

O termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia e o artigo 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990

Raquel Cristina Rezende Silvestre

Procuradora da República. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O direito constitucional à licença-maternidade destina-se não só à proteção da mãe biológica, mas sobretudo ao desenvolvimento socioafetivo do bebê e ao aprendizado dos papéis de pai, mãe e irmão, construindo-se, dessa forma, vínculos afetivos na família. Assim considerando, o termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros que necessitam de longa internação hospitalar não pode ser o dia do parto, como dispõe a Lei nº 8.112/1990, mas, sim, o dia em que for concedida alta hospitalar e puder começar o convívio familiar. Até o dia da referida alta, à genitora deverá ser concedida licença para tratamento de saúde de familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Termo inicial. Licença-maternidade. Bebês prematuros. Servidoras federais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The constitutional right of maternity leave is intended not only to protect the biological mother, but especially for the socio-affective development of the baby, the process of learning the roles of father, mother and brother, and building up the affective bonds in the family. So considering, the initial term for maternity leave for mothers of premature babies who require long hospital stay, cannot be the day of the birth, as does the Law 8.112/90, but rather the day it is granted hospital discharge. Until that day, the mother is entitled to use a sick leave for family care instead of maternity leave.

KEYWORDS: Initial term. Maternity leave. Premature babies. Federal employees. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Da configuração jurídica da licença à gestante na Constituição Federal e no serviço público federal. 2. Da configuração jurídica da licença à adotante no serviço público federal e a mutação constitucional. 3. De quem é o direito à licença-maternidade: da mãe ou da criança? 4. Da finalidade da licença-maternidade. 5. Do termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia. 6. Conclusão. Bibliografia.

1. Configuração jurídica da licença à gestante na Constituição Federal e no serviço público federal

Licença à gestante é direito fundamental das trabalhadoras rurais e urbanas previsto no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal.¹ Trata-se de proteção à maternidade e à infância, que garante o emprego e o salário, durante o período de 120 dias.

No serviço público federal, o direito vem delimitado pelos artigos 207 da Lei nº 8.112/1990,² artigos 1º e 2º da Lei nº 11.770/2008³ e artigo 1º do Decreto nº

6.690/2008.⁴ Deles extrai-se que a licença à gestante tem o prazo de 120 (cento e vinte) dias prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias.

O termo inicial do prazo da licença para nascimentos prematuros, ou seja, aqueles que ocorrem antes da 37ª (trigésima sétima) semana de gestação, é, em razão do artigo 2º da Lei nº 11.770/2008, o do dia do parto.⁵

2. Da configuração jurídica da licença à adotante no serviço público federal e a mutação constitucional

A Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 210, detalhado pelo Decreto nº 6.690/2008, em seu artigo 2º, § 3º, traz prazos diversos para a licença da adotante. A licença seria de 90 (noventa) dias, caso a criança adotada tivesse até 1 ano de idade. E de 30 (trinta) dias, caso a criança tivesse mais de 1 (um) ano de idade.

A melhor doutrina já cravava a inconstitucionalidade do referido dispositivo, em razão da irrazoável diferenciação entre mãe biológica e mãe adotante:

1 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores 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;”.

2 “Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º. A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto”.

3 “Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal

[...]

Art. 2º. É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.”

4 “Art. 1º. Fica instituído, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante”.

5 Nessa quadra, é de se notar que idêntica previsão existe no artigo 223, inciso III, letra “b”, da Lei Complementar nº 75/1993, que trata do regime jurídico do Ministério Público da União. E redação similar possui o artigo 392, § 3º, da CLT, nada obstante este não seja explícito quanto ao termo inicial.

O direito a igual tratamento e consideração garantido pela Constituição Cidadã ao filho adotivo, ao suprimir a reacionária diferenciação entre filiação e adoção, cuja proteção foi tão bem detalhada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente com as alterações promovidas pela Lei nº 12.010/2009, após séculos de tratamento legal estigmatizante, não deixa dúvidas quanto à inconstitucionalidade na previsão legal da licença-maternidade à adotante em período menor do que a mão dita “natural” e, por extensão, o direito de o filho adotivo gozar de menor período de convivência inicial com a sua mãe do que o filho biológico.⁶

A discussão sobre a constitucionalidade do referido artigo 210 chegou ao plenário do STF, em data de 10/03/2016, pelo RE 778.889/PE, no qual se pedia a equiparação entre os prazos de licença da gestante e da adotante.

A manifestação do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, no início do referido julgamento, em plenário, trouxe o tom da aversão atual à discriminação entre filhos:

Mãe é simplesmente mãe, não há que se falar em mãe biológica, mãe adotiva, mãe de outra categoria que se queira, é mãe! E, da mesma linha, filho é filho, não se pode distinguir filho biológico, filho adotivo, ou outra categoria que se queira. O que a Constituição busca é a proteção da família. [...] No entender do Ministério Público, gostaria de enfatizar esse aspecto, qualquer discriminação que se faça à família, ao conceito de mãe e ao conceito de filho será, ao ver do Ministério Público, uma discriminação constitucionalmente odiosa [...]⁷

Os ministros do Supremo Tribunal Federal, durante o referido julgamento, reconheceram a mutação constitucional do termo “licença à gestante”, presente no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, para nele ler “licença-maternidade”, e, dessa forma, equiparar a adotante à gestante, aplicando um único regime jurídico a ambas:

[...] A minha tese, Ministro Marco Aurélio, respeitando a divergência, é que houve uma mutação constitucional e, portanto, a interpretação que se dava em 2000, que era a interpretação do Tribunal, ela correspondia à percepção dos fatos e do Direito à época. Eu considero que, dogmaticamente, mutação constitucional ocorre quando o Tribunal Constitucional muda um entendimento que já havia professado, por estas razões: mudou a realidade social ou mudou a compreensão de um determinado fenômeno.

[...]

De modo que a minha a proposta – e está no meu voto – é a de que, onde o artigo 7º da Constituição, VIII, fala em licença gestante com duração de 120 dias, produziu uma expressão subinclusiva; ela quer dizer licença maternidade – que, aí, valerá tanto para a gestante como para a adotante. [...]⁸

E, assim, restou reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/1990, em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA- GESTANTE.

6 AMARAL, Carolline Scofield. Inconstitucionalidade da licença-maternidade remunerada em períodos escalonados devidos à mãe adotante e o direito constitucional à igual proteção devido ao filho adotivo. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. IOB: São Paulo, ano XXIII, v. 23, n. 276, jun. 2012, p. 99.

7 Manifestação oral do Procurador Geral da República,

durante julgamento do RE 778.889/PE no STF. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=a4Q92KOWYbU>> aos 9:46 a 10:46. Acesso em: 04 set. 2016.

8 Trecho da manifestação proferida pelo Ministro Relator Roberto Barroso, no RE 778.889/PE, STF, Pleno, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do

alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.⁹

O termo inicial da licença-maternidade para mães adotantes, considerado o regime regulado pela Lei nº 8.112/1990, é o da efetiva adoção, portanto. E o prazo é de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta).

Do termo inicial, conveniente é ressaltar, que o STF não considerou o prazo do estágio de convivência, artigo 46 do ECA,¹⁰ na

9 STF, RE 778.889/PE, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016.

10 “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º. O estágio de convivência *poderá* ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º. A simples guarda de fato *não autoriza*, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 3º. Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4º. O estágio de convivência *será acompanhado* pela

contagem da licença-maternidade. De fato, sob a supervisão do Estado, não há possibilidade de se construir vínculos familiares. Ou seja, o prazo da licença-maternidade à adotante servidora federal começa no exato instante em que a criança adotada passa ao convívio da nova família, descartado o tempo de estágio de convivência.

Esse passo já o havia dado, em 2002, o legislador infraconstitucional, ao alterar a CLT e, em seu artigo 392-A, equiparar a adotante à gestante, para fins de licença-maternidade, bem como descartar o período do estágio de convivência, considerando o termo inicial do exercício do direito o dia do ato jurídico solene da adoção: efetivo convívio familiar.



3. De quem é o direito à licença-maternidade: da mãe ou da criança?

Responde à pergunta do capítulo o próprio STF, no RE 778.889/PE, com repercussão geral reconhecida: direito da criança e da mãe. Com ressalva, no entanto, do Ministro Luiz Fux, para quem:

equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida”. (destaques nossos)

[...] Eu também compreendo que essa questão gravitante em torno desse belíssimo voto, como sempre soem ser os votos do Ministro Luís Roberto Barroso, diz muito *mais respeito a um direito do filho do que ao direito da mãe*. Quer dizer: a licença denomina-se de maternidade – e agora nós já vimos que tem uma licença-paternidade –, mas, na gênese, está a necessidade exatamente de decurso de um tempo para melhor adaptação daquela criança à família. [...].¹¹

Acrescentará a psicanálise à decisão judicial, como logo no tópico abaixo se demonstrará: é também direito da família.

Atende aos interesses da mãe biológica, já que a gestação é período de intensa mudança física, e o parto é um processo, seja cirúrgico ou não, de imenso desgaste. Por essa razão, mesmo tendo nascido morto o bebê, ou ocorrendo aborto, fará jus à licença por 30 (trinta) dias.

Ademais, serve à proteção de gênero, ao garantir que o tempo longe do mercado de trabalho, não traga prejuízo à mulher (mãe biológica ou não) trabalhadora.

Serve à criança que desembarca em um mundo completamente desconhecido e diverso do que estava acostumada, no útero materno, necessitando de cuidados intensos e vitais.

Assiste a família, natural ou adotiva, que durante a referida licença, aprende os papéis de pai, mãe e irmão, como se detalhará abaixo.

4. Da finalidade da licença-maternidade

Vínculo de sangue não é vínculo afetivo. É o convívio em família que propicia a formação dos papéis de pai, mãe e irmão.

¹¹ STF, RE 778.889/PE, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016, destaques nossos.

E, para a família adotiva, vale o mesmo. É o efetivo convívio que fará o vínculo afetivo nascer e não contatos esporádicos. Por isso, tanto o legislador ordinário quanto o STF, como acima visto, descartam o estágio previsto no artigo 46 do ECA para o início da licença-maternidade concedida à mãe adotiva.

Nesse aprendizado de convívio, o tempo e presença da mãe, seja adotante ou biológica, são essenciais, sobretudo, no aprendizado e formação de vínculo com os demais irmãos e pai.

[...]

7. Construção do vínculo de filiação com atropelamento de etapas – No imaginário da nossa cultura, o tipo de vínculo entre pais e filhos deveria ser aquele que nem o tempo, nem a distância, nem as dificuldades seriam capazes de destruir. Contudo, nem sempre isso acontece. O vínculo de sangue não produz necessariamente o vínculo afetivo e a filiação pode se dar independentemente do primeiro, pois está mais relacionada à disponibilidade e à dedicação do pai/mãe pelo filho(a) do que pela biologia compartilhada. Um vínculo forte, um laço como esse também não se constrói do dia para noite, inclusive entre pais e filhos biológicos. É necessário investimento afetivo, paciência, renúncia, dedicação para se construir uma relação de pai-filho. Pais e filhos negociam suas diferenças diariamente e a cada etapa e nova fase de vida (1ª e 2ª infância, adolescência, juventude, etc). Dá trabalho educar, não pense que é diferente nas famílias com laços biológicos. Na adoção tardia, o que ocorre é que muitas vezes os problemas surgem e/ou se intensificam enquanto o vínculo entre pais e filhos ainda se encontra bastante vulnerável, em construção. Somam-se as dúvidas e incertezas de ser pai e mãe às dificuldades iniciais de adaptação e o pouco conhecimento mútuo. Para a criança também não é fácil, ela vem de um ambiente e uma socialização totalmente diferente e, muitas vezes, não elaborou suficientemente a dor

de ter sido abandonada, abusada e/ou entregue para adoção. Estes processos todos ocorrem conjuntamente e nem sempre é fácil ou indolor passar por eles. Mas lembre-se a cada etapa superada, o vínculo será mais forte e gratificante.

[...]¹²

Mais sobre construção do vínculo:

[...]

A construção de um novo vínculo afetivo-parental para uma criança adotiva não se dá instantaneamente. É algo que demanda tempo, paciência, disponibilidade, investimento e, sobretudo, amor. Não é um ato, é um processo. Não é um passo, é uma caminhada. Uma nova história de pertencimento e de amor começa a ser construída em um ambiente cercado de afetividade, proteção e carinho. Quanto maior for o tempo e a qualidade da atenção dispensada pelos pais adotivos aos seus filhos, maior será a possibilidade de as crianças reescreverem sua história afetiva, superarem os sentimentos de menos valia e abandono e aderirem ao processo de construção e sedimentação de vínculos, com todos os benefícios e proteção resultantes disso.

[...]¹³

Ainda:

Construção de Vínculos Parentais

Os vínculos parentais não são determinados geneticamente, mas construídos no dia a dia mediante entrega, cuidado, proteção e afeto.

Ser pai ou ser mãe são funções desempenhadas por quem foi tomado pelo desejo de criar uma história de amor especial em relação a um ser caracte-

12 CAMPOS, Niva Maria Vasques. Adoção tardia – características do estágio de convivência. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/adocao-tardia/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

13 SOUSA, Walter Gomes de. Licença para adotantes: além de direito, uma necessidade. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/licenca-para-adotantes-alem-de-direito-uma-necessidade/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

rizado pela dependência de cuidados protetivos e supridores. Não basta apenas a contribuição biológica para ser tornar pai ou mãe, é indispensável que haja a construção dos papéis por meio da entrega, da devoção, do afeto e da responsabilidade. Não se pode falar em existência de parentalidade sem que os vínculos do amor incondicional estejam sobejamente estabelecidos.

Fazemos parte de um contexto sociocultural que procura sacralizar os laços de consanguinidade mesmo que estejam esvaziados do sentimento de cuidado e apreço pelo outro. Para muitos, se existe a comprovação de que os laços genéticos estão presentes, a existência da família está configurada e materializada. Ou seja, para essas pessoas, os laços de sangue são, por si sós, suficientes para garantir aos indivíduos o sentimento de pertencimento parental e felicidade familiar.

Essa concepção me parece linear e reducionista e não resiste a uma análise mais cuidadosa e contextualizada, sobretudo quando se verifica, em escala mundial, um crescente esfacelamento do dito modelo tradicional de família em razão das crescentes e vertiginosas taxas de violência doméstica, negligências, omissões e toda sorte de violação de direitos infantojuvenis perpetrados por adultos que, em tese, teriam a sagrada missão de proteger, suprir e amar. O mais grave é saber que toda essa barbárie tendo como cenário o “ambiente familiar” e as maiores vítimas são crianças e adolescentes em complexa fase de desenvolvimento, que demandam especiais e ternos cuidados e necessitam de cativantes modelos de saudável cidadania e boa civilidade.

Não se pode simplesmente acreditar que a mera consanguinidade resultará no estabelecimento automático das funções e prerrogativas parentais sem qualquer esforço ou investimento das pessoas. O tornar-se pai ou mãe surge por meio de uma entrega contínua e ininterrupta em forma de dedicação, presença, diálogo, escuta atenta, renúncia, exercício adequado da autoridade, responsabilidade e disponibilidade afetiva.

[...]

Pai e mãe não nascem prontos; são esculpido no dia a dia em meio às diversificadas circunstâncias que tangenciam a caminhada humana. Esse processo nunca se encerra, mas se renova continuamente, pois a possibilidade de novas aprendizagens e aperfeiçoamentos não se esgota no transcorrer da vida. A cada dia, podemos nos tornar pessoas melhores em cada dimensão da existência: como cidadão, como pai ou mãe, como filho, como trabalhador, como ser religioso, como membro da natureza. Que sejamos, hoje, melhores do que fomos ontem! Que os vínculos que estamos construindo com nossos filhos sejam capazes de protegê-los.¹⁴

Até mesmo a mãe precisa aprender seu papel. Curioso é que supomos todos que mãe sabe exercer o seu papel, desde o momento em que o bebê lhe vem aos braços. Não passa de ideia fantasiosa que cultivamos todos, talvez pelo afeto que nutrimos pelas nossas próprias mães a nos guiar o conceito e projetá-lo em cada uma das mães que vemos.

Eslarecedora, nesse ponto, é a tese de doutorado de Vera Iaconelli:

No documentário *Bebés du Monde* (2000) vemos um parto numa aldeia nepalense, cujos hábitos seculares têm sido preservados. Nessa incrível cena, alguns aspectos nos chamam mais atenção, entre outros a grotesca falta de higiene, o que nos remete aos avanços da medicina na diminuição da mortalidade materno-infantil, a serenidade da parturiente em pleno período expulsivo do parto, o que é surpreendente se comparado ao imaginário da mulher contemporânea, assombrada pela ideia da dor de parir [...]

¹⁴ SOUSA, Walter Gomes de. Construção de vínculos parentais. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadãos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/construcao-de-vinculos-parentais/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

A facilidade que a mulher demonstra, ao lidar com a tarefa maternal, decorre de uma aprendizagem subliminar a que os membros dessa cultura são expostos desde a infância, mas pode nos dar falsa impressão, quando vista de fora, de que se trata de uma mãe natural, em contrapartida à mãe desnaturada ocidental [...] As competências inatas dos humanos e seus filhotes (ODENT, 2002; MONTAGU, 1988; GUEDENEY, 1999) se retroalimentam da aprendizagem e não são suficientes para constituir uma mãe. [...]

O confinamento para gestar e parir, a exclusividade no aleitamento e a dependência dos outros para poder sobreviver, enquanto cuida dos filhos, são condições que têm sido drasticamente modificadas em pouquíssimo tempo. A mulher, na atualidade, encontra-se comumente privada da experiência de cuidar de bebês e, por vezes, vive com seu filho o primeiro contato direto com um bebê. Situação impensável até pouquíssimos anos, vem sendo uma constante em grandes centros urbanos.

E é à medida que o grupo social vai perdendo sua transmissão de hábitos e conhecimento, que a falta de um suposto saber materno advindo da natureza torna-se mais visível. A transmissão geracional se perde, revelando a fragilidade da ideia de instinto materno autônomo. A história testemunha a precariedade dessa ideia diante das questões socioambientais.

[...]¹⁵

À mãe, mulher que é, a licença também tem a finalidade de permitir sua manutenção no mercado de trabalho e manter sua dignidade, ao tempo em que lhe permite realizar seus objetivos, ter escolhas, sem precisar delas abrir mão em prol da maternidade.

[...] 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. [...]¹⁶

Atende, de igual sorte, à recuperação física da mãe biológica que sofreu o as consequências do parto.

Ao bebê, a licença permite a atenção da mãe, cuidados essenciais à sua sobrevivência e afeto. Propicia, ainda, a correta formação de seu cérebro:

[...]

Situações de estresse crônico, presentes no caso de cuidados gravemente inadequados da criança ou de *privação materna*, podem causar, através da elevação do nível de cortisol sanguíneo, atrofia do hipocampo, estrutura responsável pelas memórias contextualizadas no tempo e no espaço. A impossibilidade de contextualização de memórias emocionais desencadeadas em níveis mais baixos do sistema (principalmente na amígdala) pode impedir a modulação cortical dos estados afetivos, contribuindo para a gênese de transtornos de ansiedade, transtornos de estresse e de algumas formas de depressão.

[...]¹⁷

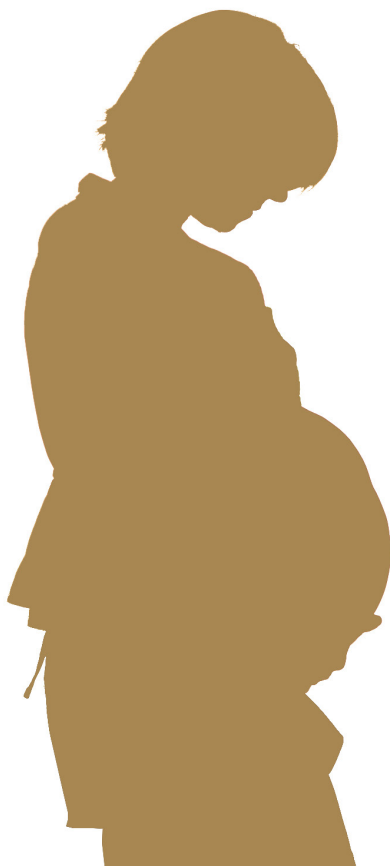
Nunca demais lembrar que a única qualificação como prioridade absoluta feita pelo constituinte originário é a proteção à criança, ao adolescente e ao jovem:

15 IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade: do infanticídio à função materna*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-07052013-102844/>>. Acesso em: 01 maio 2016.

16 STF, RE 778.889/PE, Pleno, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJe 29/07/2016.

17 ALMEIDA, Roberto Santoro. Afetividade e desenvolvimento. *Revista de Pediatria SOPERJ*, 2011, 12 (Supl. 1), (1): 21-27. Disponível em: <revistadepediatriasoperj.org.br/Novo/revista/detalhe_artigo.asp?id=554>. Acesso em: 01 maio 2016, destaques nossos.

Art. 227 da CF. “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”. (destaques nossos)



5. Do termo inicial da licença-maternidade para mães de bebês prematuros de convivência familiar tardia

Vimos que a legislação federal estabelece como termo inicial da licença-maternidade para nascimentos prematuros o dia do

parto (art. 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990).¹⁸

Reiterando, para a melhor compreensão do texto, prematuro é o parto que ocorre antes da 37ª semana de gestação.

Ocorre que, não raras vezes, o bebê prematuro sai do parto diretamente para a unidade intensiva de tratamento. E, por lá, passa semanas, por vezes meses, longe da mãe, do pai e dos irmãos. Ou, com melhor sorte, tem pequenos e esporádicos contatos apenas com a genitora.

Considerando tal quadro médico, se a criança passar, por exemplo, 4 (quatro) meses internada em tratamento intensivo e, só então, receber alta, a aplicação direta da Lei nº 8.112/1990, sem nenhum filtro de análise de constitucionalidade, fará com que, de licença-maternidade cumpridora de todas as finalidades acima descritas, só usufrua 2 (dois) meses.

Nesse contexto, é curioso notar que o STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 210 da Lei nº 8.112/1990, para equipar o filho adotado ao filho biológico, concedendo a ambos o prazo de 120 prorrogáveis por mais 60. E isso uma conquista histórica.

Muito pouco, no entanto, até o presente momento, foi feito para evitar a discriminação irrazoável entre filhos biológicos. Ora, aquele que nasce saudável e deixa o hospital logo após o parto, terá 180 (cento e oitenta) dias de atenção materna, para criar vínculos afetivos, desenvolver regularmente seu cérebro e se integrar à família. A licença-maternidade, portanto, terá cumprido suas finalidades.

O que nasceu fragilizado, no entanto, se a licença começar, como dispõe o artigo 207 da Lei nº 8.112/1990, a ser contada do parto, terá apenas o que dela restar quando puder deixar o hospital. O que resta, quando resta, é insuficiente, para que o direito à licença-maternidade atinja sua finalidade de proteção à família e correto desenvolvimento da criança, sobretudo se a ótica for a isonomia entre filhos.

¹⁸ De igual sorte ocorre na Lei Complementar nº 75/1993 e CLT.

A injustiça ao avesso. Hoje, filho adotivo, em se tratando de licença-maternidade, tem direito maior que o filho biológico prematuro de convivência familiar tardia. Há de haver uma correção.

A correção, enquanto não houver uma interpretação conforme a Constituição Federal do dito artigo feita pelo STF, poderá vir de duas maneiras. A primeira, é a condenação da União, ou ente federal, em obrigação de fazer, para considerar os meses nos quais o bebê prematuro permanece internado como licença para tratamento de saúde de familiar (art. 83 da Lei nº 8.112/1990) e, só após o bebê receber alta hospitalar, retomar a contagem da licença-maternidade. Sendo descartado esse período de internação, tal como o foi o período de convívio da adoção (art. 46 do ECA), do prazo total da licença-maternidade.

Licença-maternidade e licença para tratamento de saúde de familiar são benefícios legais, não excludentes e perfeitamente compatíveis.

Assim, haverá isonomia e a correta proteção à infância determinada pela Constituição Federal, em seu artigo 227.

A segunda forma, a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 207, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, por violação do artigo 227 da Constituição Federal, nos casos de bebês de convívio familiar tardio, somente permitindo a contagem do prazo da licença maternidade após o início do efetivo convívio familiar.

É o que, aliás, já se encontra na jurisprudência:

RELATÓRIO Julgado em Inspeção. A parte Ré interpõe o presente recurso em medida cautelar visando a integral reforma da decisão de primeiro grau que deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pela parte. O feito trata de pedido de alteração da data de início da licença maternidade para a data de alta hospitalar do filho prematuro, con-

siderado o tempo de internação como licença por motivo de doença em pessoa da família. [...]. Em sentido análogo já decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determinou fosse considerada como licença médica para tratamento de saúde o período que antecedeu ao nascimento do filho, afastando a hipótese de antecipação da licença gestante, nos seguintes termos: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO DE PRAZO”. [...] Se o fundamento da licença maternidade é o cuidado a ser dispensado ao recém-nascido, da mesma forma é de se concluir que tal cuidado seja efetivado em casa, com a criança em estado normal de saúde. Entendo seja a situação da internação por período dilargado de tempo (dois meses) circunstância excepcional que dá ensejo à concessão de outra licença que, penso eu, não seja cumulável com aquela decorrente do nascimento de um filho. [...] MANTENHO a decisão antecipatória impugnada por seus próprios fundamentos. III ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos eletrônicos, em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Terceira Região - Seção Judiciária de São Paulo, por unanimidade, negar provimento, nos termos do voto do Relator. Participaram do julgamento os Senhores Juizes Federais Márcio Rached Millani, Ricardo Geraldo Rezende Silveira e Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira. São Paulo, 13 de maio de 2015 (data do julgamento).¹⁹

De igual teor as decisões proferidas nos autos nº 0007873-12.2016.4.01.3400, 27ª Vara Federal do TRF da 1ª Região, e autos nº 0069874-67.2015.4.01.3400, 14ª Vara Federal, também do TRF da 1ª Região.

19 Processo 0000478-94.2015.4.03.9301, 8ª Turma Recursal de São Paulo, Juiz Federal Ricardo Geraldo Rezende Silveira, e-DJF3 25/05/2015, termo nº 9301060734/2015.

Alinhavo, por fim, a existência de proposta de Emenda Constitucional já aprovada no Senado e que tramita na Câmara dos Deputados sob o número 181/2015, dando a seguinte redação ao inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal:

Art. 7º. [...]

XVIII – licença à 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.

6. Conclusão

O termo inicial para a licença-maternidade de bebês prematuros de

convivência familiar tardia é o da data em que o recém-nascido puder ser levado para casa e iniciar o convívio familiar.

A contagem legal que estipula a data do parto como início da licença-maternidade para bebês de convivência familiar tardia é incompatível com a ordem constitucional, porque impede que o direito atinja a finalidade a que se propõe, violando flagrantemente a isonomia entre filhos biológicos e a proteção prioritária à saúde da criança, tal qual prevista no artigo 227 da Constituição Federal.

O período em que a mãe acompanha a criança prematura no hospital deve ser considerado licença para tratamento de saúde de familiar (art. 83 da Lei nº 8.112/1990).

Essa é a única forma de conferir isonomia entre filhos biológicos e garantir real acesso à integração familiar.

Bibliografia

AMARAL, Carolline Scofield. Inconstitucionalidade da licença-maternidade remunerada em períodos escalonados devidos à mãe adotante e o direito constitucional à igual proteção devido ao filho adotivo. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. IOB: São Paulo, ano XXIII, v. 23, n. 276, jun. 2012.

CAMPOS, Niva Maria Vasques. Adoção tardia – características do estágio de convivência. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/adocao-tardia/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

IACONELLI, Vera. *Mal-estar na maternidade: do infanticídio à função materna*. 2013. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-07052013-102844/>>. Acesso em: 01 maio 2016.

ALMEIDA, Roberto Santoro. Afetividade e desenvolvimento. *Revista de Pediatria SOPERJ*, 2011, 12 (Suppl. 1), (1): 21-27. Disponível em: <revista-depediatriasoperj.org.br/Novo/revista/detalhe_artigo.asp?id=554>. Acesso em: 01 maio 2016.

SOUSA, Walter Gomes de. Construção de vínculos parentais. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/construcao-de-vinculos-parentais/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.

_____. Licença para adotantes: além de direito, uma necessidade. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/textos-e-artigos/licenca-para-adotantes-alem-de-direito-uma-necessidade/view>>. Acesso em: 01 maio 2016.