

**Contratação emergencial. Afastamento remunerado do servidor para concorrer a mandato eletivo. Inviabilidade. Concessão de licença-maternidade. Viabilidade.**

A Secretaria da Saúde encaminha consulta na qual solicita manifestação desta Procuradoria-Geral acerca da possibilidade de afastamento para concorrer a mandato eletivo de servidor contratado emergencialmente, requerendo ainda que, caso viável o afastamento, reste esclarecido se a remuneração continuará sendo devida e se será possível chamar o próximo classificado e dispensá-lo ao término da licença.

Consta do expediente que a Pasta realizou seleção para contratação emergencial, cujos selecionados foram chamados por Edital publicado no dia 19 de junho e que em alguns locais os chamados estão solicitando orientação, uma vez que pretendem assumir a função e, após, solicitar afastamento para concorrer a cargo eletivo no pleito deste ano.

Quando já se encontrava o expediente nesta Procuradoria-Geral, foi complementada a consulta para o fim de que se examine também a situação de candidata selecionada para a contratação emergencial que se encontra em estado de gravidez adiantado.

Relatei.

O primeiro ponto a ser examinado diz com a situação dos selecionados para a contratação emergencial realizada pela Secretaria da Saúde que manifestam intenção de concorrer ao pleito eleitoral deste ano (eleições municipais).

Assim, em primeiro lugar, importa ter presente que, de acordo com a Lei Complementar Federal nº 64/90, o prazo de desincompatibilização para os servidores públicos em geral é de 3 (três) meses, com percepção de vencimentos integrais (art. 1º, II, "I"), havendo exceções (v.g., os servidores fazendários, de acordo com a leitura do art. 1º, II, "d"; os secretários de estado - art. 1º, II, "a", 12; e os diretores de órgãos estaduais - art. 1º, III, "b", 3). Nesse sentido, assentou o Tribunal Superior Eleitoral de longa data:

**"CONSULTA. INELEGIBILIDADE. ELEIÇÃO MUNICIPAL. PRAZO DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO.**

1) O prazo de afastamento remunerado do servidor público candidato, compreendido no artigo 1º, II, I, Lei Complementar nº 64/90, será sempre de 3 (três) meses anteriores ao pleito, seja qual o pleito considerado: federal, estadual ou municipal; majoritário ou proporcional.

2) O servidor público com cargo em comissão deverá exonerar-se do cargo no prazo de 3 (três) meses antes do pleito.

3) O dirigente sindical deverá desincompatibilizar-se no prazo de 4 (quatro) meses antes do pleito para candidatar-se ao cargo de prefeito ou vereador." (Resolução nº 20.623, de 16-5-00, rel. Min. Maurício Corrêa - grifei)

E acerca da necessidade de desincompatibilização do servidor contratado emergencial ou temporariamente também já se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral:

**"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2004. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TEMPORÁRIO. AUSÊNCIA DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA PELO ART. 1º, II, I, DA LC Nº 64/90.**

- Pessoa contratada para atender necessidade temporária de excepcional interesse público deverá se afastar três meses antes do pleito (Res.-TSE nº 21.809/2004).

- Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 22708, Acórdão nº 22708 de 20/09/2004, Relator(a) Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 20/09/2004 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 4, Página 181 )

"Candidato a vereador. Agente censitário do IBGE. Art. 1º, II, I da LC nº 64/90. É inelegível o servidor de fundação pública, contratado temporariamente, se não se afastar até três meses antes do pleito. Recurso especial não conhecido." (Ac. nº 16.759-12.9.2000, rel. Min. Garcia Vieira.)

Todavia, também reconhecido que, em se tratando de pleito municipal, a desincompatibilização somente se faz necessária quando o servidor público (não enquadrado nas exceções) exercer suas atribuições no mesmo município em que deseja concorrer. E isso porque, se o que a regra objetiva impedir a utilização do prestígio e dos benefícios que possam decorrer da condição detida pelo servidor-candidato, ocasionando desequilíbrio na disputa, uma vez que o exercício se dê em município diverso deixa de existir fundamento para a incidência da vedação.

Também aqui vale destacar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

"Agravo regimental. Recurso especial. Desincompatibilização. Desnecessidade. Professor. Universidade. Município diverso. Registro de candidato. Deferimento. 1. O exercício das atividades do servidor público em município diverso daquele no qual lançou sua candidatura em nada interfere no equilíbrio de oportunidades entre os candidatos. 2. A alegada influência que a agravada, professora da Universidade Federal de Uberlândia/MG, poderia exercer sobre alunos, funcionários e outros eleitores do Município de Campina Verde/MG não foi apreciada pela Corte Regional e não foram opostos embargos de declaração, estando ausente o necessário prequestionamento (Súmulas nos 282 e 356/STF). 3. Agravo regimental desprovido." (Ac. TSE no AgR-Respe nº 30975, de 14/10/2008, Rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, publicado em Sessão, destaquei)

#### **SECRETÁRIO MUNICIPAL. CANDIDATO EM MUNICÍPIO DIVERSO. DESNECESSIDADE DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO.**

1. Secretário Municipal, candidato em município diverso da sua atuação pública, não necessita se desincompatibilizar do cargo.
2. Consulta respondida positivamente.

#### **SECRETÁRIO DE ESTADO. PRESIDENTE DE ÓRGÃO ESTADUAL. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO E DETENTOR DE CARGO COMISSIÃO. CANDIDATOS AOS CARGOS DE PREFEITO, VICE-PREFEITO OU VEREADOR.**

1. O Secretário de Estado deve se desincompatibilizar até quatro meses antes da eleição se for candidato a cargo majoritário e seis meses antes se pleitear cargo proporcional.
2. Não se conhece de consulta se ausente dados específicos que se objetiva atingir (Presidente de Órgão Estadual).
3. Não há necessidade de o servidor público efetivo se desincompatibilizar para se candidatar em domicílio diverso da sua atuação funcional.
4. Servidor ocupante de cargo em comissão, sem vínculo com a administração pública, há de se desincompatibilizar da função pública, indiferentemente do domicílio a que pretenda se candidatar.
5. Consulta que se responde negativamente na primeira parte; não se conhece na segunda; positivamente na terceira e negativamente na quarta."

(Res. TSE nº 22845, de 12/06/2008, rel. Min. Eros Grau, destaquei)

E dos fundamentos dessa Resolução colho:

Reiterado se encontra nas decisões desta Corte, em consonância com a legislação de regência, que a razão de ser da desincompatibilização de determinadas funções e cargos públicos - aí incluídos os decorrentes de mandato eletivo, além daqueles que, pela natureza das atribuições, se assemelhem a cargo público -, com vistas a candidatura, objetiva evitar que o prestígio deles decorrentes, ou a possível utilização da máquina governamental em benefício de candidato, desequilibre a igualdade de oportunidades que deve prevalecer entre os participantes dos certames eleitorais. Esse desequilíbrio, todavia, somente haverá de se operar se a eleição ocorrer no território de jurisdição do detentor de mandato eletivo, em tese, ou do exercente do cargo ou função pública.

Desse modo, a premissa primeira é de que o servidor contratado emergencialmente é alcançado pela regra da inelegibilidade, devendo afastar-se do exercício da função três meses antes da data de realização da eleição, desde que exerça suas funções no mesmo município em que pretenda concorrer.

Mas, da circunstância de que não possa permanecer no exercício da função para o qual foi contratado em razão da vedação estabelecida pela Lei Complementar Federal 64/90, não decorre que tenha ele direito ao afastamento remunerado e ao posterior retorno ao exercício da função pública.

E isto porque não se pode descurar da circunstância de que a contratação temporária se destina a suprir, com urgência, certa e determinada necessidade do serviço público. E com o eventual afastamento do servidor, a necessidade e urgência que originaram a contratação voltam a existir, revelando, portanto, a incompatibilidade desse afastamento com a essência - precária - da contratação temporária. Não se trata, então, de vedar ao cidadão o direito de concorrer, mas de reconhecer que não atende ao interesse público e ao princípio da economicidade obrigar a Administração a manter o contrato que não mais atende ao interesse público que o originou e que lhe confere sustentação legal.

E o texto constitucional, quando admite a figura do contrato emergencial (artigo 37, IX da Constituição Federal de 1988), o faz para que corresponda a certa e determinada necessidade do serviço, constituindo exceção à exigibilidade do concurso público; logo, não havendo condições do servidor investido no contrato de cumprir com o trabalho ali especificado, não pode a legislação ordinária garantir um direito de permanência que intrinsecamente só se admite para as situações de provimento efetivo, ou para as que se lhe equipararam no plano constitucional, sob pena de desvirtuamento da própria natureza da contratação emergencial.

Esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

**"RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INCOMPATIBILIDADE. TEMPORARIEDADE DESNATURADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.**

O instituto da licença com vencimentos para servidor público concorrer a eleições é incompatível com a contratação temporária para atender excepcional interesse público. Recurso improvido. (RMS 13.400/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 282)

**ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - PROFESSOR - CANDIDATO A CARGO ELETIVO - LICENÇA REMUNERADA - IMPOSSIBILIDADE - CONTRATO TEMPORÁRIO - CARÁTER EMERGENCIAL - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.**

1 - Tendo o recorrente sido admitido no cargo de professor da Rede Estadual de Ensino em caráter emergencial, este não possui direito à licença remunerada para concorrer a cargo eletivo. Isto porque, foi contratado para atender premente necessidade de serviço, tendo sido o seu contrato prorrogado somente até o final do ano letivo de 2000, ano da eleição. Assim, é incompatível a contratação temporária com o licenciamento remunerado pretendido, pois a necessidade e a urgência de contratação surgem novamente com o afastamento do servidor anteriormente contratado. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

2 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS 14.025/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 381)

E diverso não é o entendimento também do Tribunal Superior Eleitoral, como se vê da ementa do Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 22708 anteriormente reproduzido.

Por conseguinte, eventual postulação de afastamento remunerado para concorrer a cargo eletivo formulada por servidor contratado emergencialmente deverá ser indeferida pela Administração.

Já no que diz com a situação de candidata selecionada para contratação emergencial que eventualmente se encontre em estado de gravidez adiantado, embora novamente pareça haver conflito entre a natureza precária da contratação emergencial e a licença à gestante que decorrerá da admissão dessa candidata, impende registrar que esse aparente conflito deve ser solvido à luz das regras constitucionais que erigem a proteção à maternidade e à infância em direitos sociais (art. 6º da CF/88), e garantem às servidoras públicas direito à licença-maternidade com duração de 120 dias, sem prejuízo emprego e do salário (art. 39, § 3º c/c art. 7º, XII, da CF/88).

Assim, tendo presente que a proteção à maternidade e à infância, e como corolário dessas o benefício da licença-gestante, consubstanciam direitos fundamentais de cunho social, resulta certo que não se pode construir uma regra de exceção que impeça a participação de gestantes nas seleções públicas, que autorize a inobservância da lista classificatória ou ainda que negue o direito da servidora ao gozo da licença-gestante ou à percepção da indenização compensatória (caso cesse a necessidade da contratação no período de gozo, em decorrência da expiração do prazo da contratação emergencial ou porque finda a necessidade temporária que a ensejou), uma vez que restaria configurada regra que, pelo caráter discriminatório, violaria aquelas garantias.

É certo que a eventual contratação temporária de candidatas gestantes acarretará maiores ônus para a Administração, que se verá obrigada, para alcançar os fins pretendidos com a contratação precária,

a contratar substitutos para suprir tais ausências, mas esse acréscimo de despesa constitui decorrência inarredável da concretização do princípio da proteção especial à família, assegurado na Carta constitucional.

E O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a prevalência da garantia social de proteção à maternidade sobre a natureza precária da contratação, como se vê das decisões abaixo:

**"EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento." (RE 287905, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-03 PP-00466 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 247-268, destaquei)**

**"SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, b) CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes" (RE nº 634.093-AgR/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 7/12/11, destaquei).**

**"EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário. Servidora pública em licença gestante. Estabilidade. Reconhecimento, mesmo em se tratando de ocupante de cargo em comissão. Precedentes. 1. Servidora pública no gozo de licença gestante faz jus à estabilidade provisória, mesmo que seja detentora de cargo em comissão. 2. Jurisprudência pacífica desta Suprema Corte a respeito do tema. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 368460 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)**

Não se desconhece que, em decisão de 04 de maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal, no ARE 674103, no qual questionada decisão que garantiu para professora contratada emergencialmente direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, reconheceu a repercussão geral da matéria, asseverando o Ministro Luiz Fuz que "a coexistência do vínculo a título precário com o direito à licença-maternidade e a garantia de emprego decorrente da estabilidade provisória pode dar ensejo a consequências para as mulheres no mercado de trabalho, bem como trazer implicações aos contratantes, o que concerne ao princípio da autonomia da vontade." Todavia, as decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, por ambas as Turmas, e a orientação adotada por esta Procuradoria-Geral no Parecer nº 15.502/11 autorizam que, até que sobrevenha a manifestação do Supremo Tribunal Federal na apreciação da repercussão geral, se adote a orientação ora preconizada.

Por conseguinte, a candidata gestante que for chamada para contratação emergencial poderá assumir a função e usufruir da licença-maternidade, nos termos da legislação previdenciária a que se sujeita. Eventual dispensa dessa servidora durante o estado gestacional ou no período de fruição da licença-maternidade (em decorrência da expiração do prazo da contratação emergencial ou porque finda a necessidade temporária que a ensejou), acarretará direito à indenização equivalente à remuneração que perceberia no período entre a confirmação da gravidez até cinco meses após o

parto, a ser paga na forma estabelecida no já mencionado Parecer nº 15.502/11.

Por fim, configurado o afastamento em razão da licença-maternidade e persistindo a necessidade da contratação, poderá a Administração chamar outro candidato selecionado, de conformidade com a ordem classificatória, o qual deverá ser dispensado quando do retorno da gestante ao exercício das funções, aspecto que deverá ser prévia e expressamente informado ao substituto.

É o parecer.

Porto Alegre, 02 de julho de 2012.

**ADRIANA MARIA NEUMANN,**  
**PROCURADORA DO ESTADO.**

Processo nº 072018-2000/12-4

Processo nº 72018-20.00/12-4

Acolho as conclusões do PARECER nº 15.783/12, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ADRIANA MARIA NEUMANN.

Em 04 de julho de 2012.

Bruno de Castro Winkler,  
Procurador-Geral Adjunto  
para Assuntos Jurídicos.

De acordo.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Saúde.

Em 04 de julho de 2012.

Carlos Henrique Kaipper,  
**Procurador-Geral do Estado.**