

Inafastabilidade da aplicação do Decreto nº. 44.376/2006 com a redação dada pelo Decreto nº. 51.243/2014 às servidoras que se encontravam em gozo de afastamento decorrente de licença à gestante ou à adotante quando da entrada em vigor da norma regulamentar, bem como àquelas com período avaliatório ainda em curso, que disponham nele de período de afastamento, não superior a 180 dias, em decorrência de licença à gestante ou à adotante.

O presente expediente administrativo encarta consulta do Sr. Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos quanto ao Decreto nº. 51.243/2014, pleiteando orientação deste Órgão de Consultoria Jurídica do ente federado, fl. 26/verso, quanto à aplicação do mencionado diploma às servidoras que:

encontravam-se em licença gestante quando publicada a norma;

gozaram licença no curso do estágio probatório antes da vigência da norma, mas que ainda não concluíram o período avaliatório.

A consulta genericamente formulada, por sua vez, originou-se em pedido de duas servidoras, ocupantes do cargo de assessor administrativo do Quadro dos Funcionários Técnico-Científicos do Estado, Líliana da Silva Barcellos e Marlise Baialardi Oliveira, as quais gozaram licença à gestante, respectivamente, nos interregnos de 18/05/2013 a 13/11/2013 e 02/07/2012 a 28/12/2012, ambas no período de avaliação do estágio probatório e que na mesma condição ainda se encontram e se encontravam quando da edição do Decreto Estadual nº. 51.243/2014, e, por conseguinte, pleiteiam sua incidência in casu.

É o sucinto relatório.

O Decreto nº. 51.243, de 05 de março de 2014, alterou o Decreto nº. 44.376/2006, que versa sobre o Regulamento do Estágio Probatório previsto nos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº. 10.098/1994, tão somente a fim de excepcionar o afastamento decorrente do gozo de licença à gestante ou à adotante da regra de que o(a) servidor(a) em estágio probatório apenas será avaliado(a) quando computar cento e quarenta dias do período da respectiva avaliação nos casos de afastamentos decorrentes de disposições estatutárias.

Assim, pela alteração regulamentar, em que pese no período de licença à gestante ou à adotante a servidora não esteja de fato no pleno exercício de suas funções, a avaliação de desempenho do estágio probatório que contenha tal período não será postergada, desde que tal licença não ultrapasse o limite máximo de 180 dias, devendo tal período ser desconsiderado para fins de avaliação de desempenho, comportando, portanto, exceção à regra geral para os afastamentos decorrentes das disposições estatutárias, que é da postergação da avaliação.

Nesse sentido, transcreve-se o inteiro teor do Decreto nº. 51.243/2014, inclusive seus considerandos que bem explicitam a intenção do Chefe do Poder Executivo ao regulamentar a matéria:

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, no uso da atribuição que lhe confere o art. 82, incisos V e VII, da Constituição do Estado, e

considerando a suspensão do estágio probatório durante o afastamento das servidoras públicas em decorrência de licença à gestante e à adotante gera prejuízo funcional, uma vez que prorroga o prazo para sua confirmação no cargo titulado, bem como impede a ascensão funcional da mulher em relação aos servidores homens que ingressam no mesmo concurso público;

considerando que a licença à gestante é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal pelo período de cento e oitenta dias, sem prejuízo do salário e do emprego;

considerando que a licença à gestante e à adotante deve ser considerada como licença especialíssima uma vez que se aplica somente à servidora mulher durante o período neonatal em que o beneficiário é o infante em seus primeiros meses de vida, sem prejuízo profissional para a servidora que decide exercer a maternidade;

considerando que o tema de excetuar a licença à gestante e à adotante entre os afastamentos que suspendem o estágio probatório dos servidores públicos foi amplamente discutido no âmbito do Poder Público, constando na II Carta de Porto Alegre elaborada durante o II Seminário Mulheres e a Segurança Pública - Fortalecendo a Rede Lilás, que ocorreu em novembro de 2013,

D E C R E T A:

Art. 1º Fica alterado o art. 6º do Anexo único do Decreto nº 44.376, de 30 de março de 2006, que aprova o Regulamento do Estágio Probatório previsto nos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º Nos casos de afastamentos decorrentes das disposições estatutárias, o(a) servidor(a) em estágio probatório somente será avaliado(a) quando computar cento e quarenta dias do período da respectiva avaliação, em atividade laboral, exceto em decorrência de afastamento por licença à gestante ou à adotante.

§1º Quando o afastamento da servidora se der em razão de licença à gestante ou à adotante e que exceda o período para a respectiva avaliação prevista no caput deste artigo, e não excedendo o período de cento e oitenta dias, a servidora em estágio probatório deve ser dispensada da avaliação de desempenho no respectivo período.

§2º Nos demais casos, quando os afastamentos no período considerado forem superiores ao previsto no caput deste artigo, a avaliação será postergada até que totalize o prazo disposto neste artigo.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Na espécie, a dúvida suscitada diz respeito à própria aplicação do Decreto nº. 51.243/2014, para além dos motivos determinantes da alteração da regulamentação do estágio probatório, que dizem mais com os valores protegidos pela norma, valores esses em relação aos quais esta Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer nº. 16.224/2014, já firmou posicionamento, ao qual inclusive o Sr. Governador atribuiu caráter jurídico-normativo.

Dessa forma, tem-se que analisar se as hipóteses formuladas na consulta implicam a aplicação do Decreto nº 51.243/2014, sendo conveniente destacar a adequada lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior, in Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação, São Paulo: Atlas, 1988, p. 288, sobre o próprio processo de aplicação da norma, que não se confunde com sua interpretação, em que pese lhe seja imprescindível: "A aplicação não se confunde com a interpretação, embora a exija. Demonstrado, por via hermenêutica, o sentido da norma, é preciso demonstrar que o caso a ser decidido nele se enquadra".

Nessa linha, é certo que a alteração legislativa visou à alteração da forma de tratamento do período de afastamento decorrente da licença à gestante ou à adotante no período de avaliação de desempenho do estágio probatório. Logo, estando as servidoras com período de avaliação de desempenho em estágio probatório em andamento quando da alteração do Decreto nº. 44.376/2006, por meio do Decreto nº. 51.243/2014, não vislumbro fundamento jurídico para negar vigência e produção de seus efeitos para os estágios probatórios em curso de servidoras que nele estivessem gozando (quando da edição do Decreto nº. 51.243/2014) ou tivessem gozado (antes da edição do Decreto n. 51.243/2014) períodos de afastamento por força de licença à gestante ou à adotante.

Ressalte-se, por outro lado, não se desconhecer que o postulado básico em matéria de direito intertemporal seja o de que a lei nova não atinja os fatos anteriores ao início de sua vigência, nem as consequências desses, isto é, seja o princípio da não-retroatividade das leis, o qual, nas palavras de Luís Roberto Barroso, in Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Org. Carmem Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2005, p. 142: "tem por fundamento filosófico a necessidade da segurança jurídica, da estabilidade do Direito". Ocorre que é exatamente a fim de garantir a estabilidade das relações jurídicas e com o escopo de garantir a segurança de tais relações que a Administração deve buscar conferir o devido tratamento isônomico para situações idênticas, não sendo viável garantir às servidoras que cumpriram estágio probatório no mesmo período tratamentos diversos em relação ao afastamento decorrente de licença à gestante ou à adotante.

Destaque-se que a sequência de avaliações de desempenho necessárias para completar o período de avaliações do estágio probatório, tanto no caso das solicitantes, quanto nas duas hipóteses genericamente formuladas no âmbito da SARH, objeto da consulta, estavam em andamento quando da vigência do novo Decreto e, por conseguinte, o período de afastamento decorrente da licença à

gestante ou à adotante, deve ser considerado da mesma forma, preservando-se, assim, tanto o princípio da segurança jurídica quanto da isonomia no agir da Administração. Repita-se: não se trata de retroatividade do Decreto, mas sim de sua mera aplicação aos estágios probatórios em andamento quando da alteração do seu regramento, ainda que a licença à gestante ou à adotante propriamente dita tenha sido gozada em período anterior à sua alteração, mas no período do estágio probatório, por óbvio.

Destaque-se, ainda, que o período de estágio probatório é de 3 anos, sendo um lapso temporal amplo que deve transpor o servidor público efetivo para alcançar a estabilidade no serviço público, de maneira que, tendo o Decreto nº 51.243/2014 permitido a exclusão da avaliação do período da licença à gestante ou à adotante, desde que não ultrapasse 180 dias, admitiu, assim, a exclusão de período que equivale a tão somente uma sexta parte do prazo total do estágio probatório, o que não prejudicaria a avaliação das servidoras pela elasticidade do período total de avaliação do estágio em contraposição com os valores protegidos pelo próprio direito ao gozo da licença sem prejuízo aos demais direitos das servidoras.

Dessa forma, pelas razões acima expostas, cabível a aplicação do Decreto nº. 44.376/2006 com a redação dada pelo Decreto nº. 51.243/2014 às servidoras que se encontravam em gozo de afastamento decorrente de licença à gestante ou à adotante quando da entrada em vigor da nova redação da norma regulamentar, bem como àquelas com período avaliatório ainda em curso, que nele disponham de período de afastamento, não superior a 180 dias, em decorrência de licença à gestante ou à adotante.

É o parecer.

Porto Alegre, 24 de julho de 2014.

FABIANA AZEVEDO DA CUNHA BARTH,

PROCURADORA DO ESTADO.

Expediente nº 2844-2400/14-4

Processo nº 2844-24.00/14-4

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.355/14, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora FABIANA AZEVEDO DA CUNHA BARTH.

Em 28 de agosto de 2014.

Bruno de Castro Winkler,

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

De acordo.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos.

Em 28 de agosto de 2014.

Carlos Henrique Kaipper,

Procurador-Geral do Estado.