



RT INFORMA



STF decide: licença-maternidade passa a contar da alta hospitalar

No último dia 16/03/2020, foi publicada decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que conferiu, em sede de liminar, interpretação aos arts. 392, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), 71 da Lei nº 8.213/91 e 93 do Decreto nº 3.048/99¹ em conformidade com a Constituição Federal (CF), determinando a prorrogação do salário-maternidade e considerando, 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 tanto no art. 392, §2º, da CLT, quanto no art. 93, §3º, do Decreto n.º 3.048/99².

O processo, de nº 6.327, foi proposto como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), mas acatado pelo Relator, Ministro Edson Fachin, como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), já que um dos dispositivos impugnados é da CLT, norma anterior à CF.

Requisitos para a concessão da liminar

Para a concessão de medida cautelar a lei exige dois requisitos: os chamados *fumus boni iuris* (“fumaça do bom direito”) e o *periculum in mora* (perigo ou risco na demora). O *fumus boni iuris* tem a ver com demonstração da plausibilidade dos fatos e do direito afirmados pela parte demandante. Por sua vez, o

¹ Art. 392, § 1º. “A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.”

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

Art. 93. “O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.”

² Art. 392, § 2º, da CLT: “Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.”

Art. 93, § 3º, do Decreto nº 3.048/99: “§ 3º Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico.”

periculum in mora está relacionado ao perigo de dano/risco de lesão, que deve ser comprovado, caso a liminar não seja assegurada ao requerente.

O Ministro Relator constatou a presença de ambos no caso em debate.

Probabilidade do direito: principais fundamentos da decisão

- A licença-maternidade, que é um direito de natureza trabalhista, está diretamente ligada ao salário-maternidade, que é um benefício concedido pelo INSS, de modo que é necessário que as normas atinentes a ambos sejam avaliadas conjuntamente.

Há **“proteção deficiente das crianças prematuras** (e de suas mães), que, embora demandem mais atenção mesmo ao terem alta, tem esse período encurtado, uma vez que o período em que permanecem no hospital é descontado do período da licença.”

- A legislação confere proteção insuficiente às crianças prematuras e suas mães, pois, embora demandem mais atenção, inclusive depois de receberem alta médica, têm o período de permanência hospitalar descontado do período da licença. Isso porque não há previsão legal quanto à possibilidade de se estender a licença-maternidade no caso de necessidade de internações mais longas, como ocorre com crianças prematuras, nascidas antes das 37 semanas de gestação, ainda que a lei possibilite a extensão desse período em duas semanas - tanto antes quanto depois do parto, com a apresentação de atestado médico - e preveja expressamente o pagamento no caso de parto antecipado. Não obstante, para o Relator, essa ausência de previsão legal, que não encontra critério discriminatório racional e constitucional, não representa obstáculo, pois não significa ausência de norma.

- Houve uma evolução do direito à licença-maternidade, que passou de um direito de proteção à inserção das mulheres no mercado de trabalho para um direito materno-infantil, de proteção às crianças (nos termos do art. 8º da Lei nº 8.069/90³) e do direito à convivência familiar, inclusive adoções, com o aumento gradativo do período de afastamento remunerado.

- O 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”, deve ser interpretado com base nas premissas da doutrina da proteção integral da criança, fundada especialmente na unidade do binômio materno-infantil (art. 6º da CF⁴), e no direito da criança

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

³ Art. 8º “É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.”

⁴ 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.”

à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda a forma de negligência (art. 227 da CF⁵), bem como no dever do Estado de destinar percentual de recursos da saúde para a assistência materno-infantil.

- Considerou-se, ainda, o art. 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança⁶ (Decreto nº 99.710/1990), a Agenda 2030 - que estabelece os “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” e que tem preocupação com a redução da taxa de mortalidade materno-infantil - e o Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) - que detalha as preocupações concernentes à alta hospitalar responsável, ao estado puerperal, à amamentação, ao desenvolvimento infantil, à criação de vínculos afetivos, bem como evidencia a proteção qualificada da primeira infância e do período gestacional e pós-natal.

“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** [...] esse direito, no caso, confere-lhe, neste período sensível de cuidados ininterruptos (qualificados pela prematuridade), o **direito à convivência materna**.”

- Destacou o Ministro Relator a necessidade de proteção da unidade mãe e filho, e assevera que a questão vai além do direito do genitor à licença-maternidade, pois envolve o direito do recém-nascido, pelo qual tanto a família quanto o Estado são responsáveis, devendo assegurar-lhe, com "absoluta prioridade", o seu "direito à vida, à saúde, à alimentação", "à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar", e de salvaguardá-lo de “toda forma de negligência”, conforme o disposto no supramencionado art. 227 da CF. Parte componente disso é o direito à convivência materna durante o período em que a criança requer cuidados ininterruptos, qualificados pela prematuridade.

- Verificou que, a partir da interpretação dos arts. 6º e 227 da CF, há omissão inconstitucional relativa nos arts. 392, § 1º, da CLT, e 71 da Lei nº 8.213/91, pois crianças ou mães internadas após o parto são desigualmente privadas do período destinado à sua convivência inicial.

Perigo de dano irreparável

Segundo o Relator, há perigo de dano irreparável em virtude da “inexorabilidade e urgência da vida”, pois, diariamente, cessam licenças-maternidade de período encurtado, que não foram contadas a partir da alta

⁵ 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.”

⁶ Art. 24. “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

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

a) reduzir a mortalidade infantil;

(...)

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

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



hospitalar e que não tiveram efetivamente o período de 120 dias previsto na Constituição Federal, com o correspondente pagamento do salário-maternidade.

No entanto, o Relator restringiu a aplicação da decisão a casos mais graves, em que houver internações excedentes ao período das duas semanas concedidas pré-parto e pós-parto, com a permissão de prorrogação do salário-maternidade e a contagem do marco inicial do período de 120 dias da licença-maternidade e do benefício a partir da alta hospitalar da mãe ou da criança, o que vier posteriormente.

A decisão será submetida ao referendo do Plenário do STF.

A íntegra da decisão liminar na ADI nº 6.327 pode ser acessada [aqui](#).