



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedência: Procuradoria de Autarquias e Fundações/AGE

Interessados: Procuradoria de Autarquias e Fundações/AGE e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais/IPSEMG

Número: 16.310

Data: 09 de março de 2021

Classificação Temática: Atos Administrativos. Ato normativo.

Precedentes: Não localizado precedente.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. SERVIDORES PÚBLICOS. AUXÍLIO MATERNO-INFANTIL. PROGRAMA ASSISTENCIAL INSTITUÍDO NO ÂMBITO DO IPSEMG, POR MEIO DE DELIBERAÇÃO. SUSPENSÃO DA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. ATO NORMATIVO DECLARADO NULO PELO TJMG.

ANÁLISE SOBRE AS ALTERNATIVAS PARA SUSPENSÃO VÁLIDA DO PROGRAMA. INVIABILIDADE JURÍDICA DA CRIAÇÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA SEM A RESPECTIVA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. SUGESTÕES DE ENCAMINHAMENTOS.

No intuito de fornecer proteção à mãe trabalhadora, o IPSEMG instituiu, através de Deliberação, programa assistencial, posteriormente convertido em auxílio pecuniário.

A concessão de novos benefícios foi suspensa por Deliberação que, por não ter sido motivada, foi declarada nula pelo TJMG em Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Apesar dessa decisão, o IPSEMG continua a indeferir benefícios com base no citado ato normativo.

No entanto, ante a constatação de que o auxílio em referência foi criado sem respaldo em lei, parece defensável que a autarquia publique novo ato, devidamente motivado, no intuito de suspender, de maneira válida, a concessão da vantagem.

Referências normativas: Artigos 37, X, e 208, inc. IV, da CR/88; Artigo 31, §6º, inciso II, da CE/89; artigo 2º da Lei nº 9.784/99; artigo 11 da Lei nº 9.394/96; artigo 2º do Decreto nº 47.345/2018; Deliberação nº 05, de 18 de maio de 1989; Portaria nº 10/95 e Deliberação nº 09/93 (do IPSEMG)

RELATÓRIO

1. Cuida-se de expediente encaminhado à CJ pelo Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria de Autarquias e Fundações da AGE, por meio do qual são feitos questionamentos acerca do benefício denominado Auxílio Materno-Infantil, instituído no âmbito do IPSEMG.

2. Afirma que o referido auxílio, destinado aos filhos de servidores do Instituto, na faixa de 0 (zero) a 06 (seis) anos de idade, foi criado pela Deliberação nº 05/1989 e suspenso pela Deliberação nº 09, de 15 de outubro de 2003, do Conselho Deliberativo do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado – CODEI.
3. Os pedidos de concessão de novos benefícios passaram a ser indeferidos com base na referida Deliberação, circunstância que ensejou o ajuizamento de ações judiciais pelas servidoras prejudicadas.
4. Em 2011, foi julgado pelo TJMG Incidente de Uniformização de Jurisprudência, no bojo do qual foi adotado o posicionamento no sentido de que a Deliberação em comento não teria condão de suspender o benefício, por não ter sido devidamente motivada, apresentando vício de inconstitucionalidade. O julgado foi assim ementado:

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DELIBERAÇÃO QUE SUSPENDEU O BENEFÍCIO. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Estando desprovida da devida motivação, a Deliberação nº 9, de 15 de outubro de 2003, do Conselho Deliberativo do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado, não tem o condão de suspender a concessão de novos auxílios pecuniários que representem a 'Assistência Materno-Infantil' criada pela Deliberação nº 05/1989, que institui programa destinado aos filhos de servidores do Instituto, na faixa de 0 (zero) a 06 (seis) anos de idade, inclusive. Detectado o vício de inconstitucionalidade - ausência de devida motivação -, o ato administrativo impugnado na inicial, à falta de outro ato válido que pudesse isentar o IPSEMG de sua obrigação pretensamente suspensa, não tem o condão de impedir a inscrição de filho(a) de servidor(a) público(a) da referida autarquia estadual no programa de 'Assistência Materno-Infantil'. (TJMG - Inc Unif Jurisprudência 1.0024.07.440986-3/004, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, CORTE SUPERIOR, julgamento em 11/05/2011, publicação da súmula em 30/09/2011)

5. Apesar disso, o IPSEMG, até o momento, continua a fundamentar as negativas de concessão do auxílio com base na Deliberação nº 09/2003, circunstância que ensejou a consulta, já que a atuação da AGE tem sido no sentido de buscar a desjudicialização.
6. Antes de cogitar a edição de nova deliberação, com o objetivo de suspender, de forma válida, o Programa, menciona que inexistente lei que ampare a criação do benefício, o que deve ser objeto de estudo.
7. Diante de tais considerações, solicita análise quanto aos seguintes pontos:

(...) se há embasamento legal para manutenção Programa de Assistência Materno-Infantil, instituído nos termos da Deliberação nº 05/1989, a fim de orientar o IPSEMG a respeito da necessidade de sua revogação em razão da ausência de fundamento legal, valendo-se dessa justificativa para fundamentar as negativas para a concessão do benefício em razão da ausência legal da sua instituição, e não a Deliberação nº 09/03, que já fora afastada por meio do Inc Unif Jurisprudência 1.0024.07.440986-3/004.

Segundo, caso entenda-se que haja fundamento para a criação do Programa por intermédio da referida Deliberação e seja a intenção do Instituto a revogação do benefício, que se oriente o IPSEMG a editar nova deliberação, expondo a motivação do ato para afastar a anulação do ato reconhecida no incidente de

uniformização, visto que até a presente data a Deliberação nº 09/03 tem sido fundamento para a não concessão do benefício.

Por fim, caso seja a intenção do IPSEMG manter o Programa e haja embasamento legal para tanto, que se oriente o Instituto a interromper as negativas de concessão do benefício com fundamento na Deliberação nº 09/03

8. O expediente foi instruído com os documentos de ação judicial em que se discute justamente o ato por meio do qual o IPSEMG indeferiu a concessão do benefício em tela. Entre esses consta cópia da Deliberação nº 09/2003 e da Deliberação nº 05/89.
9. A consulta foi encaminhada à Consultoria e distribuída à subscritora desta manifestação.
10. Para melhor compreensão do tratamento dado à questão no âmbito do Poder Executivo estadual, o expediente foi remetido à SEPLAG, com as seguintes considerações:

15. Parece-nos útil que a Secretaria informe se o auxílio é concedido por outros órgãos e, em caso positivo, qual o instrumento normativo que regulamenta a benesse.

16. De outro lado, considerando o disposto no artigo 31, §6º da CE/89 e o fato de que o auxílio parece alcançar poucos servidores, requer seja explicitado, ainda, o posicionamento adotado pelo órgão acerca do modo de regulamentação e competência para implementação da garantia (notadamente em razão da previsão contida no artigo 208 da CR/88).

11. A Diretoria Central de Cargos, Carreiras e Remuneração da SEPLAG esclareceu que:

Visando subsidiar resposta ao Memorando.SEPLAG/AJA.nº 248/2020, informamos que o auxílio creche no valor mensal de R\$351,85, (trezentos e cinquenta e um reais e oitenta e cinco centavos), é concedido com base na Portaria nº 017, de 15/05/2014, aos servidores da Funed que possuem filho ou dependente sob sua guarda ou tutela judicial de até 06 (seis) anos e onze meses, inclusive, matriculado (s) em creche ou instituição educacional regularmente autorizada a funcionar. Esse limite de idade não se aplica no caso de filho ou tutelado matriculado em instituição especializada, que seja portador de deficiência mental, assim entendido aquele que se enquadre na definição contida no § 1º, inciso I, “d” do art. 5º do Decreto Federal nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004.

Também existe regulamentação específica para o auxílio-creche no âmbito da Fundação Hemominas, estabelecida por meio da Portaria 97, de 27/06/2005. A portaria não especifica o valor do benefício, mas no último levantamento realizado pela Seplag em 2014, junto à Fundação, foi informado o pagamento de R\$300,00 (trezentos reais) mensais.

(...)

Informamos, ainda, que foi firmado um acordo em maio de 2016 entre a Seplag, a SES e o SindSaúde-MG para estender o pagamento do auxílio-creche aos servidores da Escola de Saúde Pública, porém não houve autorização posterior para concessão do benefício, devido ao entendimento quanto à necessidade de previsão em lei, que, se implementada, teria repercussões sobre os demais órgãos/entidades do Poder Executivo.

12. A Diretoria Central de Processamento do Pagamento de Pessoal da SEPLAG informou que:

(...) o Estado através desta DCPPP, paga Auxílio Materno Infantil aos dependentes filhos de servidores do Órgão IPSEMG. Para os demais Órgãos do Poder Executivo

do Estado de MG, nenhum crédito dessa natureza é feito através da folha de pagamento no sistema SISAP.

13. Apresentados os esclarecimentos considerados pertinentes, a consulta retorna à CJ.
14. Por meio do Memorando.AGE/PAF.nº 18/2021, o Sr. Procurador-Chefe da PAF/AGE anexou ao expediente *“decisão proferida nos autos do processo 5010974-38.2019.8.13.0024, que julgou improcedente o pedido do autor, entendendo pela ausência de previsão legal para a concessão do auxílio materno-infantil”*.
15. É o breve relatório. Passo a opinar.

PARECER

16. Conforme mencionado, as indagações formuladas dizem respeito ao fato de que o IPSEMG vem indeferindo os pedidos de concessão do Auxílio Materno- Infantil com base em Deliberação já declarada inconstitucional pelo TJMG.
17. Com intuito de prevenir o ajuizamento de novas ações, são avaliadas medidas que poderiam ser adotadas pelo Instituto, de modo a viabilizar, caso seja o interesse da autarquia, o indeferimento regular do benefício.
18. Para tanto e de modo preliminar, necessário o estudo de questão prejudicial suscitada pelo consulente, qual seja, a própria legalidade da criação do auxílio em comento. Isso porque o mesmo foi instituído por Deliberação, inexistindo lei específica a amparar a concessão da vantagem.
19. Dito isso e passando à análise do tema, cabe mencionar que a Deliberação nº 05, de 18 de maio de 1989, instituiu o *“Programa de Assistência Materno-Infantil”* para filhos de servidoras do IPSEMG, com fundamento (como explicitado nos considerandos) na norma contida no artigo 7º, inciso XXV, da CR/88, da qual se colhe:

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

(...)

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006\)](#)

20. A redação original do dispositivo era a seguinte:

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;

21. A Portaria nº 10/95 estabeleceu que a referida modalidade de assistência seria prestada sob forma de auxílio pecuniário, com valor a ser calculado em razão da jornada de trabalho e lançado em folha.
22. A Deliberação nº 09/93 suspendeu a concessão de novos benefícios, a partir de 01/11/2003.
23. Diante disso, o IPSEMG passou a indeferir os pedidos de concessão do auxílio, com amparo na citada Deliberação.

24. Como já dito, as servidoras prejudicadas passaram a ajuizar ações questionando o ato de indeferimento.
25. O TJMG, no julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, manifestou-se no sentido de que a Deliberação nº 09/93 não tem o condão de suspender de forma válida o auxílio em exame, por não terem sido apresentados – pela Administração, quando da edição do ato – os fundamentos que justificaram a adoção de tal medida. Segundo decidido, a falta de motivação inquinou o ato de vício de inconstitucionalidade.
26. Da leitura dos fundamentos constantes dos votos proferidos colhe-se que a discussão foi limitada à possibilidade de a Deliberação nº 09/93 do CODEI suspender a concessão de novos benefícios. Não foi debatida a questão atinente à competência do IPSEMG para prover tal modalidade de assistência, ou mesmo, a aptidão do referido ato normativo para criar vantagem pecuniária.
27. Do voto emitido pelo Relator Desembargador Armando Freire colhe-se que:

Sempre entendi, em julgamentos de recursos, que **referida Deliberação é omissa quanto ao(s) seu(s) motivo(s). Tal omissão compromete a própria validade do ato administrativo, tornando sem efeito suas implicações em relação à suspensão dos benefícios do "Programa de Assistência Materno-Infantil", por afetar direitos e interesses de servidores diretamente interessados.**

Embora os instrumentos normativos utilizados para criação e para suspensão da vantagem sejam de mesma natureza - deliberações do competente órgão do IPSEMG -, não se podem atribuir valores idênticos aos mesmos. O instrumento normativo pelo qual o Instituto criou o "Programa de Assistência Materno-Infantil" encontra-se, sobretudo, suficientemente motivado, apresentando-se apto a ingressar, sem vícios, na relação jurídica estabelecida entre órgão pagador e servidor público e gerar efeitos concretos. De outro modo, o instrumento normativo representado pela Deliberação nº 9, de 15 de outubro de 2003, do Conselho Deliberativo do IPSEMG não contém as razões pelas quais prevê, por prazo indeterminado, a suspensão da concessão de novos benefícios vinculados ao "Programa de Assistência Materno-Infantil".

(...)

Cumprе ressaltar que, **nesta oportunidade, não se cogita discussão acerca da competência de atribuições do Estado de Minas Gerais e do Município em que reside a servidora pública interessada quanto à obrigação de se prestar assistência às crianças, a fim de isentar o IPSEMG de sua obrigação.** Não há este tipo de generalização da matéria apreciada, que abarca, tão-somente, a potencialidade jurídica da Deliberação nº 9/2003, ou seja, sua capacidade de suspender, validamente, obrigação da autarquia estadual há muito estabelecida em prol de servidores que se enquadrem na situação especialmente definida pela Deliberação nº 05/1989 e pela Portaria nº 10/1995.

(...)

Considerados os limites da apreciação e do julgamento, o que importa é saber se o dever do IPSEMG de prover a Assistência Materno-Infantil, tal como definido em Deliberação fundamentada (nº 05/1989), foi ou não foi validamente suspenso pela Deliberação nº 09/2003.

28. Conforme mencionado, a fundamentação apresentada pautou-se prioritariamente na discussão atinente à nulidade da Deliberação, por falta de motivação. Apesar disso, em vários votos foi sinalizado o posicionamento no sentido de que o auxílio em referência decorre diretamente do texto constitucional, a saber:

- DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS:

A Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88) prevê, em seu art. 208, inc. IV, ser dever do Estado garantir o atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. Buscando concretizar a normatividade constitucional, o IPSEMG editou a Deliberação n.º 05, criando um programa de assistência para suas servidoras auxiliando-as com um valor em pecúnia para que seus filhos pudessem ter acesso à creches e pré-escola.

- DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA:

(...) há que se destacar que **o direito ora questionado encontra-se previsto na Constituição Federal e na Constituição Estadual**, respectivamente, nos artigos 208, inciso IV e 31, §6º, I, que ora transcrevo: (...)

- DES. ALMEIDA MELO

A inclusão de menor no Programa de Assistência Materno-Infantil encontra suporte na Constituição da República, a teor do art. 208, IV, e na Constituição deste Estado, nos termos do art. 31, §6º, II, pelo que, a norma desprovida de motivação, e que suspende direito assegurado pela Constituição, é nula.

- DES. ALVIM SOARES:

Com efeito, nos autos da Apelação Cível n. 1.0024.07.383178-6/002, tive oportunidade de acentuar que **a Deliberação 09/2003 não só é nula, por falta de motivação, mas até mesmo inconstitucional, por agredir inúmeros preceitos constitucionais**, dentre os quais o disposto nos artigos 208, IV, da CR/88 e 31, § 6, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

DES. MANUEL SARAMAGO

A toda evidência, caracterizada a nulidade do ato deliberativo em pauta.

A uma, pois que **o benefício assistencial** destinado aos servidores públicos civis com filhos entre zero e três anos **encontra-se expressamente garantido no art. 31, §6º, da Constituição Estadual**, senão vejamos:

- DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Destarte, a assistência gratuita em creche e pré-escola aos filhos de servidores se encontra assegurada no texto constitucional federal como direito dos trabalhadores em geral e, na Constituição Estadual, como direito expresso dos servidores públicos civis.

A motivação é imprescindível, sem o que o ato que suspendeu o benefício é eivado de inconstitucionalidade, tanto mais porque a assistência materno-infantil é

garantida pela Constituição da República, em seu artigo 208, inciso IV, e pela Constituição Estadual, em seu artigo 31, § 6º, II.

(...)

Portanto, a concessão do benefício não decorre de liberalidade do órgão ao qual está vinculado o servidor, tratando-se de direito constitucional que deve ser efetivado pela Administração.

(...)

O direito à assistência em creche e pré-escola aos filhos de servidores que estiverem entre zero e seis anos, é assegurado no artigo 208, IV da Constituição da República e no artigo 31, § 6º, II da Constituição do Estado.

- DES. PAULO CÉZAR DIAS:

A despeito de ofender dispositivos constitucionais, os quais asseguram ao servidor o direito "à assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade", o ato destinado a revogar o benefício anteriormente instituído em seu favor, não demonstrou as razões fáticas e jurídicas nas quais se embasou a Administração, ao editá-lo.

- DES. TIBÚRCIO MARQUES:

A ausência de motivação por si só, gera a inconstitucionalidade do ato, nos termos do art. 37 da Constituição da República, principalmente **considerando que a Deliberação 09/2003 restringe direitos fundamentais, qual seja, a assistência as crianças.**

29. Cumpre pontuar que o entendimento adotado no Incidente, apesar de antigo, até os dias atuais vem norteando boa parte das decisões a respeito do assunto. A compreensão segundo a qual a Deliberação que suspende o Programa é nula, em razão da ausência de motivação, em regra impede que outros argumentos, que poderiam dar solução diferenciada ao caso, sejam apreciados.
30. Apesar disso, o IPSEMG nas ações judiciais que versam sobre o tema, vem sustentando a inadmissibilidade da instituição de auxílio pecuniário não previsto em lei formal. Ou seja, atos normativos infralegais, como a Deliberação, não são instrumentos hábeis para a criação de vantagens pecuniárias para servidores públicos, sendo imperativa a existência de lei.
31. Outra ponderação que tem sido suscitada diz respeito ao fato de que as normas constitucionais invocadas como fundamento para o auxílio (artigo 208, inciso IV, da CR/1988 e no artigo 31, § 6º, inciso II, da Constituição do Estado de 1989), não obrigam o IPSEMG a mantê-lo. De outro lado, tais normas apenas enunciam o dever de o Estado garantir o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos.
32. Consoante noticiado na documentação que acompanha o expediente, a tese arguida pelo IPSEMG – no sentido da necessidade de lei formal para a criação do benefício em exame - foi acolhida em decisão recente, proferida no âmbito do Juizado Especial da Fazenda Pública nos autos do processo n. 5010974-38.2019.8.13.0024. Senão vejamos:

Uma vez declarada inconstitucional a Deliberação n. 9/2003 que suspendeu o Programa de Assistência Materno - Infantil, o referido programa volta a vigorar, nos exatos termos do ato que o criou, a Deliberação nº 05, de 18 de maio de 1989.

O Programa de Assistência Materno Infantil implementava o tema da assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes dos servidores do IPSEMG, desde o nascimento até seis anos de idade. Porém, o fazia por meio de Deliberação, sendo que a Constituição Federal e a Constituição Mineira, conforme art. 31 abaixo transcrito, exigem, para tanto lei em sentido formal:

(...)

O auxílio materno-infantil, sendo um benefício que induz vantagem econômica a servidor público, é necessário previsão legal para a sua instituição, não podendo ser criado por ato administrativo interno da própria instituição, como o é a Deliberação n. 05/1989, que não se equipara à lei e não atende, portanto, aos comandos da Constituição Federal e da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Necessário ainda destacar que a Deliberação n. 05/1989 é ato posterior à Constituição Federal de 1988.

A deliberação é ato administrativo normativo e, como tal, não pode criar o direito.

O ato normativo se insere dentro do poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação. Seu alcance é apenas de norma complementar à lei; não pode, pois, a Administração, a pretexto de estar regulamentando, criar o direito em si. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. O poder regulamentar é de natureza derivada (ou secundária): somente é exercido à luz de lei existente.

Os atos administrativos que regulamentam as leis não podem criar direitos e obrigações, até porque isso é vedado em um dos postulados fundamentais de nosso sistema jurídico: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II)

(...)

Assim, mesmo que nula a Deliberação nº 09/2003, por ausência de motivação, a Deliberação n. 05/1989, por não ser lei, não se mostra apta a embasar o direito da autora para concessão do benefício do auxílio materno-infantil. (grifei)

33. Tal decisão foi confirmada pela Turma Recursal, nos seguintes termos:

DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO - PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES ESTADUAIS – **PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL – CRIAÇÃO DA VANTAGEM POR MEIO DE DELIBERAÇÃO – ATO NORMATIVO IMPRESTÁVEL PARA CRIAÇÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA – ATO SEM EFEITOS – DIREITO NÃO PREVISTO NA LEI 64/2002 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.**

(...)

Dessa forma, como asseverado pelo magistrado sentenciante, a deliberação n 09/2003 não teria o condão de suspender o direito ao auxílio pleiteado, não fosse a imposição constitucional, seja federal ou estadual, da necessidade de os benefícios e a remuneração pagos aos servidores serem precedidos de lei que os autorize.

Assim, embora haja a previsão do pagamento do benefício de auxílio materno-infantil aos servidores do IPSEMG, tal benefício fora criado pela Deliberação nº 05/1989 do IPSEMG.

Ademais, cumpre repisar que tal deliberação foi tomada já na vigência da CF/88, que prevê que a remuneração dos servidores públicos, municipais, estaduais,

distritais ou federais, serão remunerados conforme for deliberado em lei, nos termos do art. 37, X da CF.

Além disso, o art. 31 da CEMG, em vigência a partir de 1989, também prevê que a remuneração dos servidores estaduais será fixada em lei.

Assim, embora a deliberação preveja o benefício, não é instrumento normativo próprio para criar vantagens remuneratórias aos servidores, de modo que dela não pode surgir o efeito pretendido. (grifei)

34. A (in) viabilidade jurídica da criação de vantagens pecuniárias para servidores públicos por instrumentos normativos que não a lei também foi objeto de análise recente pelo STF. A saber:

O art. 37, X, da Constituição Federal dispõe que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 da Constituição Federal, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa em cada caso.

(...)

Assim, a disciplina jurídica da remuneração funcional deve observância ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal, **sendo vedada a concessão de qualquer benefício remuneratório por ato estatal de menor positividade jurídica, estranha à atuação institucional do Poder Legislativo**, na apreciação de norma proposta pela autoridade competente. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

(...)

O princípio da legalidade estrita na fixação de remuneração, vencimentos e vantagens aos servidores públicos traduz-se em limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado, ao impor a exigência de submissão dos comandos estatais ao crivo do legislador. (grifei - ADI 3551 / GO - Relator Ministro Gilmar Mendes - Publicação: 19/08/2020)

35. No que tange à necessidade de expressa previsão, em lei, do benefício em exame, esse também parece ser o entendimento da SEPLAG, que, em resposta ao pedido de diligência formulado pela subscritora da presente manifestação, afirmou que o pagamento do auxílio-creche (devido também aos servidores da FUNED e HEMOMINAS) não foi estendido aos servidores da Escola de Saúde Pública **“devido ao entendimento quanto à necessidade de previsão em lei, que, se implementada, teria repercussões sobre os demais órgãos/entidades do Poder Executivo.”**
36. Feitas essas considerações, parece haver elementos suficientes para o reconhecimento de que a Deliberação instituidora do Auxílio Materno-Infantil é inválida, por ter extrapolado os limites do poder regulamentar, criando vantagem pecuniária sem respaldo em lei específica.
37. Diante de tudo o que foi exposto, forçoso concluir que o IPSEMG deve atuar no sentido de corrigir tal situação.
38. Como narrado na consulta, a autarquia vem indeferindo a concessão de novos benefícios com base em ato normativo declarado nulo pelo TJMG. Contudo, há argumentos suficientes a justificar a expedição de novo ato – viabilizando o indeferimento válido –, haja vista que o auxílio em comento não poderia, sequer, ter sido instituído.
39. Não é demais, lembrar, contudo, que a questão não raramente vem sendo tratada, nas decisões judiciais, como implementação de garantia constitucional prevista nas seguintes normas:

- Constituição Federal:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

- Constituição Estadual:

Art. 31 – O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os direitos previstos no art. 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República e os que, **nos termos da lei**, visem à melhoria de sua condição social e da produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho.

(...)

§ 6º – Fica assegurado ao servidor público civil o direito a:

(...)

II – assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade;

(...)

40. Contudo, nesse ponto é imprescindível que se faça um esclarecimento.
41. Quando da instituição do Programa, foi prevista a utilização de creches existentes na comunidade, ou serviços de terceiros. Contudo, a partir da Portaria nº 10/95, tal modalidade de assistência passou a ser prestada sob a forma de auxílio pecuniário com valor calculado em razão da jornada de trabalho, sendo exigida, para a inscrição, apenas certidão de nascimento da criança, contracheque e indicação, feita pela Chefia, da jornada de trabalho da servidora. Não é exigida a comprovação de matrícula em estabelecimento de ensino.
42. Apesar disso, cabe pontuar que os dispositivos que, em tese, serviriam de fundamento para compelir o IPSEMG a fornecer a assistência, não trazem consigo obrigação imputável à autarquia. Ao contrário, tais normas dizem respeito à disponibilização, pelo Estado, de creche e pré-escola.
43. A implementação da garantia consubstanciada nas normas citadas não está compreendida entre as competências previstas para o IPSEMG, ao qual cabe, nos termos do artigo 2º do Decreto 47.345/2018 “*prestar assistência médica, hospitalar, farmacêutica, odontológica e social a seus beneficiários e gerir o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS –, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, (...)*”.
44. Assim, conforme sinalizado na fundamentação do Incidente de Uniformização, seria cabível e até mesmo pertinente, em ações que versam sobre o tema, a discussão acerca da competência para o atendimento das normas constitucionais referenciadas. Do voto proferido pelo Relator colhe-se que:

Reconheço que a prestação de assistência infantil pelo Estado, em creche ou pré-escola, é assegurada no ordenamento jurídico (art. 208, IV, CRFB/88, e artigos 54, IV, ECA e 4º da Lei nº 9.394/96) e que a Constituição do Estado de Minas Gerais

garante ao servidor público civil o direito à assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes, desde o nascimento até 6 (seis) anos de idade (art. 31, § 6º).

Não obstante tais referências e ainda que se diga que a função primordial do IPSEMG "não é a de prestar assistência aos filhos de seus servidores, mas sim a de prover a assistência e previdência social, mediante a concessão de benefícios previdenciários", tal como a douta 1ª Câmara Cível concluiu no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 1.0024.07.383928-4/001, o exame da matéria ora levada à uniformização jurisprudencial não deve, porquanto vedado, transcender as fronteiras processualmente definidas no litígio a ponto de se concluir, também, que "qualquer exigência relativa à Assistência Materno-Infantil deve ser direcionada contra o Estado de Minas Gerais" ou, mesmo, a vista do que dispõe o artigo 211, § 2º, da CRFB/88, contra ente municipal.

45. Diante disso, a conclusão a que se chega é que tais normas não podem ser utilizadas como fundamento para a concessão do auxílio em comento, visto que a criação de auxílio (lançado em folha) destinado a fornecer melhores condições de trabalho à mãe servidora não se confunde com a obrigação, imposta ao Estado, de fornecer atendimento às crianças em creche ou pré-escola.
46. Nessa toada e de modo a tornar ainda mais clara tal distinção, não é demais mencionar que a Lei nº 9.394/96 (que "Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional"), atribui ao Município a competência para implementação da garantia contida no artigo 208, inciso IV, da CR/88. Senão vejamos:

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

(...)

47. À vista de todas as considerações feitas, sugere-se o encaminhamento, ao IPSEMG, de cópia da presente manifestação, com a recomendação no sentido de que seja aprovada Deliberação, revogando o Programa de Assistência Materno-Infantil.
48. Essa recomendação pauta-se na constatação de que a Deliberação nº 05/89 (com a complementação decorrente da publicação da Portaria nº 10/95) é nula, por instituir benefício não previsto em lei, configurando-se, na hipótese, inequívoca extrapolação do poder regulamentar.
49. Deverá constar da Deliberação (a ser expedida) a respectiva fundamentação, assim como a previsão segundo a qual seus efeitos terão início a partir da publicação (estando vedada, frise-se, apenas a concessão de novos benefícios). No ponto, vale citar o contido na Lei nº 9.784/99, da qual se colhe que:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.** (grifei)

50. Cabe esclarecer que, no caso, não se trata de anulação de ato administrativo concreto, que produziu efeitos favoráveis a determinados destinatários. Pelo contrário, o que se sugere é a revogação de ato normativo que criou a vantagem em exame – por inexistir autorização legislativa a respaldar a sua instituição. Não há que se falar no reexame de situações constituídas, restando vedada, apenas, a concessão de novos benefícios.
51. Tal conduta não está limitada pelo prazo decadencial, já que, frise-se, não serão revistos atos concretos (benefícios já concedidos), mas sim a própria norma criadora do auxílio. Nesse sentido, cabe lembrar que inexistente, para o servidor, o direito a determinado regime jurídico, desde que observada a irredutibilidade de vencimentos.
52. Por dever de ofício, não obstante o reconhecimento da nulidade da Deliberação nº 05/89, cabe ponderar que a edição do ato normativo em referência traz consigo o risco de que a questão seja novamente levada à apreciação do Judiciário.
53. No ponto, não é demais lembrar que alguns votos proferidos no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência sinalizaram no sentido de que o auxílio em estudo seria decorrência expressa de normas constitucionais, não sendo cogitada a necessidade de previsão legal para tanto.
54. Como explicitado, o auxílio vem sendo tratado, sem maior aprofundamento, como decorrência de normas constitucionais que tratam da obrigação, atribuída ao Estado (através do Município), de prestação de assistência infantil, em creche ou pré-escola.
55. Caso tal entendimento seja consolidado, poderá servir de fundamento para que servidores integrantes de outras carreiras do Poder Executivo passem a demandar o reconhecimento do direito, situação que deve ser objeto de ponderação e, até mesmo, de alinhamento junto à SEPLAG.

CONCLUSÃO

À vista de tudo o que foi exposto, opina-se (observadas as ponderações contidas na fundamentação) seja recomendada ao IPSEMG a edição de Deliberação, devidamente motivada, revogando, a partir da sua publicação, o Programa de Assistência Materno-infantil instituído pela Deliberação nº 05/89 do IPSEMG (com a complementação advinda da Portaria nº 10/95).

À consideração superior.

Belo Horizonte, data supra.

DENISE SOARES BELEM
Procuradora do Estado
MASP 1.166.335-8 – OAB/MG 110.234

Aprovado

Wallace Alves dos Santos

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Sérgio Pessoa de Paula Castro

Advogado-Geral do Estado



Documento assinado eletronicamente por **Denise Soares Belem, Procurador(a)**, em 09/03/2021, às 12:32, 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 **Wallace Alves dos Santos, Procurador(a) do Estado**, em 09/03/2021, às 19:48, 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 **Sergio Pessoa de Paula Castro, Advogado Geral do Estado**, em 11/03/2021, às 11:09, 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 **26480514** e o código CRC **3868A769**.

Referência: Processo nº 1080.01.0066841/2020-12

SEI nº 26480514