



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedência: Secretaria de Estado de Educação

Interessado: Diretoria Central de Gestão de Tempos da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Número: 16.106

Data: 11/07/2019

Classificação Temática: Servidor Público. Regime Jurídico dos Servidores Público Civis. Licenças e Afastamentos

Precedentes: Nota Jurídica nº 087/2019; Parecer da CJ nº: 8.732/1994; Parecer CJ n. 15.117/2011; Parecer CJ n. 15.434 de 2015, Parecer normativo n. 16.045-A

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL - PROCEDIMENTO ADOTADO PELA ADMINISTRAÇÃO – ORIENTAÇÃO TRAZIDA NO PARECER CJ Nº 8.732, DE 11 DE JANEIRO DE 1994 – MUDANÇA DE ENTENDIMENTO- - LICENÇA A MATERNIDADE –GARANTIA CONSTITUCIONAL - MORTE DE RECÉM-NASCIDO OU NATIMORTO – RECENTES DECISÕES ENVOLVENDO MATÉRIA CORRELATA SUBMETIDA AO SUPREMO TRIBUNAL - NECESSIDADE DE REVISÃO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA OUTRORA PROFERIDA PELA ADVOCACIA GERAL DO ESTADO EM MESMA MATÉRIA

RELATÓRIO

1. O presente expediente foi encaminhado a este Núcleo de Assessoramento Jurídico (NAJ) sem o competente instrumento de encaminhamento, todavia, dele constante o Ofício SEE/DLNP nº. 17/2019, da Diretoria de Legislações e Normas de Pessoal, integrante da Secretaria de Estado de Educação (3814668) onde se solicita pronunciamento *“quanto ao direito do gozo de 120 dias de licença-maternidade da servidora efetiva, vinculada ao Regime Próprio de Previdência Social, tendo ocorrido a morte do recém-nascido ou natimorto, haja vista os procedimentos definidos pela então Procuradoria-Geral do Estado no Parecer nº 8.732, de 11 de janeiro de 1994.”* (3814668)

2. Instruindo o expediente a Informação nº 89/2019/DIRETORIA CENTRAL DE GESTÃO DE TEMPOS, em que se atende requerimento formulado pela Subsecretaria de Gestão de Pessoas da SEPLAG, segundo solicitação anteriormente formulada pela Diretoria de Legislação e Normas de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação (4071883), de onde se extrai o entendimento no sentido de *“que Parecer nº 8.732, de 11 de janeiro de 1994, da Procuradoria Geral do Estado, pelos seus próprios fundamentos, merece ser revisto.”*

3. Instruindo o expediente ainda, os seguintes documentos:

4. Formulário de consulta à Assessoria Jurídica, em que se traz mesmo questionamento jurídico e ainda (3696928):

- Informação da Superintendência de Normas e Informação de Pessoal da Diretoria de Legislação e Normas de pessoal (SNP/DLNP) nº 26/2018, sendo interessada a servidora Elizete de Lucena Silva, buscando manifestação da Secretaria de Estado da Educação sobre a matéria ora sob consulta, oportunidade em que sugere o encaminhamento da mesma informação à Advocacia Geral do Estado, *“com vistas a possível reforma do referido Parecer nº 8.732/1994”*;

- Cópia do Parecer nº 8.732, de 11 de janeiro de 1994.

5. Memorando Nº 032/AJSEE/2019 em que se traz (3696930):

- Orientação de Serviço SCAP nº 001/2016 (Retificada em 14/06/2016), trazendo diversas orientações sobre licença maternidade (salário maternidade, prorrogação e estabilidade provisória) aplicada as servidoras estaduais vinculadas ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, oportunidade em que revogada a Orientação de Serviço SCAP nº 021/2011.
- Memorando N. 032/AJSEE/2019, em que sugere sejam observadas pela DLNP/SEE a Orientação de Serviço SCAP nº 001/2016, da Superintendência Central de Administração de Pessoal, integrante da Subsecretaria de Gestão de Pessoas da SEPLAG.

6. Memorando.SEPLAG/DCGT.nº 49/2019 (4259913), encaminhando o presente SEI à Assessoria Jurídico Administrativa da SEPLAG por ordem da DCGT.

7. Nota Jurídica AJA nº 087/2019 dispondo sobre a matéria, ao final solicitando encaminhamento do expediente ao NAJ para análise e pronunciamento, restando a manifestação jurídica conclusiva no seguinte sentido: *“De todo exposto, em análise detida ao art. 4º, da Lei nº 18.879/2010, caso a criança tenha nascido com vida, incluindo-se a hipótese em que a criança morrer na ocasião do parto, mas tenha respirado, entende esta AJA, smj, que terá a servidora vinculada ao RPPS o direito à licença maternidade de 120 dias. Em contrapartida, na hipótese de parto de natimorto, entende esta Assessoria Jurídica que se deve aplicar, por analogia, o disposto no art. 207, § 3º da Lei Federal nº 8.112/90, nos termos da jurisprudência do STJ.*

8. Ofício AGE/NAJ nº. 190/2019, de 17/06/2019 em que se encaminha expediente para manifestação da Superintendência Central de Perícia Médica e Saúde Ocupacional – SCPMSO - buscando obter o *“tratamento que essa Superintendência confere à servidora gestante a qual, submetida a cirurgia do parto, não alcança o benefício licença a maternidade em razão do nascimento do recém-nascido sem vida ou em razão da morte durante ou logo após o parto.”*

9. Ofício SEPLAG/SCPMSO nº. 4/2019, de 25/06/2019 em que responde ofício anterior informando que *“que, nos casos de Concessão de Licença Maternidade quando configurado o evento morte do recém-nascido ou natimorto, esta Superintendência Central de Perícia Médica e Saúde Ocupacional tem se orientado pelo Parecer 8.732 de 11 de janeiro de 1994, da então PGE, avaliando as servidoras nesta situação, tão somente após a concessão inicial de 30 dias e se manifestando quanto a possível existência de incapacidade laborativa. Sendo constatada a existência de incapacidade laborativa, o perito concede Licença para Tratamento de Saúde pelo período que julgar necessário em cada caso, nos termos do Decreto 46.061 de 09 de outubro de 2012.”*

10. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

11. A matéria ora análise está pautada na solicitação encaminhada pela Administração Estadual, através da Subsecretaria de Gestão de Pessoas da Secretaria de Estado de Planejamento de Gestão - SEPLAG -, segundo encaminhamento anteriormente apresentado pela Diretoria de Legislação e Normas de Pessoal da Secretaria de Estado de Educação - SEE-, no sentido de se buscar a revisão da orientação trazida no Parecer Jurídico CJ n. 8.732, de 11 de janeiro de 1994, *smj*, em especial, a alteração do entendimento que a consubstanciou.

12. Com efeito, antes que se procedesse a elaboração da presente manifestação preocupou-se esse Núcleo de Assessoramento Jurídico, integrante da Consultoria Jurídica da

Advocacia Geral do Estado, em verificar na atualidade, o tratamento adotado pela Administração a luz da Superintendência Central de Perícia Médica e Saúde Ocupacional, dada a competência da mesma unidade, no que se refere à concessão do benefício ou não da licença maternidade para a servidora efetiva submetida a cirurgia do parto, uma vez constado o evento morte do recém-nascido, durante ou logo após o parto, ou, ainda, nascimento do recém-nascido sem vida.

13. Pois bem, ciente do tratamento adotado pela SEPLAG, bem assim pela SEE, ouvida a SCPMSO, restou delimitada a matéria e o alcance adotado pela Administração Estadual no que se refere à concessão do benefício licença a maternidade para as servidoras estaduais titulares de cargo efetivo junto ao Estado de Minas Gerais. Outrossim, restou constada que a orientação adotada pelo Parecer Jurídico CJ n. 8.732, de 11 de janeiro de 1994 de fato estaria dando suporte a atuação da Administração na atual conjuntura.

14. Nesse sentido, passa-se ao objeto da matéria sob consulta, e, posteriormente à orientação adotada pelo Parecer Jurídico CJ n. 8.732, de 1994, como dito, absorvida pela Administração Estadual.

15. Com efeito, a questão controversa cinge-se em analisar a existência ou não de direito subjetivo de servidora estadual vinculada ao regime próprio de previdência social [\[1\]](#) à licença a maternidade quando der a luz a recém nascido natimorto, ou, ainda com vida quando do nascimento, mas falecido logo após o parto.

16. O atual entendimento exarado pela Consultoria Jurídica do Estado de Minas Gerais está orientado na negativa de se conceder licença à maternidade para aquelas servidoras efetivas cujo filho vier a nascer morto, conhecido pela doutrina e jurisprudência pelo termo técnico de natimorto.

17. Do r. parecer extrai-se:

“A maternidade é um fato natural muito relevante para o Direito.

*Mas, para que se tenha condição materna **como relevante é preciso que a criança tenha nascido com vida e que, também, continue a viver.***

Aos mortos não se defere proteção materna.

(...)

O que de todo se dever dizer é que tais normas (art. 7º, XVIII, 201, III, 227, 229, todos da Constituição da Republica e do art. 10, II, letra b, do seu ADCT) formam o conjunto de proteção à maternidade, em matéria de seguridade social. Como sabemos o referido art. 7º apresenta, numa desordem curiosa, matérias típicas da tutela do trabalho, da previdência social e até da assistência social (sendo que a previdência e assistência social forma o que a Carta denomina de seguridade social).

Entretanto, maternidade, pressupõe uma relação MÃE + FILHO.

No caso de natimorto, tal relação está rompida.

***Não há mais razão para a amplíssima proteção da maternidade.”** (g.n)*

18. Na ocasião, concluiu:

“Eis a conclusão que ofereço:

*ÚNICA. Não é razoável que servidora publica sob licença à gestante, mas que deu à luz a um natimorto, desfrute do prazo integral da licença (cento e vinte dias), **devendo reputar-se decotado o período de licença deferida até o mínimo da quarta parte (trinta) dias, cujo mínimo poderá ser estendido até o período integral, mas mês a mês, reconhecida a necessidade do afastamento da servidora por comprovação em atestado de médico integrante do serviço médico oficial competente, sob pena de encontra-se a mesma servidora em abuso de seus direito ao resguardo.”** (g.n).*

19. Nessa seara cabe delimitar que a manifestação trazida no r. parecer conquanto tenha em sua fundamentação defendido o entendimento de que a licença a maternidade deva ser deferida apenas à genitora que dá a luz a filho vivo e que “permanece vivo”, analisou a situação de servidora efetiva cuja licença a maternidade supostamente fora, à época, “interrompida pela vinda ao mundo do natimorto.”

20. Pois bem, data vênia, na presente manifestação, nos termos em que fora a consulta formulada, impõe-se seja essa análise realizada, tal qual supra aduzido, em duas hipóteses, quais sejam: licença a maternidade em relação a gestante cujo parto provém recém-nascido natimorto, ou quando nascido vivo, falecer posteriormente, isto é, durante a licença a maternidade, a qualquer tempo, seja logo após o parto ou tempos após.

21. Antes que se proceda à referida análise jurídica importa fazer aqui a distinção entre os conceitos de natimorto e nascimento com vida e ainda do nascituro, dada a tecnicidade que envolve mesma conceituação, e, respectiva repercussão no campo jurídico.

22. Com efeito, na seara previdenciária, o “natimorto” é o ente humano que nasceu sem vida ou morreu por ocasião do parto, antes de respirar (ou antes que apresentasse algum sinal de vida: batimentos cardíacos por exemplo) a partir da 23ª semana ou sexto mês da gestação.

23. Em verdade, estabeleceu-se esse marco temporal equivalente a 23ª semanas (podendo ser 20 semanas) [2]conquanto entende a “Ciência” que antes desse termo está-se diante do abortamento, este conceituado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como a “expulsão do ovo antes de sua viabilidade”. Ainda, de acordo com a conceituação aprovada pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO, 1976), é abortamento a expulsão ou a extração de concepto pesando menos de 500g. [3]

24. Outrossim, de acordo com o Manual de Instruções para o Preenchimento da Declaração de Nascido Vivo / Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (FUNASA / MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001), tem-se, como também apontado na Nota Jurídica AJA n. 087/2019, a adoção pelo Brasil da “Declaração de Nascido Vivo”, criada em atendimento a uma das aplicações da Lei nº 6.015 - de 31 de dezembro 1973.

25. Nesse sentido, a exemplo da “Declaração de Óbito”, padronizada e implantada em instância nacional como a base do Sistema de Informações sobre Mortalidade, o Ministério da Saúde implantou, a partir de 1990, o Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc), tendo como base a Declaração de Nascido Vivo (DN).

26. O conceito de nascido vivo depende, outrossim, exclusivamente, da presença de sinal de vida, ainda que esta dure poucos instantes. Sendo assim, se esses sinais cessarem, significa que o recém-nascido morreu e a Declaração de Óbito deve ser fornecida. Não se trata, todavia, de óbito fetal. Deve ser providenciada também a Declaração de Nascido Vivo, para que a família promova o registro civil do nascimento e do óbito. [4]

27. Ademais, também o conceito de abortamento adotado no Brasil (FIGO,1976; OMS,1977) não faz distinção se o feto nasceu vivo ou morto e o conceito de nascido vivo não leva em consideração a idade gestacional.

28. Enfim, em suma, está a diferenciação entre aborto espontâneo e parto de natimorto qualificada pela quantidade de semanas de gestação, pelo peso do feto e pela respectiva possibilidade de sobrevivida.

29. Lembramos, ainda, que o nascituro, cuja existência é intrauterina, também não se confunde com a figura do natimorto, como visto, recém-nascido que nasce morto. Ou seja, todo natimorto foi antes um nascituro, mas nem todo nascituro será um natimorto.

30. Finaliza-se mesma explanação, por fim, apontando a diferença entre o nascituro, que foi gerado e concebido, mas só existe no ventre materno, e o recém-nascido, o qual já passou pelo nascimento com vida, consumando-se como pessoa passível de direitos, cabendo destacar que este segundo tem personalidade jurídica, sendo o primeiro apenas, mas não somente, um nascituro com expectativa de direitos.

31. Todos esses conceitos estão aqui delimitados especialmente para deixar consignado que a licença a gestante não alcança a mulher que sofre aborto, mas tão somente aquela mulher gestante submetida a parto, sendo o natimorto, até o parto, equivalentes em direitos ao nascituro.

32. Isto posto, passe-se a manifestar.

33. De imediato, com todo o respeito aos fundamentos que orientaram a elaboração do r. Parecer n. 8.732, este exarado há mais de 25 (vinte e cinco anos) atrás, na atualidade, impõem-se sejam revistos.

34. Com efeito, vejamos o tratamento da licença à gestante ou maternidade conferido pelo texto constitucional de 1988, e, posteriormente, pela legislação infraconstitucional, no âmbito estadual.

35. Na esfera da Constituição Federal de 1988, dispõe o art. 7º, XVIII, o qual deve ser interpretado juntamente com o art. 6º do mesmo texto constitucional e art. 10, II, "b", do ADCT da mesma CR/88:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 39. (...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:[\[5\]](#)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

36. Pois bem, como restou muito bem delimitado pela Nota Jurídica AJA n. 087/2019, é a licença a gestante [\[6\]](#) prevista no art. 7º, inc. XVIII, da CR/88 é consagração de uma garantia individual decorrente de um "direito social de proteção à maternidade e à infância, garantias basilares previstas no art. 6º, da Constituição" Federal de 1988 e objetivo do Estado de Minas Gerais[\[7\]](#), sendo certo que por ter o constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, goza a gestante de proteção constitucional reforçada.

37. Nesse ponto cumpre destacar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que a disciplina da extensão aos servidores públicos civis dos direitos sociais estabelecidos no art. 7º do Texto Constitucional somente caberá à legislação infraconstitucional dentro do princípio da mínima reserva legal, com observância das regras de competência de cada ente federado, mas jamais sua restrição ([RE 630.918 AgR-segundo](#), rel. min. Roberto Barroso, j. 23-3-2018, 1ª T, DJE de 12-4-2018.)

38. Ainda, como destacado no Parecer CJ n. 15.117, de 2011, está a licença a gestante dentro do princípio da proteção à maternidade cada vez mais consagrada como benefício de natureza previdenciária do que propriamente um encargo trabalhista, razão porque, com mais razão, deve-se "sempre evitar discriminações indevidas, como desdobramento do princípio da igualdade de direitos previsto no inciso I, do art. 5º da Constituição da República

(ADI nº 1.946-DF, rel. Min. Sydney Sanches, Pleno do STF Informativo nº 308 do STF).” No mesmo sentido, destaca a i. colega que os demais tribunais superiores, seguindo a mesma linha de raciocínio, tem fixado o entendimento que “*diante dos laços da maternidade, o direito social à licença deve ser sempre preservado (MS nº 2009.03.00.029416-1, rel. Desembargador Henrique Herkenhoff, 1ª Seção do TRF da 3ª Região, DJF3 de 04.11.2009, p. 5).*”

39. Outrossim, como ensina Uadi Lammego Bulos, com a “*Constituição de 1934 (art. 121, §§ 1º, h) inaugurou-se no Brasil a tutela constitucional dos direitos das gestantes*”, com duração de cento e vinte (120) dias no regime atual, sendo de 90 (noventa dias) no regime anterior. Citando aliás antiga jurisprudência do TST (RR 40528/SP, DJ de 18.12.1992) a qual deixou evidenciado a autoaplicabilidade do art. 7º, XVIII, da Carta Magna, nos termos da própria Constituição ao atrair para as normas dos direitos e garantias fundamentais o art. 5º, LXXVII, § 1º: “*as normas de definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.*”

40. Em verdade, como reconhecido pelo próprio constitucionalista, o citado § 1º do art. 5º tem amplo campo de incidência, razão porque entende que “*terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais que não estiverem obstaculizado por uma determinação legislativa posterior ou por uma menção explícita à lei.*” **Exatamente a hipótese da licença a maternidade, na medida em que não está a mesma garantia sujeita a nenhuma providencia integrativa ulterior.**

41. Nesse mesmo sentido:

“EMENTA: LICENÇA-MATERNIDADE. ART. 7º, XVIII, DA CF. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. Benefício devido desde a promulgação da Carta de 1988, havendo de ser pago pelo empregador, à conta da Previdência Social, independentemente da definição da respectiva fonte de custeio. Entendimento assentado pelo STF. Recurso não conhecido.” (g.n)

42. Também sobre o tema ensina Canotilho, que “*as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção de direitos. As garantias traduzem-se que no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.*” (g.n)

43. Ainda e noutros termos, também porque está-se protegendo direito individual de natureza social, se dúvida houver sobre seu alcance e interpretação ensina a doutrina a “*técnica de máxima efetividade*” de modo a “*alcançar a maior eficiência dos preceitos constitucionais, extraíndo-lhes o maior grau de conteúdo e eficácia.*”^[8]

44. Enfim e em suma, significa dizer que em relação ao direito subjetivo à licença a maternidade da trabalhadora, servidora vinculada ao regime própria de previdência privada, nos termos do art. 7º, inc. XVIII c/c art. 39, § 3º da Constituição Federal de 1988 não haverá de ser imposto qualquer impeditivo legal à fruição da mesma garantia constitucional, sob pena de ofensa ao texto constitucional, o que não se admite.

45. Outrossim, se dúvida há sobre o direito ou não à concessão da licença a gestante, a respectiva interpretação, *smj*, deve ser tal modo a assegurar o benefício àquela que busca ver garantido direito constitucional.

46. Ainda, sobre o alcance do art. 7º, XVIII, da Constituição de 1988, como já salientado, deve o mesmo mandamento constitucional ser interpretado em conjunto com o art. 10, II, “b”, do ADCT da mesma Carta Federal incidente, ainda, o art. 6º, da Constituição Federal, de 1988, como dito, *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, entre eles, a proteção do trabalho da mulher, bem assim a defesa da instituição familiar e da maternidade.

47. Especificamente sobre a licença a gestante interpretada a luz do art. 10, II, “b” do ADCT da CR/88 já se manifestou a Corte Suprema em vários julgados, em especial quando do recente julgamento do RE 629.053, da relatoria do i. min. Alexandre de Moraes em sede de repercussão geral cadastrada no Tema 497, ocasião em que se fixou a seguinte tese: “**A**

incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.”

48. Aliás, naquela oportunidade destacou-se a proteção constitucional somente exige a **presença do requisito biológico como fato gerador do direito da mulher grávida, qual seja: gravidez preexistente a dispensa arbitrária**, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação, quer do empregador/administrador, quer da própria gestante.

49. Reafirmou, outrossim, que a proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social, instrumental protetivo da mulher ao assegurar-lhe o gozo dos preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada e princípio da paternidade responsável - em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (precedentes: [RE 523.572 AgR](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 6-10-2009, 2ª T, DJE de 29-10-2009; [RMS 21.328](#), rel. min. Carlos Velloso, j. 11-12-2001, 2ª T, DJ de 3-5-2002; [RE 234.186](#), rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 5-6-2001, 1ª T, DJ de 31-8-2001);

50. De fato, nesse sentido vem se consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em ações cada vez mais afirmativas, pelo que cita-se:

*“A licença-maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença-gestante quanto a licença-adoptante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. **Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.** (...) Tese de repercussão geral: “Os prazos da licença-adoptante não podem ser inferiores aos prazos da licença-gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença-adoptante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”. [[RE 778.889](#), rel. min. Roberto Barroso, j. 10-3-2016, P, DJE de 1º-8-2016, Tema 782.] (g,n)*

*A estabilidade provisória advinda de licença-maternidade decorre de **proteção constitucional às trabalhadoras em geral.** O direito amparado pelo art. 7º, XVIII, da CF, nos termos do art. 142, VIII, da CF/1988, alcança os militares. [[RE 523.572 AgR](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 6-10-2009, 2ª T, DJE de 29-10-2009.] - [AI 811.376 AgR](#), rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-3-2011, 2ª T, DJE de 23-3-2011 (g,n)*

As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, b, do ADCT. [[RE 600.057 AgR](#), rel. min. Eros Grau, j. 29-9-2009, 2ª T, DJE de 23-10-2009.]; [RE 634.093 AgR](#), rel. min. Celso de Mello, j. 22-11-2011, 2ª T, DJE de 7-12-2011; [RE 597.989 AgR](#), rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-11-2010, 1ª T, DJE de 29-3-2011; [RE 523.572 AgR](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 6-10-2009, 2ª T, DJE de 29-10-2009; [RMS 21.328](#), rel. min. Carlos Velloso, j. 11-12-2001, 2ª T, DJ de 3-5-2002; [RE 234.186](#), rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 5-6-2001, 1ª T, DJ de 31-8-2001. (g,n)

*“Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. **Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às***

sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite. (RE 234.186, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 5-6-2001, 1ª T, DJ de 31-8-2001. AI 448.572 AgR-ED, rel. min. Celso de Mello, j. 30-11-2010, 2ª T, DJE de 16-12-2010) (g.n)

51. Também no âmbito da Consultoria Jurídica da Advocacia Geral do Estado essa vendo sendo a orientação, confirmando as medidas de proteção às garantias individuais e aos direitos sociais, acompanhando, outrossim, as decisões da Corte Suprema sobre o tema, cabendo destacar os pareceres: Parecer CJ n. 15.117/2011; Parecer CJ n. 15.434 de 2015, Parecer normativo n. 16.045-A.

52. Enfim, a luz do ordenamento constitucional, tomando-se como base todas essas recentes decisões envolvendo a licença a gestante e a correspondente estabilidade gestacional, é que, entende-se, *smj*, por rever a orientação outrora adotada pela Consultoria Jurídica da AGE, o que naquela oportunidade fora realizado através do Parecer n. 8.732, de 1994, **de modo a fixar o entendimento na compreensão de que a licença a maternidade relativamente à servidora estadual gestante (diversa da adotante), decorre da submissão ao parto, independente do nascimento com vida do recém nascido ou sua morte precoce.**

53. Diga-se mulher gestante, conquanto o fato de não ter a mulher gerado um filho não retirada dela o status de mãe. Como é alhures mencionado, o artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença-gestante, quanto a licença-adotante.

54. *In casu, smj*, a orientação é no sentido de se adotar **o parto como gerador objetivo** para alcance do direito à licença a gestante daquelas servidoras em estado grávidico.

55. Nessa oportunidade destaca-se que o entendimento aqui exposto não é novo. Desde a Convenção 103 da OIT – Organização Internacional do Trabalho ratificado pelo Brasil com a edição do Decreto n. 58.820, de 14/07/1966, a norma legal garante a estabilidade à gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, independentemente do nascimento do recém nascido com vida ou não.

56. Data vênia, mesmo tratando-se de natimorto, há que se reconhecer que houve o parto e este é o fato gerador do direito, correspondendo à mesma situação da mãe que acabou de gerar seu filho com vida e este tenha sobrevivido durante todo o gozo da licença a gestante ou venha a falecer logo após o parto, ou após dias, ou meses.

57. Adota-se aqui a lição da i. jurista Alice Monteiro de Barros ao afirmar que "*que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como é sabido, ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psíquicos. Aliás, o próprio diploma internacional citado, isto é, a Convenção n. 103 da OIT (revista pela de n. 183) e ratificada pelo Brasil, em 1966, previu no art. 3º, 6, para a hipótese de doença decorrente do parto, uma prorrogação dessa licença, mas nunca substituição da licença-maternidade por doença, ainda que decorrente daquela*"(Curso de Direito do Trabalho, Ed. LTr, 4ª ed., 2008, p. 1089) (g.n)

58. Sim, não há dúvida que a licença a gestante tem como nobre princípio a proteção à maternidade, como muito bem salientado no Parecer CJ n. 15.891, de 2017, de modo a ver assegurada a intensidade e o positivismo da relação de cuidado, proteção e amor entre mãe e filho, especialmente nos primeiros meses de vida, dela decorrente, inclusive, a eventual amamentação, mas não há de ser esquecido que antes de ser mãe foi a mesma mulher, quando não adotante, **gestante.**

59. Ainda, também certa a colocação trazida no Parecer CJ n. 15.117, de 2011, da lavra da i. colega, Raquel Mello Urbano, "*À obviedade, no momento em que se escolhe como desigualar as pessoas, é mister atentar (ANTES) para as normas constitucionais*"(parênteses meu)

60. **De fato, é nesse ponto, é que se pretende ver assegurado o exercício do direito da licença a maternidade em favor da servidora gestante vinculada ao RPPS,**

mormente porque não há no Texto Constitucional limitação quanto ao reconhecimento do mesmo direito nos casos em que o recém nascido tenha nascido sem vida (natimorto) ou venha a falecer no curso do gozo do mesmo benefício.

61. Em outras palavras, não se mostra juridicamente defensável limitar o alcance temporal de um direito da servidora gestante para condiciona-lo a um determinado evento que o texto constitucional não trouxe, não dispôs, não previu.

62. Ainda, sob outro ângulo, embora comece do nascimento com vida a personalidade civil da pessoa, certo é, porém, que desde a concepção são ressalvados os direitos do nascituro. A jurisprudência vem enfrentando cada vez mais questões a exemplo: (I) o feto anencéfalo é um natimorto cerebral; (II) o Código Civil confere ao nascituro mesmo alcance do natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura” (Enunciado nº 01, da I Jornada de Direito Civil - CJF-STJ,11-13/09/2002) e (III) existe o direito de os pais registrarem os filhos natimortos com nome e sobrenome, em algumas unidade da federação, sem necessidade de duplo registro (nascimento e óbito)[9].

63. Nessa seara mister destacar que não se está insurgindo contra a corrente doutrinária adotada pelo nosso sistema positivo - natalista – a qual, ao contrário da concepcionista, reconhece o início da personalidade no nascimento com vida, reservada para o nascituro e ao natimorto apenas uma expectativa de direito.

64. Todavia, conforme ensina Maria Helena Diniz "*conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro* (arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462, 1718), **que permanecem em estado potencial.**" (g.n)

65. E nesse aspecto, enquanto expectativa de direito, recebe o natimorto o mesmo tratamento jurídico do nascituro.

66. De fato, efetivamente há um interesse jurídico na preservação da possibilidade do nascimento com vida, já assentado pelo STF quando do julgamento da ADI n. 3.510/DF, de relatoria do então Ministro Ayres Britto, em que se entendeu não ser o embrião fecundado *in vitro* um ser vivo no sentido do que dispõe o ar. 5º, *caput*, da CR/88, na medida em que enquanto não implantado jamais poderia ser pessoa, não podendo por essa mesma razão ser alvo de proteção jurídica. **Todavia, naquele mesmo julgamento, restou reconhecido que é ser humano vivo todo o organismo que possa vir a desenvolver as capacidades mínimas intrínsecas aos seres humanos.**

67. Exatamente a hipótese da gestação de parto de natimorto, ou recém-nascido falecido logo após o parto, nesse aspecto, equivalentes a recém nascido que sobrevive para muito além do parto, conquanto aqueles guardam a mesma expectativa deste, quais seja: viabilidade de sobrevivência.

68. Aliás, é nesse aspecto que se insere o direito à maternidade.

69. Sob esse olhar a decisão adotada no Resp. 1,120,676-SC[10], a qual consignou não haver espaço para diferenciar o filho nascido daquele plenamente formado, mas ainda no útero da mãe ou mesmo daquele que, por força de acidente, acabe tendo seu nascimento antecipado e chegue a falecer minutos após o parto. (**REsp 1.120.676-SC, Rel. originário Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 7/12/2010.**)

70. Enfim, *smj*, está o ordenamento constitucional amparando a situação buscada.

71. Ultrapassada, todavia, a questão sob o enfoque constitucional, vejamos o que dispõe a legislação vigente no Estado de Minas Gerais sobre a licença a gestante: Estatuto do Servidor Público do Estado de Minas Gerais – Lei Estadual 869, de 1952 (art. 175) e Lei Complementar n. 121, de 2011 (Art. 7º):

Art. 175 - À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença, por três meses, com vencimento ou remuneração e demais vantagens.

§ 1º - A licença só poderá ser concedida para o período que compreenda, tanto quanto possível, os últimos quarenta e cinco dias da gestação e o puerpério.

§ 2º - A licença deverá ser requerida até o oitavo mês da gestação, competindo à junta médica fixar a data do seu início.

§ 3º - O pedido encaminhado depois do oitavo mês da gestação será prejudicado quanto à duração da licença, que se reduzirá dos dias correspondentes ao atraso na formulação do pedido.

§ 4º - Se a criança nascer viva, prematuramente, antes que a funcionária tenha requerido a licença, o início desta será a partir da data do parto.

Art. 7º Aos servidores efetivos e seus dependentes, à conta de recursos do Poder, órgão ou entidade responsável por arcar com as respectivas remunerações, fica assegurada a concessão, conforme previsto no Estatuto dos Servidores e legislação correlata vigente, dos seguintes direitos:

II – licença-maternidade por cento e vinte dias, à servidora gestante, com remuneração integral, mediante apresentação de atestado médico oficial, bem como a prorrogação por sessenta dias prevista em legislação específica;

72. Outrossim, veja o que dispõe a Lei Estadual n. 18.879, de 2010, a qual institui, no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, programa destinado a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade, contribuindo para dar ainda mais efetividade ao direito social de proteção à maternidade e à infância, atendendo a exigência constitucional de proteção especial do Estado à família e à criança, em especial o art. 4º:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, programa destinado a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade.

Art. 2º Serão beneficiadas pela prorrogação da licença-maternidade as servidoras públicas lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual.

Art. 4º Em caso de falecimento da criança, cessará imediatamente o direito à prorrogação prevista nesta Lei. (g.n)

73. Com efeito, da análise do contexto normativo mineiro verifica-se que prevê o ordenamento jurídico vigente a concessão da licença a gestante no caso de nascimento da “criança” com vida, inicialmente equivalente a três meses (90 dias), hoje já consagrado nos atuais cento e vinte (120) dias, prorrogados por mais sessenta (60) dias.

74. Outrossim, como muito bem conclui a Nota Jurídica AJA n. 087/2019, tem-se evidenciado no próprio texto da Lei 18.879, de 2010 o direito à licença a gestante no caso do recém nascido vir a falecer após o parto, porquanto “se o dispositivo trata da impossibilidade de se prorrogar o direito à licença maternidade no caso de falecimento da criança, é clarividente que tal se dá porque o legislador considera que a servidora terá este direito, lado outro não seria necessário tratar de prorrogação se a servidora na referida situação não tivesse direito.”

75. De fato, com razão e aqui ainda se faz nova colocação, nesse ponto divergente da AJA quanto à aplicação do raciocínio lógico ali produzido.

76. **Data vênua, smj, a lei efetivamente previu o cancelamento da prorrogação do benefício licença a maternidade diante do passamento da criança, pelo que conclui-se, a contrario sensu, que ao concede-lo na origem, ou seja quando da concessão da licença, o fez sem qualquer restrição.**

77. Ainda deve-se deixar consignado que no âmbito do regime geral de previdência social cujo benefício licença gestante é gerido pelo INSS está a questão devidamente equacionada nos termos do art. 340, da Instrução Normativa INSS/PRES n, 77, de 21 de Janeiro de 2015, atentando-se para o fato de que também a Lei 8.213/91 [11]elegeu apenas o parto como marco efetivo para a concessão do salário-maternidade.

“Art. 340. O salário-maternidade será devido na forma do art.343 desta IN, inclusive nos casos de natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção, conforme o caso, para os segurados:

I - empregado;

II - trabalhador avulso;

III - empregado doméstico;

IV - contribuinte individual;

V - facultativo;

VI - especial; e

VII - em período de manutenção da qualidade, conforme o art. 137.”

78. Consagrada também a matéria no âmbito das reiteradas jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho, pelo que cita-se a ementa do julgamento do RO-19959/00 como referencia de tantos outros julgados.

“A circunstância de filho da empregada grávida nascer morto, em parto prematuro, não exclui a garantia de emprego de que trata o ADCT/CF-1988, art. 10, inciso II, alínea “b”. Natimorto significa aquele que nasceu morto. Nasceu, há o parto, e deste são contados os cinco meses da garantia desemprego à gestante. GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA E NATIMORTO”. (TRT-RO-19959/00 - 2a T. - Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães - Publ. MG. 31.01.01) (g.n)[12]

79. Por fim, importa deixar registrado que sobre o tema, há diversos argumentos a favor da gestante que dá a luz a natimorto ou a recém nascido que vivo falece logo após o parto, solidarizando com a dor, desolação, vulnerabilidade da mãe, de modo a reclamar o direito ao gozo da licença a maternidade, como forma de assegurar, durante o período da licença, o retorno da sua vida anterior à gestação, bem como a restauração da sua saúde física e mental.

80. Talvez nesse aspecto poder-se-ia sustentar, inclusive, a aplicação do principio da dignidade da pessoa humana a deferir o direito aqui defendido cujo conceito é extremante abrangente. Todavia, aqui não se alongará, porquanto, *smj*, as razões que fundamento a sugestão de revisão do entendimento trazido no Parecer n. 8.732, de 1994 está no próprio texto constitucional, inexistente vedação legal no ordenamento estadual na defesa do direito da servidora à licença a gestante em sua plenitude.

81. Aliás, o olhar protetivo está mesmo apontado para genitora. Em verdade, via de regra, a própria sociedade não se convalesce dos sentimentos do pai, dos avós, dos tios, dos eventuais irmãos. Diz o ditado popular que quando uma mãe perde um filho a dor é tão intensa que não há sequer no dicionário palavra para definição do seu status. Filho que perde mãe (ou pai) fica órfão, mas mãe (ou pai) que vivenciam esse trauma, qual nome a sociedade conhece? Dignidade da pessoa humana...

82. Em suma, a par de todas as questões que permeiam a discussão da matéria, *smj*, está o fundamento jurídico para alcance da totalidade da eficácia do direito à licença a maternidade na preservação do direito social resguardado pela Constituição Federal, impondo-se ao Estado de Minas Gerais a garantia do afastamento remunerado das atividades funcionais da servidora estadual como pressuposto de cumprimento ao art. 7º, inc. XVIII; c/c art. 39, 3º e art. 10, II, “b” do ADCT, todos da Constituição Federal de 1988.

83. Outrossim, como supra aduzido, não se encontra no ordenamento estadual

disposição contrária ao entendimento aqui exposto. Todavia importa observar que viesse legislação estadual a consolidar o texto constitucional, maior segurança jurídica estaria conferida ao regime jurídico dos servidores públicos estaduais, o que então se sugere.

CONCLUSÃO

84. Ante o exposto, nos termos aqui defendidos, em cumprimento ao mandamento constitucional inserido no art. 7º, inc. XVIII; c/c art. 39, 3º e art. 10, II, “b” do ADCT, todos da Constituição Federal de 1988, impõe-se seja revista a orientação adotada no Parecer CJ n. 8.732, de 11 de janeiro de 1994, sugerindo que a Administração Estadual adote, além do que já resta admitido, o entendimento de que faz a gestante servidora pública estadual, vinculada ao regime próprio de previdência social, jus ao direito constitucional à licença a maternidade e seus consectários legais, independentemente de dar a luz a recém nascido vivo ou natimorto, não estando, todavia, autorizada a prorrogação do mesmo benefício, em razão de expressa vedação legal inserida na Lei 18.879, de 2010 (art. 4º).

85. É a manifestação jurídica, salvo melhor juízo.

86. À elevada consideração.

Belo Horizonte, 11 de julho de 2019.

Priscila Vieira de Alvarenga Penna

Procuradora do Estado

MASP 1.082.217-9 - OAB/MG 77.962

Tércio Leite Drummond

Procurador do Estado

Coordenador-Geral do Núcleo de Assessoramento Jurídico/AGE

MASP 1.128.354-5 – OAB/MG 90.777

De acordo.

Belo Horizonte, data supra.

Ana Paula Muggler Rodarte

Procuradora do Estado

Procuradora-Chefe da Consultoria Jurídica/AGE

MASP 598.204-6 – OAB/MG 68.212

Sérgio Pessoa De Paula Castro

Advogado-Geral do Estado

MASP 598.222-8 – OAB/MG 62.597

[1] Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [\[Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003\]](#)

[2] Fatores que devem ser considerados para que o feto possa ser classificado como natimorto e não um aborto espontâneo: Gestação igual ou superior a 20 semanas; estatura igual ou superior a 25 centímetros; peso corporal do feto igual ou superior a 500 gramas. Caso o feto morto apresenta quaisquer desses requisitos, já pode ser considerado um natimorto.

[3] 500g equivalem, aproximadamente, a 20-22 semanas completas (145-154 dias completos)] (REZENDE E MONTENEGRO, 2007.

[4] MINISTÉRIO DA SAÚDE; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA; CENTRO BRASILEIRO DE CLASSIFICAÇÃO DE DOENÇAS

[5] Art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização

compensatória, dentre outros direitos.

[6] De acordo com Bachur e Manso (2011), a Licença à Maternidade possui caráter trabalhista enquanto o salário-maternidade possui natureza jurídica previdenciária

[7] Art. 2º – São objetivos prioritários do Estado:

VII – garantir a educação, o acesso à informação, o ensino, a saúde e a assistência à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; • (Inciso com redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 87, de 4/11/2011.)

[8] Bulos, Uadi Lammego. Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor – São Paulo: Saraiva: 2000.

[9] (<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/noticias/100633665/artigo-nome-ao-natimorto>)

[10] REsp 1.120.676-SC, Rel. originário Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 7/12/2010.)

[11] Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. ([Redação dada pela Lei nº 10.710, de 2003](#))

[12] Outros julgados: Recurso de Revista nº 73082, DOE 08/04/94, 1º Turma, TRT 2º Região; Recurso Ordinário nº 02970075568, DOE 17/02/98, 3º Turma;



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Pessoa de Paula Castro, Advogado Geral do Estado**, em 12/07/2019, às 09:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ana Paula Muggler Rodarte, Procurador(a)**, em 12/07/2019, às 15:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Tercio Leite Drummond, Procurador(a) Chefe**, em 12/07/2019, às 15:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Priscila Vieira de Alvarenga Penna, Procuradora do Estado**, em 12/07/2019, às 16:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **6118779** e o código CRC **5126682D**.

Referência: Processo nº 1260.01.0007060/2019-70

SEI nº 6118779