



O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em 13/10/2011”

Procedência: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Interessado: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão

Número: 15.117

Data: 13 de outubro de 2011

Ementa:

SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA-MATERNIDADE. PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ARTIGO 7º, XVIII C/C ARTIGO 39, § 3º). PRORROGAÇÃO DE 60 (SESSENTA) DIAS CONSAGRADO NA LEI ESTADUAL Nº 18.879/10. PROTEÇÃO À CRIANÇA. IRRENUNCIABILIDADE. NASCIMENTO OCORRIDO DURANTE O GOZO DE LICENÇA PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO OU SUPRESSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. LIMITE À INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA.

Relatório

Trata-se de ofício encaminhado pelo Assessor Chefe da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão a propósito do Parecer SEPLAG/AJA nº 438/11 que tratou da possibilidade de gozo de licença maternidade na hipótese de coincidência com o período de licença para tratar de assuntos particulares.

Nos termos do Parecer SEPLAG/AJA nº 438/11, a assistência à maternidade é objetivo do Estado de Minas Gerais (art. 2º, VII da CEMG) e direito social (art. 6º da CR), sendo a licença maternidade um direito assegurado às servidoras públicas de todos os entes da federação (artigo 39, § 3º c/c art. 7º,



XVIII da CR). Deve-se observar o artigo 6º, I, 'c' da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25.03.2002, o prazo de 120 (cento e vinte) dias estabelecido no artigo 17 do mesmo diploma mineiro, ao que se acresce a prorrogação de 60 (sessenta dias) fixada na Lei Estadual nº 18.879, de 28.05.2010.

Restou consignado no citado parecer que a licença para tratar de assuntos particulares (artigo 158, I da Lei Estadual nº 869/52) constitui hipótese de afastamento não remunerado, sem desvinculação do serviço público estadual, motivo por que o servidor continua contribuindo para o Regime Próprio de Previdência e Assistência social, consoante artigo 26, § 4º da Lei complementar Estadual nº 64/02. Sendo assim, evidenciar a “possibilidade, e até obrigatoriedade, de se conceder a licença maternidade à servidora que deu à luz durante a LIP e, ainda, a prorrogação prevista na lei 18.870, de 2010”, sendo este entendimento do TRF da 1ª Região (AMS nº 96.01.18455-4/DF) e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação em Mandado de Segurança nº 1.0555.06.004522-9/001). A conclusão é no sentido de que:

“Assim, com base no disposto na Constituição da República e entendimento jurisprudencial, entendemos que a licença maternidade, nas hipóteses de gozo concomitante com a LIP, deve ser concedida, sim, à servidora sempre que se enquadrar nas hipóteses da lei complementar 64, de 2002, e da lei 18.879, de 2010, independentemente de haver ou estar em gozo de outros benefícios.

Isso porque, levando-se em consideração a *ratio legis*, tem-se que a licença para tratar de assuntos particulares a licença maternidade têm finalidades completamente diversas. A primeira visa a proporcionar ao servidor público a possibilidade de cuidar de assuntos particulares, não importando quais sejam eles, garantindo-lhe capacidade de melhor resolver pendências particulares. A segunda é, antes de tudo, um direito conferido ao filho, no sentido de poder contar nos primeiros meses de vida com os cuidados e com o afeto da mãe. A mulher é mera beneficiária mediata da licença, sendo a criança sua principal destinatária.

Logo, o gozo da primeira não exclui o da segunda, por não assegurar o atingimento da finalidade tutelada: a maternidade. Admitir-se ao contrário seria negar eficácia à garantia constitucional posta no art. 6º da Constituição da República de 1988.”



A respeito do “quantum” a ser concedido, levando-se em consideração que a maior parte do nascimento das crianças ocorreu cem dias antes do término da LIP e que seria lícito à servidora reassumir o cargo e pleitear licença maternidade, entendeu “que devem ser concedidos apenas os dias remanescentes, descontando-se os já gozados após o parto enquanto ainda vigente a LIP, devendo-se garantir, também, a prorrogação da licença, prevista na lei 18.879, de 2010”. Nos termos da conclusão do parecer, a servidora que gozou aproximadamente cem dias de licença para tratar de assuntos pessoais após o parto terá, ao retornar da LIP, direito a aproximadamente 20 dias de licença maternidade e aos sessenta dias advindos da sua prorrogação.

Consta do expediente o MEMO nº 110/2011/DCGDS que, em face do relato do nascimento de criança aproximadamente 100 dias antes do término da LIP, apresentou a indagação: “Com o término da mesma, teria a servidora direito, em tese, a aproximadamente 20 dias de Licença Maternidade e mais 60 da prorrogação da mesma?”.

É o breve relatório. Passo a opinar.

Parecer

O artigo 39, § 3º da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional 19/98, estende aos servidores ocupantes de cargos públicos alguns direitos sociais previstos no artigo 7º da CR para os trabalhadores urbanos e rurais. Destaca-se, no inciso XVIII do artigo 7º a licença maternidade, sem prejuízo do emprego ou do salário, com a duração prevista no dispositivo constitucional de 120 (cento e vinte) dias.

Observe-se que, em cumprimento à reserva legal que incide sobre o conjunto mínimo de direitos outorgados aos servidores estatutários, tem-se normas expressas no âmbito do Estado de Minas Gerais que regulamentam vantagens de natureza social como a licença maternidade. Além da regra do artigo 17 da Lei Complementar nº 64/02 que prevê licença maternidade de cento e vinte dias à segurada do Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores estaduais, tem-se que a Lei nº 18.879/10 prorrogou por 60 (sessenta) dias o referido afastamento:



“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.”

Decorre do referido contexto normativo que as servidoras que mantém vínculo com o Estado de Minas Gerais, suas autarquias e fundações públicas, têm direito a 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, prorrogáveis por mais 60 (sessenta) dias, tratando-se de direito social cuja proteção encontra-se na Constituição e na legislação em vigor.

O Supremo Tribunal Federal vem assentando que o legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando a questão da proteção à maternidade cada vez menos como um encargo do empregador e cada vez mais como de natureza previdenciária. A preocupação é 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) Os demais Tribunais, seguindo a mesma linha de raciocínio, fixam que, diante dos laços da maternidade, o direito social à licença deve ser 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).

Já se compreende a criança como principal destinatária da licença, sendo a mulher sua beneficiária mediata. Se inicialmente entendia-se a licença maternidade como um lapso temporal destinado a proteger predominantemente a saúde da mãe, ensejando a recuperação no pós-parto, hoje em dia reconhece-se os primeiros meses como o período destinado a realização de vários exames, vacinas, acompanhamento de crescimento e, principalmente, início do relacionamento íntimo entre mãe e filho. Trata-se de aspecto que não pode ser ignorado pelo intérprete do Direito, por ser essencial para estabilidade do núcleo familiar, objeto de clara proteção da ordem jurídica.

Frise-se que a criança é tratada pelo ordenamento hodierno como uma pessoa em desenvolvimento cujos direitos devem ser protegidos em sua



integralidade máxima. Não se ignore que o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças que, por sua vez, consagrou o princípio da proteção integral. Também foi ratificada, ainda em 1934, a Convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho que garantiu o direito à licença maternidade, devendo-se atentar para a Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66 (artigo VI). Outrossim, tem-se clara no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente a condição das crianças como sujeitos de direitos. Nesse contexto, regras como as dispostas na Lei Estadual nº 18.879/10, as políticas públicas relativas à infância e adolescência e as interpretações administrativas que repercutam nessa seara devem atentar para a proteção máxima possível aos beneficiários.

Tal premissa assume maior relevância em face dos recém-nascidos que exigem cuidados redobrados, independentemente do aleitamento materno ter se afigurado possível, ou não. Com efeito, os cuidados especiais e os laços afetivos inicialmente estabelecidos entre a mãe e o bebê são de importância indiscutível no desenvolvimento físico, mental e social da criança, tratando-se de direito fundamental apto a balizar a hermenêutica de regras de direito público integrantes do regime jurídico administrativo. Nesse sentido, o Parecer SEPLAG/AJA nº 0438/11 acentuou ao tratar da Lei Estadual nº 18.879/10:

“A relevância desta norma se pauta na comprovada importância da presença da mãe durante os seis primeiros meses de vida da criança, pois a amamentação e os cuidados maternos nos primeiros meses de vida da criança representam relevante diferencial para o seu desenvolvimento físico, psicológico e cognitivo, o que resulta em benefícios qualitativos, em médio e longo prazos, para a família, a sociedade e o Estado, indo ao encontro do direito social de proteção à maternidade e à infância, nos termos do art. 6º da Constituição da República.”

Sobre a matéria, Líria dos Santos Paula e Déborah Lídia Lobo Muniz afirmam a importância da presença da mãe para o desenvolvimento e evolução organizacional da criança nos primeiros meses de vida, aspecto psicológico e da saúde em volta do novo ser humano que chega ao mundo, inserindo-se no núcleo familiar:

“A importância fundamental da proteção dispensada pelo legislador à gestante e para à criança é explicada por



psicólogos e médicos, os quais asseveram a importância da amamentação da criança e a companhia da mãe durante os primeiros meses mais frágeis da vida de um bebê. Prova disso é o que Spitz (1996, p. 92) relata em sua obra *O Primeiro Ano de Vida*. Ele explica que a inter-relação entre mãe e filho durante esta grande fase da vida é fundamental à criança. Essas experiências e as ações intencionais constituem grande e sensível desenvolvimento da personalidade do bebê, já que o contato físico e sentimental de mãe para com o filho é essencial, o que vai se aperfeiçoando gradualmente no decorrer de seu primeiro ano de vida (SPITZ, 1996, p. 93 e 99). Na mesma seqüência, ele consagra que, no decorrer dos primeiros seis meses de vida do bebê, o sistema preceptivo, o sensorial do bebê, está em estado de transição o que se traduz imperativo a presença constante da mãe.

(...) Assim, fica clara a intenção do legislador ao garantir proteção integral à maternidade e à infância, e ao atribuir igualdade a qualquer criança que esteja unida a um núcleo familiar, seja essa união através da gestação ou da adoção.” (PAULA, Líria dos Santos. MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. Licença-Maternidade: O aumento do período de afastamento para a mãe trabalhadora. Revista jurídica da UniFil, ano V, nº 5, p. 133, 135-136)

Também a jurisprudência acentua a importância da licença maternidade para a criança (Agravado de Instrumento nº 2008.04.00.046476-3, rel. Desembargador Márcio Antônio Rocha, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, D.E. de 18.05.2009 e Remessa Ex Officio em MS nº 2008.34.00.034530-5, rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, 2ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 24.02.2011, p. 423) e garante esse direito social às servidoras públicas (Agravado Regimental no Agravado de Instrumento nº 804.574, rel. Luiz Fux, 1ª Turma do STF, julgamento em 30.08.2011 e Remessa Ex Officio nº 2008.34.00.036012-0, rel. Juíza Federal Kátia Balbino de Carvalho Ferreira, 2ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 25.02.2010, p. 129). Confirma-se lúcido julgamento do TRF da 1ª Região:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ADOÇÃO DE MENOR. LICENÇA-MATERNIDADE DE 120 DIAS. CONCESSÃO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 7º, XVIII DA



CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. 1. A licença maternidade visa, antes de tudo, assegurar os direitos da criança, que, independente de ser biológica ou adotiva, necessita dos cuidados maternos em tempo integral, nos primeiros meses de vida. Aplicação analógica do art. 7º, XVIII, bem como dos arts. 226 e 227, § 6º, ambos da Constituição Federal/88. 2. Apelação e remessa oficial não providas.” (Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.38.00.032368-0, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, 1ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 15.06.2011, p. 70)

É imperioso atentar para tais aspectos quando se interpreta o conjunto normativo pertinente à licença para tratar de assuntos particulares prevista no artigo 158, VI da Lei Estadual nº 869/52. No referido período, o servidor afasta-se do exercício das suas funções, deixando de receber a remuneração correspondente e mantendo a contribuição para o regime previdenciário próprio, conforme determina o artigo 26, § 4º da Lei Complementar Estadual nº 64/02. O objetivo do referido licenciamento é viabilizar que, sem ofensa ao interesse público, ao servidor seja lícito cuidar de assuntos particulares, considerando-se a hipótese de não se subsumirem em casos relativos a afastamentos de natureza diversa, já consagrados na legislação, como, por exemplo, a saúde (protegida pela licença-saúde). Em situações em que as normas de regência não legitimem o afastamento com base em outros institutos como a licença-saúde, tem-se como possível o deferimento de LIP, evidenciado o não comprometimento do interesse público na espécie e cumpridos os pressupostos legais incidentes na espécie.

O Parecer SEPLAG/AJA nº 438/11 frisou a diversidade entre a finalidade da licença para tratar de assuntos particulares e a licença maternidade, sem que se possa falar em exclusão do direito à segunda pelo simples deferimento da primeira:

“(…) a licença para tratar de assuntos particulares a licença maternidade têm finalidades completamente diversas. A primeira visa a proporcionar ao servidor público a possibilidade de cuidar de assuntos particulares, não importando quais sejam eles, garantindo-lhe capacidade de melhor resolver pendências particulares.

Logo, o gozo da primeira não exclui o da segunda, por não assegurar o atingimento da finalidade tutelada: a



maternidade. Admitir-se o contrário seria negar eficácia à garantia constitucional posta no art. 6º da constituição da República de 1988.”

Com efeito, a circunstância de uma servidora pública estar em gozo de licença para tratar de assuntos particulares quando do nascimento do seu filho não pode significar supressão ou diminuição do tempo de permanência com a criança previsto na ordem jurídica como direito fundamental. Destarte, a servidora em gozo de LIP deve ter a se garantido o mesmo lapso temporal para cuidar do recém-nascido que é assegurado às servidoras que se encontravam em exercício até o parto ou adoção. Considerando-se a hipótese de partos ocorridos 100 (cem) dias antes do fim do período de licenciamento para tratar de assuntos particulares, isso significa que é preciso garantir o afastamento dessas por mais 20 (vinte) dias, por ser esse o período necessário para completar o período de 120 (cento e vinte) dias que corresponderia à licença maternidade. Também é indispensável assegurar a viabilidade de prorrogação consagrada na Lei Estadual nº 18.879/10, tendo em vista a impossibilidade de suprimir tal garantia pelo simples fato de ter ocorrido deferimento de LIP previamente.

Analisando sob o prisma da proteção à criança, nenhum sentido faz assegurar que um bebê tenha direito à presença materna por 06 (seis) meses quando a mulher se encontrava no exercício do seu cargo e recusar tal proteção pelo simples fato da mãe ter se afastado das suas funções pelo deferimento anterior de licença para tratar de assuntos particulares. O critério que seria diferenciador – efetivo exercício, ou não, do cargo quando do nascimento ou adoção – não é fator discriminatório que pode lícitamente resultar em impedimento à garantia da presença da mãe, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

O fundamental para esclarecer a observância da igualdade em cada situação exige a identificação de qual a discriminação é justificada, tendo em vista a razoabilidade do critério discriminatório utilizado. Assim sendo, uma diferenciação é justa se o *discrímen* utilizado é razoável e não-arbitrário. Caso se utilize, para distinguir, excluir ou inserir pessoas em determinadas realidades jurídicas, critérios não-admitidos pelo sistema jurídico e que se mostram desproporcionais em face dos fins a serem perseguidos, tem-se clara a ofensa à igualdade. Nesse sentido, só são lícitas discriminações fundadas em aspectos da realidade, sem ofensa à ordem constitucional vigente. À obviedade, no momento em que se escolhe como desigualar as pessoas, é mister atentar para as normas constitucionais, inclusive princípios implícitos como o da proporcionalidade.



Sobre esta questão, não se pode ignorar o trabalho doutrinário que esgotou o exame do princípio da igualdade e das suas repercussões no âmbito do Direito Administrativo, qual seja, a obra do professor Celso Antônio Bandeira de Melo: ‘O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade’. Para o ilustre administrativista, deve-se investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório. De outro lado, cumpre aferir se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. Afinal, a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. “Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. 10.tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38-39)

Se se vislumbrar uma desigualdade irrelevante ou contrária aos preceitos constitucionais e às demais normas do ordenamento, afastada está a relação lógica capaz de servir de fundamento à distinção e evidenciada está a sua inconstitucionalidade. Isto porque qualquer discriminação que não tenha como finalidade atender o interesse público juridicamente protegido implica ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Na hipótese em questão, em que se discute a viabilidade de assegurar o período integral de afastamento a título de licença maternidade, é clara a inconstitucionalidade de discriminar a mãe que se encontrava em gozo de LIP para impedir sua presença junto à criança no período de 120 dias, com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista na Lei nº 18.879/10 do Estado de Minas Gerais. A ofensa ao princípio da isonomia resultaria clara por ser desarrazoado, à luz das normas constitucionais, proteger o filho de uma servidora que estava em exercício quando do nascimento e negar o mesmo direito fundamental ao recém-nascido pelo simples fato da sua mãe estar em gozo de licença para tratar de assuntos particulares à época do parto ou da adoção.

Corroborando o acerto de tal entendimento, tem-se a posição exarada pelo TRF da 1ª Região mencionado no Parecer SEPLAG/AJA nº 438/11:



“CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICENÇA-PRÊMIO - LICENÇA-GESTANTE – (...) 2 - A licença à gestante é garantia constitucional, visando à proteção do infante, não cabendo qualquer transação a respeito de sua função, enquanto o gozo da licença-prêmio, sendo direito do servidor público, fica condicionado à conveniência da Administração. 3 - Coexistindo os dois benefícios, o gozo da licença-maternidade tem preferência sobre o da licença-prêmio, sem que o da primeira retire o direito ao gozo da segunda.” (Apelação em MS nº 9601184554, rel. Juiz Lindoval Marques de Brito, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, DJU de 26.10.1998, p. 240)

O mesmo entendimento exarou-se em relação à cumulação do período de licença-maternidade com o gozo de férias, excluindo-se a supressão do direito em face da diversidade de objetivos dos direitos em questão (Remessa Ex Officio em MS nº 2008.72.00.001472-7, rel. Des. Márcio Antônio Rocha, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, D.E. de 14.07.2008).

Resulta clara a inadmissibilidade, pois, de norma legal ou de interpretação administrativa que termine restringir a amplitude da proteção constitucional pertinente à licença maternidade, com a extensão que lhe foi atribuída pela legislação específica. Afinal, como já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo em vista que essa licença é direito social assegurado às servidoras públicas de todos os entes da Federação desde a redação originária da Constituição da República (arts. 7º, inc. XVIII, c/c 39, § 2º), não pode se vincular a qualquer restrição prevista em legislação infraconstitucional (Processo nº 1.0555.06.004522-9/001, rel. Desembargador Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 23.03.2010). À obviedade, se tal impedimento obriga as leis infraconstitucionais, tem-se idêntica limitação às interpretações que cabe a Administração aduzir diante da pluralidade de normas e situações concretas submetidas ao seu exame, o que decorre da exigência de juridicidade, precaução e prevenção incidente também sobre a atividade hermenêutica do Estado.

Por conseguinte, considerando-se a indagação da Diretoria Central de Gestão de Direitos do Servidor da Superintendência Central de Administração de Pessoal da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, tem-se que, no caso de o nascimento da criança ter ocorrido 100 (cem) dias



antes do término da licença para tratar de assuntos particulares, a servidora tem direito a 20 (vinte) dias de licença maternidade, acrescendo-se a prorrogação de 60 (sessenta) dias consagrada na legislação mineira e já devidamente analisada “in retro”.

Conclusão

Com fulcro em tais ponderações, opina-se que, no caso de o filho da servidora pública em gozo de licença para tratar de assuntos particulares ter nascido 100 (cem) dias antes do término desse afastamento, a servidora tem direito aos 20 (vinte) dias de licença maternidade complementares ao lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias previsto no artigo 7º, XVIII da CR, aplicável por força do artigo 39, § 3º da CR, acrescendo-se a prorrogação de 60 (sessenta) dias fixada na Lei Estadual nº 18.879, de 28.05.2010, observados os pressupostos legais.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 13 de outubro de 2011.

Raquel Melo Urbano de Carvalho

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7

OAB/MG 63.612

“APROVADO EM: 13/10/2011”
ANA PAULA MUGGLER RODARTE
Procuradora Chefe Substituta
Masp 598.204-6 - OAB/MG 68.212