

**LICENÇA MATERNIDADE. PRAZO. LEI COMPLEMENTAR N°10098/94, ART. 141. SERVIDORES TEMPORÁRIOS E CARGOS EM COMISSÃO. LEI COMPLEMENTAR N° 13117/09. PARECER N° 14986/09. PAUTA CONSTITUCIONAL E TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA.**

Vem a esta Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado o EA nº 006627-1900/12-4, no qual a Secretaria da Educação questiona acerca da concessão de "licença maternidade" às servidoras contratadas temporariamente pelo ente público, considerando a nova redação dada ao art. 141 da Lei Complementar nº 10098/94, pela Lei nº 13117/09.

A dúvida se sustenta na divergência entre a posição desta Casa, consubstanciada no Parecer nº 14986/09 e a tendência jurisprudencial, em particular no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado, o qual, ao contrário do que sustenta esta Procuradoria-Geral do Estado, tem concedido a extensão do prazo de "licença maternidade" a tais trabalhadoras, sob o argumento da proteção à maternidade e a ausência de discriminação presente na legislação estadual mencionada. Para além, questiona-se acerca da aplicação de idêntico entendimento para o caso daquelas que ocupam cargos em comissão no âmbito do ente federado.

Assim, me chega para análise e manifestação.

É o sucinto Relatório.

O tema aqui tratado já foi objeto de análise por essa mesma Equipe de Consultoria, como se constata dos termos da manifestação que segue:

**PARECER N° 14986/09**

**SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. OS TEMPOS DAS LICENÇAS À GESTANTE, À ADOTANTE E À PATERNIDADE, PREVISTAS NOS ARTIGOS 141 E SEGUINTE DA LEI COMPLEMENTAR N.º 10.098, DE 3 DE FEVEREIRO DE 1994, E NO ARTIGO 78 E SEGUINTE DA LEI COMPLEMENTAR N.º 10.990, DE 18 DE AGOSTO DE 1997, NÃO SÃO DESTINADOS AOS SERVIDORES SUBMETIDOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RGPS, AOS QUAIS É GARANTIDA A LICENÇA-MATERNIDADE PREVISTA NO REGRAMENTO PREVIDENCIÁRIO, NA FORMA E NOS CRITÉRIOS NELE ESTABELECIDOS.**

Em regime de urgência me vem consulta manejada pela Secretaria de Educação, versando acerca dos prazos para a licença de resguardo da maternidade, diante dos recentes movimentos legislativos normativos tendentes ao aumento dos prazos e sua aplicação nas diferentes modalidades de investidura dos servidores públicos

É o relatório.

Os questionamentos emersos da consulta formulada pela repartição educacional atinam, então, ao período das **licenças** que amparam a maternidade, a paternidade e a adoção, relativamente, a) aos servidores investidos em cargo em comissão e, b) aos contratados sob a modalidade emergencial.

Diante da brevidade que me foi solicitada pela Procuradora-Geral do Estado, posto-me, sem mais delongas, a buscar subsídio no estudo elaborado pela Procuradora do Estado ADRIANA MARIA NEUMANN, colacionado na Informação n.º 18/01-PP, de 11 de abril de 2001, exarada no Processo Administrativo n.º 000796-24.00/01.4, onde assinalava a parecerista, judiciosamente, como lhe é tão peculiar:

**"SERVIDORES PROVIDOS EXCLUSIVAMENTE EM CARGO EM COMISSÃO. VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. No caso dos servidores comissionados do Estado, inobstante submetidos ao regime jurídico estatutário por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar n. 10.098/94, a vinculação passa a ser obrigatória ao regime geral da previdência social (art. 40, § 13, CF), o que acarreta sua exclusão dos benefícios do regime próprio estadual, posto que inviável a vinculação a dois regimes previdenciários, em face de uma única relação funcional.**

De fato, se a filiação é obrigatória ao regime geral da previdência social (disposição que recebeu

chancela de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal) e tendo a Constituição Federal elencado os benefícios assegurados aos filiados a este regime, não se pode cogitar da concessão a estes servidores de outros benefícios de natureza previdenciária, que não aqueles fixados para o regime ao qual estão vinculados, pena de violação da norma constitucional.

E a circunstância de determinados benefícios previdenciários encontrarem previsão no diploma legal que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos estaduais decorre da divisão dos encargos previdenciários entre o Estado e o IPERGS, o que, porém, não lhes modifica a natureza previdenciária, constitucionalmente definida no já referido artigo 201.

Com efeito, se diversamente se pudesse entender, bastaria a determinado regime jurídico prever alguns ou todos os benefícios definidos como de natureza previdenciária, para que o titular de cargo em comissão pudesse gozar dos benefícios previdenciários do regime próprio, burlando a determinação constitucional de vinculação ao regime geral de previdência.

Além disso, no novo sistema previdenciário, de caráter eminentemente contributivo tanto no regime geral quanto nos regimes próprios, devem ser observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o que não se compatibiliza com a continuidade de fruição de benefícios de natureza previdenciária do regime próprio (ainda que eventualmente inserida no estatuto do regime jurídico único), na exata medida em que os titulares de cargo em comissão, na qualidade de segurados obrigatórios do regime geral, são contribuintes daquele regime, e não mais contribuintes do regime próprio.

Neste sentido, calha transcrever a lição de Cláudia Rivolli Thomas de Sá:

"A vinculação desses servidores [ocupantes de cargo em comissão] ao regime geral de previdência - de caráter nacional - submete-os à legislação federal. Não mais se lhe aplicam, portanto, as disposições estaduais ou municipais relativas à previdência dos servidores públicos, reservadas, pela emenda, àqueles que entretêm com esses entes federativos vínculo estatutário efetivo. Os benefícios a que farão jus, como já se teve ensejo de afirmar, são aqueles garantidos pelo regime geral de previdência, elencados na Lei 8.213/91 (plano de benefícios da previdência social) e legislação esparsa, custeados pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS - mediante contribuição prevista em lei federal." (Os servidores públicos civis na Emenda Constitucional n. 20/98, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 52, 1999)

Deste modo, como segurados obrigatórios do regime geral de previdência social, fazem jus os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão aos benefícios de natureza previdenciária - assim considerados aqueles previstos na Constituição Federal e nas normas previdenciárias do regime geral - na forma e pelas regras do regime geral, isto é, na forma da Lei 8.213/91, ainda que tais benefícios estejam previstos de forma diversa na legislação estadual.

Postas pois estas premissas básicas, passa-se ao exame dos questionamentos formulados pela Pasta consulente.

1. (...) Sendo os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão segurados do regime geral, não detendo mais relação previdenciária com o Estado, deverão dirigir-se diretamente ao INSS para pleitear os benefícios, posto ser este o órgão ao qual incumbe suportar os encargos de concessão, revisão e manutenção dos benefícios previdenciários, incumbindo-lhe, inclusive, verificar o implemento das condições necessárias para fruição dos benefícios, o que afasta a possibilidade da concessão ser feita diretamente pelo Estado, para posterior reembolso, excepcionados, evidentemente, aqueles benefícios que, por força da legislação previdenciária, devem ser pagos diretamente pelo empregador e compensados por ocasião do recolhimento das contribuições (v.g., o salário família - art. 68 da Lei 8.213/91).

Registre-se, porém, a necessidade da administração estadual orientar corretamente os servidores, fornecendo-lhes a documentação necessária, e estabelecer formas de controle da fruição de benefícios pelo regime geral da previdência social, em especial com relação as licenças e aposentadorias, a fim de que sejam evitados transtornos com relação a situação funcional dos titulares de cargos em comissão.

2. (...) Aos comissionados não mais poderão ser concedidos os benefícios previstos na Lei Complementar n. 10.098/94 que detenham natureza previdenciária, a saber: abono familiar, licença para tratamento de saúde, licença por acidente em serviço, licença por motivo de doença em pessoa da família, licença à gestante e à adotante, aposentadoria (em qualquer de suas modalidades), auxílio-funeral, complementação de pensão em decorrência de acidente em serviço e também a licença aguardando aposentadoria, esta pelas razões indicadas na resposta ao questionamento de n. 6. Igualmente, não mais poderão ser concedidos pelo IPERGS quaisquer dos benefícios previstos no artigo 20 da Lei 7672/82, que também detêm natureza previdenciária. Já aqueles direitos e vantagens

que são próprios do regime jurídico, isto é, que regem a relação de trabalho entre o Estado e seus servidores quanto a direitos e deveres, sem porém deter o caráter de seguro, de cobertura de riscos prováveis e futuros, próprios do regime previdenciário, e desde que deles os comissionados não tenham sido expressamente excluídos pelo estatuto ou pela legislação complementar, poderão continuar a ser concedidos, eis que os ocupantes de cargo em comissão permanecem vinculados ao regime jurídico estatutário, que não se confunde com o regime previdenciário. Assim, poderão os servidores comissionados perceber direitos como férias, indenizações, gratificações, auxílios assim como gozar de licenças (excluídas as licenças e benefícios especificados no parágrafo anterior), como no período anterior a alteração do regime previdenciário.(...)

7. (...) Em face da filiação obrigatória ao regime geral da previdência social, os servidores que eventualmente se encontrem em gozo de algum benefício de natureza previdenciária deverão ser chamados e instruídos a, de imediato, requererem os correspondentes benefícios junto ao INSS, sem que se possa cogitar da permanência no gozo de benefícios previstos na legislação estadual após o encaminhamento e análise do pedido pela autarquia previdenciária, na medida em que os servidores encontram-se sujeitos as regras próprias da autarquia previdenciária federal para a concessão, cálculo e manutenção de benefícios, como já aludido na resposta ao questionamento de n. 1.

8. (...) Os titulares exclusivamente de cargo em comissão passaram a condição de segurados obrigatórios do regime geral de previdência social por força do disposto no parágrafo 13 do artigo 40 da Constituição Federal. A referida vinculação passou a ser obrigatória e automática, acarretando inclusive a retirada daqueles que já titulavam cargos comissionados do regime próprio ao qual se encontravam filiados, para filiação ao regime geral." (destacado)

Valho-me dessa orientação, à qual me filio, registro, para posicionar-me contrariamente a que ao servidor investido em cargo em comissão venha a usufruir das licenças estatutárias à gestante, à adotante e à paternidade, dispostas nos artigos 141-144 da Lei Complementar n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, na sua atual redação.

Desde 9 de setembro de 2008 encontra-se instituído em nível federal, mediante a Lei n.º 11.770, de 9 de setembro de 2008, o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade, mediante a concessão de incentivo fiscal.

E como salienta a Procuradora do Estado KARLA LUIZ SCHIRMER, com a lucidez que a caracteriza, quando recentemente se pronunciou no Processo Administrativo n.º 567-21.55/08-8, tal legislação ainda não foi absorvida pelo regramento estadual :

"Assim a lei federal tem como destinatárias as empresas privadas que queiram participar do programa ampliando em 60 dias o afastamento da empregada em gozo do salário-maternidade (arts. 71 a 73 da Lei nº 8.213/91) mediante o benefício fiscal instituído no artigo 5º.

Preveu também a norma a possibilidade de instituição pela administração pública federal, direta e indireta de programa que garanta a prorrogação da licença, conforme o artigo 2º. Foi então editado o Decreto federal nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008 que instituiu o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelecendo como beneficiárias as "servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional", tanto as beneficiárias da licença prevista no art. 207 da Lei nº 8.112/90, quanto as que usufruem do benefício instituído pela Lei nº 8.213/91, sendo a prorrogação da licença às estatutárias e celetistas custeada com recursos do Tesouro Nacional (artigo 2º, parágrafo 5º). Recentemente no estado do Rio Grande do Sul houve ampliação da licença à gestante para as servidoras públicas civis e para as militares com a edição da Lei nº 13.117, de 5 de janeiro de 2009, que alterou as Leis Complementares nº 10.098/94 e nº 10.990/97, (...) Verifica-se que a norma estadual alcança apenas as servidoras públicas estaduais em sentido estrito, excluídas, portanto, as submetidas ao regime consolidado, tanto da administração direta quanto da indireta. Assim, enquanto não instituído programa com a finalidade de ampliar a licença hoje existente, as empregadas públicas da administração direta e das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (de direito público ou privado) permanecem no regime atual, com a licença de 120 dias determinada na Constituição Federal.

Em conclusão, não há como ampliar o período de licença-maternidade da requerente mediante a simples aplicação da legislação federal em questão." (destacado)

Relativamente aos servidores contratados a título emergencial, com fundamento no permissivo inscrito no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, colho, para embasar meu posicionamento aquilo mesmo que firmei no PARECER Nº 14735, de 10 de setembro de 2007, nos autos do processo administrativo n.º 001874-12.44/07-4:

"Esta Consultoria já se pronunciou de forma expressa e objetiva relativamente à matéria enfocada no

questionamento formulado. (...)

Remanesce, então, o derradeiro questionamento, atinente à licença à gestante e seus efeitos, na vigência do contrato emergencial.

Tal benefício, que encontra respaldo constitucional no inciso XVIII do artigo 7º da Carta Federal, se fundamenta no direito humano de estar a mãe protegida e resguardada nos momentos que antecedem o parto e, depois, junto do filho após o nascimento. (...) Estando submetidos os contratos emergenciais à égide do Regime Geral de Previdência Social, ao qual está afeta a licença à gestante contratada nessa modalidade, há que se proceder na forma do regramento em vigor, circunscrevendo-se a Administração, sempre à data pré-fixada para o término do contrato, não se cogitando, sob qualquer hipótese, acerca de aquisição de estabilidade." Assim, a servidora contratada na forma do artigo 37, IX, e do artigo 32 das Cartas Federal e Estadual terá direito à licença constitucional e perceberá a correspondente remuneração, sempre balizada pela data do término do contrato legalmente determinado." (destacado)

Concluo, portanto, afirmando que os servidores investidos em cargo em comissão e os contratados emergencialmente não são destinatários das normas postas nos artigos 141-144 da Lei Complementar n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, estando submetidos à égide das normas relativas à licença-maternidade, do Regime Geral de Previdência.

É o parecer

Porto Alegre, 5 de março de 2009

LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO,

PROCURADOR DO ESTADO.

Processo nº. 000676-08.01-09.5

Como visto, a posição desta Casa, vem assentada em jurisprudência administrativa consolidada e sustentada em postura hermenêutica, legislativa e doutrinária, como bem indicado no Parecer acima transcrito, dando conta da inviabilidade de prorrogação da licença maternidade aos investidos em cargo em comissão e aos contratados emergencialmente, uma vez estarem vinculados ao regime geral de previdência, de um lado, e, de outro, por não haver no Estado do Rio Grande do Sul nenhuma previsão normativa editada a partir da Lei Federal n. 11770/08, instituidora do "Programa Empresa Cidadã", uma vez que a edição da Lei n. 13117/09 apenas alterou o regime específico para o(a) servidor(a) submetido(a) ao regime estatutário e vinculados ao regime próprio de previdência do Estado.

Ou seja, inexistindo suporte normativo para a pretensão, não há como o ente público conceder a prorrogação pretendida.

Todavia, diante da situação que se instala com um número significativo de demandas judiciais que vêm obtendo sucesso na justiça local, tal situação merece um reestudo em seus contornos, sobretudo considerando-se os termos da jurisprudência produzida por diversos Tribunais estaduais, pela Justiça Federal em diversos níveis e, inclusive pela posição que vem sendo indicada pelo Supremo Tribunal Federal quando confrontado com o tema aqui tratado.

Esta reanálise, contudo, não afasta inteiramente a posição antes sustentada por esta Equipe de Consultoria, a qual parece ser a mais consentânea com a ordem jurídica pátria analisada em seus contornos próprios, privilegiadamente quando não se olvida o vínculo previdenciário a que estão sujeitos os trabalhadores temporários, aqui objeto específico de análise e a natureza da prestação pretendida.

Não é por outro motivo que a defesa judicial do ente público vem tomando por base tal orientação, bem como indicando a necessidade de transferência de competência para o âmbito da Justiça Federal, uma vez tratar-se de matéria de interesse do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

Assim, há uma base doutrinária e legal que embasam fortemente a posição desta Procuradoria-Geral o que, aliás, inclusive, foi e tem sido objeto de decisões acolhedoras destas teses, inclusive no que diz com a possibilidade de o ente público usar da prerrogativa disponibilizada pela Lei Federal nº 11770/08, como se lê abaixo:

**ADMINISTRATIVO. SERVIDORAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE. PROGRAMA "EMPRESA CIDADÃ". LEI Nº 11.770/08. AUSÊNCIA DE ATO REGULAMENTADOR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. As ora recorrentes, servidoras públicas do Município de Belo Horizonte, voltam-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, reformando a sentença, afastou a fruição do benefício instituído pelos arts. 1º e 2º, da Lei nº 11.770/08 - licença-maternidade com duração prorrogada por 60 (sessenta) dias - diante da ausência da edição de ato regulamentador no âmbito do ente público a que se encontram vinculadas.

2. Revela-se descabida a interpretação que as ora recorrentes buscam emprestar à Lei nº 11.770/08, mormente a seu art. 2º, porquanto o legislador não criou uma imposição à Administração Pública, mas, como se extrai inequivocamente do vocábulo empregado - "autorizada" -, conferiu mera faculdade à administração pública, direta, indireta e fundacional de instituir benefício dessa natureza.

3. Pensar de modo diferente importaria verdadeira desconsideração da autonomia administrativa de cada ente integrante da Federação, representando inadmissível interferência na prerrogativa de disporem sobre o regime jurídico a que se sujeitam seus respectivos servidores públicos.

4. A disposição do art. 2º da Lei nº 11.770/08 não é auto-aplicável, ficando condicionada à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora pública.

5. "A Lei Federal 11.770/08, que instituiu o chamado 'Programa Empresa Cidadã', autorizando a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, o referido diploma legal limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um programa semelhante" (REsp 1.245.651/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 29.04.11).

6. Recurso especial não provido.

No mesmo sentido:

TJPR - REEXAME NECESSARIO: REEX 9541333 PR 954133-3 (Acórdão)

Processo: REEX 9541333 PR 954133-3 (Acórdão)

Relator(a): Leonel Cunha

Julgamento: 16/10/2012

Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível

Ementa

1) DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL.SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE POR MAIS 60 (SESENTA) DIAS, TOTALIZANDO 180 (CENTO E OITENTA) DIAS, NOS TERMOS DA LEI Nº 11.770/2008. INAPLICABILIDADE. NORMA NÃO COGENTE. a) Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 11.770/2008, que instituiu a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não é cogente à administração pública, direta, indireta e fundacional, de modo que o benefício não é autoaplicável, dependendo de regulamentação pela administração. b) Desse modo, não existindo regulamentação do Município de Foz do Iguaçu quanto à prorrogação da licença- maternidade pelo período de 60 (sessenta) dias, instituída pela Lei Federal nº 11.770/2008, não há falar-se em direito líquido e certo da Impetrante.

2) SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Também, no que respeita à competência da jurisdição federal, há que se considerar os termos da decisão a seguir:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PREFEITO DE LAJEADO/RS. LICENÇA MATERNIDADE. SENTENÇA CONCESSIVA PROFERIDA POR JUIZ DE DIREITO. REEXAME NECESSÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, VIII DA CF. REMESSA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO TRF/4ª REGIÃO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, E REMETER OS AUTOS AO JUIZ FEDERAL DA VARA FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE LAJEADO/RS.

1. Nas ações de Mandado de Segurança em que se pleiteia a concessão de salário-maternidade, espécie de benefício previdenciário, figura como litisconsorte passivo necessário o INSS, por ser a entidade responsável pela sua concessão e pagamento; assim, a teor do art. 109, VIII da CF, a

competência para processar

e julgar a demanda é da Justiça Federal.

2. No caso, o TJ/RS, em reexame necessário da sentença do Juízo de Direito, diante do litisconsórcio passivo do INSS, declinou da competência e remeteu os autos ao TRF da 4a. Região, sem, no entanto, ter anulado a sentença proferida pelo Juízo incompetente.

3. A remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por esta Corte, com o fito de que seja anulada a sentença prolatada pelo Juízo incompetente para, somente após, os autos serem remetidos ao Juiz Federal (de fato, investido de competência), consubstanciaria flagrante ofensa ao princípio da instrumentalidade e razoável duração do processo.

4. Não se pode dar primazia ao formalismo em detrimento do direito de a impetrante ter a sua causa julgada pelo Juiz natural em tempo célere; o mero apego à formalidade não pode levar o Judiciário a tomar decisões de escassa utilidade. Se, nesse ponto da discussão, a incompetência do Juiz de Direito já mostra-se evidente e incontroversa, não haveria o menor sentido em prolongar a demora na análise da presente demanda pelo verdadeiro Juízo competente.

5. Conflito conhecido para declarar a nulidade da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1a. Vara Cível de Lajeado/RS e determinar a remessa do presente feito ao Juiz Federal da Vara do Juizado Especial Federal Cível de Lajeado para processar e julgar a demanda, como entender de direito. (Conflito de Competência n. 2007/0239310-9, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 12.06.2008)

Por outro lado, não se pode desconhecer os termos esgrimidos pela jurisdição quando, ao contrário, entende por conceder a extensão pretendida, como se lê, exemplificativamente, abaixo:

Processo: ARE 734824 BA

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 16/04/2013

Publicação: DJe-082 DIVULG 02/05/2013 PUBLIC 03/05/2013

Parte(s): ESTADO DA BAHIA -

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA;

CAROLINA CHAVES DELFINO ABBEHUSEN

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

Decisão

Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim regidido. "MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL CONTRATADA EM REGIME ESPECIAL REDA. EQUIPARAÇÃO À SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL QUANTO AOS BENEFÍCIOS DA LICENÇA-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. A controvérsia acerca da necessidade de regulamentação da supramencionada Lei Federal restou ultimada, no âmbito estadual, com a recentíssima publicação da Lei nº 12.214/2011 de 26 de maio de 2011, que alterou e cuidou de instituir o programa de prorrogação da licença à gestante e à adotante no âmbito de sua competência, concedendo o prazo de 180 dias de licença-maternidade para a servidora pública estadual. E nem se argumente que a impetrante não faz jus a tal garantia, pois o fato da mesma ostentar a condição de servidora pública temporária não tem o condão de afastar a aplicabilidade da supramencionada norma legal estadual, porquanto os arts. 154 e 157, que tratam especificamente da matéria, não impôs qualquer limitação em relação ao vínculo do servidor, se celetista, estatutário, ocupante de cargo em comissão ou contratado por prazo determinado. Entendimento em contrário, violaria o princípio constitucional da isonomia (art. 5º da CF), vez que estar-se-ia dispensando às servidoras temporárias, um tratamento diferenciado, com base unicamente no vínculo de trabalho que une a genitora ao Estado, mormente se não há tal estipulação na própria lei. Prevalência do direito social de proteção à maternidade (CF, art. 6º), bem assim à proteção da família, base da sociedade (CF, art. 226, caput). Segurança Concedida para, confirmando a liminar anteriormente deferida, assegurar o direito da impetrante de ter prorrogada a licença maternidade por mais de 60 (sessenta) dias". Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Sustenta o agravante, nas razões do recurso extraordinário, violação dos artigos 7º, inciso XVIII, 25, 39, § 3º, e 61, § 1º, inciso II, alínea 'c', da Constituição Federal. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da

repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". A irresignação não merece prosperar. Com relação aos artigos 25, 39, § 3º, e 61, § 1º, inciso II, alínea 'c', da Constituição, apontados como violados, carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem não cuidaram das referidas normas, as quais, também, não foram objeto dos embargos declaratórios opostos pelo recorrente. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. Ademais, a orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a discussão relativa à prorrogação de licença maternidade de servidora pública estadual é tema de índole eminentemente infraconstitucional, cujo reexame foge do campo do recurso extraordinário. Nesse sentido, anatem-se os recentes precedentes: ARE nº 733.378/BA, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 25/2/13; ARE nº 737.043/MG, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/3/13; ARE nº 737.938/BA, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 22/3/13; e ARE nº 695.009/MG, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 13/2/13. Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 16 de abril de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente

Nesta linha vem decidindo o Tribunal de Justiça gaúcho, e.g.: Apelação e Reexame Necessário Nº 70052020385, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 19/12/2012; Mandado de Segurança Nº 70050923515, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 14/12/2012; Apelação e Reexame Necessário Nº 70047458658, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 19/04/2012;

Ou seja, o que se tem, aqui, é uma dupla perspectiva interpretativa da situação em questionamento. De um lado, aquela que privilegia a adequação formal do benefício aos contornos específicos da legislação infraconstitucional, bem como aos contornos da atuação condicionada da Administração Pública. De outro, aquela que busca, com uma interpretação ampliada da norma contida na Lei Complementar nº 13117/09, aproximar as práticas administrativas ao perfil protetivo e promocional presente na Carta Política brasileira de 1988, no afã de assegurar uma garantia vinculada à proteção da maternidade e, sobretudo, à criança, considerando-se, ainda, o caráter de ativação da igualdade entre as trabalhadoras no serviço público.

Exatamente por isso que, no âmbito da Administração Pública federal foi instituído o Programa específico, nos termos da legislação que segue:

**DECRETO Nº 6.690, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2008.**

Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 2º da Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008,

**DECRETA:**

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.

Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

§ 2º A prorrogação a que se refere o § 1º iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no art. 207 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou do benefício de que trata o art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no caput será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

- a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;
- b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e
- c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

- a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e
- b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, inciso II, alínea "b", considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

§ 5º A prorrogação da licença será custeada com recurso do Tesouro Nacional.

Art. 3º No período de licença-maternidade e licença à adotante de que trata este Decreto, as servidoras públicas referidas no art. 2º não poderão exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de ocorrência de quaisquer das situações previstas no caput, a beneficiária perderá o direito à prorrogação, sem prejuízo do devido ressarcimento ao erário.

Art. 4º A servidora em gozo de licença-maternidade na data de publicação deste Decreto poderá solicitar a prorrogação da licença, desde que requerida até trinta dias após aquela data.

Art. 5º Este Decreto aplica-se à servidora pública que tenha o seu período de licença-maternidade concluído entre 10 de setembro de 2008 e a data de publicação deste Decreto.

Parágrafo único. A servidora pública mencionada no caput terá direito ao gozo da licença pelos dias correspondentes à prorrogação, conforme o caso.

Art. 6º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá expedir normas complementares para execução deste Decreto.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de dezembro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

**LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA**

André Peixoto Figueiredo Lima

José Gomes Temporão

Paulo Bernardo Silva

Ou seja, em sede federal a Administração Pública se dotou de instrumento normativo hábil para a concessão do referido benefício, estabelecendo e desenhando todo o seu perfil.

Inexistindo no espaço estadual legislação com a mesma destinação e pelos termos antes apresentados, pareceria, assim, em um primeiro olhar, inviável a concessão da pretensão, malgrado as decisões em sentido contrário.

Entretanto, há que se considerar que a família, a gestante e a gestação, assim como a criança, têm um papel central no âmbito de proteção e promoção da "Constituição Cidadã", o que aponta para a necessidade de uma hermenêutica concretizante do melhor sentido da norma presente na legislação estadual, voltada à realização do projeto constitucional contido no texto da CRFB/88.

Com este sentido pode o ente público estadual, em sintonia com as tendências jurisprudenciais, promover a inclusão das trabalhadoras com contratação temporária, vinculadas ao Estado do Rio Grande do Sul, como destinatárias da licença de 180 (cento e oitenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Dito de outra forma, buscando-se compatibilizar as práticas estaduais, no âmbito de sua política de pessoal, em particular no que respeita à concessão da referida licença, com os termos e desígnios das normas constitucionais, bem como estando já prevista a concessão de 180 dias na legislação



estatutária, não há razão impeditiva para a inclusão das trabalhadoras temporárias no mesmo benefício por parte da autoridade estadual, de imediato.

Nesta mesma linha de raciocínio merecem ser incluídas, no mesmo tratamento, uma vez inexistir justificativa sustentável para o seu tratamento diferenciado, aquelas trabalhadoras investidas em cargos em comissão, uma vez encontrarem-se em situação em tudo análoga àquela das contratadas temporariamente em face dos termos da legislação em comento - Lei n. 13117/09. Aliás, este também tem sido o entendimento jurisprudencial, como se observa, exemplificativamente, das decisões abaixo:

**MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-MATERNIDADE. CARGO EM COMISSÃO. LEI Nº. 13.117/2009. PRAZO DE 180 DIAS. PROTEÇÃO DA MATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESPALDO LEGAL À INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA ADOTADA PELA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL.**

**PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO E DE INCOMPETÊNCIA AFASTADAS.**

**REJEITARAM AS PRELIMINARES E CONCEDERAM A SEGURANÇA. UNÂNIME.**

(Mandado de Segurança n. 70054142138, Segundo Grupo Cível, TJRS, julgado Ago/2013)

**MANDADO DE SEGURANÇA. servidor público, CARGO EM COMISSÃO. Ic-RS nº 13.117/2009, que alterou a Ic-rs nº 10.098/1994, ampliando a licença-maternidade para 180 dias, sem distinção entre as servidoras efetivas e aquelas OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO.**

A especificidade da condição jurídico-funcional da servidora ocupante de cargo em comissão não foi considerada pelo legislador estadual como elemento de discrimen. Não reservou o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, para as servidoras que exercem cargo em comissão, tratamento normativo diferenciado daquele conferido às servidoras efetivas, sendo certo que, nos termos do regramento estadual de regência, o vínculo precário com o Estado do Rio Grande do Sul e o regime de previdência daí decorrente não afasta o benefício da licença-maternidade de 180 dias outorgado pela Lei Complementar nº 13.117/2009 às servidoras efetivas. Precedentes do Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. **SEGURANÇA CONCEDIDA.**

(Mandado de Segurança n. 70055315022, Segundo Grupo Cível, TJRS, julgado Ago/2013)

Em conclusão, portanto, há que se reconhecer o direito ao gozo de licença maternidade de 180 (cento e oitenta) dias tanto às trabalhadoras contratadas temporariamente como àquelas ocupando cargos em comissão no âmbito do serviço público estadual.

Por fim, como pauta política e para o ente público, há que se considerar as condições e circunstâncias para se dotar o Estado do Rio Grande do Sul de uma normatividade que venha ao encontro do desiderato constitucional de proteção à família, à mãe e, em particular, à criança, diante dos termos antes expostos. E isto como objeto de constante atenção e atualização em razão mesmo da dinâmica que lhe é própria.

É o Parecer.

Porto Alegre, 22 de Agosto de 2013.

**JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS**

**PROCURADOR DO ESTADO**

EA n 6627-1900/12-4

Processo nº 6627-19.00/12-4

Acolho as conclusões do PARECER Nº 16.137/13, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS.

Em 06 de setembro de 2013.

Bruno de Castro Winkler,

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

**De acordo.**

**Restitua-se o expediente à Secretaria da Educação.**

**Em 06 de setembro de 2013.**

**Carlos Henrique Kaipper,**

**Procurador-Geral do Estado.**