

## CONSELHEIRO MÁRIO GUERREIRO

CONSULTA: 0005775-25.2020.2.00.0000

RELATOR: Conselheiro Mário Guerreiro

REQUERENTE: Superior Tribunal de Justiça - STJ

REQUERIDO: Conselho Nacional de Justiça - CNJ

ASSUNTO: Assunto: STJ – Ofício nº 599/GP – Esclarecimentos – Regras – Concessão – Licença – Gestante – Adotante – Paternidade – Início – Alta hospitalar – Mãe – Recém-nascido – Justificativa – Ausência – Servidora – Motivo – Afastamento – Doença em pessoa da família – Prematuro – Resolução nº 321/CNJ.

**EMENTA: CONSULTA. RESOLUÇÃO CNJ 321/2020. LICENÇA À GESTANTE. MARCO INICIAL. ALTA HOSPITALAR DA CRIANÇA OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE O PARTO E A ALTA HOSPITALAR. EXTENSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE.**

1. Consulta acerca da aplicação do art. 4º, §1º, da Resolução CNJ 321/2020, no que tange à espécie de licença ou afastamento a ser concedido entre o parto e a alta hospitalar da criança ou da mãe, o que ocorrer por último.

2. Consoante se depreende da *ratio decidendi* do julgamento da ratificação de liminar na ADI 6327, a definição da alta hospitalar como termo inicial da licença-maternidade busca, entre outros desideratos, evitar a quebra de isonomia e preservar a finalidade do referido direito, assegurando o período de 120 dias de convivência familiar em ambiente doméstico a todas as mães e crianças.

3. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*. Se é possível prorrogar (para o futuro) a licença à gestante a fim de que atenda às suas finalidades, deve ser igualmente possível estender a licença ao passado para cobrir também o período entre o parto e alta hospitalar. Do contrário, teria que ser concedida outra modalidade de licença ou afastamento à mãe, com perdas salariais e de tempo de serviço, o que frustraria, por via oblíqua, a isonomia na fruição da licença à gestante.

4. Os contornos para a concessão da licença-paternidade são aqueles definidos na Resolução CNJ 321/2020, que não prevê a alta hospitalar como termo inicial para a concessão desse benefício.

5. **Consulta respondida** no sentido de que: **a)** é cabível a

extensão da licença à gestante ao interregno entre a data do parto e da alta hospitalar da criança ou da mãe, o que ocorrer por último, sem prejuízo do período de 120 dias consecutivos e dos 60 dias subsequentes (prorrogação automática), que serão usufruídos, inteiramente, a partir do termo inicial previsto na Resolução CNJ 321/2020; **b)** os contornos para a concessão da licença-paternidade estão definidos em seção própria da Resolução CNJ 321/2020, de modo que, diferentemente do que ocorre com a licença-maternidade, a alta hospitalar não é o termo inicial desse benefício.

## ACÓRDÃO

O Conselho, por unanimidade, respondeu a consulta, nos termos do voto do Relator. Presidiu o julgamento o Ministro Luiz Fux. Plenário Virtual, 30 de março de 2021. Votaram os Excelentíssimos Conselheiros Luiz Fux, Maria Thereza de Assis Moura, Emmanoel Pereira, Luiz Fernando Tomasi Keppen, Rubens Canuto, Tânia Regina Silva Reckziegel, Mário Guerreiro, Candice L. Galvão Jobim, Flávia Pessoa, Ivana Farina Navarrete Pena, Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, André Godinho, Maria Tereza Uille Gomes e Luiz Fernando Bandeira de Mello. Não votou, em razão da vacância do cargo, o representante do Ministério Público da União.

## RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a Resolução CNJ 321/2020, que “dispõe sobre a concessão de licença-paternidade, licença à gestante e de licença à adotante para magistrados e servidores do Poder Judiciário brasileiro”.

Em razão das novas regras para a concessão de licença à gestante, adotante e paternidade instituídas pela Resolução CNJ 321/2020, bem como diante do fato de que a licença à gestante terá início apenas no momento da alta hospitalar do recém-nascido ou de sua mãe, o que ocorrer por último (art. 4º, § 1º), o STJ apresenta os questionamentos abaixo:

“Qual instituto deverá ser utilizado para justificar a ausência da servidora de suas atividades no órgão nas seguintes situações:

- a) entre a data do parto e a da alta hospitalar, quando mãe e criança permanecerem internadas por alguns dias e tiverem alta hospitalar conjunta?
- b) entre a data da alta hospitalar da mãe e da alta hospitalar da criança, quando a mãe tiver alta e a criança permanecer internada por alguns dias?

c) caso se entenda que, nos itens 'a' e 'b', o instituto do licenciamento seja a licença por motivo de doença em pessoa da família (art. 83 da Lei n. 8.112/90), o período que exceder a sessenta dias de licença será com ou sem remuneração?

d) caso se entenda que, nos itens 'a' e 'b', deverá ser adotado outro instituto que não a licença por motivo de doença em pessoa da família (art. 83 da Lei n. 8.112/90), qual fundamento legal deverá ser utilizado para remunerar todo esse período de afastamento, inclusive prorrogação, como se em exercício estivesse (art. 9º da Resolução CNJ n. 321/2020).

e) quando a criança nascer a termo, mas necessitar permanecer internada por outras questões de saúde, deverá ser adotado o mesmo procedimento para afastamento que o destinado à criança prematura?

Por fim, considerando o princípio da isonomia, a data de início para a concessão da licença-paternidade deverá ser a data do parto ou a da alta hospitalar da criança?”

O feito foi autuado, de ofício, pela Presidência deste Conselho e determinada a sua livre distribuição entre os Conselheiros do CNJ, tendo sido sorteada a minha relatoria (Id. 4058953).

Encaminhados os autos à Comissão Permanente de Eficiência Operacional, Infraestrutura e Gestão de Pessoas, foi ofertado parecer no sentido de que não cabe às comissões e comitês se imiscuírem em questões de natureza eminentemente operacional dos órgãos do Poder Judiciário (Id. 4126791).

É o relatório.

## **VOTO**

De início, verifico que os questionamentos ora submetidos ao exame deste Conselho se inserem nas hipóteses delineadas pelo art. 89 do Regimento Interno do CNJ, razão pela qual a consulta deve ser conhecida.

No mérito, constata-se que as dúvidas suscitadas dizem respeito, fundamentalmente, à espécie de licença ou afastamento a ser concedido entre o parto e a alta hospitalar da criança ou da mãe.

Nos termos do art. 4º, § 1º, da Resolução CNJ 321/2020, o termo inicial da licença à gestante é a alta hospitalar do recém-nascido ou de sua

mãe, o que ocorrer por último (grifei):

“Art. 4º Será concedida às magistradas e servidoras gestantes, bem como às que obtenham guarda judicial para fins de adoção ou que adotem criança ou adolescente, licença por cento e vinte dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

**§ 1º A licença à gestante terá início no momento da alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, ainda que o período de internação exceda duas semanas, podendo ser antecipada para o primeiro dia do nono mês de gestação ou data anterior, conforme prescrição médica.**

§ 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início nos mesmos termos do parágrafo anterior. [...]”

Tal disposição foi inspirada pela decisão liminar deferida pelo Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 6327, devidamente ratificada pelo Plenário daquela Corte (grifei):

“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. [...]”

9. Presentes ofumus boni iuris e opericulum 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.**

Em que pese tal cenário, o art. 4º, § 1º, da Resolução CNJ 321/2020 não sinaliza o tipo de licença ou afastamento a ser deferido no intervalo entre o parto e a alta hospitalar, motivando, assim, o tribunal consulente a provocar a atuação deste Conselho.

Da leitura dos fundamentos apresentados no julgamento da ratificação de liminar na ADI 6327, verifica-se que a definição da alta hospitalar como marco inicial da licença-maternidade busca, entre outros desideratos, evitar a quebra de isonomia e preservar a finalidade do referido direito (grifei):

#### **Ministro Edson Fachin (relator)**

**“[...] 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.**

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 das crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227), qualifica o regime de proteção desses direitos:

(...)

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.**

(...)

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.** [...]”

### **Ministro Gilmar Mendes**

“[...] 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 crianças e da mãe o direito pleno de convivência doméstica, fora do contexto hospitalar, prejudicando as finalidades subjetivas para as quais a norma se volta.** [...]”

Ademais, constata-se que, em outros julgados da Suprema Corte, aplicando-se o entendimento sedimentado na ADI 6327, há a indicação da

necessidade de prorrogação do benefício da licença à gestante como forma de compensar o período anterior à alta hospitalar (grifei):

“[...] 2. Narra a reclamante cuidar-se, na origem, de ação ajuizada perante a 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais **requerendo a prorrogação do benefício de licença-maternidade, tendo em vista a internação de seu filho recém-nascido, desde o nascimento prematuro, em 28.8.2020, até a presente data, sem previsão de alta hospitalar.**

3. Afirma ter sido indeferida, na decisão reclamada, a liminar para a prorrogação da licença-maternidade, com início da contagem a partir da alta hospitalar de seu filho, ao fundamento de já ter usufruído integralmente o benefício, expirados os 120 (cento e vinte) dias em 28.12.2020, antes do ajuizamento da demanda na origem (15.01.2021).

(...)

**É o relatório.**

**Decido.**

(...)

6. Esta Suprema Corte referendou a medida liminar concedida pelo Ministro Edson Fachin, na ADI 6327, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 392, § 1º, da CLT, bem como, ao art. 71 da Lei nº 8.213/91 e, por arrastamento, ao art. 93 do Decreto nº 3.048/99, **consignada a necessidade de prorrogar o benefício**, bem assim considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas.

(...)

13. Por todo o exposto, sem prejuízo da nova apreciação da matéria, quando do julgamento definitivo de mérito, oportunidade em que os argumentos serão amplamente debatidos, **defiro a medida cautelar requerida para que a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias seja prorrogada e tenha como marco inicial a alta hospitalar do filho da reclamante.** [...]»

**(Rcl 45.893-MC, Rel. Min. Rosa Weber, 17/2/2021)**

“[...] Sustenta a recorrente violação dos artigos 5º, caput;

7º, inciso XVIII; 195, § 5º; 201, inciso II; e 227, da Constituição Federal, **requerendo, ao final, o provimento do apelo com a ‘prorrogação da licença maternidade à Recorrente, por mais 120 (cento e vinte) dias, período em que o menor permaneceu internado na UTI Neonatal, deslocando-se o termo inicial para a data da alta hospitalar (e não da data do nascimento)’.**

(...)

A irresignação merece prosperar, haja vista que o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a liminar concedida pelo Ministro Edson Fachin na ADI nº 6.327/DF, para **‘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’. [...]”

**(RE 1.300.433, Rel. Min. Dias Toffoli, 17/12/2020)**

“[...] 2. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 7º, XVIII, 195, § 5º, e 201, II, da CF. Sustenta que, ‘em virtude da prematuridade, o bebê permaneceu internado na Unidade de Terapia Intensiva Neonatal da Maternidade Pro Matre, em São Paulo, há época da propositura da ação, sem previsão de alta, sendo certo que a internação superou os 120 dias da licença maternidade’ (sic). Afirma que ‘a legislação em vigor garante, em princípio, o auxílio-maternidade pelo período de 120 dias para a trabalhadora gestante, o que de fato foi concedido à Recorrente. Contudo, a licença-maternidade da Recorrente esteve em curso desde o parto, não obstante a prematuridade, sendo certo que a mesma expirou antes mesmo de seu filho ter alta hospitalar’ (sic).

3. Com essa argumentação, **a parte recorrente requer a reforma do ‘acórdão, para determinar a prorrogação da licença maternidade à Recorrente, por mais 120 (cento e vinte) dias, período em que o menor permaneceu internado na UTI Neonatal , deslocando-se o termo inicial para a data da alta hospitalar (e não da data do nascimento)’.**

4. O recurso extraordinário deve ser provido.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a liminar concedida pelo Ministro Edson Fachin na ADI 6.327/DF, **para prorrogar o benefício**, assim 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. [...]"

**(ARE 1.298.577, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 17/12/2020)**

"[...] O magistrado de 1º Grau julgou procedente o pedido 'para DECLARAR o direito à prorrogação da licença maternidade à autora por mais cento e vinte dias, período de internação da menor, além dos 120 já garantidos'.

A Turma Recursal, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso inominado do INSS para reduzir a prorrogação para 63 (sessenta e três) dias.

Conforme já mencionado, a recorrente pede a prorrogação do salário-maternidade, 'pelo período em que a criança ficou internada em CTI NEO NATAL'.

A irresignação merece prosperar, haja vista que o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a liminar concedida pelo Ministro Edson Fachin na ADI n.º 6.327/DF, para '**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'. [...]"

**(ARE 1.260.862, Rel. Min. Dias Toffoli, 30/11/2020)**

Nesse contexto, além da disposição normativa que fixa o termo inicial da licença à gestante (Resolução CNJ 321/2020), deve ser reconhecido que, à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal, **o aludido benefício deve ser estendido para alcançar também o intervalo entre o parto e a alta hospitalar.** Com efeito, *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*. Se a licença-maternidade pode ser **prorrogada (para o futuro)** a fim de atender à sua finalidade precípua de garantir período fixo, determinado e **isonômico** de convivência familiar em ambiente doméstico, parece coerente permitir que ela também se **estenda para o passado**, cobrindo o período entre o parto e a alta hospitalar. Do contrário, a Administração Pública teria que conceder às juízas e servidoras outra modalidade de licença ou afastamento, com perdas

de vencimentos e de tempo de serviço, o que frustraria, por via oblíqua, o propósito **isonômico** que motivou a decisão paradigma da Suprema Corte.

**É dizer:** no intervalo entre o parto e a alta hospitalar, deve ocorrer a extensão da licença-maternidade, sem prejuízo da fruição, por completo, do período de 120 dias consecutivos e dos 60 dias subsequentes (prorrogação automática) a partir da alta hospitalar da criança ou da mãe, o que ocorrer por último, nos termos da Resolução CNJ 321/2020 e na esteira das decisões da Suprema Corte.

Compreender a controvérsia em sentido contrário, com vistas a deferir outra espécie de licença ou afastamento (com regramentos e requisitos próprios) no mencionado período, teria o potencial de causar prejuízos às magistradas e servidoras, sobretudo no que tange ao tempo de serviço e à percepção (ou não) de remuneração.

Merece destaque, ainda, que o art. 4º, § 2º, da Resolução CNJ 321/2021 prevê também a alta hospitalar como marco inicial nos casos de nascimento prematuro (grifei):

“Art. 4º [...]

§ 1º A licença à gestante terá início no momento da alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, ainda que o período de internação exceda duas semanas, podendo ser antecipada para o primeiro dia do nono mês de gestação ou data anterior, conforme prescrição médica.

**§ 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início nos mesmos termos do parágrafo anterior. [...]**”

Dessa forma, a interpretação ora adotada deve contemplar igualmente as hipóteses de nascimento de prematuros, os quais, como se sabe, demandam maior cuidado e atenção.

Por fim, no que concerne à licença-paternidade, registra-se que os contornos para a sua concessão estão definidos em seção própria da Resolução CNJ 321/2020:

## Seção I Da Licença-Paternidade

“Art. 2º Será concedida licença-paternidade pelo prazo de cinco dias, facultando-se aos órgãos do Poder Judiciário sua prorrogação por quinze dias, sem prejuízo da remuneração, desde que o interessado, cumulativamente:

I – formule requerimento até dois dias úteis depois do nascimento ou adoção; e

II – comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo terá início imediatamente após a fruição dos cinco dias iniciais de licença paternidade.

§ 2º A participação em programa ou atividade a que se refere o inciso II será regulamentada pelos órgãos do Poder Judiciário.

§ 3º O prazo previsto no caput só será aplicado aos magistrados e servidores da Justiça Estadual quando não houver lei local que reconheça o direito a um período maior de licença-paternidade.

Art. 3º O magistrado ou servidor que estiver no gozo da licença-paternidade na data da publicação do ato normativo que implemente o benefício no órgão a que for vinculado fará jus à respectiva prorrogação se a requerer até o último dia da licença ordinária de cinco dias.”

Diferentemente, portanto, do que ocorre com a licença-maternidade, este Conselho não considera a alta hospitalar como termo inicial para a fruição da licença-paternidade.

Ante o exposto, voto no sentido de **conhecer** a consulta, para que, no mérito, seja respondida no sentido de que:

**a)** é cabível a extensão da licença à gestante ao interregno entre a data do parto e da alta hospitalar da criança ou da mãe, o que ocorrer por último, sem prejuízo do período de 120 dias consecutivos e dos 60 dias subsequentes (prorrogação automática), que serão usufruídos, inteiramente, a partir do termo inicial previsto na Resolução CNJ 321/2020;

**b)** os contornos para a concessão da licença-paternidade estão definidos em seção própria da Resolução CNJ 321/2020, de modo que, diferentemente do que ocorre com a licença-maternidade, a alta hospitalar

---

não é o termo inicial desse benefício.

É como voto.

Brasília, data registrada no sistema.

Conselheiro **MÁRIO GUERREIRO**,

Relator.