



PLENÁRIO

03/04/2020

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

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

EMENTA: 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 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



ADI 6327 MC-REF / DF

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



ADI 6327 MC-REF / DF

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do



ADI 6327 MC-REF / DF

Supremo Tribunal Federal, **em sessão plenária virtual de 27 de maio a 2 de abril de 2020**, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, preliminarmente, em conhecer da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, no mérito, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, referendar a liminar deferida a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei 8.213/1991 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto 3.048/1999), e assim assentar a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Decreto 3.048/1999, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a liminar.

Brasília, 3 de abril de 2020.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator



03/04/2020

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta por partido político, Solidariedade, objetivando interpretação conforme à Constituição ao §1º do artigo 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas e ao art. 71 da Lei 8.213/1991, para estabelecer que o marco inicial da licença-maternidade seja a alta hospitalar da mãe e/ou do recém-nascido, o que ocorrer por último.

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

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

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

No mérito, assevera que a proteção atribuída à maternidade, à



ADI 6327 MC-REF / DF

infância e ao convívio social pela Constituição em seus arts. 6º, 201, II, 203, I e 227 é mitigada pela contagem do período de licença-maternidade antes da data do parto ou a partir dele, acarretando prejuízo ao vínculo afetivo e à convivência entre mãe e criança.

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

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

Defende ainda que a interpretação literal dos dispositivos afronta a isonomia material entre mães com filhos prematuros e nascidos a termo, visto que estas terão convívio maior do que aquelas, bem como entre celetistas e servidoras públicas, as quais podem usufruir de licença para tratamento de pessoa da família, sem que o período lhes seja subtraído da licença-maternidade.

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

Defende a tese do devido processo legal substantivo, o qual estaria aqui esvaziado pela ausência de razoabilidade no exercício do poder legislativo, em confronto com o conceito de rule of reason ou standard of reasonableness, quando desdotada dessa razoabilidade (*reasonableness*) e/ou de racionalidade (*rationality*), a legislação desvirtua seu propósito, convertendo-se em embaraço ao revés de plataforma de realização de direitos com assento constitucional (eDOC 1, p.13).

Expõe que tal razoabilidade exigida do Estado não se limita a um dever de abstenção, mas também alcança proteções insuficientes do exercício de direitos sociais entre particulares, no caso entre empregada e empregador. Em síntese, trata-se do imperativo de tutela (...), que insta o Estado a concretizar um direito social (licença maternidade) por meio de



ADI 6327 MC-REF / DF

um ato de poder (lei) inibindo a atuação de outros indivíduos (empregador), mas que, inobservado a conteúdo (proteção deficiente), se torna desarrazoado (vulnerando o devido processo legal substantivo) (eDOC 1, p.15).

Por fim, afirma que a interpretação literal dos dispositivos questionados ao não garantir densidade material à licença-maternidade viola o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CF) e a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX, CF).

Requer a concessão de medida cautelar para afastar a interpretação literal das disposições do § 1º do art. 392, da CLT e do art. 71 da Lei 8.213/1991 e conferir interpretação que considere como termo inicial da licença maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, ainda que essa Suprema Corte entenda por erigir como condições para tanto a necessidade de laudo médico ou a migração da parturiente para o auxílio-doença previdenciário se superado o prazo de quinze dias para a recuperação.

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

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

Deferi a medida em caráter liminar, na forma do art. 5º, §1º, da Lei n.º 9.882/99, submetendo-a, assim, ao referendo do Plenário.

É o relatório.



03/04/2020

PLENÁRIO

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

VOTO

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

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

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

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

Para esses casos, em que há necessária impugnação de complexo normativo que inclui norma anterior à Constituição, a cumulação de pedidos, pela subsidiariedade e pela incidibilidade, enseja o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tal como decidido nestes julgamentos:

...1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional. Fungibilidade das ações diretas que se



ADI 6327 MC-REF / DF

prestam a viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato e em tese. Atendimento ao requisito da subsidiariedade, tendo em vista que somente a apreciação cumulativa de tais pedidos é capaz de assegurar o amplo esclarecimento do rito do impeachment por parte do STF. (...) (ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015)

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

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

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

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

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

2. Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas



ADI 6327 MC-REF / DF

hipóteses se situam em uma zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado. (...) (ADI 4079, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 04-05-2015 PUBLIC 05-05-2015)

E, em casos como o dos autos:

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

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

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

ADI 6327 MC-REF / DF



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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos



ADI 6327 MC-REF / DF

princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J.J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros 'limites textuais implícitos' (J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.049)

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

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

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

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

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

No mérito do pedido liminar, entendo presentes os requisitos do art.



ADI 6327 MC-REF / DF

5º da Lei n.º 9.882/99.

A probabilidade do direito reside na proteção deficiente das crianças prematuras (e de suas mães), que, embora demandem mais atenção mesmo ao terem alta, têm esse período encurtado, uma vez que o período em que permanecem no hospital é descontado do período da licença.

Eis os dispositivos impugnados e alguns conexos:

Consolidação das Leis do Trabalho:

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

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)

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

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

Lei n.º 8.213/91

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 2003)

A interpretação literal, de fato, implica a conclusão de que o



ADI 6327 MC-REF / DF

benefício inicia-se no período entre 28 dias antes do parto e a data da ocorrência deste, ainda que antecipado.

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

Essa ausência de previsão legal específica tem fundamentado as decisões judiciais que negam o direito ao benefício, como as citadas na Inicial: TJSP; AC 1002865-29.2018.8.26.0428; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Paulínia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/03/2019; Data de Registro: 19/03/2019; JFDF, Processo 0026282-36.2016.4.01.3400, 7ª Vara Federal de Brasília, Juíza Luciana Raquel Tolentino, Data: 28/04/2016; TRT da 17ª Região, MS 0000364-80.2017.5.17.0000, Relator José Carlos Rizk, Data: 08.11.2017. E como, inclusive, já decidiu a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no julgamento dos processos n.º 05137979520164058100 e 05137979520164058100, j. 21.06.2018. rel. Juiz Federal Fernando Moreira Gonçalves.

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

Entre a autocontenção e a discricionariedade/ativismo judicial existe uma margem de normatividade a ser conformada pelo julgador dentro dos limites constitucionais. Essa margem ganha especial relevância no tocante à efetivação dos direitos sociais, que, como se sabe, exigem, para a concretização da igualdade, uma prestação positiva do Estado, material e normativa. Nestes casos, a efetividade dos direitos sociais não só não afasta, como depende da atuação jurisdicional até mesmo para enriquecer a deliberação pública (GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina,



ADI 6327 MC-REF / DF

2007, p. 121-144, p. 134-135).

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

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

Trata-se, assim, de reconhecer uma omissão legislativa. O Min. Barroso defende que a omissão parcial comporta duas espécies: a chamada omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. Nesta, o legislador atua de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe cabia, o exemplo clássico é o salário mínimo (ADI n.º 1458). Naquela, a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação à isonomia, deixando o ato impugnado de prever o alcance do dispositivo a outras categorias (BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 298). É o caso.

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

**ADI 6327 MC-REF / DF**

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

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

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

Subsiste, por ora, omissão legislativa quanto à proteção das mães e crianças internadas após o parto, a qual não encontra critério discriminatório racional e constitucional. Essa omissão pode ser convalidada judicialmente.

No caso, o reconhecimento da qualidade de preceito fundamental derivada dos dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais fundamentais (art. 6º), e a absoluta prioridade dos direitos da criança, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227), qualifica o regime de proteção desses direitos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à



ADI 6327 MC-REF / DF

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

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

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

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

Partindo-se do princípio que a Constituição não traz palavras vazias, algo absoluto não comporta relativização. A doutrina da proteção integral deve ser, assim, compreendida na sua máxima efetividade, assim como o direito da criança à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda a forma de negligência, e o dever constitucional de que percentual de recursos da saúde seja destinado à assistência materno-infantil.

(São essas premissas que devem orientar a interpretação do art. 7º, XVIII, da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores à "licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias." Logo, os cento e vinte dias devem ser considerados com vistas a efetivar a convivência familiar, fundada especialmente na unidade do binômio materno-infantil.

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



ADI 6327 MC-REF / DF

todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

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

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

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

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

**ADI 6327 MC-REF / DF**

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

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

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

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

Ou seja, as contribuições previstas no art. 195 (e, complementarmente os impostos), à exceção daquela do art. 195, I, "a", e do inciso II, devem ser destinadas ao tripé composto pelas ações da previdência, da assistência e da saúde. A proteção da maternidade, especialmente da gestante, da qual trata o salário-maternidade, encontra previsão expressa no art. 201, II, da CR, que disciplina a previdência. Se esta não lhe atender, a ação demandada será da saúde e/ou da assistência.

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

Trata-se enfim de levar a sério e compreender integralmente os



ADI 6327 MC-REF / DF

compromissos assumidos constitucional e convencionalmente em prol da proteção à infância e à maternidade.

Assim, entendo presente o requisito da probabilidade do direito.

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

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

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

Nesse momento liminar, entendo que a concessão da medida deve restringir-se aos casos mais graves, e, portanto, àquelas internações que excederem o período de duas semanas previsto no art. 392, §2º, da CLT, e no art. 93, §3º, do Regulamento da Previdência Social, permitindo nesses casos a prorrogação do benefício e, assim, a contagem do termo inicial do período de 120 dias a partir da alta hospitalar da criança ou de sua mãe, o que ocorrer por último.

Diante do exposto, preliminarmente, conheço a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, no mérito, depreendendo presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, defiro a liminar a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, §1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), e assim assentar (com fundamento no bloco constitucional e convencional de normas protetivas constante das



ADI 6327 MC-REF / DF

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.

É como voto.



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

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Atendem para a organicidade do Direito, em especial dos procedimentos relativos ao itinerário processual das demandas trazidas à apreciação do Supremo. Nada obstante a iniciativa em prol da racionalidade no regular andamento dos trabalhos do Pleno, cuja atividade judicante está sobremaneira dificultada pela invencível avalanche de processos, tem-se por premissa inafastável, levando em conta a formalização de ação direta de inconstitucionalidade, a impropriedade de pronunciar-se, não em ambiente presencial, mas no Plenário Virtual, quando há o prejuízo do devido processo legal, afastada a troca de ideias e a sustentação da tribuna.

Faço a observação reiterando, por dever de coerência, ser o Colegiado – órgão democrático por excelência – somatório de forças distintas, pressupondo colaboração, cooperação mútua entre os integrantes, quadro de todo incompatível com a deliberação em âmbito eletrônico.

Passo à análise do pedido formulado neste processo objetivo, revelador de controvérsia alusiva ao termo inicial do exercício da licença-gestante, versado no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

Verifico, com base nas disposições do artigo 392, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho e do artigo 71 da Lei nº 8.213/1991, que o afastamento da trabalhadora e a concessão do salário-maternidade são devidos entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste. Surge



ADI 6327 MC / DF

impertinente o elastecimento do marco inicial para abarcar internações médico-hospitalares da mãe, do bebê ou de ambos, que ultrapassem duas semanas, permitindo-se a prorrogação do benefício previdenciário.

Reputo adequada a interpretação da Lei Maior ante o sentido próprio dos termos nela contidos. Ainda que, no Direito, os meios justifiquem os fins, estes não justificam aqueles, cumprindo ao intérprete extrair o significado a partir dos limites semânticos do texto, sem que isso o autorize a enxergar o que não está previsto, por mais sensato ou justo que pareça ser. A Carta da República prevê e provê, mas não para além do texto.

Firme nessas razões, indefiro a liminar.



03/04/2020

PLENÁRIO

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

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

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, com vistas à obtenção de interpretação conforme à Constituição do § 1º do art. 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e, por conseguinte, do art. 71 da Lei 8.213/1991, de modo a se considerar como marco inicial da licença-maternidade a alta hospitalar da mãe e/ou do recém-nascido, o que ocorrer por último.

Alega-se que a Constituição Federal confere proteção à maternidade, à infância e ao convívio familiar, conforme seus arts. 6º; 201, II; 203, I; e 227.

Defende-se que licença-maternidade e o benefício do salário-maternidade se destinam não só à preservação da relação de emprego da mãe em seu período de recuperação no pós-parto, como também impõe-se à integração do recém-nascido à sua primeira fase de socialização com a família.

Sustenta-se que, nos casos dos bebês prematuros e dos altos índices de complicações maternas gestacionais e pós-parto, que ensejam a internação médico-hospitalar da mãe e/ou da criança – o que pode durar meses –, considerando-se que o período de licença se inicia antes ou na data do parto, configura-se evidente prejuízo para o desenvolvimento



ADI 6327 MC-REF / DF

afetivo entre a mãe e a criança para além do contexto hospitalar.

Aduz-se, ainda, que a leitura gramatical das normas em tela termina por gerar uma quebra de isonomia entre o período de licença usufruído por mães e filhos que por quaisquer motivos exijam período mais prolongado de recuperação hospitalar e aquele gozado por genitoras e crianças que não enfrentam desafios de saúde.

Por fim, argumenta-se que as disposições infraconstitucionais que surgiram para densificar as previsões constitucionais contidas no art. 7º, XVIII e XX, da Constituição, findaram por prover proteção insuficiente do direito que buscaram amparar, o que, segundo se alega, viola o art. 5º, LIV, da Constituição.

Pugna-se, assim, pela concessão da medida cautelar, para que se confira interpretação conforme à Constituição ao art. 392, § 1º, da CLT e ao art. 71 da Lei 8.213/1991, de modo que seja considerado como termo inicial da licença-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último.

O Ministro Edson Fachin conheceu da ação como arguição de preceito fundamental e concedeu a medida cautelar pleiteada, *inadita altera pars*, **a qual traz agora para referendo**, com vistas à conferir interpretação conforme à Constituição aos dispositivos apontados e, por arrastamento, ao art. 93 do Decreto 3.048/1999, de modo a assentar a necessidade de prorrogação do 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 a duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT e no art. 93, § 3º, do Decreto 3.048/1999.

Em seu voto, Sua Excelência assenta que a probabilidade do direito reside na proteção deficiente das crianças prematuras e de suas mães que, embora demandem mais atenção e cuidados após a alta médica, têm o período de convivência familiar encurtado, tendo em vista o período que permanecem no hospital, o qual é descontado do período da licença-maternidade.

Consigna que a ausência de previsão legal para abarcar essas



ADI 6327 MC-REF / DF

situações não é óbice ao reconhecimento do direito constitucionalmente assegurado, que confere 120 (cento e vinte) dias de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, para efetivar a convivência familiar e o desenvolvimento saudável da criança, fundados no binômio da convivência materno-infantil.

Ressalta, contudo, que não se pode invocar o óbice do art. 195, § 5º, da Constituição ao reconhecimento do direito em questão, pois a seguridade social encontra sua fonte de custeio nas contribuições previstas no art. 195 e complementarmente nos impostos. Afirma, ainda, que a ausência de previsão de fonte de custeio não é óbice ao reconhecimento de demandas que envolvam compromissos constitucionalmente assumidos em prol da proteção à infância e à maternidade.

Conclui, assim, presente o requisito da probabilidade do direito e do perigo de dano irreparável, o que reside na inexorabilidade e urgência da vida.

Acompanho o relator, porém entendo relevante tecer algumas ressalvas.

É fato que a Constituição Federal confere especial proteção à maternidade e à infância, ao prever, em seus arts. 6º; 7º, XVIII e XX; 39, § 3º; 201, II; e 203, I, garantias constitucionais que assegurem o emprego, o salário e a licença-maternidade, de 120 (cento e vinte) dias, à gestante.

A Constituição também prevê que a proteção à maternidade ocorre por meio da promoção de políticas sociais e econômicas de interesse da família e da infância e deve ser garantida pela Previdência Social.

A proteção constitucional à maternidade foi elevada a patamar de direitos constitucionais pelo movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais de segunda dimensão e reorganizou o Estado em função da proteção social e não apenas individual a seus cidadãos, o qual teve lugar no início do século XX.

No Brasil, o referido movimento histórico influenciou a elaboração da Constituição de 1934, que norteou os primeiros passos da elaboração do Estado de bem-estar social nacional com a inclusão de direitos sociais



ADI 6327 MC-REF / DF

à redação da Constituição Federal, dentre os quais a proteção à maternidade e à infância.

As Constituições que se seguiram mantiveram esse mesmo espírito. Ampliaram, paulatinamente, a proteção à mulher, à mãe, à lactante e à infância.

Tais direitos atingiram seu ápice com o estabelecimento de normas programáticas relacionadas à matéria no texto da Constituição Federal de 1988, a qual ampliou a licença-maternidade de 90 (noventa) para 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, inclusive para empregadas domésticas, avulsas e rurais, bem como garantiu o emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, vedando a sua dispensa nesse período.

A licença-maternidade apresenta fundamento científico e tem por objetivo propiciar a convivência da família com a nova criança que chega, possibilitando a criação de vínculos afetivos e psicológicos, a constante presença materna em um momento de muita vulnerabilidade do bebê e da mãe, bem como o desenvolvimento saudável do menor, tendo em vista que a referida licença contribui para a prática do aleitamento materno exclusivo em crianças menores de 6 (seis) meses de vida.

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.

Em diversas oportunidades, mencionei que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que se extrai do significado objetivo dos direitos



ADI 6327 MC-REF / DF

fundamentais, o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros¹.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos².

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica³.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁴.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrmassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Unterrmassverbote*)⁵.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte

1 Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66, 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

2 Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

3 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, N° 22.

4 von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

5 CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *JuS*, 1989, p. 161 (163).



ADI 6327 MC-REF / DF

Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção⁶:

“a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;

b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;

c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico”.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental⁷.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Überrmassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Unterrmassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada⁸.

6 RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

7 Cf. BVerfGE 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

8 “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções



ADI 6327 MC-REF / DF

O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção⁹.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE* 88, 203, 1993). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

“O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).”

O mandado constitucional que determina a concessão de licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, impõe ao legislador, para o seu devido

de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

9 Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.



ADI 6327 MC-REF / DF

cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Pelos motivos acima expostos, alinho-me ao entendimento do Ministro Edson Fachin sobre a matéria, por entender haver, de fato, incompletude nas normas destinadas a concretizar o direito constitucionalmente previsto da licença-maternidade, tendo em vista a ausência de previsão específica das situações sensíveis que se evidenciam para os casos de internação pós-parto da mãe ou da criança.

Não obstante, registro que o fato de não haver prestação de trabalho durante o período de licença-maternidade transfere à Previdência Social o pagamento de um benefício correspondente ao salário da mulher gestante.

A transferência do ônus referente ao pagamento dos salários (salário-maternidade), durante o período de afastamento, foi opção do legislador infraconstitucional e constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção no mercado de trabalho da mulher.

A norma se destina a estimular as empresas a exercerem sua função social de contribuir solidariamente ao regime previdenciário, notadamente quando a contrapartida é muito pequena, em comparação com o próprio salário-maternidade, cujo pagamento já foi assumido pelo Estado.

Ocorre, no entanto, que o regime jurídico dos benefícios previdenciários possui também assento constitucional e se encontra previsto no art. 195 da Constituição Federal. Segundo o § 5º do referido dispositivo, “[n]enhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Essa previsão fundamentou a jurisprudência assente deste Tribunal, no sentido de que a criação ou a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida, também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Esse é o motivo pelo qual não se revela possível ao Poder Judiciário



ADI 6327 MC-REF / DF

estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de, assim procedendo, o Tribunal atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal (RE 597.389, de minha relatoria, Dje 21.8.2009).

Tal questão é crucial não só ao presente debate, mas tendo em vista todas as premissas assentadas por esta Corte em matéria previdenciária, ressaltando a importância do art. 195, § 5º, da Constituição para a implementação da sistemática constitucionalmente prevista para a matéria, tendo em vista a necessidade de indicação de fonte de custeio hábil a dar sustentação ao benefício que deseja conceder.

Note-se que o art. 195, § 5º, da Constituição Federal vem ressaltar e garantir a importância do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social. Trata-se de exigência operacional do referido sistema que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada, mesmo quando expressamente determinada pelo legislador ordinário.

Isso ocorre porque as regras constitucionais de estipulação de dotação orçamentária expressa e específica vinculam o legislador ordinário e, conseqüentemente, impedem o reconhecimento ou a ampliação de benefícios dessa natureza por decisões judiciais que, por sua própria natureza, se encontram alheias ao debate orçamentário em matéria de políticas públicas.

Nesse contexto, o cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da necessária dotação orçamentária exigida, de modo prévio, pela Constituição (CF, art. 195, § 5º).

Trata-se do princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, *caput*) que, inclusive, demonstra-se em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

Nesses termos, embora me alinhe ao entendimento que reconhece haver omissão do legislador na proteção do direito constitucionalmente



ADI 6327 MC-REF / DF

assegurado, ou seja, uma proteção deficiente da legislação infraconstitucional no tocante ao direito da mulher e da criança à convivência por 120 (cento e vinte) dias em ambiente doméstico e fora do contexto hospitalar – seja por motivos de prematuridade ou complicações decorrentes do parto que exijam período de internação hospitalar –, entendendo não ser possível à Corte afastar-se da determinação cogente também contida na Constituição Federal, no texto do art. 195, § 5º, o qual exige a indicação de uma fonte de custeio à concessão de um benefício previdenciário.

Por esse motivo, entendo que a questão constitucional em debate não reclama uma interpretação conforme à Constituição, mas conclama a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade por omissão dos arts. 392, § 1º, da CLT; 71, da Lei 8.213/1991; e 93, § 3º, do Decreto 3.048/1999, por arrastamento, **mas sem a pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*)**, tendo em vista que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos jurídicos da referida técnica, é certo que ela contém juízo de desvalor em relação à norma questionada, o que obriga o legislador a empreender as medidas necessárias à supressão do Estado de inconstitucionalidade, com a possível presteza.

No entanto, tendo em vista tratar-se de medida cautelar em sede de arguição de preceito fundamental e, ainda, o fato de me alinhar ao entendimento que reconhece a proteção insuficiente dos dispositivos impugnados no tocante ao direito constitucional que pretendem garantir, acompanho o relator. Não obstante, desde já, faço ressalvas quanto à necessidade de que o debate sobre o mérito da questão constitucional por esta Corte trate de forma mais aprofundada da questão crucial referente ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário nacional, garantido pelo art. 195, § 5º, da Constituição Federal.

Diante do exposto, voto no sentido de acompanhar o relator, com ressalvas.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.327

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : GUILHERME PUPE DA NOBREGA (29237/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria, preliminarmente, conheceu da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, no mérito, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, referendou a liminar deferida a fim de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n.º 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n.º 3.048/99), e assim assentar a necessidade de prorrogar o benefício, bem como considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n.º 3.048/99, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a liminar. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o Relator com ressalvas. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 27.3.2020 a 02.04.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário