

**RECURSO DE MEDIDA CAUTELAR Nº 5007801-  
11.2016.404.7100/RS**

**DECISÃO**

Cuida-se de recurso de medida cautelar contra ato judicial que não acolheu pedido de antecipação de tutela em ação na qual a ora recorrente objetiva a extensão do período de auxílio-maternidade por 70 dias, período em que seu filho, em virtude da antecipação do parto, permaneceu internado em UTI Neonatal.

Esclarece, inicialmente, que o pagamento do auxílio vem sendo realizado pela instituição financeira em que trabalha, mediante convênio com o INSS (que posteriormente repassa a verba à empregadora).

Narra ainda que, por ter nascido em situação de prematuridade extrema (com apenas 27 semanas de gestação), o menor apresenta um dos rins atrofiados e APLV (alergia ao leite de vaca), circunstâncias que, mesmo após a alta hospitalar ocorrida em 17/11/2015, exigem inúmeros cuidados alimentares e acompanhamento com nefrologista. Diz também que, em razão da situação delicada do filho, não pode retornar às atividades laborais no prazo concedido (120 dias prorrogados por mais 60, totalizando 180 dias), por falta de condições financeiras e psicológicas de deixar a criança aos cuidados de terceiros.

Outrossim, refere que a ampliação do benefício, na forma postulada, é objeto de Projeto de Emenda Constitucional aprovado de forma unânime pelo Senado (PEC 99/2015) e invoca legislação constitucional e infraconstitucional, mormente o direito à igualdade, para defender que mães de bebês prematuros não podem ter o mesmo tratamento das mães de bebês nascidos a termo.

Pede a concessão do pedido em caráter liminar, com a reforma da decisão atacada.

Decido.

No processo mencionado, o juízo de origem indeferiu a antecipação dos

efeitos da tutela aos seguintes fundamentos:

*“Defiro o benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Indefero o pedido de antecipação de tutela, tendo em vista que a documentação carreada ao processo, aliado ao fato da inexistência de qualquer legislação específica acerca da matéria, importam na ausência de elementos suficientes para se inferir o direito da parte autora a concessão do benefício.*

*Compulsando os documentos juntados pela parte autora, verifica-se que não restou demonstrada a pretensão resistida por parte da Autarquia Previdenciária quanto a sua pretensão.*

*Sendo assim, intime-se a demandante para que comprove, no prazo de 20 (vinte) dias, o indeferimento administrativo do requerimento de prorrogação da licença maternidade.*

*No mesmo prazo, deverá juntar documento atualizado que comprove o local de sua residência. Caso o comprovante esteja em nome de terceiro, este deverá firmar declaração de que a parte autora reside no endereço fornecido;*

*Sem prejuízo das determinações supra, desde já determino a citação do INSS, a fim de que o processo tenha o trâmite célere que a situação requer.*

*Intime-se. Cumpra-se”.*

A iminência do término do auxílio vigente demonstra a urgência alegada. Por outro lado, verifica-se a verossimilhança do direito.

O art. 71 da Lei 8.213/1991 prevê a concessão do benefício de salário-maternidade às seguradas do RGPS, nos seguintes termos:

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.

E a Lei nº 11.770/2008 estabelece a prorrogação do benefício às empregadas de empresas que aderirem ao Programa Empresa Cidadã e às servidoras públicas:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

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.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.

Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade de que trata esta Lei, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no caput deste artigo, a empregada perderá o direito à prorrogação.

Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º O Poder Executivo, com vistas no cumprimento do disposto no inciso II do caput do art. 5º e nos arts. 12 e 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, estimará o montante da renúncia fiscal decorrente do disposto nesta Lei e o incluirá no demonstrativo a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição Federal, que acompanhará o projeto de lei orçamentária cuja apresentação se der após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do exercício subsequente àquele em que for implementado o disposto no seu art. 7º.

Destarte, o benefício é concedido pelo período de 180 dias, os quais estão sendo usufruídos pela recorrente.

O aplicador da norma deve conscientizar-se que o direito não é uma realidade cuja essência já foi definida de maneira imutável - pelo emprego de palavras dotadas de um único significado, válido e preciso - que pode ser descoberta pelo intérprete mediante uma operação intelectual ou mística. O direito é um produto cultural, que está em permanente atualização ou recriação. Considero que a situação fática trazida aos autos reveste-se de características peculiares.

Do ponto de vista da estrita legalidade o indeferimento do pedido realizado pela administração foi correto e bem evidencia a insuficiência das disposições constantes da Legislação que trata da previdência e da assistência social para regular todas as situações de necessidade social.

Mas esta decisão estaria em sintonia com os princípios e objetivos perseguidos pela nossa Constituição Federal? Penso que não.

A deficiência legislativa, no paradigma do Estado Constitucional, convoca os operadores do direito a intensificarem o processo de reflexão sobre a consistência e justiça do ordenamento jurídico previdenciário.

Nos autos, há comprovação por parte do pediatra que acompanhou o menor, atestando que o filho da autora é 'prematureo extremo, permaneceu na UTI Neonatal por 73 dias e necessitará de cuidado de sua mãe por período acima da licença materna regular' (ATESMED3 - evento 1).

A gestante tem proteção previdenciária especial garantida pela Constituição Federal. Nessa linha o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, assegura licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, e o artigo 10, II, b, do mesmo Diploma, assegura ainda estabilidade à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

É preciso recordar que já no âmbito Tribunal Federal de Recursos reconhecia-se no Juiz um agente ou um ator com o poder/dever de constituir a norma para o caso concreto, mediante um ajustamento das diretrizes gerais diante das exigências de justiça oferecidas pelo caso. Aliás, no âmbito dos Juizados Especiais, o art. 6º da Lei 9.099/95 expressamente autoriza o julgamento fundado na equidade. No presente feito, penso que é possível conceder o pedido tendo mediante a apreciação do caso pelas lentes da equidade.

Considerando a proteção especial que a Constituição dá à gestante e também à criança (artigo 227 da CF), a despeito de a situação não estar expressamente contemplada na legislação previdenciária a prorrogação solicitada do auxílio-maternidade por 70 dias , período em que seu filho, em virtude da antecipação do parto, permaneceu internado em UTI Neonatal, é uma solução que encontra razoabilidade.

Ademais, a necessidade de revisar a situação dos nascimentos prematuros, mesmo em face da ausência de previsão legal para a prorrogação do auxílio no caso de nascimento prematuro, há que se observar a existência de Projeto de Emenda Constitucional acerca do tema, o qual, conquanto ainda não aprovado plenamente, foi acolhido de forma unânime pelo Senado em 09/12/2015 (PEC 99/2015). O Projeto prevê a extensão do

benefício conforme a quantidade de dias de internação do recém-nascido e leva em consideração que o objetivo da licença-maternidade é justamente garantir um período exclusivo de contato entre mãe e filho a fim de protegê-lo no momento inicial de seu desenvolvimento, o que não ocorre no caso do parto prematuro, quando o bebê precisa ficar internado com a ajuda de aparelhos médicos e é privado do contato direto e pleno com a mãe no período concedido pela legislação.

A deficiência legislativa, no paradigma do Estado Constitucional, convoca os operadores do direito a intensificarem o processo de reflexão sobre a consistência e justiça do ordenamento jurídico previdenciário. Aliás o reconhecimento importante do papel da magistratura, na tarefa diuturna de remediar problemas sociais relevantes, originados de uma relação desconstruída entre o texto da lei e a vontade da Constituição foi materializada no julgamento da Reclamação nº 4374 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, o deferimento da medida postulada, está em sintonia com os direitos protegidos nos arts. 201 e 227 da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente em seus arts. 4º e 7º.

Ressalte-se ainda que, no caso dos autos, restam comprovados tanto o período de internação quanto as intercorrências do parto prematuro.

É caso, portanto, de deferir a concessão liminar da medida postulada, a fim de que prorrogar a licença-maternidade à autora pelo prazo de 70 (setenta) dias além do término do benefício.

Intime-se a empregadora da autora, Banco Itaú (CNPJ 60.701.190/0523-25, Av. Farrapos, 2351, Porto Alegre/RS) e o INSS, este também para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo legal.

Após, retornem os autos conclusos.

Intime-se. Providências legais.

Porto Alegre, 19 de fevereiro de 2016.

DANIEL MACHADO DA ROCHA

Juiz Federal Relator