

## **PARECER Nº 19.370/22**

### **POSSE EM CARGO PÚBLICO. LICENÇA-GESTANTE. DIREITO FUNDAMENTAL.**

- 1. A licença-gestante constitui direito fundamental, tutelado pela Constituição da República, não constituindo óbice ao exercício do direito a circunstância da servidora ter dado à luz antes da posse.**
- 2. A Administração, na hipótese de que a servidora empossada se encontre em situação determinante da concessão de licença-gestante, deve reconhecer, excepcionalmente, ter se dado o início do exercício, embora ficto, na mesma data da posse.**
- 3. Direito à concessão de licença-gestante que se reconhece no caso concreto.**

1. Vem a exame processo administrativo eletrônico no qual a Secretaria de Justiça e Sistemas Penal e Socioeducativo - SJSPS - solicita orientações sobre o procedimento a ser seguido em relação a candidata que foi nomeada para exercer cargo público do Quadro Especial da Superintendência dos Serviços Penitenciários - SUSEPE, mas não entrou em exercício por ter dado à luz durante os trâmites de investidura no cargo.

O expediente foi aberto pela Divisão de Recursos da SUSEPE para tramitar a habilitação de posse de candidata aprovada no Concurso Público nº 02/2017 para o cargo de Agente Penitenciário Administrativo, Classe "A", cuja nomeação foi publicada no DOE em 26/01/2022. Os autos foram instruídos com a documentação de praxe, tendo sido também apresentados pela candidata atestados médicos para licença-gestante a contar de 07/03/2022.

A posse foi realizada mediante procuração (fls. 29 a 32) e, depois de reputada justificada a dilação do prazo para posse, em razão do contexto de pandemia de COVID-19, a Assessoria Jurídica da SUSEPE considerou necessária orientação da Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão - SPGG - acerca da situação funcional da candidata empossada, que não entrou em exercício por ter apresentado atestados médicos indicativos de licença-gestante.

Encaminhado o feito à SPGG, sobreveio singela anotação de que o processo de ingresso se encontrava concluído, restituindo-se o processo à origem.

Com o retorno para a SJSPS, a assessoria jurídica apontou a necessidade de esclarecimento de divergências quanto às datas de perícia, posse e exercício, ao que esclareceu a Divisão de Recursos Humanos da SUSEPE ter havido equívoco material no momento da impressão do termo de habilitação e posse sob lupa, sendo a data correta da posse por procuração o dia 17/03/2022, enquanto que a data de entrada de exercício foi objeto da solicitação de orientações para a SPGG, que não se pronunciou. Ao final, sugeriu remessa dos autos à PGE para pronunciamento sobre o exercício da servidora.

Acolhida a sugestão pelo Superintendente da SUSEPE, o processo foi encaminhado para a SJSPS, cuja assessoria jurídica destacou as correspondências eletrônicas da servidora, informando que estava com cesariana agendada para 11/03/2022, e da Escola de Serviço Penitenciário, com informação de que a servidora não entrou em exercício, pois não se apresentou no curso de formação. Corroborou, assim, a sugestão de encaminhamento de consulta, remetendo o feito ao Coordenador Setorial do Sistema de Advocacia de Estado junto à SJSPS, que, a seu turno, igualmente chancelou a remessa à PGE, diante da situação peculiar quanto ao exercício do cargo pela servidora.

Após aval do Titular da Pasta, o expediente foi remetido a esta Procuradoria-Geral e, no âmbito da Equipe de Consultoria, a mim distribuído para exame e manifestação.

É o relato.

2. A presente consulta tem por escopo a regularização funcional de servidora nomeada para a SUSEPE que, após ter tomado posse por procuração, não entrou em exercício, apresentando atestado médico obstétrico para afastamento em licença-gestante.

Como antes referido, a interessada foi nomeada para o cargo de Agente Penitenciário Administrativo por ato publicado no Diário Oficial de 26 de janeiro de 2022 e, na data de 28 de janeiro do mesmo ano, preencheu a ficha de cadastro e o formulário de declarações, mas seu laudo de aptidão para ingresso no serviço público somente foi expedido pelo Departamento de Perícia Médica e Saúde do Trabalhador na data de 14 de março de 2022. Já o Termo de Habilitação de Posse foi firmado por procurador na data de 17 de março de 2022, em razão do recente parto a que se submetera a servidora (o atestado médico de fl. indica licença-gestante a contar de 07 de março de 2022 e, em que pese não conste do PROA a certidão de nascimento, a servidora, no e-mail de fl. 43, refere que o parto cesáreo estava agendado para o dia 11/03/2022).

Contudo, ainda que no termo de habilitação de posse conste o dia 10 de março de 2022 como data da posse e do exercício, a Divisão de Recursos Humanos informou que a data está incorreta (o formulário teria sido impresso utilizando as mesmas datas de posse/exercício dos demais servidores nomeados na mesma data que a interessada), sendo o dia correto da posse aquele manuscrito pelo procurador (17/03/2022), recaindo dúvida, porém, sobre a data de exercício a ser considerada, uma vez que, consoante informação da Escola do Serviço Penitenciário, a servidora não se apresentou para o curso de formação.

Nesse contexto, importa examinar, inicialmente, a conduta a ser adotada pela Administração quando nomeia candidata aprovada em concurso público que tenha dado à luz nos 180 dias anteriores à nomeação.

A Constituição Federal de 1988 reconhece, em seu artigo 6º, a proteção da maternidade e da infância como direito social, e assegura a licença à gestante às trabalhadoras urbanas, rurais e servidoras ocupantes de cargo público, conforme inciso XVIII do artigo 7º c/c o § 3º do artigo 39. Demais disso, assegura ao recém-nascido a plena assistência, como decorre do disposto no artigo 227:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E dessa especial conformação da proteção da maternidade e da infância como direito social decorrem importantes consequências para interpretação das normas regulamentares do direito, como a disposição do artigo 141 da LC nº 10.098/94, que assim estabelece:

Art. 141. À servidora gestante será concedida licença de 180 (cento e oitenta) dias, sem prejuízo da remuneração, a contar da data do nascimento.

§ 1.º Em caso de natimorto, nascimento com vida seguido de óbito (nativo) ou de óbito da criança durante o período de licença gestante, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de afastamento, a partir do término da licença nojo. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 15.450/20)

§ 2.º O prazo previsto no “caput” deste artigo terá contagem iniciada a partir da alta da Unidade de Tratamento Intensivo, em caso de nascimento prematuro. (Incluído pela Lei Complementar n.º 15.165/18)

§ 3.º Ao término da licença a que se refere o “caput” deste artigo, é assegurado à servidora lactante, durante o período de 2 (dois) meses, o direito de comparecer ao serviço em 1 (um) turno, quando seu regime de trabalho obedecer a 2 (dois) turnos, ou a 3 (três) horas

consecutivas por dia, quando seu regime de trabalho obedecer a turno único. (Incluído pela Lei Complementar n.º 15.165/18)

§ 4.º A comprovação do nascimento dar-se-á mediante a apresentação do documento emitido pelo Cartório de Registro Civil ao órgão de Recursos Humanos do local de lotação. (Incluído pela Lei Complementar n.º 15.450/20)

§ 5.º Havendo o óbito da mãe, quando do parto ou em decorrência deste, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, se servidor público estadual, terá direito ao gozo da licença de que trata o “caput”, sem prejuízo da remuneração, por até 180 (cento e oitenta) dias a contar da data do óbito, descontados os dias de eventual gozo de licença-paternidade caso o óbito da mãe tenha ocorrido após o nascimento do filho. (Incluído pela Lei Complementar n.º 15.450/20)

Com efeito, em razão de sua qualidade de direito fundamental, a licença à gestante deve merecer interpretação sob a ótica do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que demanda que o intérprete sempre busque a plena realização do direito.

Em consequência, a interpretação tendente a conferir a máxima eficácia a licença à gestante deve partir do pressuposto de que o exercício de outros direitos, igualmente assegurados pela ordem jurídica – como o direito à posse em cargo público -, não deve acarretar limitação ao gozo da licença, mitigando a proteção assegurada à maternidade e infância.

Nesse sentido, aliás, a orientação vertida no recente PARECER nº 19.316/22, que reconhece o dever da Administração de celebrar contrato temporário com candidata que tenha sido selecionada e esteja usufruindo ou faça jus ao imediato gozo da licença à gestante, *in verbis*:

Em consequência do exposto, foi elaborado o primeiro questionamento: “a) É possível que a Administração contrate candidata que esteja em gozo de licença maternidade para o preenchimento de vaga temporária e emergencial?”.

A situação relatada impõe a harmonização do direito fundamental de cunho social à licença à gestante com o interesse público que, diante de situação excepcional, encontra-se premido, ensejando a contratação a termo pela Administração Pública, na forma da autorização constitucional e legal.

Ao conferir hierarquia de direito fundamental à licença à gestante, a Constituição Federal evidencia relevante proteção à família como base da sociedade (art. 226 da Carta), inexistindo previsão específica, explícita ou implícita, de relativização deste direito, mesmo diante de situação excepcional que autorize a contratação temporária pelo ente público.

A interpretação sistemático-teleológica, por conseguinte, autoriza concluir que o direito fundamental social à licença à gestante não pode ser mitigado pela necessidade pública de contratação por tempo determinado, devendo a Administração Pública, na hipótese de estar diante de candidata selecionada cuja situação fática ensejaria o direito ao gozo de licença à gestante, contratá-la e assegurar a respectiva licença, sendo indevida a preterição em circunstâncias tais por este motivo, sob pena de ofensa ao disposto na Constituição Federal. Isto é, na hipótese de a candidata selecionada ter dado à luz no período a que alude o artigo 141 da Lei Complementar nº 10.098/1994, fará jus à respectiva licença até que completados 180 (cento e oitenta) dias do nascimento de seu descendente. Entendimento contrário implicaria vedar o acesso a cargo público exclusivamente em virtude da condição de gestante ou puérpera, situação que não se conforma com o ordenamento jurídico acima delineado.

Mesmo que a solução posta traga eventual despesa maior ao ente público, tal fato não tem o condão de afastar a conclusão acima referida porque, se tal situação fosse suficiente para mitigar o direito fundamental analisado, a excepcionalização deveria estar expressamente

prevista na Constituição Federal, de modo que, pelo modelo constitucional adotado, o ônus pela proteção à gestante impõe-se ao Estado.

Logo, se mesmo na hipótese de contratação temporária se reconhece, na presença de situação fática que enseja direito ao gozo da licença-gestante, o dever da Administração de assegurar a fruição do benefício, com muito maior razão deverá a licença ser assegurada para a gestante ou puérpera investida em cargo de provimento efetivo, decorrente de aprovação em concurso público.

E nesse sentido colhem-se da jurisprudência os seguintes precedentes:

DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE. LICENÇA MATERNIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Embora impedida a concursada do início do exercício imediato do magistério ante o usufruto de licença-maternidade, por si, não elide o direito ao cargo, ante a garantia constitucional da licença-gestante, a teor do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. 2. Julgado amoldado à espécie: TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Apelação e Reexame Necessário n.º 0019549-63.2012.8.26.0361, Relator Des. Rebouças de Carvalho, Voto n.º 15827, J. 17 de setembro de 2014, unânime. 3. Recurso desprovido. (TJAC, Relator (a): Desª. Eva Evangelista; Comarca: Brasileia; Número do Processo:0700667-73.2016.8.01.0003;Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Data do julgamento: 20/02/2018; Data de registro: 28/03/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO DF, NOMEADA E EMPOSSADA DIAS ANTES DE DAR À LUZ. EXIGÊNCIA, PARA FINS DE EXERCÍCIO, DE RENÚNCIA AO GOZO DE LICENÇA MATERNIDADE. ILEGALIDADE. 1. A garantia da prioridade absoluta (CF, art. 227) impede qualquer discriminação administrativa ao pleno exercício do direito a que faz jus a impetrante, especialmente porque devem ser prestigiados os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à maternidade, constituindo este último direito social expressamente tutelado pelo texto constitucional (CF, art. 6º). 2. No caso, a impetrante, ao ostentar a condição de servidora pública do Distrito Federal, faz jus ao direito à licença maternidade e à computação deste período na contagem de seu tempo de serviço. 3. Segurança concedida; rejeitadas as preliminares. Unânime.(TJDTF, Acórdão 913248 - 20120111065475APO, 6ª TURMA CÍVEL, julgado em 16 de dezembro de 2015)

APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. CONCURSO. POSSE. LICENÇA MATERNIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. I - O ingresso de candidata no cargo para o qual foi regularmente aprovada e nomeada em concurso público, não pode ser obstado tão somente porque ela está usufruindo de licença-maternidade, arts. 7º, inc. XVIII e 39, § 3º, CF. II - Reconhecido que a posse deveria ter ocorrido em data anterior, são devidas as diferenças remuneratórias. III - Apelação e remessa oficial desprovidas. (TJDTF, Acórdão 898105, 20120110913162APO, Relator: VERA ANDRIGHI, , Revisor: CARLOS RODRIGUES, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 30/9/2015, publicado no DJE: 13/10/2015. Pág.: 259)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POSSE EM CARGO PÚBLICO. LICENÇA MATERNIDADE. 1. Por força da Constituição Federal, as empresas públicas, como integrantes da Administração Pública indireta, devem obedecer ao primado do concurso público para o provimento dos seus cargos ou empregos (art. 37, II, CF), cuja acessibilidade é aberta aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em Lei (art. 37, I). 2. A licença maternidade é um direito indisponível, garantido pela Constituição Federal, e o fato de ter a impetrante dado à luz antes de sua nomeação para o emprego público não pode interferir no seu direito à posse no cargo. 3. Apelação e remessa necessária improvidas. (TRF4 5001564-

78.2018.4.04.7200, QUARTA TURMA, Relator CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 04/04/2019)

APELAÇÃO – Ação de procedimento comum – Concurso público para provimento do cargo de Professor de Educação Básica I (PEB-I) – Município de Capivari – Candidata aprovada e convocada para apresentação de documentos que se encontrava em licença gestante e foi impedida de tomar posse do cargo – Pretensão da autora ao empossamento com todos os benefícios decorrentes de licença maternidade na condição de servidora pública municipal – Possibilidade – Pretensão que encontra amparo no meta-princípio da razoabilidade ou proporcionalidade – Conduta do réu, ora apelante, que, além de desarrazoada e desproporcional, afronta o disposto no art. 39, § 3.º, c.c. art. 7.º, inciso XVIII, da Constituição Federal, além do art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que resguardam a proteção à trabalhadora gestante, bem como aos cuidados da criança recém nascida – Sentença mantida nesse ponto – Dano moral afastado, contudo – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1002893-96.2019.8.26.0125; Relator (a): Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Capivari - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/08/2020; Data de Registro: 26/08/2020)

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. Pretensão ao gozo de licença maternidade na data da posse. Possibilidade. Lei Municipal nº 158/1968, art. 100. A concessão da licença gestante tem por finalidade a proteção à maternidade e à infância, havendo proteção constitucional nos campos trabalhista (art. 7º, XVIII, e 10º, II, "b"), previdenciário (art. 201, II), da assistência social (art. 203, I), e da saúde (art. 227, §1º, I). Assim, não há que se negar esse direito apenas em razão de o parto ter ocorrido dias antes da posse no concurso público. Danos morais não configurados. Recurso parcialmente provido.(ACF nº 8.505/2018 Apelação nº 1002365-93.2017.8.26.0299, 8a. Câmara de Direito Público, julgado em 13 de fevereiro de 2019)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO FEMININO. CURSO DE FORMAÇÃO. CANDIDATA LACTANTE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. REMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral (RE 630.733/DF), pacificou o entendimento de que não há direito à remarcação de provas de concurso público em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos, exceto se previsto em edital, julgado este que tem sido acompanhado pelas duas Turmas de Direito Público desta Corte Superior. 2. Em julgamento mais hodierno, a Excelsa Corte, também sob a sistemática da repercussão geral, entendendo que o RE 630.733/DF não seria aplicável às candidatas gestantes, estabeleceu a seguinte tese: "É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público". 3. Hipótese em que as premissas estabelecidas no novel julgado são plenamente aplicáveis à candidata que, ao ser convocada para o Curso de Formação para o cargo de Agente Penitenciário Feminino, encontrava-se em licença maternidade, com apenas um mês de nascimento da sua filha, período em que sabidamente todas as mulheres estão impossibilitadas de praticar atividades físicas, estando totalmente voltadas para amamentação e cuidados com o recém-nascido. 4. Direitos constitucionalmente previstos (saúde, maternidade, família e planejamento familiar) que devem ser protegidos, merecendo a candidata lactante o mesmo amparo estabelecido pelo STF para as gestantes. 5. Recurso provido. (RMS 52.622/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 29/03/2019)

Portanto, a posse em cargo de provimento efetivo, quando se encontre a servidora em situação fática da qual decorra o gozo de licença-gestante, não acarreta impossibilidade de imediata concessão desse benefício, devendo a Administração assegurar a mencionada licença, sob pena de violação à direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

Ademais, com o mesmo escopo de garantir a efetividade do direito fundamental, resguardando a dignidade da mulher e o livre exercício profissional, bem como o desenvolvimento saudável do recém-nascido, imprescindível o reconhecimento pela Administração, nessa circunstância, de que o exercício teve início - ainda que excepcionalmente ficto - na mesma data da posse, uma vez que entendimento contrário não garantiria o gozo das demais prerrogativas do cargo (inclusive a percepção da remuneração) e poderia acarretar a desconstituição da própria nomeação (art. 22, § 1º, da LC nº 10.098/94), em evidente negação da proteção constitucional da maternidade.

Por conseguinte, no caso que se examina, a servidora faz jus à concessão da licença-gestante pelo prazo de 180 dias contados da data do nascimento do filho - ainda que a posse tenha ocorrido após o parto -, nos termos do artigo 141 da LC nº 10.098/94, incumbindo-lhe, porém, caso ainda não o tenha feito, fazer prova do nascimento com a juntada da certidão do registro civil (§ 4º do artigo 141 antes referido). Ademais, merecem retificação a data da posse e do exercício, adotando-se, para ambas, o dia 17 de março de 2022, que corresponde à data em que o procurador da servidora firmou o ato de posse.

3. Face ao exposto, concluo:

a) a licença-gestante constitui direito fundamental, tutelado pela Constituição da República, e a circunstância da servidora ter dado à luz antes da posse, não obsta ao exercício do direito;

b) à servidora empossada que se encontre em situação determinante da concessão de licença-gestante deve a Administração reconhecer, igualmente, o início do exercício, ainda que excepcionalmente ficto, na mesma data da posse;

c) no caso concreto, a servidora faz jus à concessão da licença-gestante pelo prazo de 180 dias contados da data do nascimento do filho, merecendo, ainda, retificação as datas de posse e de exercício.

**É o parecer.**

Porto Alegre, 13 de abril de 2022.

**ADRIANA NEUMANN,**

**Procurador(a) do Estado.**

**NUP 00100.000003/2022-39**

**PROA 22/0602-0002491-8**

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000003202239 e da chave de acesso 2bbcd9ea

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**NUP 00100.000003/2022-39**

**PROA 22/0602-0002491-8**

**PARECER JURÍDICO**

O **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições, aprova o **PARECER** da **CONSULTORIA-GERAL/PROCURADORIA DE PESSOAL**, de autoria da Procuradora

do Estado **ADRIANA MARIA NEUMANN**, cujas conclusões adota para responder a **CONSULTA** formulada pela **SECRETARIA DE JUSTIÇA E SISTEMAS PENAL E SOCIOEDUCATIVO**.

Encaminhe-se cópia do presente Parecer, para ciência, à Procuradoria Setorial junto à Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão.

Após, restitua-se à Procuradoria Setorial junto à Secretaria de Justiça e Sistemas Penal e Socioeducativo.

**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**, em Porto Alegre.

**EDUARDO CUNHA DA COSTA**,

**Procurador-Geral do Estado.**