

A extensão da licença-maternidade para as servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão no Município de São Paulo

Ricardo Epaminondas Leite Oliveira Panato
Agente de Fiscalização lotado na Assessoria Jurídica de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, ocupando o cargo de Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo.

A extensão da licença-maternidade, consistente na possibilidade de prorrogação por 60 (sessenta) dias do benefício insculpido no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição da República¹, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, que criou o denominado “Programa Empresa Cidadã”. Trata-se de um direito assegurado às gestantes empregadas de pessoas jurídicas que tenham aderido ao programa, desde que requerido pelas primeiras até o final do primeiro mês após o parto.

Essas pessoas jurídicas, por sua vez, caso sejam tributadas com base no lucro real, poderão deduzir do imposto devido o valor pago a título de salário, no período correspondente, à empregada beneficiária, conforme disposto no artigo 5º da lei:

Art. 5º. A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Cumprе ressaltar, desde logo, nada obstante à nomenclatura utilizada, que a extensão da licença-maternidade sem prejuízo dos vencimentos não constitui um *benefício previdenciário*. Sua implementação não modificou o chamado *salário-*

¹ “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”.

maternidade – este sim de natureza previdenciária, que no regime geral tem sua moldura definida nos artigos 71 a 73 da Lei Federal nº 8.213/91² – e também não a inseriu como nova prestação do regime geral de previdência social.

A rigor, no âmbito da iniciativa privada, a prescrição do artigo 5º acima faz com que o benefício ou decorra de uma *liberalidade do empregador* (quando concedido por pessoa que não se valha da aludida dedução) ou represente uma prestação (de caráter positivo) do gênero *direitos sociais* (que não se confunde com a espécie *previdenciária*), implementada com recursos da União, por meio de renúncia fiscal³.

A Lei Federal nº 11.770/08, em seu artigo 2º, faz ainda referência à *possibilidade* de instituição do referido programa pela Administração Pública, senão vejamos:

Art. 2º. É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Valendo-se, então, desta *possibilidade*, no Município de São Paulo foi editada a Lei nº 14.872, de 31 de dezembro de 2008, alterando, dentre outras disposições, o artigo 148 do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei nº 8.989/79), que passou a ter a seguinte redação:

Art. 148. À funcionária gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença de 180 (cento e oitenta) dias, com vencimento integral.

A licença-maternidade prevista no estatuto do funcionalismo municipal – outrora fixada em 120 (cento e vinte) dias – passou a ser, portanto, de 180 (cento e oitenta) dias. Tal benefício consta de um rol de direitos conferidos aos *servidores públicos*

² Cujo prazo de concessão permanece sendo de 120 (cento e vinte) dias.

³ No mesmo sentido, o Acórdão nº 3.458/10 – Tribunal Pleno, do E. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que, malgrado não tenha se debruçado sobre a hipótese do custeio estatal, rejeitou a natureza previdenciária do benefício, destacando: “O artigo 3º, da Lei nº 1177/08 [sic], ao tratar da prorrogação, determina o seu pagamento integral, nos moldes pagos pelo Regime Geral de Previdência. Como se depreende, trata-se de um paradigma, não de uma regra impositiva.” (*Apud* BDM – Boletim de Direito Municipal nº 04, ano XXVIII, pp. 249–250).

estatutários em decorrência, apenas, do **vínculo jurídico-funcional** estabelecido com a Administração Municipal. Trata-se, pois, de um *benefício administrativo*⁴.

A dificuldade de aplicação da novel redação do dispositivo municipal surge da dicotomia estabelecida pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, que impôs regimes previdenciários distintos para duas categorias de *servidores públicos estatutários*. Os titulares de cargo efetivo foram submetidos a um regime próprio de previdência social; os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, ao regime geral (*ex vi* do artigo, § 13, da Constituição da República), que contempla, dentre outros, o direito ao *salário-maternidade* de 120 (cento e vinte) dias – inalterado pela Lei Federal nº 11.770/08, conforme destacado acima. **Assim, teriam estas últimas servidoras estatutárias do Município de São Paulo direito ao benefício administrativo preconizado no artigo 148 da Lei Municipal nº 8.989/79?**

Pois bem. Como premissa, urge ressaltar que *os chamados regimes próprios* [de previdência social] *devem garantir, ao menos, os benefícios da aposentadoria e da pensão por morte*⁵. Para os que se submetem a tais regimes, portanto, nada obsta sejam concedidos outros benefícios em razão unicamente do vínculo jurídico-funcional estabelecido com o ente público – *benefícios administrativos* (não previdenciários) –, mesmo que encontrem arquétipo similar no regime geral (é o caso, por exemplo, da licença-maternidade, com modelo similar ao do *salário-maternidade*, previsto no regime geral de previdência social).

Por sua feita, para os que mantêm vínculo estatutário com a Administração em, nada obstante, se submetem ao regime geral de previdência social (caso dos ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, por exemplo), também nenhum óbice se impõe à

⁴ Em decorrência das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, especialmente com a instituição de contribuição para custeio de regime previdenciário próprio, *o direito à aposentadoria e pensão dos servidores públicos não submetidos ao RGPS* [Regime Geral de Previdência Social] *teve alterada sua natureza jurídica, passando de benefício decorrente da relação jurídico-funcional estabelecida com a Administração Pública a benefício de natureza previdenciária, suportado pelos servidores e pelos respectivos entes federativos, destacando-se, assim, do rol de direitos estatutários* (BRIGUET, Magadar Rosália Costa, HORVATH JÚNIOR, Miguel e VICTORINO, Maria Cristina Lopes, *Previdência Social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 9 – destacado). **Os demais benefícios constantes dos estatutos funcionais, no entanto, puderam ser mantidos sob o regime jurídico administrativo (*pro labore facto*), tal como se dá com a licença-maternidade no Município de São Paulo.**

⁵ KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 6ª ed. Salvador: Podivm, 2009. p.35.

concessão de benefícios de ordem administrativa. Desde que não conflitam, evidentemente, com os benefícios do respectivo regime previdenciário.

Nessa perspectiva, vale cogitar do desmembramento da licença aludida no artigo 148 da Lei Municipal nº 8.989/79, para que, superados os 120 (cento e vinte) dias atinentes ao *salário-maternidade*, possam as servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão gozar do *benefício administrativo* da licença-maternidade pelos 60 (sessenta) dias restantes.

Com efeito, não é dado olvidar-se que a norma ora debatida – voltada, pois, a conferir especial proteção à criança, em estrita consonância com o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil⁶ – tem como fundamento axiológico o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Valor este que precede a todos os outros princípios do Estado Democrático de Direito e que não se encerra na conformação do direito positivo. Nas palavras do Dr. Inocêncio Mártires Coelho,

são vários e ‘gananciosamente’ expansivos os âmbitos de proteção da dignidade humana, indo desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo (...), até à satisfação das carências elementares dos indivíduos – e.g. a alimentação, trabalho, moradia, saúde, educação e cultura – sem cujo atendimento resta esvaziada a visão antropológico-cultural desse princípio fundamental.⁷

Urge salientar que a aprovação da Lei Federal nº 11.770/08 foi baseada em estudos científicos promovidos pela Organização Mundial da Saúde que comprovaram ser o vínculo maternal determinante para o desenvolvimento físico, emocional, intelectual e psíquico do recém-nascido⁸. Ademais, é cediço na comunidade científica que o leite materno possui nutrientes exclusivos e de suma importância para o crescimento do cérebro, incremento do sistema digestivo e imunológico do bebê,

⁶ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

⁸ Consoante noticiado na mídia, em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro-1/servidoras-licenca-maternidade-de-seis-meses/>. Acesso em 24 mar 2009.

atuando como importante fator para a criação de resistência contra possíveis doenças. Motivos que recomendam ser o aleitamento materno a única forma de alimentação da criança no primeiro semestre de vida⁹.

Não por acaso diversos entes da Federação passaram a estender a licença-maternidade de suas servidoras. Estados como São Paulo, Ceará, Pernambuco, Amapá, Mato Grosso, Rondônia, Paraíba, Rio Grande do Norte, Piauí, Espírito Santo e Alagoas, além de um rol composto por mais de cem municípios brasileiros já haviam aderido, em setembro de 2008, ao programa instituído pela legislação federal¹⁰.

Sob esse enfoque, não parece legítimo concluir que o benefício deva ser atribuído apenas às servidoras públicas ocupantes de cargo efetivo. Enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, o *princípio da dignidade da pessoa humana* deve ser entendido como **núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico**, consistindo em autêntico **parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão de todo o sistema constitucional**¹¹.

Por oportuno, curial recorrer mais uma vez aos ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho, que, fazendo referência à abalizada doutrina do Professor Ingo Wolfgang Sarlet, assim afirma:

a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.¹²

⁹ Disponível em:

http://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/WHO_NMH_NHD_09.01_spa.pdf. Acesso em 24 mar 2009.

¹⁰ Processo Administrativo PGR/MPF nº 1.00.000.009645/2008, junto ao Ministério Público Federal.

¹¹ PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988”, *in Leituras complementares de direito constitucional – direitos humanos e direitos fundamentais*, organização de Marcelo Novelino, 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 51.

¹² *Ob. cit.* p. 174.

Não se há de negar, portanto, a primazia do *princípio da dignidade da pessoa humana* quando posto em confronto com outros valores da hermenêutica tradicional. Em respeito ao postulado da máxima efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, também em virtude dos efeitos irradiadores de sua dimensão objetiva e à vista do valor axiológico maior de nosso ordenamento jurídico, o enfrentamento da questão impõe uma leitura não apenas sistemática (positivista) – muito embora nesse viés pareça advir idêntico resultado –, mas, sobretudo, teleológica, finalística da novel legislação.

A eminente Procuradora do Estado de São Paulo, Dra. Flávia Piovesan, valendo-se da concepção de Ronald Dworkin, esclarece que

o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. **Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico.** Neste sentido, **a interpretação constitucional é aquela interpretação norteadas por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional. Impõem-se a escolha da interpretação mais adequada à teleologia, à racionalidade, à principiologia e à lógica constitucional.**¹³

Seria incompatível com a essência, com o espírito da norma restringir sua aplicação às servidoras titulares de cargos efetivos. A despeito das diferenças existentes entre a natureza e o regime dos cargos efetivos e daqueles de livre nomeação e exoneração (cargos em comissão), revelaria clara afronta ao princípio da *igualdade substancial* proporcionar distintas condições de desenvolvimento aos filhos recém-nascidos de uma ou de outra categoria de servidora pública. Mesmo porque a discussão gravita sobre a implementação de um direito estatuído em prol dos filhos recém-nascidos, e não se suas mães, servidoras.

A máxima da isonomia revela que o tratamento não uniforme só se justifica quando em relevo situações desiguais, respeitada a medida das próprias desigualdades. As características que distinguem o regime jurídico conformador do cargo efetivo e do

¹³ *Ob. cit.* p. 51 – destacado.

cargo em comissão não são a medida correta para sopesar os interesses aparentemente em conflito, pois está na proteção do filho recém-nascido – e não na situação funcional da mãe – o escopo precípua e elementar da norma.

Não há sequer barreira de índole financeiro-orçamentária que obste a extensão da licença-maternidade tal como se cogita no presente estudo¹⁴, pois os recursos necessários ao seu custeio já constam naturalmente da previsão de despesas com pessoal. E ainda que assim não fosse, obstáculos dessa natureza, típicos do interesse secundário do Estado, não poderiam afastar de per si a aplicação da novel legislação, desprestigiando a cláusula maior de proteção à dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, conclui-se que as servidoras ocupantes exclusivamente de cargo em comissão no Município de São Paulo têm direito à extensão da licença-maternidade, aplicando-se-lhes, no que pertinente, a nova redação do artigo 148 da Lei Municipal nº 8.989/79. Sem prejuízo, cabendo ressaltar, outrossim, que o benefício *in casu* – correspondente aos 60 dias de extensão da licença-maternidade – tem natureza eminentemente administrativa (estatutária), decorrente da relação jurídico-funcional estabelecida entre a Municipalidade e as servidoras públicas beneficiárias, o que não se confunde e tampouco modifica a licença de cunho previdenciário (120 dias) concedida com fundamento na Lei Federal nº 8.213/91.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa, HORVATH JÚNIOR, Miguel e VICTORINO, Maria Cristina Lopes, *Previdência Social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios*, São Paulo: Atlas, 2007.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 6ª ed. Salvador: Podivm, 2009.

PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988”, *in Leituras complementares de direito constitucional*

¹⁴ A rigor, nem mesmo obstáculos de ordem financeira, típicos do interesse secundário do Estado, poderiam afastar de per si a aplicação da novel legislação, desprestigiando a cláusula maior de proteção à dignidade da pessoa humana.

– *direitos humanos e direitos fundamentais*, organização de Marcelo Novelino, 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2008.

BDM – Boletim de Direito Municipal nº 04, ano XXVIII, Editora NDJ.

Ministério Público Federal. Disponível em:

<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/setembro-1/servidoras-licenca-maternidade-de-seis-meses/>. Acesso em 24 mar 2009.

World Health Organization. Disponível em:

http://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/WHO_NMH_NHD_09.01_spa.pdf. Acesso em 24 mar 2009.