautelar a fim de que, interpretando-se conforme a Constituição o § 1º do artigo 392 da CLT e o artigo 71 da Lei n. 8.213/1991, se considere como termo inicial da licença maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, ainda que esse STF, no exercício de seu mister, entenda por erigir como condições a necessidade de laudo médico (conforme se decidiu na ADPF 54) ou a migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação. Seja como for, o que não se pode conceber é que recuperação médica a exigir internação decote período de licença que se destina a convívio.

65. - Com base nos mesmos fundamentos enunciados acima, **requer seja julgado procedente o pedido** para, uma vez confirmada a decisão que seguramente deferirá a cautelar, essa Suprema Corte dê ao § 1º do artigo 392 da CLT e ao artigo 71 da Lei n. 8.213/1991 interpretação conforme a Constituição para considerar como termo inicial da licença maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, ainda que esse STF, no exercício de seu mister, entenda por erigir como condições para tanto a necessidade de laudo médico (conforme se decidiu na ADPF 54) ou a migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação. Seja como for, o que não se pode conceber é que recuperação médica a exigir internação decote período de licença que se destina a convívio familiar.

VIII. - DOS REQUERIMENTOS

66. - Requer seja intimado, nos termos do artigo 170 do RISTF, o Presidente do Congresso Nacional, com endereço na Praça dos Três Poderes, Brasília/DF, CEP

70160-900, bem como o Presidente da República, com endereço na Praça dos Três Poderes, Brasília/DF, 70150-900.

67. - Outrossim, requer seja citado o Advogado-Geral da União, conforme determinado pela Constituição Federal em seu artigo 103, § 3º, e nos termos do artigo 8º da Lei n. 9.868/1999.

68. - Finalmente, requer que todas as publicações sejam feitas em nome dos advogados subscritores desta petição, sob pena de nulidade, nos termos do § 5º, do artigo 272, do Código de Processo Civil, dando à causa, para fins unicamente processuais, o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 6 de março de 2020

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
OAB/DF n. 26.966

Guilherme Pupe da Nóbrega
OAB/DF n. 29.237

Rita de Cássia Ancelmo Bueno
OAB/SP n. 360.597

Victor Santos Rufino
OAB/SP n. 407.119