

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.327 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE
ADV.(A/S) : GUILHERME PUPE DA NOBREGA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta por partido político (no caso, o Solidariedade), objetivando interpretação conforme à Constituição ao §1º do artigo 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas e ao art. 71 da Lei 8.213/1991, para estabelecer que o marco inicial da licença-maternidade seja a alta hospitalar da mãe e/ou do recém-nascido, o que ocorrer por último.

Em relação aos requisitos preliminares, afirma possuir legitimidade para o ajuizamento, independente de demonstração de pertinência temática, pois possui a devida representação no Congresso Nacional (eDOC 3).

Sustenta o cabimento da ADI, tendo em vista a necessária interpretação conforme da Lei, nos termos do art. 102, I, "a", da Constituição.

A despeito de afirmar que a demonstração de relevância da controvérsia não é pressuposto para a propositura de ação direta, o autor colaciona julgados com aplicações conflitantes do §1º do art. 392, da CLT e do art. 71 da Lei 8.213/1991, com a finalidade de reforçar o pedido cautelar, bem como demonstrar as diversas interpretações dos dispositivos.

No mérito, assevera que a proteção atribuída à maternidade, à infância e ao convívio social pela Constituição em seus arts. 6º, 201, II, 203, I e 227 é mitigada pela contagem do período de licença-maternidade antes da data do parto ou a partir dele, acarretando prejuízo ao vínculo afetivo e à convivência entre mãe e criança.

ADI 6327 MC / DF

Destaca os prejuízos da disciplina legal para o aleitamento materno, o qual é garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com dados da OMS e UNICEF e de pesquisas científicas.

Aponta que a determinação legal de que o período de licença maternidade deve ter início a partir do 28º dia antes do parto e a ocorrência deste violaria, simultaneamente, direitos sociais da mãe e da criança.

Defende ainda que a interpretação literal dos dispositivos 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.

Alega que as disposições infraconstitucionais questionadas, apesar de terem surgido para dar efetividade aos direitos previstos no texto constitucional, acabaram por prever uma proteção insuficiente, o que seria equivalente à própria violação do direito que deveria garantir.

Defende a tese do devido processo legal substantivo, o qual estaria aqui esvaziado pela ausência de razoabilidade no exercício do poder legislativo, em confronto com o conceito de *“rule of reason”* ou *“standard of reasonableness”*, *“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”* (eDOC 1, p.13).

Expõe que tal razoabilidade exigida do Estado não se limita a um dever de abstenção, mas também alcança proteções insuficientes do exercício de direitos sociais entre particulares, no caso entre empregada e empregador. Em síntese, *“trata-se do imperativo de tutela (...), 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 contento (proteção deficiente), se torna desarrazoado (vulnerando o devido processo legal substantivo)”* (eDOC 1, p.15).

Por fim, afirma que a interpretação literal dos dispositivos

ADI 6327 MC / DF

questionados ao não garantir densidade material à 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).

Requer a concessão de medida cautelar para afastar a interpretação literal das disposições do § 1º do art. 392, da CLT e do art. 71 da Lei 8.213/1991 e conferir interpretação que 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 essa Suprema Corte entenda por erigir como condições para tanto a necessidade de laudo médico ou a migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação.

Aduz que o *fumus boni iuris* decorre das razões jurídicas explicitadas.

Assevera que o *periculum in mora* é patente, tendo em vista a alta taxa de natalidade do Brasil.

É o relatório.

Decido.

Assento, preliminarmente, a cognoscibilidade da presente ação. O partido político tem representação no Congresso Nacional (eDOC 3) e ostenta legitimidade para instaurar o processo objetivo de controle.

Em relação ao cabimento, o requerente pleiteia seja dada interpretação conforme à Constituição ao art. 392, §1º, da CLT, e ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/1991. Examinado esse ponto.

A licença-maternidade, direito de natureza trabalhista, está necessariamente ligada ao salário-maternidade, benefício previdenciário, de modo que há duas relações jurídicas conexas, o que, portanto, impõe que o complexo normativo seja impugnado integralmente.

Indiscutível é que a CLT, Decreto-lei n.º 5.452/43, é ato normativo anterior à Constituição de 1988, o que demandaria a veiculação do pedido por meio de instrumento próprio a esse deslinde em controle concentrado de constitucionalidade.

Para esses casos, em que há necessária impugnação de complexo normativo que inclui norma anterior à Constituição, a cumulação de pedidos, pela subsidiariedade e pela incindibilidade, enseja o cabimento

ADI 6327 MC / DF

da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal como decidido nestes julgamentos:

...1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional. Fungibilidade das ações diretas que se prestam a viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato e em tese. Atendimento ao requisito da subsidiariedade, tendo em vista que somente a apreciação cumulativa de tais pedidos é capaz de assegurar o amplo esclarecimento do rito do impeachment por parte do STF. (...) (ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015)

(...). A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a via adequada para impugnação conjunta de atos normativos anteriores e posteriores à edição dos preceitos constitucionais que são invocados como parâmetros de controle (ADPF 446, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 16-10-2019 PUBLIC 17-10-2019)

Veja ali consignado como instrumento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Trata-se, no entanto, de pedido veiculado pela via da ação direta.

Nesses casos, a jurisprudência, atenta à necessidade de prestigiar a supremacia da Constituição e o acesso à jurisdição constitucional e, por razões de economia processual e efetividade, entende possível a aplicação do princípio da fungibilidade para hipóteses em que há dúvida objetiva sobre a ação cabível e estejam presentes os requisitos desta.

ADI 6327 MC / DF

Nota-se que o requerente preferiu declinar julgados em que a questão foi decidida de maneira diversa, requisito da ADPF. A redação atual do artigo impugnado, aliás, é dada pela Lei n.º 10.421/2002, mas revoga norma com a mesmo teor referente ao termo inicial, o que poderia demandar a impugnação da cadeia repristinatória. Se se deduzisse hipótese de omissão inconstitucional, já se decidiu em tal seara:

2. Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas hipóteses se situam em uma zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado. (...) (ADI 4079, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 04-05-2015 PUBLIC 05-05-2015)

E, em casos como o dos autos:

EMENTAS: (...) 2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela. (...) (ADI 4163, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013)

ADI 6327 MC / DF

Em relação aos requisitos da ADPF, o próprio requerente, como dito, cuidou de incluir preliminar acerca da controvérsia judicial sobre a questão, satisfazendo, assim, a exigência do art. 1º, par. único, I, da Lei n.º 9.882/99.

No mais, preceito fundamental é um conceito aberto, porquanto não há cláusula constitucional expressa que o defina explicitamente. Nesse sentido, bem observou o e. Min. Gilmar Mendes, em voto proferido na ADPF 33-MC, DJ 06.08.2004:

“Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).

(...)

Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas cláusulas pétreas, parecem despidos de conteúdo específico.

O que significa, efetivamente, separação de Poderes ou forma federativa? O que é um Estado de Direito Democrático?

Qual o significado da proteção da dignidade humana? Qual a dimensão do princípio federativo?

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que

ADI 6327 MC / DF

permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.

(...)

Essa orientação, consagrada por esta Corte para os chamados princípios sensíveis, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados preceitos fundamentais.

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J.J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros ‘limites textuais implícitos’ (J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.049)

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.”

Dito isso, ao menos em juízo de cognição sumária, compreendo

ADI 6327 MC / DF

como preceitos fundamentais os dispositivos tidos por violados: arts. 6º, que inclui a proteção à maternidade e à infância como direito social e, assim, direito fundamental, e ao artigo 227, que estabelece, adjetivando como absoluta a prioridade dos direitos da crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar.

Assento, assim, o conhecimento da presente da ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No mérito do pedido liminar, entendo presentes os requisitos do art. 5º da Lei n.º 9.882/99.

A probabilidade do direito reside na proteção deficiente das crianças prematuras (e de suas mães), que, embora demandem mais 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.

Eis os dispositivos impugnados e alguns conexos:

Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

ADI 6327 MC / DF

Lei n.º 8.213/91

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. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de .2003)

A interpretação literal, de fato, implica a conclusão de que o benefício inicia-se no período entre 28 dias antes do parto e a data da ocorrência deste, ainda que antecipado.

Apesar de ser possível a extensão desse período em 2 (semanas) antes e depois do parto, mediante atestado médico, e haver previsão expressa de pagamento no caso de parto antecipado, não há previsão de extensão no caso de necessidade de internações mais longas, como ocorrem especialmente com crianças nascidas prematuramente, antes das 37 semanas de gestação.

Essa ausência de previsão legal específica tem fundamentado as decisões judiciais que negam o direito ao benefício, como as citadas na Inicial: 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; JFDF, Processo 0026282-36.2016.4.01.3400, 7ª Vara Federal de Brasília, Juíza Luciana Raquel Tolentino, Data: 28/04/2016; TRT da 17ª Região, MS 0000364-80.2017.5.17.0000, Relator José Carlos Rizk, Data: 08.11.2017. E como, inclusive, já decidiu a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento dos processos n.º 05137979520164058100 e 05137979520164058100, j. 21.06.2018. rel. Juiz Federal Fernando Moreira Gonçalves.

No entanto, penso que a ausência de previsão legal não é óbice legítimo. A ausência de lei não significa, afinal, ausência da norma.

Entre a autocontenção e a discricionariedade/ativismo judicial existe uma margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro

ADI 6327 MC / DF

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 (GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales*. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 121-144, p. 134-135).

Nesses casos em que se demanda ao Judiciário uma prestação que não foi prevista expressamente pelo legislador, i.e., em que se sustenta a sua omissão, diz-se que houve uma proteção deficiente:

"Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais." (CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 273)

Trata-se, assim, de reconhecer uma omissão legislativa. O Min. Barroso defende 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, o exemplo clássico é o salário mínimo (ADI n.º 1458). 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 (BARROSO, Luís Roberto *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e*

ADI 6327 MC / DF

análise crítica da jurisprudência. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 298). É o caso.

Por sua vez, o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao desenvolver uma teoria sobre igualdade, salientou a importância de se investigar o critério discriminatório e se há uma justificativa racional – abstrata e, também, concreta – para que este sirva de fundamento lógico para um tratamento desigual (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21-22). Não há.

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.

Esse avanço legislativo vem acompanhado (e por vezes) precedido de discussões judiciais sobre a matéria, não sendo novidade decisões que, embora inicialmente controversas, acabam fomentando o diálogo institucional, sendo derradeiramente acolhidas pelo legislador, que se convence, então, que sua omissão não era eloquente, mas anti-isonômica. É o caso da decisão sobre a diferença – considerada inconstitucional – entre os prazos de licença-maternidade entre os filhos biológicos e adotivos (RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

A questão sobre a prorrogação da licença nos casos de parto prematuro, aliás, encontra-se em debate no âmbito legislativo por meio da PEC n. 181/2015.

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.

ADI 6327 MC / DF

No caso, 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), qualifica o regime de proteção desses direitos:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na **assistência materno-infantil;**" (grifei)

Partindo-se do princípio que a Constituição não traz palavras vazias, é dizer que algo absoluto não comporta relativização. A doutrina da proteção integral deve ser, assim, 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

ADI 6327 MC / DF

constitucional de que percentual de recursos da saúde seja destinado à assistência materno-infantil.

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.

Além disso, o bloco de constitucionalidade amplia o sistema de proteção desses direitos. O artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto n.º 99.710/1990, prevê:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

a) reduzir a mortalidade infantil;

(...)

d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;

e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

Nessa linha, a Agenda 2030 que estabelece os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável tem especial preocupação com essa questão, estabelecendo entre seus objetivos:

ADI 6327 MC / DF

3.1 Até 2030, reduzir a taxa de mortalidade materna global para menos de 70 mortes por 100.000 nascidos vivos;

3.2: Até 2030, acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de 5 anos, com todos os países objetivando reduzir a mortalidade neonatal para pelo menos 12 por 1.000 nascidos vivos e a mortalidade de crianças menores de 5 anos para pelo menos 25 por 1.000 nascidos vivos”

Recentemente, editou-se o Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), reconhecendo a especial necessidade de proteção dessas crianças, alterando a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), a fim de incluir no artigo 8º, que assegurava o atendimento pré e perinatal, também o atendimento pós-natal, dispondo (grifei):

Art. 8 o É assegurado a **todas as mulheres** o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao **puerpério** e atendimento pré-natal, perinatal e **pós-natal integral** no âmbito do Sistema Único de Saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

(...)

§ 3 o Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos **alta hospitalar responsável** e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à **amamentação**. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 4 o Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e **pós-natal**, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Vigência

(...)

§ 6 o A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-

ADI 6327 MC / DF

natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre **aleitamento materno**, alimentação complementar saudável e crescimento e **desenvolvimento infantil**, bem como sobre formas de favorecer a criação de **vínculos afetivos** e de estimular o desenvolvimento integral da criança. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

(...)

§ 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas **pós-parto**. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Esse marco legal que minudencia as 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.

Essa proteção qualificada foi reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento do HC coletivo das mães e gestantes presas:

Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE

ADI 6327 MC / DF

COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. (...) IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. (...). XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão

ADI 6327 MC / DF

preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

(HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018)

Em seu voto, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski cita estudos que salientam a importância do período gestacional e neonatal no desenvolvimento da criança. A instrução do feito por certo alargará o espectro de dados específicos sobre esse período considerado estruturante. Segundo, por exemplo, a teoria do apego, de John Bowlby, a construção do vínculo no primeiro ano de vida tem importância determinante para o seu desenvolvimento saudável.

É indisputável que essa importância seja ainda maior em relação a bebês que, após um período de internação, obtêm alta, algumas vezes contando com já alguns meses de vida, mas nem sempre sequer com o peso de um bebê recém-nascido a termo, demandando cuidados especiais em relação a sua imunidade e desenvolvimento.

O período de internação neonatal guarda as angústias e limitações inerentes ao ambiente hospitalar e à fragilidade das crianças. Ainda que

ADI 6327 MC / DF

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 comemorem 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.

Assim, 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.

E não se pode invocar o óbice do art. 195, § 5º: "*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*"

O benefício e sua fonte de custeio já existem. A Seguridade Social, deve ser compreendida integralmente, como sistema de proteção social que "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

Ou seja, as contribuições previstas no art. 195 (e, complementarmente os impostos), à exceção daquela do art. 195, I, "a" , e

ADI 6327 MC / DF

do inciso II, devem ser destinadas ao tripé composto pelas ações da previdência, da assistência e da saúde. A proteção da maternidade, especialmente da gestante, da qual trata o salário-maternidade, encontra previsão expressa no art. 201, II, da CR, que disciplina a previdência. Se esta não lhe atender, a ação demandada será da saúde e/ou da assistência.

Essa ausência de previsão de fonte de custeio não foi óbice para extensão do prazo de licença à adotante, como decidido no RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, já citado. Assim como não é óbice a demandas de assistência médico-farmacêutica.

Trata-se enfim de levar a sério e compreender integralmente os compromissos assumidos constitucional e convencionalmente em prol da proteção à infância e à maternidade.

Assim, entendo presente o requisito da probabilidade do direito.

O perigo de dano irreparável reside na inexorabilidade e urgência da vida. Segundo o requerente:

“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 ano e altos índices de complicações maternas gestacionais e pós-parto —, não são raros os casos que ensejam internação médico-hospitalar subsequente da mãe e/ou da criança, que, em hipóteses extremas, pode perdurar meses.”

Assim, a cada dia, findam-se licenças-maternidade que deveriam ser estendidas se contadas a partir da alta, com o respectivo pagamento previdenciário do salário-maternidade, de modo a permitir que a licença à gestante tenha, de fato, o período de duração de 120 dias previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição.

Nesse momento liminar, entendo que a concessão da medida deve restringir-se aos casos mais graves, e, portanto, àquelas internações que excederem o período de duas semanas previsto no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Regulamento da Previdência Social, permitindo nesses

ADI 6327 MC / DF

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.

Diante do exposto, preliminarmente, conheço a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, no mérito do pedido cautelar, depreendendo presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a liminar 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 (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das razões sistemáticas antes explicitadas) 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 previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto n.º 3.048/99.

Submeto de pronto a presente decisão liminar ao referendo do Plenário, por meio virtual, na forma do art. 1º, III, da Resolução STF n.º 642/2019.

Publique-se. Intimem-se, oficiando-se, ainda, à Presidência do Instituto Nacional do Seguro Social para imediato cumprimento.

Brasília, 12 de março de 2020.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente