



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANDRESSA SOARES SOLOS DO MAR

**O INÍCIO DA LICENÇA-MATERNIDADE EM CASO DA MENOR PREMATURA
INTERNADA À LUZ DA ADI Nº 6.327 DO STF**

FORTALEZA
2021

VANDRESSA SOARES SOLOS DO MAR

O INÍCIO DA LICENÇA-MATERNIDADE EM CASO DA MENOR PREMATURA
INTERNADA À LUZ DA ADI Nº 6.327 DO STF

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Previdenciário.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Theresa Rachel Couto Correia.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- S1i Solos do Mar, Vandressa.
O INÍCIO DA LICENÇA-MATERNIDADE EM CASO DA MENOR PREMATURA INTERNADA À
LUZ DA ADI Nº 6.327 DO STF / Vandressa Solos do Mar. – 2021.
56 f. : il.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia.
1. proteção à maternidade; licença-maternidade; criança prematura; alta hospitalar; Ação Direta de
Inconstitucionalidade nº 6.327. . I. Título.

CDD 340

VANDRESSA SOARES SOLOS DO MAR

O INÍCIO DA LICENÇA-MATERNIDADE EM CASO DA MENOR PREMATURA
INTERNADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Previdenciário.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Theresa Rachel Couto Correia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas
Centro Universitário UniFanor Wyden

A Deus.

Aos meus pais, Silvana e Van-Johnson, e irmã, Vanessa, por sempre me incentivarem e acreditarem que eu seria capaz de superar os obstáculos que a vida me apresentou.

Ao meu avô que sempre teve muito orgulho da minha jornada estudantil.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus por ter sido sempre presente em minha jornada estudantil dando forças para que eu alcançasse meus objetivos.

Aos meus pais, Silvana e Van-Johnson, por desde que era criança terem me ensinado a importância de persistir em meus objetivos. Pelo apoio e pela confiança que depositaram em mim diariamente. Obrigada por todo o esforço e cuidado.

Aos meus avós, José Soares, Bethsabé Viana e Mariete Peixoto que sempre me estimularam a buscar nos estudos para alcançar meus objetivos e demonstraram orgulho das minhas vitórias.

À minha irmã, Vanessa Solos do Mar, que sempre teve suma importância na minha vida como um todo, com seu amor fraternal. Essa vitória é nossa.

Ao meu namorado, Rodrigo Carvalho, por ter me ajudado diretamente nas minhas conquistas e ter vibrado com todas.

Ao meu cunhado, Rafael Bustamante, por ter me apoiado desde o período pré-vestibular e durante toda minha graduação.

Agradeço à Prof. Theresa Rachel Couto Correia por desde início ter me orientado sobre aspectos importantes sobre o tema abordado, os quais foram imprescindíveis para a elaboração deste trabalho.

Aos professores Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva e Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas por terem aceitado o convite integrar a banca de monografia.

Aos meus amigos que tive a honra de conhecer desde o início da faculdade e objetivo manter amizade para além da jornada acadêmica: Thais Carneiro, Clarissa Josino, Flávia Oliveira, Giulia Nóbrega, Larissa Sampaio, Luisa de Oliveira, Marcus Vinicius, Paulo Henrique, Victor Dantas e Vitor Sombra. Agradeço por termos tido a oportunidade de vencer essa fase juntos, sempre nos apoiando, fosse em dicas estudantis fosse em apoio emocional.

Aos meus amigos do Colégio 7 de Setembro que mantenho a honra de ter a amizade. Especialmente, à Brenda Meneses que sempre foi uma companhia essencial.

Aos meus mentores de estágio na Defensoria Pública da União, principalmente ao Dr. Eduardo Negreiros e à Dra. Carolina Botelho, defensores que tive a honra em ser orientada. Obrigada por tanto aprendizado que me disponibilizaram.

Por fim, aos professores e amigos que contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional durante minha graduação, os quais não poderei citar, pela limitação de linhas.

RESUMO

O objetivo principal deste estudo é examinar a importância do entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327. Ele possibilita que a concessão do benefício da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade, nos casos de recém-nascidos prematuros e/ou de mães que necessitam de internação, utilize como termo inicial a alta hospitalar. Para tanto, inicia-se o trabalho abordando os institutos existentes de proteção à mulher, dando destaque à possibilidade aos destinados à sua inserção no mercado de trabalho, pois se correlacionam diretamente à garantia à maternidade. Diante dessa temática, explana-se que existem vários dispositivos com o foco de proteção à mulher neste contexto, desde a estabilidade ao emprego à licença-maternidade. Sendo esta última a base fundamental do presente trabalho. Diante dessa importância, fez-se a análise histórica da licença-maternidade, apresentando os aspectos gerais e requisitos legais para a sua concessão, além de diferenciar os institutos da Licença-Maternidade e do Salário-Maternidade. Avançando, efetua-se a análise do marco inicial para a concessão do benefício previdenciário. Desse modo, abordam-se as possibilidades gerais estabelecidas em lei para que a duração da licença-maternidade possa ser estendida. Destacando, nesse sentido que os casos de nascimento prematuro em se precisam de longa internação não são respaldos pelo meio legislativo. Neste contexto, insere-se a análise da evolução de vários entendimentos de Tribunais acerca do tema, incluindo-se a importância do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.327. Para a consecução do propósito estabelecido, aplicar-se-á a metodologia dedutiva, a partir da pesquisa exploratória e qualitativa da bibliografia doutrinária, da legislação, de artigos jurídicos, de jurisprudência relacionados ao tema. Logo, a pesquisa é pauta de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória. Como resultado do presente estudo, evidencia-se que tal entendimento da ADI 6.327 explorada consistiu em ser o resultado de anos de debate sobre uma solução para essa situação.

Palavras-chave: Proteção à maternidade; licença-maternidade; criança prematura; alta hospitalar; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.327.

ABSTRACT

The main objective of this study is to examine the importance of the understanding of the Federal Supreme Court in the Direct Action of Unconstitutionality 6,327. It enables the grant of the benefit of maternity leave and maternity pay, in cases of premature newborns and/or mothers who need hospitalization, by using hospital discharge as the initial term. Therefore, the work begins by approaching the existing institutes for women's protection, highlighting the ones which intended the insertion of these women in the labor market, since they are directly correlated with the guarantee of motherhood. For that reason, it is explained that there are several provisions focused on protecting women in this context, from job stability to maternity leave, the last one being the fundamental basis of this work. Consequently, given this importance, a historical analysis of maternity leave was made, presenting the general aspects and legal requirements for its granting, besides the differentiating between the institutes of Maternity Leave and Maternity Pay. Moving forward, the analysis of the initial milestone for granting the social security benefit is made. Thus, the general possibilities established by law are addressed so that the starting time of the leave occurs on a date after the birth. In this moment, it is found out that, in cases of premature birth and in cases the child needs to be hospitalized in the ICU for a long period, there is no legislative support for the license to be extended for the necessary period. In this sense, it is inserted the study of premature child and the analysis of the evolution of several Courts understandings on the subject, including the importance of the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (DAU) 6,327 in this context. To achieve the established purpose, the deductive methodology will be applied, based on exploratory and qualitative research of the doctrinal bibliography and legislation related to the subject. As a result of the present study, it is evident that this understanding of the Direct Action of Unconstitutionality 6,327 explored consisted in being the result of years of debate about a solution to this situation.

Keywords: protecting maternity; maternity leave; premature child; hospital discharge; Direct Action of Unconstitutionality nº 6,327.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À MULHER PARA RESGUARDAR O DIREITO À MATERNIDADE.....	13
2.1	Da geral proteção da mulher em face da discriminação sofrida no mercado de Trabalho.....	14
2.2	Institutos aplicáveis para fornecer a garantia de emprego à mulher	17
2.3	Regulamentação da garantia à maternidade: do instrumento geral ao específico.....	19
3	LICENÇA-MATERNIDADE E SALÁRIO-MATERNIDADE.....	23
3.1	Salário-Maternidade e Seguridade Social: natureza do instituto	25
3.2	Licença-Maternidade: previsão legal e seu marco inicial.....	33
3.4	Licença-Maternidade e Salário-Maternidade: diferenças.....	29
3.5	Possibilidade da licença-maternidade com duração diversa da estabelecida em lei ..	34
4	A SITUAÇÃO DA MENOR PREMATURA INTERNADA E A LICENÇA MATERNIDADE.....	37
4.1	Criança Prematura Internada e sua proteção no Brasil.....	39
4.2	Institutos que visam a garantir a prorrogação da licença maternidade em caso de criança prematura	40
4.3	A importância do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.327 no contexto da prorrogação da licença-maternidade.....	42
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
	REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

A realidade contemporânea demonstra que os casos de nascimento prematuro cresceram, no Brasil, nas últimas décadas. Define-se por criança prematura aquela que nasce antes do período previsto de 37 semanas de gestação (nascimento pré-termo). Destaca-se que esse nascimento antecipado faz necessária a internação em Unidades Intensivas de Tratamento, já que precisam de cuidados.

Esse tempo de internação em que a criança precisa de internação, no geral, a mãe não consegue ter a convivência apropriada com seu filho. Assim, o prejuízo tanto a mãe quanto ao filho pela necessidade da internação ocorre em vários setores da vida dos mesmos.

Nesse contexto, a regra existente na legislação é de que o salário-maternidade será devido à segurada da previdência social durante 120 (cento e vinte) dias, com início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e término 91 (noventa e um) dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto.

Conforme se estabelece no art. 392, § 2º, CLT, o seu termo final (91 dias após o parto) pode ser acrescido de mais 2 semanas, em casos excepcionais, mediante atestado médico específico (art. 93, § 3º, do RPS), ou com a morte da segurada.

Verificando-se que diretamente a lei somente possibilita um período curto como possível de ser estendido ao período da licença-maternidade, já que somente viabiliza 2 semanas antes e/ou 2 semanas depois.

Assim, na realidade dos prematuros que necessitam de internação fica clara a falta de garantia do direito à maternidade, já que o tempo de internação, pela legislação, é contabilizado dentro da licença-maternidade. Ou seja, como na lei determina que inicia com o nascimento da criança, o período que o recém nascido está internado já é considerado e descontado dentro dos 120 dias padrão da licença-maternidade. Logo, essa falta de legislação inviabiliza, nestes casos, a proteção à maternidade.

Nesse contexto de desrespeito a um direito tão importante, no qual deixam infantes em situação de risco, em decorrência de não haver amparo legal para o recebimento do salário-maternidade no período necessário, que se insere a análise do entendimento da ADI 6.327, pelo STF.

O entendimento da ADI 6.327 consiste em possibilitar a prorrogação do benefício, resultante, já que entende que o termo inicial da concessão do benefício da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade é a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe que necessitaram de internação de UTI. Consequentemente, prorrogando o período

de licença-maternidade tem suma importância para a garantia ao direito à maternidade.

Logo, é fato que, essa realidade contemporânea de vários casos de nascimento prematuro é comum, necessita-se de proteção jurídica, já que representa um tema complexo de interesse social.

Utiliza-se como metodologia de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, decisões judiciais e da legislação. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

Deste modo, no primeiro capítulo, analisa-se de modo geral os institutos mais importantes que visam garantir o direito à maternidade, apresentando a correlação existente dessa garantia com os institutos que viabilizam a inserção da mulher no mercado de trabalho. Instrumentos necessários em face do preconceito que as trabalhadoras ainda enfrentam.

O segundo capítulo define-se os termos de licença-maternidade e salário-maternidade mediante a exposição dos seus aspectos gerais, determinando o momento de início desses benefícios, também efetuando suas respectivas distinções. Inclusive, explora-se os momentos viáveis de duração diversa da licença-maternidade.

No último capítulo, é feita uma análise sobre a situação da menor prematura que precisa ser internada e a aplicação das regras da licença-maternidade nestes casos. Verificando-se que a legislação para amparar tais casos são insuficientes, logo é nesse contexto que se analisa a importância do julgamento da ADI 6327 e destaca a relevância de que haja a continuidade da evolução da temática no âmbito legislativo.

Por fim, salienta-se que este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema da licença-maternidade especial em caso de crianças prematuras, mas tão somente de esclarecer sobre pontos relevantes com base em todo o contexto que lhe resultou.

2 INSTITUTOS DE PROTEÇÃO À MULHER PARA RESGUARDAR O DIREITO À MATERNIDADE

Preliminarmente, cumpre esclarecer que, a despeito da proteção à mulher, no contexto da discriminação, no mercado de trabalho, tratar-se de uma proteção geral, tem como desdobramento a proteção ao direito à maternidade, que é o objeto de análise sobre o qual se passará a discorrer.

Logo, ressalta-se sobre o assunto que o princípio da proteção ao mercado de trabalho da mulher está consagrado no inc. XX do art. 7º da CF¹ e tem por escopo estabelecer ações afirmativas em prol das mulheres trabalhadoras.

Inclusive, o STF esclareceu sobre o assunto e enfatizou que a Constituição permite tratamento diferenciado para as situações expressas de tratamento desigual, a exemplo dos arts. 7º, XX e 40, § 1º, III, a e b². Estes dispositivos visam a, sobretudo, corrigir as injustiças históricas e as discriminações que sofrem as mulheres no mercado de trabalho em relação aos homens.³ Injustiças e discriminações que são facilmente percebidas em diversos momentos.

A título de ilustração, tem-se o caso de quando há restrição a um cargo para mulheres que já são ou pretendam ser mães. Sendo assim, neste caso, verificamos exemplo de discriminação que diretamente prejudica a maternidade, já que para que possa usufruir deste momento, muitas mulheres precisam da estabilidade financeira que pode ser proporcionada por um emprego.

Logo, de fato, para que a mulher tenha a garantia de tal direito, esta proteção deve acontecer antes, durante e depois à maternidade.

Sobre essa proteção à maternidade, é sabido que por toda a legislação existem dispositivos que a garantem, principalmente no âmbito trabalhista e no previdenciário. Tais institutos têm o foco, respectivamente, de proteger a mulher da discriminação, no âmbito trabalhista, pelo fato de ser mulher, com aspectos mais gerais, e de garantir o período propriamente da maternidade, no âmbito previdenciário. Portanto, compreende-se que tais setores estão intrinsecamente associados.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

² LEITE. Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 885.

³ *Ibid*, p. 33.

Com o objetivo de proteger a mulher no mercado de trabalho, o legislador também achou por bem transformar este outrora benefício trabalhista em previdenciário, retirando o encargo de seu pagamento das empresas, por meio da Lei nº 6.136/74, situação que permanece até hoje.⁴

Sendo assim, neste capítulo dar-se á ênfase desse assunto nesses dois aspectos que são intrinsecamente relacionados: trabalhista e previdenciário. Pois, assim, poderão se aprofundar as proteções existentes tanto ao momento anterior quanto ao posterior do nascimento da criança.

2.1 Da geral proteção da mulher em face da discriminação sofrida no mercado de trabalho

Devido às prerrogativas masculinas, ao longo da história, terem tido preferência, o constituinte brasileiro deixou claro, no art. 3º, IV, da Carta Magna de 1988⁵, que entre seus objetivos, estava o de promover o bem de todos, sem preconceitos e sem discriminações. Tal preceito também foi garantido no art. 5º, no qual determinou que homens e mulheres seriam iguais em direitos e obrigações⁶.

É fato que, no plano legislativo, o trabalho da mulher goza de proteção especial no plano internacional e no direito do trabalho pátrio.⁷

O Legislador ordinário (Lei nº 5.452/1943) trouxe nos arts. 372 a 401 da CLT garantias extremamente importantes nesta temática.⁸

Tal tratamento diferenciado é essencial para que se viabilizem oportunidades equiparadas a ambos os sexos no setor trabalhista.

Sobre o assunto, no plano internacional, entende-se por discriminação de gênero, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 666.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1361.

⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

Mulher, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979 e ratificada totalmente no Brasil pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002 estabelece que:

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo⁹.

Conforme, muito bem salientado, por Godinho¹⁰, somente a partir da Constituição de 1988 que se eliminou do direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício.

No plano pátrio, sob aspecto constitucional, o art. 5º, caput e inciso I, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. O art. 7º, inciso XX, garantiu a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” e em seu inciso XXX,¹¹ aborda-se o princípio da proibição de discriminação na qual veda a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

As Leis de nº 9.029/1995 e nº 9.799/1999 contribuíram para o combate à discriminação da mulher trabalhadora.

O primeiro desses diplomas proíbe a “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”¹². Com respeito especificamente à mulher, considera também práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez

⁹ BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

¹² BRASIL. **Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995.]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

(art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou incitamento ao controle de natalidade.¹³

Já a Lei n. 9.799/99, por sua vez, tornou expressos parâmetros antidiscriminatórios cujo conteúdo, de certo modo, já poderia ser inferido dos textos normativos preexistentes, em especial da Constituição. Mas foi a partir deste dispositivo que se inseriu o art. 373-A da CLT o qual garante tal direito à mulher.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher¹⁴.

Essa proteção jurídica especial à mulher, do artigo anteriormente citado, tem por fundamento a ordem fisiológica, já que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, e social, porque interessa a toda a sociedade a defesa e proteção da família humana¹⁵.

Destaca-se que tal proteção é de extrema importância, já que a discriminação dos gêneros mesmo sendo proibida, ainda acontece corriqueiramente. Por exemplo, diversas vezes, tal preconceito de contratação de mulheres decorre do fato do empregador considerar que caso a contrate em face do homem estará em prejuízo, já que posteriormente pode haver a possibilidade de que tal mulher engravide, e por consequência, ter que fazer jus aos benefícios de tal fase, que o empregador pode considerar como negativo para o crescimento de seu empreendimento.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 964.

¹⁴ *Ibid*, p. 965.

¹⁵ LEITE. Carlos Henrique Bezerra. *op. cit.*, p. 884.

2.2 Institutos aplicáveis para fornecer a garantia de emprego à mulher

Logo, devido a tal discriminação, fica evidente a importância da proteção à mulher, pois, em nome do paralelismo essencial entre homens e mulheres, não se poderia deixar de admitir diferenças biológicas evidentes. Ou seja, apesar de juridicamente iguais, homens e mulheres são fisiológica e psicologicamente dessemelhantes¹⁶.

Sendo assim, formalmente iguais, homens e mulheres, nos estritos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique, segundo a vontade do constituinte originário, uma violência à isonomia, mas sim um tratamento desigual com o foco corretivo da desigualdade, conforme sabiamente explica Martinez¹⁷.

Diante de tal cenário, a proteção do mercado de trabalho da mulher demonstrou a sua relevância quando o legislador incluiu esse objeto como direito mínimo previsto no art. 7º, XX, da Constituição de 1988¹⁸.

Para efetivar tal proteção, inclusive, os legisladores constitucionais e infraconstitucionais atuam em esferas protetivas que não apenas abarcam o curso laboral, mas também o instante pré-contratual, pois as violações podem ocorrer antes de iniciado o contrato de emprego, por exemplo, em uma tentativa obstada de aquisição de vaga.

No cenário **pré-contratual**, existem dispositivos específicos para garantir a igualdade de oportunidade.

Destaca-se entre eles o art. 2º, I, da Lei n. 9.029/95, no qual **veda a exigência de exame** diante das situações de gravidez, para ter acesso ou permanecer em emprego, pelo que se destaca: Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: “I -a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez”¹⁹.

Destaca-se que esta proteção também é garantida no art. 373-A da CLT. Inserem-se abaixo os principais incisos, iniciando-se pelo IV:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades

¹⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1361.

¹⁷ *Ibid.*, p. 1361.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995**. Dispõe sobre a proibição da exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 24 jul. 2021.

estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego [...]”²⁰.

Além disso, ainda no art. 373-A, inciso I, da CLT veda a discriminação em publicação de anúncio de emprego, conforme se observa: “Art. 373-A, I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir”²¹.

No mesmo artigo, em seu inciso II, veda-se a recusa de emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo ou estado de gravidez. A saber: “Art. 373-A, II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível”²².

Ainda neste artigo, em seu inciso III, veda que use tais características como determinante na estipulação do valor do salário. A esse respeito: “Art. 373-A, III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional”²³.

Por fim, no art. 373-A da CLT, inciso V, proíbe-se impedir acesso ou adotar critérios subjetivos, como o sexo ou estado de gravidez, para o deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas. Destaca-se: “Art. 373-A, V- impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez”²⁴.

Dando continuidade a tal proteção, em outra fase, além dela ocorrer para garantir que haja a possibilidade de emprego da mulher (fase pré-contratual), também existem os mecanismos para que ela seja garantida durante o contrato de trabalho.

Logo, neste aspecto, conforme o art. 377 da CLT, a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública. Com efeito, por ser de

²⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 jul.2021.

²¹ *Ibid.*, s. p.

²² *Ibid.*, s. p.

²³ *Ibid.*, s. p.

²⁴ *Ibid.*, s. p.

ordem pública, são insuscetíveis de negociação individual ou coletiva tendente a atenuá-las ou a modificar seus contornos previstos em lei.²⁵

O doutrinador Luciano Martinez explica que a proteção resultante deste dispositivo envolve os seguintes campos: métodos e locais de trabalho; períodos diferenciados de descanso; limite de uso da força muscular; vedações às revistas íntimas; e, por fim, a situação de amamentação e o amparo à maternidade²⁶.

Em relação a esta última que se dará ênfase no próximo tópico, já que tal direito que representa o foco deste trabalho.

2.3 Regulamentação da garantia à maternidade: do instrumento geral ao específico

Primeiramente, destaca-se que, apesar de a proclamada igualdade de gênero garantida pelo art. 5º da CF/88, ela, por si só, não seria suficiente para garantir a proteção à mulher, já que existem claras diferenças estruturais entre homens e mulheres.

Notadamente, em relação a tais diferenças, destaca-se a gestação, função biológica unicamente a elas concebida, é a que aqui se dará ênfase.

Diante da temática igualdade, o art. 5º da CF/88 é de suma importância, mas nesse assunto, devem-se analisar todos os outros dispositivos que dão viabilidade para que este direito seja garantido.²⁷

Conforme ensina Delgado²⁸, a Constituição de 1988, firmemente, eliminou do Direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício. Inclusive revogou alguns dispositivos da CLT que, sob o aparentemente generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório com relação à mulher obreira.

Destaca-se ainda que a Constituição em seu art. 7º, XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei) permitiu uma prática diferenciada, desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) a mulher no mercado de trabalho.²⁹

Logo, ao se analisar a Constituição, verifica-se esse tratamento diferenciado à mulher enquanto mãe. Para isso, a maternidade recebeu normatização especial e privilegiada

²⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1364.

²⁶ *Ibid.*, p. 1364.

²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

²⁸ *Ibid.*, p. 962.

²⁹ *Ibid.*, p. 963.

pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem. Isto se pode observar a partir da análise, por exemplo, do art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo)³⁰.

Tal tratamento diferenciado é essencial, já que a maternidade produz uma série de modificações na mulher, nos mais variados âmbitos: familiar, social e profissional. Sendo assim, esses cuidados passam a ser exigíveis desde os primeiros instantes do período gestacional. Por isso, a proteção à maternidade e à infância foram alçadas à qualidade de direito social, nos termos do art. 6º da Constituição de 1988³¹.

Ou seja, percebe-se que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, sendo um complexo que envolve conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção³². O art. 201, II, do texto constitucional é claríssimo nesse sentido:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [...] II - **proteção à maternidade**, especialmente à gestante [...] (grifo nosso)³³.

Neste mesmo sentido, um direito de suma importância para a mulher em estado gravídico é sua garantia de estabilidade de emprego que é determinada pelo artigo 10, inciso II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”³⁴.

Logo, a partir da análise de tal dispositivo, observa-se que a estabilidade é bem definida em relação a seus limites: começa com a confirmação do estado de gravidez, assim entendido o momento em que a empregada sabe estar grávida, e termina cinco meses após o parto, independentemente de o contrato ter sido firmado por tempo determinado ou

³⁰ *Ibid*, p. 964.

³¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

³² MARTINEZ, Luciano, *op. cit.*, p. 1370.

³³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

³⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

indeterminado (vide Súmula 244, III, do TST³⁵ — vide também o IAC — 5639-31.2013.5.12.0051), independentemente também da concepção ter ocorrido durante o aviso prévio, trabalhado ou indenizado (vide Lei n. 12.812, de 16-5-2013, que acrescentou o art. 391-A à CLT)³⁶.

Sobre a estabilidade, cumpre ressaltar que o conceito de estabilidade é mais extenso e conseqüentemente engloba o da licença-maternidade³⁷.

Conforme explica Martinez³⁸, fazendo jus a mulher ao seu período de estabilidade, no qual irá se afastar do serviço sem prejuízo de salário, irá se iniciar o período de licença-maternidade. Durante tal licença a empregada será destinatária de uma vantagem previdenciária, assumida pelo RGPS, chamada de salário-maternidade. Destaca-se que tal diferenciação entre os institutos será mais aprofundada no capítulo 3 deste presente trabalho.

Em relação à proteção da maternidade, deve-se enfatizar novamente o art. 394-A da CLT, já que o referido dispositivo, totalmente sintonizado com o direito fundamental da proteção à maternidade (vide art. 6º da Constituição da República), sofreu alterações importantes com a Lei n. 13.467/2017³⁹.

Sobre a garantia do instituto maternidade, ressalta-se que durante a gravidez, no caso de insalubridade, a proteção da mulher garante a possibilidade de transferência de função, melhor explicando, elucida Martinez⁴⁰:

Em conformidade com o disposto no § 4º, I, do art. 392 da CLT, garantem-se à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e dos demais direitos, a transferência de função, quando as condições de saúde assim o exigirem, e, também, a retomada da função anteriormente exercida quando desaparecerem os motivos que ensejaram a transferência.

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n° 244**. A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ação na qual o sindicato, em nome próprio, pleiteia o recolhimento de desconto assistencial previsto em sentença normativa, convenção ou acordo coletivos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1985]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i=340#TIT333TEMA0>. Acesso em: 19 ago. 2021.

³⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1371.

³⁷ *Ibid.*, p. 1372.

³⁸ *Ibid.*, p. 1372.

³⁹ BRASIL. **Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n° 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.*, p. 1371.

Porém, quando não for possível essa transferência da mulher grávida para outra função que seja salubre, ensejará a percepção desde logo do salário-maternidade.

Neste aspecto, cumpre salientar que, neste exemplo citado acima, caso não haja possibilidade de transferência para outro meio, pode-se iniciar em momento antecipado o período da licença-maternidade⁴¹.

Sendo esta exceção de extrema importância citar, já que o cerne deste trabalho, licença-maternidade prorrogada para o caso de crianças prematuras em UTI, também é uma exceção de prorrogação, já que possibilita a extensão do benefício em hipótese não prevista em lei.

Posicionando-se a sobre este caso de prorrogação do benefício, manifestando-se que esta situação seria inconstitucional, assim como vários outros Doutrinadores, Martinez⁴² elucida que:

[...] é importante anotar que a criação de um salário-maternidade para cobrir uma suposta gravidez de risco — **hipótese até então não prevista em lei** — **atenta contra o princípio da precedência das fontes de custeio constante do § 5º do art. 195 da Constituição da República, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”**. Observe-se que o legislador da reforma trabalhista, sem pudores, estendeu o salário-maternidade para as gestantes e lactantes que vivessem uma “gravidez de risco” (mesmo para as lactantes, que já não mais estariam grávidas). Foi, sem dúvidas, um ato de “cortesia com o chapéu alheio”. O legislador cortejou o empregador mediante recursos reservados de uma previdência social em crise. **Há, portanto, clara inconstitucionalidade no referido dispositivo**” (grifos nossos).

Mesmo tal doutrinador tendo tal posicionamento, podemos observar que quando ocorre tal possibilidade está ocorrendo a extensão da licença-maternidade e não do salário-maternidade, conforme fora contra-argumentado pelo doutrinador acima. Neste caso, com a antecipação da licença, na verdade, está se ponderando outro direito que sendo sopesado é mais importante: a garantia à maternidade.

Tais cuidados para garantir a maternidade englobam o período pós-gestação, já que é neste momento, geralmente, que a mulher será destinatária de uma licença para cuidar e, se for o caso, para amamentar o novo integrante da família⁴³. Sendo assim, destaca-se o estudo pormenorizado da licença-maternidade no seguinte capítulo.

⁴¹ *Ibid.*, p. 643.

⁴² *Ibid.*, p. 642.

⁴³ *Ibid.*, p. 1679.

3 LICENÇA-MATERNIDADE E SALÁRIO-MATERNIDADE

Fazendo uma breve retrospectiva histórica, constata-se que o Brasil passou a conceder licença-maternidade a suas trabalhadoras a partir da Constituição de 1934. De início, o tempo previsto para afastamento do trabalho era de três meses, custeados pelo empregador.

A partir de 1974, o salário-maternidade foi incluído entre as prestações da Previdência Social, retirando os encargos dos empregadores.

Em 1988, com a Constituição brasileira o período de afastamento do trabalho para a licença-maternidade foi então ampliado para 120 dias. Cumpre ressaltar que a CF/1988, constitui um marco na proteção social pátria.⁴⁴ Um desses marcos é justamente a proteção à maternidade, a qual é tida como um direito social (art. 6º da Carta Magna), especialmente à gestante, conforme previsão do art. 201, inciso II.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [...] II - proteção à maternidade, especialmente à gestante⁴⁵

No ano de 2008, a legislação autorizou novamente a ampliação do período, para 180 dias. No entanto, este benefício ainda está restrito a servidoras públicas e a empregadas de empresas participantes do Programa Empresa Cidadã⁴⁶.

A maternidade é um evento amparado pela previdência social porque representa um momento no qual a mulher precisa ser afastada do seu trabalho enquanto permanece recebendo sua remuneração. Sobre o assunto, Dias e Macedo⁴⁷ apontam:

Por implicar necessidade de afastamento da trabalhadora da atividade laboral para cuidar do filho recém-nascido, a **maternidade** é objeto de proteção pela previdência social. Assim, durante o período de afastamento, a trabalhadora perceberá um benefício em substituição ao seu salário. **O móvel que leva à inclusão da maternidade no rol dos eventos cobertos pela previdência social, nada obstante seja ordinariamente um acontecimento querido e previsto, é repercussão econômica na vida da trabalhadora.** (grifos nossos).

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1953.

⁴⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁴⁶ KRAUSE, L. I. **Mulher, trabalho e maternidade: demandas no retorno da licença-maternidade**. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde da Mulher, Criança e Adolescente) - Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Saúde e Comportamento, Pelotas, 2017. Disponível em: <http://tede.ucpel.edu.br:8080/jspui/handle/tede/635>. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁴⁷ DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 29.

De fato, um importante instrumento para garantir a proteção à maternidade é a licença-maternidade, que consiste em um período de afastamento do trabalho após o parto, preferencialmente remunerado.⁴⁸

A OIT recomenda um período mínimo de 14 semanas de afastamento do trabalho, com remuneração, após o parto. A maioria dos países obedece a tal orientação, entretanto, encontram-se períodos diversificados. É possível observar uma tendência, especialmente em países desenvolvidos em alargar o tempo de licença-maternidade. No caso do Reino Unido e da Austrália, preveem, em sua legislação, períodos superiores a um ano⁴⁹.

É mister ressaltar que, no âmbito internacional, inclusive existe estudo que aborda a temática sobre a licença-maternidade durar mais de 6 meses. Este estudo foi realizado no EUA, Cabral aponta que⁵⁰, na revista *Matern Child Health*, no ano de 2015, com a finalidade de determinar a relação entre o tempo de licença-maternidade e a saúde da mulher.

Nesse estudo, a amostra foi composta por 817 mulheres maiores de 18 anos, inseridas no mercado de trabalho e que deram à luz a termo a uma criança saudável em hospitais americanos. Essas mulheres foram acompanhadas no período pós-parto, quando foram entrevistadas e responderam a instrumentos. Os resultados das análises sugerem uma relação significativa entre presença de sintomas de depressão pós-parto e tempo de licença-maternidade. A relação encontrada é em formato de U, com mínimo de 180 dias, o que significa dizer que, no primeiro ano após o parto, a cada dia adicional de licença-maternidade, até seis meses após o parto, observa-se uma diminuição dos sintomas depressivos, depois dos seis meses a relação se inverte. O estudo alerta que, mães que tiveram licença-maternidade inferior a seis meses parecem ter um risco aumentado para a depressão pós-parto. Além disso, o estudo demonstra que a licença-maternidade pode agir como fator protetor para a saúde mental e física das mulheres em um momento crítico de suas vidas. Atenta para a necessidade de políticas públicas que protejam a mulher neste período delicado de sua saúde⁵¹.

Tal discussão em âmbito internacional é de extrema importância, porém o Brasil ainda não se insere nesse nível de avanço já que, por exemplo, ainda não possui legislação

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Mulheres no trabalho**: tendências 2016. Genebra: OIT, 2016.

⁵⁰ CABRAL, José Eulálio. O ano 2015 e a saúde da criança. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, São Paulo, v. 15, n. 1, pp. 13-14, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1519-38292015000100001>. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁵¹ KRAUSE, L. I. **Mulher, trabalho e maternidade**: demandas no retorno da licença-maternidade. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde da Mulher, Criança e Adolescente) - Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Saúde e Comportamento, Pelotas, 2017. Disponível em: <http://tede.ucpel.edu.br:8080/jspui/handle/tede/635>. Acesso em: 30 jul. 2021.

que resguarde casos extremamente necessários em relação a licença-maternidade, como é a situação do nascimento de crianças prematuras que necessitam de internação. Logo, constatando-se que, neste âmbito, o Brasil ainda necessita de evolução legislativa.

3.1 Salário-Maternidade e Seguridade Social: natureza do instituto

Ao se fazer uma análise histórica sobre o surgimento do instituto de seguridade social, no Brasil, verifica-se que a CRFB/88 foi a primeira constituição brasileira a instituir tal sistema, que engloba as ações na área da previdência social, da assistência social e da saúde pública⁵².

Verificamos, assim, que a Seguridade Social é o instituto criado com o foco de dar aos indivíduos certa estabilidade, no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte, dentre outras situações), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, para isso garantindo meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas⁵³. Insere-se abaixo a explicação elucidada por Ibrahim sobre a seguridade social brasileira:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna⁵⁴.

Nesse mesmo sentido, podemos afirmar que o sistema brasileiro de seguridade social tem por objetivo genérico preservar a dignidade da pessoa humana.⁵⁵

Em suma, a seguridade social é um direito social⁵⁶, conforme é previsto no artigo 6º, da Lei Maior: “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”⁵⁷.

Portanto, verificamos que a expressão “seguridade social”, como está posta na nossa CF/88, é o termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para designar o sistema

⁵² AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 28.

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

⁵⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 05.

⁵⁵ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 29.

⁵⁶ *Ibid*, p. 29.

⁵⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência, a saúde e a assistência social, espécies do gênero seguridade social.⁵⁸

Sobre o assunto, cumpre salientar que dentro do sistema seguridade social coexistem dois subsistemas: subsistema contributivo e o subsistema não contributivo.⁵⁹

O subsistema contributivo é composto apenas pela **previdência social**, que pressupõe o pagamento (real ou presumido) de contribuições previdenciárias dos segurados para a sua cobertura e dos seus dependentes.⁶⁰

Já o subsistema não contributivo é integrado pela **saúde pública** e pela **assistência social**, pois ambas são custeadas pelos tributos em geral (especialmente as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social). Assim, são disponíveis a todas as pessoas que delas necessitarem, inexistindo a exigência de pagamento de contribuições específicas dos usuários para o gozo dessas atividades públicas.⁶¹

Neste contexto, cumpre ressaltar que a assistência social é prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.⁶² A Assistência Social, na CRFB/88, assim é conceituada:

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;
 II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
 III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
 V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Não é este o caso do Salário-Maternidade, cuja regra é de que para usufruir do instituto salário-maternidade, deve ser segurado, ou seja, efetuar contribuições específicas. Conclui-se, assim, que este benefício se insere no conceito de Previdência Social (gênero da Seguridade Social e da espécie previdenciária).

Sobre o assunto, insere-se o que é ensinado por Martins⁶³:

É a Previdência Social um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que

⁵⁸ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02.

⁵⁹ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 28.

⁶⁰ *Ibid*, p. 28.

⁶¹ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 28.

⁶² SANTOS, Leandro Luís Camargo dos. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 2004, p. 39.

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 91.

tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei.

Sendo assim, conforme o constituinte originário dispôs, no seu art. 201, *caput*: “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória”⁶⁴ Dentro dessa perspectiva, a Lei 8.213/91 afirma que:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.⁶⁵

Logo, a partir dos institutos inseridos acima, verifica-se que, de fato, a organização da previdência social é feita por dois princípios básicos, conforme definição do próprio texto constitucional: compulsoriedade e contributividade.⁶⁶ Sendo justamente esses os fundamentos da obrigatoriedade de filiação ao regime da previdência social para que tenham direito aos benefícios que ela proporciona.

Neste contexto, cabe ressaltar os ensinamentos de Rocha e Baltazar Junior⁶⁷:

Com efeito, a previdência social é um seguro social compulsório, eminentemente contributivo – esse é o seu principal traço distintivo -, mantido com recursos dos trabalhadores e de toda a sociedade – que busca propiciar meios indispensáveis à sobrevivência dos segurados e de seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte etc.

Para cada um dos eventos determinados pela Lei 8.213/1991 (doença, invalidez e morte) ou no caso de idade avançada (CF, art. 201, I), há a previsão de um benefício próprio. Logo, a previdência social tem por finalidade proteger o segurado e seus dependentes contra determinados infortúnios. Esses benefícios são valores pagos em dinheiro aos segurados e aos dependentes⁶⁸.

Cumprе mencionar que o salário-maternidade, em uma acepção estrita do seguro social, não teria natureza previdenciária, pois não há necessariamente incapacidade a ser

⁶⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 21 jul. 2021.

⁶⁶ KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 33.

⁶⁷ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 04.

⁶⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 506.

coberta. Entretanto, na visão mais abrangente das necessidades sociais cobertas, com eventos não necessariamente ligados à incapacidade laborativa, considera-se o salário-maternidade como benefício, hoje, tipicamente previdenciário.⁶⁹

Por fim, antes de propriamente adentrar ao requisito em que embasa o estudo, ou seja, o marco do início da licença-maternidade, com o devido recebimento do salário-maternidade, primeiramente iremos diferenciar tais conceitos.

3.2 Licença-Maternidade: previsão legal e seu marco inicial

A licença-maternidade consiste no período que a segurada permanece afastada do trabalho em face do parto. Assim, é possibilitada devido a autorização dada à empregada para afastar-se do seu serviço por um determinado período, para exercer seu papel de mãe e cuidar do seu filho⁷⁰.

Destaca-se que esse período de afastamento proporcionado durante a licença não pode ser descontado das férias da funcionária. Inclusive deve haver o recolhimento do FGTS, e deve contar como tempo de serviço para os todos os efeitos legais⁷¹.

O art. 7º, XVIII CF/88 e o art. 392 da CLT estabelecem regras básicas sobre a licença-maternidade. Como, a licença ser, em regra, de 120 dias; ter o seu início entre o 28 dia antes do parto e a ocorrência desse e possibilidade de repouso ser aumentado em 2 semanas (período antes e depois do parto), mediante atestado médico, conforme se observa abaixo:

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. § 2º **Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.** § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos; I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares⁷².

⁶⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 666.

⁷⁰ CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

⁷¹ *Ibid.*, p. 202.

⁷² BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

Diante dessa temática, ressalta-se que a licença-maternidade é um instituto trabalhista e não se confunde com o salário-maternidade, que é benefício previdenciário. Logo, caso ocorram eventuais alterações na licença-maternidade não afetará o prazo de pagamento do salário-maternidade.⁷³

Assim, com base nisso, compreendemos que mesmo que haja entendimentos de Tribunais pela extensão da licença-maternidade, isso não acarreta mudança nas regras do salário-maternidade (que é regido pelo direito previdenciário).

Isso ocorre porque, conforme o Princípio da Precedência da Fonte de Custeio, a majoração, criação ou extensão de benefício da seguridade social demanda prévia dotação orçamentária a ser indicada pela norma jurídica.

Por essa razão, insere-se, à título de ilustração, a possibilidade de prorrogação da licença-maternidade promovida pela Lei 11.770/2008 (criou o Programa Empresa Cidadã) para as empregadas, a critério da empresa, não ensejará à prorrogação do salário-maternidade para 180 dias em seu sentido estrito. Pois, a segurada recebe os 120 dias referentes ao salário-maternidade e o restante é custeado pelo empregador.

3.3 Salário-maternidade: requisitos de cabimento para sua concessão

O conceito de salário-maternidade pode ser entendido pela definição dada pelo Frederico Amado⁷⁴:

O salário-maternidade é um benefício previdenciário devido a todas as seguradas do RGPS, sem exceção, que visa substituir a sua remuneração em razão do nascimento do seu filho ou da adoção de uma criança, pois nesse período é preciso que a mulher volte toda a sua atenção ao infante, sendo presumida legalmente a sua incapacidade temporária de trabalhar.

A proteção previdenciária à maternidade está garantida no art. 201, II CF/88:

Art. 201. A **previdência social** será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: II - **proteção à maternidade, especialmente à gestante**⁷⁵.

Nesse sentido, o art. 7º, XVIII, CF/88 garante a licença à gestante, sem prejuízo do emprego ou do salário, com a duração de 120 dias: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores

⁷³ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 862

⁷⁴ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 854.

⁷⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Além disso, o art. 71 da Lei nº 8.213/91 garante que:

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.⁷⁶

Assim, conforme o art. 71-C da Lei nº 8.213/91, para que tenha o início do recebimento do salário-maternidade, a segurada deve estar afastada do trabalho ou da atividade desempenhada, como se observa no dispositivo: “Art. 71-C. **A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício**”⁷⁷ (grifo nosso).

Diante da análise desse instituto, é importante inserir algumas definições previdenciárias gerais para que se entenda pormenorizado o salário-maternidade: quem é segurado da previdência e o que representa carência. Sobre a definição de segurado, conforme Martins⁷⁸:

Segurados são as pessoas físicas que exercem, exerceram ou não atividade, remunerada ou não, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício. O segurado só pode ser pessoa física, que é justamente o trabalhador. Se for pessoa jurídica, é contribuinte. Tanto são segurados os ativos, como inativos. O facultativo também é segurado, embora não tenha remuneração (exemplo: dona de casa). Pouco importa se a pessoa tem ou não vínculo de emprego para ser segurado. (grifo nosso).

Já sobre o período de carência considera-se o tempo correspondente ao número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício. Ou seja, inicia a sua contagem a partir do primeiro dia dos meses de suas competências.⁷⁹

Ressalta-se que o salário-maternidade independe de carência para a segurada empregada, doméstica e trabalhadora avulsa.⁸⁰

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 01 julho. 2021.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 21 jul. 2021.

⁷⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 35.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 102.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 35.

Sendo exceção somente para as contribuintes individuais, facultativas e especiais. Para elas deverá ocorrer o cumprimento de 10 contribuições mensais.⁸¹

Assim, o salário-maternidade é devido à segurada da previdência social durante 120 (cento e vinte) dias, com início até 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto e término 91 (noventa e um) dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto.⁸²

O mesmo ensina Hugo Goes: em regra o salário-maternidade terá duração de 120 dias, e a data de início da contagem desses 120 dias pode ocorrer no intervalo de 28 dias antes do parto.⁸³

O mesmo é explicado pelo doutrinador Frederico, o qual salienta que o INSS considera o parto (e não o 28º dia anterior ao parto) como o fato gerador do salário maternidade, sendo a data de início do benefício. Pois isso é o que se dispõe no artigo 343, § 1º, da Instrução Normativa INSS 77/2015⁸⁴.

Dessa forma, para que o benefício tenha início, a parte interessada, portando os documentos necessários (atestado médico no caso de ser solicitado antes do parto ou certidão de nascimento quando for após o nascimento do nascituro), deve solicitar o início do pagamento do benefício⁸⁵.

Sendo assim, a regra geral é de que o salário-maternidade seja concedido dentro dos 28 dias que antecedem o parto, excepcionalmente podendo ser antecipado em 2 semanas, via atestado por médico (art. 93, § 3º, do RPS). Tendo por seu termo final 91 dia após o parto podendo ser acrescido de mais 2 semanas, em casos excepcionais, mediante atestado médico específico (art. 93, § 3º, do RPS), ou com a morte da segurada.

Esse benefício é devido a todas as seguradas do RGPS, sem exceção. Ele visa substituir a remuneração da mãe em razão do nascimento do seu filho ou da adoção de uma criança, já que nesse período a mulher está incapacitada temporariamente ao trabalho, por ter que deprender seu tempo aos cuidados de seu filho⁸⁶.

Inclusive, como o salário-maternidade integra o salário de contribuição, durante a sua percepção será devida a contribuição previdenciária por parte do empregador em

⁸¹ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 870.

⁸² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 836.

⁸³ GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018, p. 306.

⁸⁴ AMADO, Frederico. *Op. cit.*, p.853.

⁸⁵ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 341.

⁸⁶ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 854

referência a esse benefício. Por esse motivo do salário-maternidade ser inerente a necessidade de contribuição que ressalta-se sobre a importância de haver o pagamento corretamente pelo empregador deste benefício de maternidade e não, em seu lugar, pagamento de outro benefício, como auxílio-doença, já que, algumas vezes, há erroneamente o pagamento em título de auxílio-doença quando a mãe pede prorrogação da licença.

Em relação ao pagamento do salário-maternidade, quem fica responsável de lhe efetuar é a empresa. Portanto, cumpre a empresa pagar diretamente o salário-maternidade da segurada empregada gestante, que posteriormente será reembolsada através da compensação da quantia no pagamento de suas contribuições previdenciárias à União⁸⁷.

Portanto, constata-se que o benefício do salário-maternidade é de total responsabilidade da Previdência Social. Logo, mesmo o empregador tendo a obrigação de adiantá-lo à trabalhadora em licença, posteriormente, o reembolso do valor adiantado é total. Portanto, o INSS é o único responsável pelo efetivo pagamento do benefício⁸⁸.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o salário-maternidade é um benefício substitutivo da remuneração, não poderá ter valor inferior a um salário mínimo.⁸⁹

Para a trabalhadora empregada e a avulsa o salário-maternidade corresponderá ao valor de sua remuneração mensal; para a empregada doméstica, será o último salário de contribuição; para a segurada especial, equivalerá em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, ou 01 salário mínimo, ao menos; para a contribuinte individual e a facultativa, consistirá na média aritmética dos 12 últimos salários de contribuição, apurados em período não superior a 15 meses⁹⁰.

Além disso, o salário-maternidade pode ser requerido no prazo de cinco anos, a contar da data do fator gerador (parto, adoção ou guarda judicial para fins de adoção), nos termos do artigo 354, da Instrução Normativa INSS 77/2015. Ultrapassado esse prazo ocorre a prescrição quinquenal⁹¹.

No quesito de definição do instituto, constata-se que tal benefício não se trata de prestação de assistência social, pois não está prevista no rol do art. 203 da CF/88. Na verdade,

⁸⁷ *Ibid.*, p. 865.

⁸⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 850.

⁸⁹ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 865.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 870.

⁹¹ *Ibid.*, p. 856.

se trata de prestação previdenciária, conforme o art. 201º, inc. II e art. 7º, inc. XVIII da CF/88⁹².

Compreende-se, assim, como já definido anteriormente neste trabalho, que o salário-maternidade tem natureza jurídica de benefício previdenciário⁹³.

Por tanto, fazendo um breve apontamento sobre o salário maternidade: 1- é um benefício que o pagamento se inicia a partir da licença-maternidade; 2- consiste em ser uma prestação previdenciária; 3- precisa ser segurada para receber; 4- em regra, não necessita de período de carência (exceção: contribuintes individuais, facultativas e especiais); 5- tem natureza jurídica de benefício previdenciário.

3.4 Licença-Maternidade e Salário-Maternidade: diferenças

É importante salientar que licença-maternidade e salário-maternidade, embora seja costumeiro que o senso comum os trate como sinônimos, tratam-se, na verdade, de institutos diferentes.

A licença-maternidade é uma medida de tutela à maternidade, fundamentada no âmbito trabalhista. Enquanto, o salário-maternidade tem fundamento constitucional e insere-se no âmbito previdenciário.

Sobre essa diferenciação explicada dos dois institutos, elucida Martinez⁹⁴:

Durante a licença a empregada será destinatária de uma vantagem previdenciária, assumida pelo RGPS, chamada de salário-maternidade. Anote-se, ao final desse processo distintivo, que a **licença-maternidade é instituto regido por regras trabalhistas (a CLT é indistintamente aplicada, no tocante à licença-maternidade, a urbanos, rurais e domésticos), enquanto o salário-maternidade é regido por regras previdenciárias (Lei n. 8.213/91) (grifo nosso).**

A licença-maternidade consiste em ser o período que a mulher, por motivo do parto, fica afastada de seu trabalho. Já o salário-maternidade é o benefício financeiro que recebe devido ao seu afastamento.

Em suma, pode-se concluir que a licença-maternidade engloba o salário-maternidade.

⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121

⁹³ *Ibid.*, p. 121.

⁹⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1361.

3.5 Possibilidade da licença-maternidade com duração diversa da estabelecida em lei

Conforme foi explicado no item 3.2, a regra de duração da licença-maternidade é de 120 dias, conforme art. 7º, XVIII CF/88 e o art. 392 da CLT.

A possibilidade de prorrogação que existe na legislação é de prazo de 2 semanas (tanto no período antes do parto quanto depois dele) quando, mediante atestado médico, comprove a necessidade de tal prorrogação, conforme se estabelece no art. 392, § 2º, CLT:

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. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

Logo, somente em casos excepcionais, que é possível o salário-maternidade ser pago por mais de 120 dias. Salienta-se que os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas⁹⁵.

Tal prorrogação dos períodos de repouso anterior e posterior ao parto consiste em excepcionalidade, compreendendo as situações em que exista algum risco para a vida do feto ou criança ou da mãe, devendo o atestado médico ser apreciado pela Perícia Médica do INSS, exceto nos casos de segurada empregada, que é pago diretamente pela empresa, conforme se estabelece o Artigo 343, §8º, da Instrução Normativa INSS 77/2015⁹⁶.

Logo, é possível que o período de pagamento do salário-maternidade alcance 148 dias, caso haja as suas prorrogações previstas no RPS.

Nesse contexto, outro instrumento legislativo que possibilita tal pagamento diferenciado é a Lei n. 11.770, de 09.09.2008, a qual instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da CF.

Este programa é disponibilizado para que as empresas possam aderir, ou seja, depende da vontade do empresário de filiar-se ou não ao programa. Porém, mesmo havendo a possibilidade de prorrogação a licença-maternidade em tal dispositivo, esta inovação não foi acompanhada de igual disposição em matéria previdenciária, logo, o salário-maternidade concedido pelo PBPS continua tendo duração de 120 dias.

⁹⁵ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 857.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 855.

Ressalta-se que havendo a aderência por parte da empresa, a prorrogação da licença-maternidade, a segurada empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social, na forma do art. 3º da Lei n. 11.770/2008⁹⁷:

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade: I - a empregada terá direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); II - o empregado terá direito à remuneração integral.

Caberá à empresa empregadora pagar os salários do período de prorrogação da licença e, tratando-se de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total dos valores pagos à empregada no período; porém, esses valores não poderão ser deduzidos como despesa operacional, conforme prevê o art. 5º da Lei n. 11.770/2008⁹⁸.

Logo, fica claro que essa viabilidade legislativa existente para possibilitar a prorrogação da licença é algo que depende da vontade do empresário de aderir ou não a esse programa.

Cumpre salientar que mesmo havendo a prorrogação da licença-maternidade, não há nenhuma modificação em matéria previdenciária. Portanto, o salário-maternidade concedido pelo PBPS continua tendo a duração de 120 dias.

Ainda, sobre essas regras especiais que existentes na legislação sobre a duração do benefício, ressalta-se o caso de crianças vítimas de microcefalia que por consequência de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* possuem sequelas neurológicas. Nestes casos, a duração do salário-maternidade será de 180 dias. Ela está prevista no artigo 18, §§ 3º e 4º, da Lei 13.301/2016⁹⁹.

Destaca-se que algumas decisões que entenderam pela prorrogação da licença pelo tempo da internação, até o prazo total de 180 (cento e oitenta) dias, usaram por analogia

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade, mediante incentivo fiscal. Brasília, DF: Presidência da República. [2008]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade, mediante incentivo fiscal. Brasília, DF: Presidência da República. [2008]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

⁹⁹ “§ 3º A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 10 de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças, transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991”.

ao disposto no art. 18, § 3º, da Lei nº 13.301/2016 – que se refere aos casos de crianças que nascem com sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*. Por exemplo, o entendimento do STF na ADI 6327 citou em sua fundamentação justamente a legislação quanto as crianças que tem efeitos da doença do *Aedes Aegypti*.

Porém, os demais casos, que o prazo ultrapassa essas 2 semanas possibilitadas ou os 180 dias das crianças com efeito do *Aedes Aegypti*, de modo geral, ficam sem resguardo legal. Sendo assim, constata-se a falta de viabilidade legislativa para garantir o direito da prorrogação da licença-maternidade pelo tempo que for necessário, ou seja, até que ocorra a recuperação total da criança ou da mãe. Neste contexto que se estuda os casos de crianças prematuras que precisam de internação longa e compreende-se sobre a importância que o julgamento da ADI 6327 tem nessa situação.

4 A SITUAÇÃO DA MENOR PREMATURA INTERNADA E A LICENÇA-MATERNIDADE

A prematuridade é um desafio mundial no âmbito da saúde, em virtude do crescente número de nascimentos nesta condição. Inclusive, é a precursora de inúmeras morbidades e prejuízos no desenvolvimento infantil, que podem repercutir ao longo da vida¹⁰⁰.

Este desafio de igual modo existe na realidade brasileira. De acordo com o Ministério da Saúde, em 2019, foram registrados cerca de 300 mil nascimentos prematuros. Com isso, de acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o Brasil ocupa a 10ª posição entre as nações onde são registrados mais casos de prematuridade¹⁰¹.

Inicialmente, adentrando-se ao conceito de criança prematura, define-se por ser aquela que nasce antes do período previsto de 37 semanas de gestação (nascimento pré-termo).

Devido a esse nascimento antecipado, o recém-nascido é uma criança de alto risco, susceptível a uma série de problemas decorrentes da imaturidade dos sistemas nervoso central e imunológico, dos aparelhos cardiovascular, respiratório, digestivo, renal¹⁰².

Em decorrência destes riscos, os bebês que nascem prematuros, são susceptíveis à mortalidade bem como às complicações decorrentes das infecções e das lesões, as quais podem levar inclusive à paralisia cerebral, ao retardo mental e a outros distúrbios físicos e neurológicos¹⁰³.

Logo, tais crianças ao nascerem precisam de cuidados especiais intensivos, sendo, em regra, internados em unidades de terapia intensiva neonatais (UTIN), até saírem da situação de risco, que pode demorar entre dias e meses.¹⁰⁴

¹⁰⁰ LEMOS, Rayla Amaral. Estratégias metodológicas para elaboração de material educativo: em foco a promoção do desenvolvimento de prematuros. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n.2, p. 505-518, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/4xShzDvkHPsQyXg3nTnXdCj/?lang=pt>. Acesso em: 08 ago. 2021.

¹⁰¹ BRASIL. **Data marca importância do cuidado com o prematuro**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/11/data-marca-importancia-do-cuidado-com-o-prematuro>. Acesso em: 15 jul. 2021.

¹⁰² MORAIS, Aisiane Cedraz; DIAS, Marinalva; SILVA, Mariza. O cuidado da criança prematura no domicílio. *Acta Paulista de Enfermagem*, v. 22, n.1, p. 24-30, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ape/a/9gLQsWX8jL9R78zQBvcHgHJ/?lang=pt>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁰³ VÉRAS, Renata Meira. A maternidade na política de humanização dos cuidados ao bebê prematuro e/ou de baixo peso: Programa Canguru. *Revista Estudos Feministas*, v. 18, n. 1, p. 61-80, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vVhM74pt6bq34ywd7wTQHQB/?lang=pt>. Acesso em: 04 ago.2021.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 67.

Portanto, devido a tais desafios à saúde da criança, este nascimento prematuro envolve a hospitalização e, conseqüentemente, a separação entre os pais e da criança que precisa de cuidados especializados¹⁰⁵.

Verifica-se assim que, no período em que o recém-nascido fica internado, a mãe não tem os momentos necessários de vínculo com seu filho nem de adaptação em sua residência com ele.

Diante dessa realidade, insere-se a importância de que licença-maternidade alcance todo esse período de internação e também o momento posterior.

A importância de envolver o momento posterior se deve ao fato de que, mesmo com esta alta hospitalar, o prematuro implica em cuidados especiais, devido à sua maior fragilidade orgânica e emocional. Para estes cuidados, tanto os pais quanto a criança têm participação e responsabilidade neste processo, sendo que cada dia de mãe/filho é singular e única em sua dinâmica e história¹⁰⁶.

Isto posto, destaca-se que é importante analisar essa prorrogação da licença-maternidade tanto como algo necessário à criança quanto à mãe.

Em relação à criança, enfatiza-se que esta, por ter ficado internada, mesmo recebendo alta deve manter-se cuidados redobrados, pois já nasceu com sua saúde fragilizada. Logo, as parturientes tendo a licença prorrogada, poderão dar assistência à saúde da criança. Inclusive, terá condições de amamentar seu filho, ação esta que pode corroborar para a manutenção da saúde da criança.

Já em relação à mãe, dentre vários outros pontos positivos, destaca-se que ela terá seu direito de maternidade garantido, já que será possível criar vínculo com a criança nos primeiros momentos após a alta do hospital.

¹⁰⁵FERRARI, ZAHER. GONÇALVES. Solimar, Vera Lúcia, Maria de Jesus. O nascimento de um bebê prematuro ou deficiente: questões de bioética na comunicação do diagnóstico. **Psicologia USP**, v. 21, n. 4, p. 781-808, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/DKgfrihyXCZMrCHLQTwFmwhm/?lang=pt>. Acesso em: 04 ago. 2021.

¹⁰⁶MORAIS, Aisiane Cedraz; DIAS, Marinalva; SILVA, Mariza. O cuidado da criança prematura no domicílio. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 22, n.1, p. 24-30, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ape/a/9gLQsWX8jL9R78zQBvcHgHJ/?lang=pt>. Acesso em: 05 ago. 2021.

4.1 Criança prematura internada e sua proteção no Brasil

A prematuridade da criança ocorre quando ela nasce antes do tempo previsto e conseqüentemente demanda adaptação à vida extrauterina devido à imaturidade dos órgãos e sistemas.

Sendo assim, a capacidade de se vincular ao bebê fica comprometida, já que esta criança além de ter nascido diferente do que se esperava ainda é separada da família¹⁰⁷

Dentre as características que amenizam o impacto da prematuridade, o enfrentamento materno em relação à prematuridade e a readaptação da mãe a esta situação inesperada são colocados como fundamentais.¹⁰⁸ É diante dessa realidade que se destaca a importância de tal licença ter seu período superior ao que se dá limite na lei.

Diante desse cenário, destaca-se que os primeiros momentos da mãe com a criança são de suma importância para proporcionar efeitos positivos na vida de ambos.¹⁰⁹

Conforme foi concluído em uma pesquisa realizada no hospital materno-infantil do Instituto Fernandes Figueira, na cidade do Rio de Janeiro, *Manola Vidal Pós-Doutora em Saúde Mental*, destaca-se: Os estados afetivos maternos, que se estabelecem nos primeiros dias após o parto, criam um esquema relacional internalizado que se reproduz sem modificação no decurso da relação mãe-bebê. Desta forma, a separação mãe-bebê prematuro que ocorre imediatamente após o nascimento pela internação em UTI Neonatal, apontaria para determinada forma de transtorno do vínculo.¹¹⁰

Logo, verificamos que, caso a mulher não tenha a possibilidade de usufruir de sua licença-maternidade após tal alta hospitalar da criança, os efeitos negativos são muitos para essa interação de mãe e filho, já que logo no momento do nascimento da criança prematura ambos ficam, este determinado período de internação, separados.

¹⁰⁷ FERRARI, ZAHER. GONÇALVES. Solimar, Vera Lúcia, Maria de Jesus. O nascimento de um bebê prematuro ou deficiente: questões de bioética na comunicação do diagnóstico. **Psicologia USP**, v. 21, n. 4, p. 781-808, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/DKgfrihyXCZMrCHLQTWfMwhm/?lang=pt>. Acesso em: 04 ago. 2021.

¹⁰⁸ FERRARI, Andrea Gabriela; DONELLI, Tagma Marina Schneider. Tornar-se mãe e prematuridade: considerações sobre a constituição da maternidade no contexto do nascimento de um bebê com muito baixo peso. **Contextos Clínic**, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 106-112, dez. 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/article/view/4567/1797>. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁰⁹ PINHEIRO-SCHAEFER, Márcia; SCHNEIDER-DONELLI, Tagma Marina. Intervenções Facilitadoras do Vínculo Pais-Bebês Prematuros Internados em UTIN: uma revisão sistemática. **Av. Psicol. Latinoam.**, Bogotá, v. 35, n. 2, p. 205-218, 2017.

¹¹⁰ VIDAL, Manola. Alta hospitalar e reinternação de bebê prematuro: uma reflexão sobre o acesso aos serviços de saúde. **Mental**, Barbacena, v. 9, n. 17, p. 537-558, dez. 2011. Disponível em: <https://www.prematuridade.com/index.php/noticia-mod-interna/alta-hospitalar-e-reinternacao-de-prematuro-reflexao-sobre-os-servicos-de-saude-7272>. Acesso em: 01 ago. 2021.

Diante deste cenário, de necessidade da proteção dos direitos desses grupos vulneráveis, que se estuda a necessidade de haver legislação diferente para o caso de crianças prematuras internadas em Unidades de Tratamento Intensivo.

4.2 Institutos que visam a garantir a prorrogação da licença-maternidade em caso de criança prematura

Conforme foi abordado no tópico anterior, a criança prematura, desde seu nascimento, já inicia a vida enfrentando obstáculos.

Em face dessa realidade, não devia a legislação contribuir para intensificar tais dificuldades. Fato este que é a realidade no Brasil, já que não existe um instituto legislativo que tenha o foco de dirimir tal problemática.

Logo, é com base nessa necessidade de buscar uma solução para essa realidade que surge a busca na mudança legislativa.

Diante dos principais movimentos sociais que visam promover a garantia de tais direitos, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 99/2015 que atualmente é conhecida como PEC 181/2015, de autoria do Senado Federal, pelo Aécio Neves. Insere-se abaixo o texto que foi aprovado pelo Senado:

"licença a gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias, estendendo-se a licença-maternidade, em caso de nascimento prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, **não podendo a licença exceder a duzentos e quarenta dias**". (grifo nosso)

Tal proposta tem o cerne de alterar o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro, no foco de que se estenda a licença à quantidade de dias que o recém-nascido passe internado.

É importante salientar que a extensão neste caso não poderá ultrapassar o máximo de 240 dias. Esta parte sobre o limite de dias foi discutida, mas se manteve.

Cumprе ressaltar que foi argumentado, a fim de se retirar este limite, de que se mantivesse o prazo de 240 dias no texto, isso ocasionaria a mesma problemática de falta de legislação nos casos em que a criança tivesse que ficar internada por período superior a 240 dias.

De fato, cumpre ressaltar que há lógica no argumento acima, pois a recuperação quanto à saúde é imprevisível, podendo levar mais ou menos dias, já que depende de cada organismo. Logo, impor um limite para que haja a recuperação da saúde da criança não é algo prudente.

Mas, mesmo assim, a supressão de tal expressão da PEC não teve procedência. Logo, observa-se que o cerne da diferença da PEC 181/2015 e da ADI 6.327 do STF é que aquela impõe prazo de 240 dias e esta não determina nenhum prazo máximo.

Mesmo esta PEC tendo suma importância, já que visa possibilitar a garantia de direitos referentes à maternidade, encontra-se, ainda, aguardando criação de Comissão Temporária pela Mesa Diretora (MESA) do Plenário, conforme se é extraído pelas informações da Câmara Legislativa.

Outrossim, neste mesmo sentido de anseio de efetuação de mudança na legislação sobre tal assunto, destaca-se o PL 5.186/2020 que tem o intuito de alterar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213, de 2013), para beneficiar mães naturais ou adotivas, com a possibilidade de prorrogação do salário-maternidade por até 60 dias após a alta hospitalar, tendo o foco de assim acrescentar o art. 73-A à Lei nº 8.213¹¹¹.

Como fundamentação de tal Proposta de Lei, coerentemente, utiliza-se a explicação de que a Constituição estabelece uma série de direitos aos recém-nascidos, mas os prematuros e suas mães acabam sendo prejudicados pelo tempo de internação hospitalar na gestação e no pós-parto, que costuma ser bem maior do que é estipulado na licença-maternidade.

Conforme argumenta o Senador Laiser: “Reconheceu-se o direito na proteção deficiente das crianças prematuras e de suas mães, que, embora demandem mais atenção mesmo ao terem alta, têm o período de licença maternidade encurtado, pois o período em que permanecem no hospital acaba sendo descontado do período da licença”¹¹².

Mesmo esta PL tendo grande importância, devido à mora legislativa, ainda se encontra submetida ao Plenário do Senado Federal.

Logo, verifica-se que de fato não há nenhuma lei que possibilite diretamente a extensão da licença-maternidade. Sendo assim, sobre a temática, deve dar o destaque ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327 que fora julgada, em abril de 2021, pelo STF.¹¹³

Sendo assim, a ADI 6.327 realmente merece todo o destaque, já que representa um marco essencial para essa temática, pois possibilitou com tal entendimento que as mães

¹¹¹BRASIL Projeto de Lei nº 5186 de 2020. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145447>. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

tenham o seu direito de prorrogação do benefício garantido, a partir da determinação de que o início da licença-maternidade seja contabilizado no momento da alta da criança prematura da Unidade de Tratamento Intensivo, conforme melhor será aprofundado no próximo tópico.

4.3 A importância do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.327 no contexto da prorrogação da licença-maternidade

Em face da realidade do aumento de casos de nascimento prematuro a decisão do julgamento da ADI 6.327 é resultado da busca pelo atendimento a essa demanda social.

O cerne da questão abordado em tal ação foi de que há omissão quanto às crianças e às mães internadas após o parto, já que elas são privadas do período destinado à sua convivência inicial.

Para a propositura dessa ação utilizaram-se como fundamento os seguintes dispositivos: o artigo 392, parágrafo 1, da CLT, o qual dispõe que o início do afastamento da gestante pode ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a data do nascimento do bebê, e o artigo 71 da Lei 8.213/1991 que trata do dever da Previdência Social de pagar o salário-maternidade com base nos mesmos termos. Assim, a parte autora usou tais dispositivos argumentando que a literalidade da legislação deve ser interpretada de forma mais harmoniosa com o objetivo constitucional, que é a proteção à maternidade, à infância e ao convívio familiar.

Inseriu-se a seguir a decisão do Plenário que confirmou a liminar na ADI nº 6.327, deferida pelo Ministro Edson Fachin¹¹⁴:

REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. IMPUGNAÇÃO DE COMPLEXO NORMATIVO QUE INCLUI ATO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. FUNGIBILIDADE. ADPF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REQUISITOS PRESENTES. CONHECIMENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO. PROTEÇÃO DEFICIENTE. OMISSÃO PARCIAL. **MÃES E BEBÊS QUE NECESSITAM DE INTERNAÇÃO PROLONGADA. NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE PAGAMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE NO PERÍODO DE 120 DIAS POSTERIOR À ALTA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.** ABSOLUTA PRIORIDADE DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA. ALTA HOSPITALAR QUE

¹¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327/DF**. Solidariedade. Advogado-Geral da União, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 12 de abril de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/14AE3924274EDA_licencamaternidade.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

INAUGURA O PERÍODO PROTETIVO. 1. Preliminarmente, assento, pela fungibilidade, o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que impugnado complexo normativo que inclui ato anterior à Constituição e presentes os requisitos para a sua propositura. 2. Margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais que ganha relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. Possibilidade de conformação diante da proteção deficiente. Precedente RE 778889, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. 3. 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.** 4. Além disso, o bloco de constitucionalidade amplia o sistema de proteção desses direitos: artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), Objetivos 3.1 e 3.2 da Agenda ODS 2030 e Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), que alterou 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. Marco legal que minudencia as preocupações concernentes à alta hospitalar responsável, ao estado puerperal, à amamentação, ao desenvolvimento infantil, **à criação de vínculos afetivos, evidenciando a proteção qualificada da primeira infância e, em especial, do período gestacional e pós-natal,** reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento do HC coletivo das mães e gestantes presas (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). 5. **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. 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.** 6. **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.** 7. 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.** 8. O perigo de dano irreparável reside na inexorabilidade e urgência da vida. **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.** 9. 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.**(STF - MC-Ref ADI: 6327 DF - DISTRITO FEDERAL 0087691-65.2020.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento:

03/04/2020, **Tribunal Pleno**, Data de Publicação: DJe-154 19-06-2020) (grifou-se).

Em suma, como foi observado acima, essa decisão utilizou por base principalmente o art. 392, § 1º, da CLT, art. 71 da Lei nº 8.213/91 e art. 93 do seu Regulamento (Decreto nº 3.048/99). Sendo assim, possibilitou-se a prorrogação do benefício nos casos em que a internação exceder as duas semanas que já são previstas e possibilitadas no art. 392, §2º da CLT e no art. 93, § 3 do Decreto nº 3.048/99.

Cabe destacar que, até a inovação na temática de prorrogação da licença-maternidade às Parturientes, houve muitos outros processos que visavam a este fim e não tiveram decisões de procedência do pedido devido ao fato da omissão legislativa.

Como foi dito pelo Min. Edson Fachin na retro decisão “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”¹¹⁵.

Entende-se por essa argumentação que de fato, para que se garanta a licença-maternidade respeitando a sua finalidade social, tal licença só deve ser contabilizada nestes casos a partir da alta da criança ou da mãe.

Verifica-se, assim, que apesar de ser possível a extensão da licença em duas semanas antes e depois do parto mediante atestado médico, já que há previsão expressa de pagamento do salário-maternidade, no caso de parto antecipado, não há previsão de extensão no caso de necessidade de internações mais longas, especialmente nos casos de crianças nascidas prematuramente, antes de 37 semanas de gestação. Sendo assim, essa ausência de previsão legal específica, segundo o relator, fundamentou decisões judiciais que negavam o direito ao benefício.¹¹⁶

É neste cenário de falta de legislação que se dá o destaque à importância da decisão da ADI 6.327, já que a partir dela a situação foi abrangida e, conseqüentemente, garantidos os direitos da mãe e da criança.

¹¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327/DF**. Solidariedade. Advogado-Geral da União, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 12 de abril de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/14AE3924274EDA_licencamaternidade.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

¹¹⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro concede liminar para considerar alta da mãe ou do recém-nascido como marco inicial da licença-maternidade**. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439225&ori=1>. Acesso em: 07 jul. 2021.

Cumprе ressaltar que anteriormente à decisão da ADI, mesmo no geral os Juízos decidindo pelo indeferimento da prorrogação da licença nos casos que não são garantidos por lei (da criança prematura que necessita de internação em longo prazo), alguns Tribunais, excepcionalmente, proferiram decisões que deferiam tais pedidos.

Estas decisões de procedência utilizavam o mesmo fundamento usado pelo Supremo: art. 227 da CF, o qual preceitua que é dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar.¹¹⁷

Inclusive, estas decisões usaram em seu fundamento a PEC 99/2015, demonstrando que como a PEC teria grande possibilidade de aprovação, por comportar matéria tão importante, já naquele momento iriam deferir. Como pode se observar no processo nº 0015.183-64.2019.4.01.3400 da 27ª Vara Especial Cível do Distrito Federal¹¹⁸:

Decisão [...] Tais as circunstâncias, defiro, parcialmente, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.259/2001, a medida cautelar para determinar a prorrogação da licença-maternidade da demandante até o dia 17/08/2018. (TJDF, PROCESSO N.º 015 183-64.2019.4.01.3400 AUTOR (ES): MAIRA CRISTINA DE SOUZA RÉU(S): INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL- INSS. Data do Julgamento: 03 de junho de 2019).

Neste mesmo sentido, cumprе ressaltar que o cerne defendido no entendimento é o mesmo que podemos observar em outras decisões do Supremo, ou seja, de que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes devem ser protegidos com absoluta prioridade, inclusive para questões previdenciárias.

Isso foi abordado recentemente no julgamento da ADI nº 4.878 e ADI 5.083 em que se questionava um trecho da Lei 9.528/1997 que havia excluído a proteção previdenciária da pensão por morte ao menor sob guarda.

As decisões dessas ADI foram pelo entendimento de que o menor sob guarda é protegido por um dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que lhe garante a condição de dependente para todos os efeitos jurídicos, inclusive previdenciários. Logo, resultou o seguinte voto: "Deve-se conferir prevalência à norma protetiva específica do ECA sobre a lei geral previdenciária, a fim de dar concretude à previsão constitucional de absoluta

¹¹⁷MULHER que teve bebê prematuro tem licença-maternidade prorrogada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://juristas.com.br/2019/06/21/mulher-bebe-prematuro-licenca-maternida/>. Acesso em 05 ago. 2021.

¹¹⁸DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo nº 0015.183-64.2019.4.01.3400/DF**. Juíza Federal: Isabela Guedes Dantas Carneiro, 03 de junho de 2019. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2019/06/justica-manda-inss-prorrogarlicenca-mae.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

prioridade à criança e ao adolescente quanto ao gozo de direitos, sobretudo os sociais, como o previdenciário"¹¹⁹.

Portanto, fica evidente que um dos principais fundamentos defendidos no entendimento do STF, na ADI 6.327, tem o mesmo embasamento de outros julgamentos: a absoluta prioridade à criança e ao adolescente quanto ao gozo de direitos, sobretudo os sociais, como o previdenciário.

Cumprido ressaltar que o entendimento da prorrogação do benefício, resultante da ADI 6.327, vem possibilitando, em casos concretos, que a concessão do benefício da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade utilize como termo inicial a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, sendo utilizado, inclusive, como fundamento em decisões de processos que tenham a finalidade de tal prorrogação.

Por exemplo, foi utilizada como embasamento no julgamento da Reclamação Constitucional nº 45.505 MG, conforme se insere abaixo:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO QUANTO DECIDIDO NA ADI 6327. LICENÇA-MATERNIDADE. RECÉM-NASCIDO. INTERNAÇÃO. MARCO INICIAL. ALTA HOSPITALAR. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. Vistos etc. (...) 1. Defiro o benefício da justiça gratuita à reclamante. À luz dos arts. 98 e 99, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, tenho que o direito das pessoas físicas à gratuidade de justiça se dá mediante simples afirmação da insuficiência de recursos para pagar as custas e as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. A dicção do Código de Processo Civil abraçou a jurisprudência firmada por esta Suprema Corte segundo a qual, observado o cenário processual, há presunção de veracidade da alegação de insuficiência de recursos das pessoas físicas, bastando-lhes a mera declaração da ausência de condições econômicas para arcar com os gastos do processo judicial para obtenção do benefício, ressalvada, todavia, eventual responsabilidade civil e criminal pela inverdade das alegações. Precedentes: Rcl 31713 AgR-ED-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.6.2019; RE 245.646-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 13.02.2009. 2. A reclamação prevista no artigo 102, I, e no artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal é cabível nos casos de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, de desobediência à súmula vinculante ou de descumprimento de autoridade de decisão proferida por esta Corte com efeito vinculante. 3. **A questão jurídica controvertida na presente reclamação constitucional consiste na violação da autoridade da decisão preferida na ADI 6327-MC.** 4. **A decisão reclamada indeferiu, em caráter liminar, a prorrogação da licença-maternidade da reclamante, ante o fato de já ter sido por ela usufruído o benefício de forma integral, concedido por 120 (cento e vinte) dias contados do nascimento de seu filho.** Reproduzo excerto da decisão: “[...] 1. Cristiane de Sousa Alves Magalhães, cirurgiã-dentista, ajuizou a presente demanda em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), postulando o direito à

¹¹⁹GARANTIDO, Direito. Menores sob guarda têm direito à pensão por morte, decide STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-09/menores-guarda-direito-pensao-morte-decide-stf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

prorrogação de sua licença-maternidade pelo tempo em que seu filho Miguel Augusto Sant'anna Magalhães permanecer no hospital, no mínimo, por dois anos, e por mais 120 dias após sua alta hospitalar. 2. O filho da autora nasceu no dia 28 de agosto de 2020 (certidão id. 416453357) e, de acordo com o relatório médico id. 416453375, encontra-se internado na UTI Neonatal do Hospital Vila da Serra desde então. Requerido o benefício de salário-maternidade junto ao INSS, foi ele deferido, com NB 198.446.772-4, a partir da mencionada data, qual seja, o dia do nascimento do bebê (carta de concessão id. 416453362). De acordo com o art. 7º, XVIII, da Constituição, é assegurado salário-maternidade à gestante, com duração de 120 dias, o que é repetido pelo art. 71 da Lei 8.213/91. Seu termo inicial, pela mencionada lei, é 28 dias antes do parto ou a data deste, a depender do caso. **No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao referendar a MC na ADI 6.327/DF (DJ 19-6-2020), relator o Sr. Ministro Edson Fachin, conferiu interpretação conforme a Constituição ao mencionado art. 71 da Lei 8.213/91, para assentar a necessidade de se prorrogar o benefício, bem como de se considerar como termo inicial do salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou da sua mãe, o que ocorrer por último. Analisando o mencionado acórdão, constata-se que não houve discussão e decisão sobre prorrogação do benefício previdenciário enquanto a criança estiver internada, pretensão da autora nesta demanda. O que o Supremo Tribunal Federal reconheceu foi a possibilidade de o salário-maternidade ter início quando o bebê recebe alta do hospital. Isso, aliás, foi determinado na Rcl 45.505/MG, proposta pelo mesmo advogado desta causa, que obteve tutela provisória concedida pela Srª Ministra Rosa Weber, presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal, em 19 de janeiro de 2021, mas apenas para que a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias tenha como marco inicial a alta hospitalar da filha da reclamante.** No caso dos autos, em 15 de janeiro de 2021, quando ajuizada a presente demanda, a autora, que é contribuinte individual, não mais percebia salário-maternidade, uma vez que os 120 dias do benefício terminaram em 28 de dezembro de 2020. Dessa forma, a não ser que ela devolva o que percebeu, é impossível postergar o início da fruição do salário-maternidade para depois da alta de seu filho, tendo em vista que já usufruiu o benefício integralmente. Não há, portanto, probabilidade do direito invocado pela autora, o que não representa violação ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, na ADI 6.327/DF, pelo fato de a autora ser contribuinte individual e também pelo fato de o benefício de salário-maternidade ter sido integralmente pago. 3. Em face do exposto, indefiro a antecipação dos efeitos da tutela.“ (Destaquei) 5. Colho, ainda, do relatório médico datado de 11.12.2020, a ausência de previsão de alta hospitalar do filho da reclamante: “O paciente Miguel Augusto, filho de Cristiane de Souza Alves, atualmente com 3 meses e 13 dias de vida e idade corrigida de 30 dias de vida pós natal, encontra-se internado na UTI Neonatal do Hospital Vila da Serra desde o nascimento, ainda sem previsão de alta hospitalar. Trata-se de paciente que nasceu prematuro, com IG: 29 semanas + 4 dias e peso de nascimento: 855 gramas. Nasceu de parto cesáreo, devido a DHEG (pré-eclâmpsia grave materna) com diagnóstico intraútero de crescimento intrauterino retardado. Foi intubado em sala de parto e recebeu Apgar: 6 no 1º min e 8 no 5º min. Recebeu surfactante à admissão, com Doença de Membrana Hialina grave. Evoluiu com persistência do canal arterial e hemorragia pulmonar, necessitando de parâmetros elevados por tempo prolongado e sinais de Displasia broncopulmonar (Pneumopatia crônica grave). Duas falências de extubação durante o tempo da internação e última extubação em 21/11, após 85 dias de vida, ficando dependente de ventilação não invasiva até 07/12 e atualmente em CPAP nasal. Faz uso contínuo de corticoterapia inalatória. Recebe cuidados de fisioterapia respiratória e motora. Apresentou também quadro de hemorragia periventricular grau IV, em seguimento com neurocirurgia infantil, fazendo controle com ultrassonografia transfontanelar, sendo observado reabsorção progressiva do sangramento, mantendo ectasia de ventrículos laterais. Diagnóstico de retinopatia da prematuridade em estágio I, em seguimento com oftalmologista especialista em retina. Necessitou por tempo prolongado de dieta com sonda entérica contínua. Atualmente está sendo realizado transição para dieta por sonda

gástrica, em bomba de infusão, ainda sem condições clínicas para início de sucção devido a quadro pulmonar grave. Desde o início do quadro, mãe sempre presente e realizando coleta de leite materno para a adequada nutrição por sonda. A presença da mãe na unidade é muito importante para o fortalecimento do vínculo, cuidado canguru e aleitamento materno”. (Destaquei) 6. Esta Suprema Corte referendou a medida liminar concedida pelo Ministro Edson Fachin, na ADI 6327, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 392, § 1º, da CLT, bem como, ao art. 71 da Lei nº 8.213/91 e, por arrastamento, ao art. 93 do Decreto nº 3.048/99, consignada a necessidade de prorrogar o benefício, bem assim considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas. 7. Ao enfrentar o tema, o **Ministro Edson Fachin ponderou que a efetivação dos direitos sociais – como a proteção à maternidade e à infância – exige, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa, que garanta a absoluta prioridade dos direitos da criança, sobretudo à vida e à convivência familiar.** 8. Nesse contexto, com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas, deferiu a medida cautelar para que a licença-maternidade seja estendida e tenha como marco inicial a alta hospitalar, a fim de “permitir que a licença à gestante tenha, de fato, o período de duração de 120 dias previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição” e impedir que crianças ou mães internadas após o parto sejam “desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial”. 9. O Ministro Gilmar Mendes, embora tenha feito ressalvas quanto à necessidade de que o debate também alcance as questões relativas à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário nacional, acompanhou o Ministro Relator, destacando a posição do Estado como guardião dos direitos fundamentais: “É fato, conforme assentado pelo Ministro Edson Fachin, que **os casos em que haja a necessidade de internação pós-parto das mães ou dos bebês, por quaisquer motivos – prematuridade ou complicações diversas – terminam por gerar uma quebra de isonomia do gozo desse direito por famílias que não necessitam de recuperação hospitalar após o parto em relação àquelas submetidas a tais cuidados. Ademais, a contagem do prazo de 120 (cento e vinte) dias desde 28º dia que antecede ao parto ou a partir do parto, nessas situações, retira das criança e da mãe o direito pleno de convivência doméstica, fora do contexto hospitalar, prejudicando as finalidades subjetivas para as quais a norma se volta**”. (Destaquei) 10. Esse o quadro, ante a ausência de previsão de alta hospitalar da criança, entendo, ao menos em juízo perfunctório e sem prejuízo de análise mais aprofundada quando do julgamento do mérito, violado o quanto decidido cautelarmente na ADI 6327, em que expressamente afirmado ser o “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”. 11. Verossímeis, assim, as alegações da reclamante. 12. Reputo presente o periculum in mora, tendo em vista já cessada a licença-maternidade em 28.12.2020. 13. Por todo o exposto, sem prejuízo da nova apreciação da matéria, quando do julgamento definitivo de mérito, oportunidade em que os argumentos serão amplamente debatidos, **defiro a medida cautelar requerida para que a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias seja prorrogada e tenha como marco inicial a alta hospitalar do filho da reclamante.** 14. Requistem-se informações à autoridade reclamada, nos termos do artigo 989, inciso I, do CPC/2015. 15. Cite-se o beneficiário da decisão reclamada, conforme disposto no artigo 989, III, do CPC/2015, a fim de que apresente contestação, querendo, no prazo legal. Publique-se. Intime-se. Brasília, 17 de fevereiro de 2021. Ministra Rosa Weber Relatora(STF - Rcl: 45893 MG 0047971-57.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 17/02/2021, Data de Publicação: 22/02/2021)¹²⁰ (grifou-se).

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional.**

Nessa Reclamação, a ministra Rosa Weber, vice-presidente do STF, deferiu medida cautelar para que a licença-maternidade de 120 dias da parte autora da ação tivesse como marco inicial a alta hospitalar da filha, pois ela havia sido internada desde o nascimento prematuro.¹²¹

Assim, verifica-se, em caso prático, a importância do julgamento da ADI 6.327, pois nesta decisão supracitada, a ministra enfatizou que, conforme o STF decidiu na ADI 6.327, definiu-se a data de início da licença-maternidade e do salário-maternidade como o dia da alta hospitalar do recém-nascido ou da parturiente (o que ocorrer por último). Ainda, abordou que tal decisão foi resultado da ponderação para que houvesse a efetivação dos direitos sociais (proteção à maternidade e à infância), por fim, garantindo a prioridade dos direitos da criança (direito à vida e à convivência familiar).¹²²

O mesmo pode ser observado nas decisões em outros juízos, que não são de Cortes Superiores. Por exemplo, o TRF da 2ª Região julgou o Processo nº 5009875-13.2020.4.02.0000¹²³ na qual proferiu decisão de procedência pela prorrogação da licença-maternidade e do salário-maternidade utilizando como fundamento a ADI 6.327.¹²⁴

Portanto, conforme foi verificado, o deferimento da ADI 6.327 representa a proteção da unidade de mãe e filho. Assim sendo, consiste não somente em direito do genitor à licença, mas do direito do recém-nascido, no cumprimento do dever da família e do Estado, à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Tal direito confere-lhe, neste período sensível de cuidados ininterruptos (qualificados pela prematuridade), o direito à convivência materna.

É importante destacar que Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) consiste em ser a ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou

Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1169516646/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-45893-mg-0047971-5720211000000>. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹²¹GARANTIDO, Direito. Rosa estende licença-maternidade para mãe de bebê internado desde o nascimento. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-21/rosa-estende-licenca-mae-bebe-internado-nascimento#:~:text=Conforme%20determinou%20o%20Supremo%20Tribunal,o%20que%20ocorrer%20por%200%C3%BAltimo>. Acesso em: 21 jul. 2021.

¹²² *Ibid.*

¹²³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo De Instrumento nº 5009875-13.2020.4.02.0000/RJ**. Juiz Federal: Fabio de Souza Silva, RJ, 26 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/4E6089DBF1ECC7_licencamaternidade.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

¹²⁴ MÃE com recém-nascido na UTI consegue licença-maternidade por mais 120 dias após alta hospitalar. **Migalhas**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/332660/mae-com-recem-nascido-na-uti-consegue-licenca-maternidade-por-mais-120-dias-apos-alta-hospitalar>. Acesso em: 23 jul. 2021.

seja, que contraria a Constituição Federal. A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, válida contra todos e obrigatória. A lei também diz que se gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão. Logo, a decisão do Supremo Tribunal Federal passa a surtir efeitos imediatamente, salvo disposição em contrário do próprio tribunal.

Portanto, neste caso como não ocorreu nenhuma disposição em contrário, tal decisão está valendo para ser aplicada a todos os casos que se encaixem. Por isso, observa-se a grande importância do julgamento da ADI 6.327 em dar garantia ao direito das crianças que nascerem prematuras.

Sobre o assunto, destaca-se que esse entendimento tem suma importância, mas sobre a temática, ainda há necessidade de mais garantias. Por exemplo, conforme foi estabelecido na ADI, tal entendimento aplica-se aos casos das empregadas celetistas, não englobando as funcionárias estatutárias.

Por fim, ainda sobre estes obstáculos, salienta-se que embora esse entendimento tenha a finalidade de proteger essas mães e crianças prematuras, continua sendo de suma importância que haja a evolução legislativa sobre o assunto.

Caso haja a efetivação da legislativa para garantir o direito da prorrogação da licença-maternidade em situação de nascimento prematuro com necessidade de internação, a mãe poderá solicitar diretamente ao órgão administrativo ou ao seu empregador e necessariamente terá que ter seu pedido concedido, pois neste caso a lei estaria a protegendo diretamente.

Não tendo a necessidade direta de se utilizar da via judicial para ter esse direito efetivado. Via essa que ainda está sendo utilizada para as mães que buscam ter sua licença-maternidade prorrogada, já que ainda acontece do INSS ou dos empregadores de se negarem a prorrogar, alegando que não existe legislação sobre a matéria.

Assim, mesmo com a existência do entendimento da ADI 6.327, na situação prática, ainda comumente verifica-se ou a negativa da prorrogação da licença ou concessão de benefício errado, já que ao invés de prorrogarem a licença-maternidade, efetuam pagamento de auxílio-doença (como já foi explicado, isso é negativo para a empregada, pois são benefícios diferentes quanto aos efeitos de contribuição).

Por tanto, verifica-se que de fato o entendimento da ADI 6.327 é um marco para a proteção efetiva das crianças prematuras, mas continua sendo de extrema importância que haja a continuidade quanto a legislação para que abranja esses casos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente visa analisar os institutos que tem o foco de garantir a mulher a sua proteção quanto ao seu direito à maternidade. Tendo por foco o estudo de como se aplicar esses instrumentos nos casos de crianças nascidas prematuras. Para tal, demonstra a importância do entendimento da ADI 6327 nesse contexto.

A fim de garantir o direito a mulher à maternidade, inicia-se por enfatizar que esta proteção à mulher deve inclusive ter foco no contexto da discriminação, no mercado de trabalho, pois deve haver uma proteção geral para ter como desdobramento a proteção ao direito à maternidade.

Sendo assim, esta proteção deve acontecer antes, durante e depois à maternidade, tanto no âmbito trabalhista quanto no previdenciário. Tendo o foco de proteger a mulher da discriminação, no âmbito trabalhista, pelo fato de ser mulher, com aspectos mais gerais, e de garantir o período propriamente da maternidade, no âmbito previdenciário. Portanto, verifica-se que a **regulamentação da garantia à maternidade vai do instrumento geral ao específico.**

É perceptível que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, sendo um complexo que envolve conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção.

Nesse sentido, aborda-se que um direito de suma importância para a mulher em estado gravídico é sua garantia de estabilidade de emprego. Tal conceito de estabilidade é mais extenso e conseqüentemente engloba o da licença-maternidade.

A estabilidade é um exemplo de garantia da mulher nesse estado, mas existem vários outros, dentre eles dando ênfase a possibilidade de transferência da mulher grávida para outra função que seja salubre. Inclusive, no caso que não for possível a transferência para outro meio, pode-se iniciar em momento antecipado o período da licença-maternidade.

Nesse sentido, verifica-se a importância de prorrogação da licença-maternidade, pois, de fato, um importante instrumento para garantir a proteção à maternidade é a licença-maternidade, que consiste em um período de afastamento do trabalho após o parto, preferencialmente remunerado.

Sobre o início desse benefício, o art. 7º, XVIII CF/88 e o art. 392 da CLT estabelecem regras básicas, como: a licença ser, em regra, de 120 dias; ter o seu início entre o 28 dia antes do parto e a ocorrência desse; possibilidade de repouso ser aumentado em 2 semanas (período antes e depois do parto), mediante atestado médico.

Diante dessas regras, verifica-se que as regras são muito restritas, logo, sendo de suma importância discutir sobre a possibilidade da licença-maternidade com duração diversa da estabelecida em lei, já que existe demanda social que necessita disso. Como a situação da menor prematura internada, já que devido essa internação, não tem a oportunidade de usufruir dos primeiros momentos com sua mãe.

Sendo assim, verifica-se, nesse sentido, que em face da inexistência de legislação efetiva que abranja essa situação, a ADI 6327 tem suma importância, pois graças a ela é garantido o período de licença-maternidade que for necessário (o início da contagem da licença-maternidade só acontece a partir da alta da criança ou da mãe que estava internada em unidade intensiva de tratamento). Diante de haver demanda social sobre o assunto, esse entendimento já está sendo utilizado, em diversos julgamentos, para garantir a proteção à maternidade, à infância e à família.

Por fim, destaca-se que sobre a temática é possível e esperado que haja atualizações legislativas, como inclusive foi abordado neste trabalho, já que com tais atualizações irá se garantir ainda mais tal direito que tem tanta importância para a sociedade, pois tornará possível a efetivação deste direito, em regra, por via administrativa, sem necessidade que tenha que recorrer aos meios judiciais.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL **Projeto de Lei nº 5186 de 2020**. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145447>. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Data marca importância do cuidado com o prematuro**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/11/data-marca-importancia-do-cuidado-com-o-prematuro>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995.]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327/DF**. Solidariedade. Advogado-Geral da União, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 12 de abril de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/14AE3924274EDA_licencamaternidade.pdf.

Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Reclamação Constitucional**. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1169516646/medida-cautelar-na-reclamacao-rc1-45893-mg-0047971-5720211000000>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Agravo De Instrumento nº 5009875-13.2020.4.02.0000/RJ**. Juiz Federal: Fabio de Souza Silva, RJ, 26 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/4E6089DBF1ECC7_licencamaternidade.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ação na qual o sindicato, em nome próprio, pleiteia o recolhimento de desconto assistencial previsto em sentença normativa, convenção ou acordo coletivos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1985]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i=340#TIT333TEMA0>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CABRAL, José Eulálio. O ano 2015 e a saúde da criança. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, São Paulo, v. 15, n. 1, pp. 13-14, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1519-38292015000100001>. Acesso em: 30 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. **Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo nº 0015.183-64.2019.4.01.3400/DF**. Juiza Federal: Isabela Guedes Dantas Carneiro, 03 de junho de 2019. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2019/06/justica-manda-inss-prorrogarlicenca-mae.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

FERRARI, Andrea Gabriela; DONELLI, Tagma Marina Schneider. Tornar-se mãe e prematuridade: considerações sobre a constituição da maternidade no contexto do nascimento de um bebê com muito baixo peso. **Contextos Clínic**, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 106-112, dez. 2010. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclnicos/article/view/4567/1797>. Acesso em: 03

ago. 2021.

FERRARI, ZAHER. GONÇALVES. Solimar, Vera Lúcia, Maria de Jesus. O nascimento de um bebê prematuro ou deficiente: questões de bioética na comunicação do diagnóstico. **Psicologia USP**, v. 21, n. 4, p. 781-808, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/DKgfrihyXCZMrCHLQTWfMwhm/?lang=pt>. Acesso em: 04 ago. 2021.

GARANTIDO, Direito. Menores sob guarda têm direito à pensão por morte, decide STF. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-09/menores-guarda-direito-pensao-morte-decide-stf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

GARANTIDO, Direito. Rosa estende licença-maternidade para mãe de bebê internado desde o nascimento. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-21/rosa-estende-licenca-mae-bebe-internado-nascimento#:~:text=Conforme%20determinou%20o%20Supremo%20Tribunal,o%20que%20ocorrer%20por%20%C3%BAltimo>. Acesso em: 01 jul. 2021.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

KRAUSE, L. I. **Mulher, trabalho e maternidade: demandas no retorno da licença-maternidade**. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde da Mulher, Criança e Adolescente) - Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Saúde e Comportamento, Pelotas, 2017. Disponível em: <http://tede.ucpel.edu.br:8080/jspui/handle/tede/635>. Acesso em: 30 jul. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEMOS, Rayla Amaral. Estratégias metodológicas para elaboração de material educativo: em foco a promoção do desenvolvimento de prematuros. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, n.2, p. 505-518, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/4xShzDvkHPsQyXg3nTnXdCj/?lang=pt>. Acesso em: 08 ago. 2021.

MÃE com recém-nascido na UTI consegue licença-maternidade por mais 120 dias após alta hospitalar. **Migalhas**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/332660/mae-com-recem-nascido-na-uti-consegue-licenca-maternidade-por-mais-120-dias-apos-alta-hospitalar>. Acesso em: 23 jul. 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Aisiane Cedraz; DIAS, Marinalva; SILVA, Mariza. O cuidado da criança prematura no domicílio. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 22, n.1, p. 24-30, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ape/a/9gLQsWX8jL9R78zQBvcHgHJ/?lang=pt>. Acesso em: 05 ago. 2021.

MULHER que teve bebê prematuro tem licença-maternidade prorrogada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://juristas.com.br/2019/06/21/mulher-bebe-prematuro-licenca-maternida/>. Acesso em 05 ago. 2021.

PINHEIRO-SCHAEFER, Márcia; SCHNEIDER-DONELLI, Tagma Marina. Intervenções Facilitadoras do Vínculo Pais-Bebês Prematuros Internados em UTIN: uma reuissão sistemática. **Av. Psicol. Latinoam.**, Bogotá, v. 35, n. 2, p. 205-218, 2017.
previdência social: lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. **Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2014.

SANTOS, Leandro Luís Camargo dos. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro concede liminar para considerar alta da mãe ou do recém-nascido como marco inicial da licença-maternidade**. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439225&ori=1>. Acesso em: 07 jul. 2021.

VÉRAS. Renata Meira. A maternidade na política de humanização dos cuidados ao bebê prematuro e/ou de baixo peso: Programa Canguru. **Revista Estudos Feministas**, v. 18, n. 1, p. 61-80, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vVhM74pt6bq34ywd7wTQHQB/?lang=pt>. Acesso em: 04 ago. 2021.

VIDAL, Manola. Alta hospitalar e reinternação de bebê prematuro: uma reflexão sobre o acesso aos serviços de saúde. **Mental**, Barbacena, v. 9, n. 17, p. 537-558, dez. 2011. Disponível em: <https://www.prematuridade.com/index.php/noticia-mod-interna/alta-hospitalar-e-reinternacao-de-prematuro-reflexao-sobre-os-servicos-de-saude-7272>. Acesso em: 01 ago. 2021.