

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Camila Boff Magero

A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA GESTANTE E DA LICENÇA
PATERNIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL NOS CASOS DE
ACUMULAÇÃO LEGAL DE CARGOS PÚBLICOS DIANTE DA VEDAÇÃO CONTIDA
NO ARTIGO 4º DA LEI 11.770/08: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA

Porto Alegre

2017

CAMILA BOFF MAGERO

A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA GESTANTE E DA LICENÇA
PATERNIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL NOS CASOS DE
ACUMULAÇÃO LEGAL DE CARGOS PÚBLICOS DIANTE DA VEDAÇÃO CONTIDA
NO ARTIGO 4º DA LEI 11.770/08: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de
especialista em Direito pelo Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul

Orientador: Álvaro José Bettanin Carrasco

Porto Alegre

2017

RESUMO

Analisa o histórico da legislação brasileira sobre o tema da licença-maternidade e licença-paternidade. Aponta e evolução histórica da matéria com a entrada em vigor da Lei 11.770/08 que cria o Programa Empresa Cidadã e possibilita a prorrogação da licença-maternidade tanto no âmbito privado quanto no setor público. Analisa a Lei 13.257/16, que cria um sistema de especial proteção à primeira infância, possibilitando, dentre outras coisas a prorrogação da licença-paternidade em ambos os setores público e privado. Verifica as possibilidades legais de acumulação de cargos públicos. Trata da antinomia criada pela diferenciação de tratamento entre os empregados que exerçam dois empregos privados e os servidores que sejam titulares dois cargos públicos de forma legal. Aos primeiros restou concedida a possibilidade de prorrogação da licença em apenas um dos vínculos, aos segundos, a possibilidade restou negada. A partir de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, demonstra a possibilidade de não serem aplicados aos servidores públicos que acumulem legalmente dois cargos até o momento do nascimento da criança os decretos 6.690/08 e 8.737/16 e, por analogia, ser aplicado o art. 5º do Decreto 7.052/09, possibilitando o gozo da prorrogação da licença-gestante ou da licença-paternidade, ainda que a mesma seja garantida apenas pelo vínculo junto ao ente Federal.

Palavras-chave: Licença-maternidade. Licença-paternidade. Prorrogação. Interpretação Sistemática. Acumulação de Cargos Públicos.

ABSTRACT

This paper analyzes the history of Brazilian Legislation concerning the theme of maternity leave and paternity leave, pointing to the historical evolution of the subject from the enforcement of Law No. 11770/08, which created the program “Citizen Company”, allowing the extension of maternity leave in both private and public realms. This work also analyzes Law No. 13257/16, which creates a system of special protection to early childhood, making it possible, among other things, to extend paternity leave in both public and private sectors. Additionally, this paper verifies the legal possibilities of accumulating public positions, dealing with the antinomy created by the differentiation of treatment between workers who have two private jobs and the servants who legally occupy two public positions: the former had the possibility of extending the leave in only one of the jobs; the latter was denied such possibility. From the systematic interpretation of the legal order, this work demonstrates the possibility of not applying the decrees 6690/08 and 8737/16 to civil servants who legally accumulate two positions until the moment the child is born and, by analogy, applying Article 5 of Decree No. 7052/09, allowing the enjoyment of the extension of pregnancy leave (or paternity leave), even though it is guaranteed only by the bond with the Federal entity.

Keywords: Maternity leave. Paternity leave. Extension. Systematic interpretation. Accumulation of public positions.

CIP - Catalogação na Publicação

Magero, Camila Boff

A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA GESTANTE E DA LICENÇA
PATERNIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL NOS CASOS DE
ACUMULAÇÃO LEGAL DE CARGOS PÚBLICOS DIANTE DA VEDAÇÃO
CONTIDA NO ARTIGO 4º DA LEI 11.770/08: UMA ANÁLISE À
LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA
/ Camila Boff Magero. -- 2017.
40 f.

Orientador: Álvaro José Bettanin Carrasco.

Trabalho de conclusão de curso (Especialização) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Especialização em Direito, Porto Alegre,
BR-RS, 2017.

1. Licença-maternidade. 2. Licença-paternidade. 3.
Prorrogação. 4. Interpretação Sistemática. 5.
Acumulação de Cargos Públicos.. I. Carrasco, Álvaro
José Bettanin, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

SUMÁRIO

1	Introdução	7
2	A LICENÇA À GESTANTE E A LICENÇA PATERNIDADE.....	9
2.1	Conceitos e Previsão no Ordenamento Jurídico.....	9
2.2	Histórico Legislativo no Brasil	11
2.3	O Programa Empresa Cidadã e a Regulamentação pelo Poder Público no Âmbito Federal	15
3.	HIPÓTESES DE ACUMULAÇÃO LEGAL DE CARGOS PÚBLICOS	23
3.1	Breve Análise Histórica	23
3.2	Previsão Constitucional Atual.....	24
4	O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 5º DO DECRETO Nº 7.052/09 AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS	26
4.1	O Princípio Constitucional de Proteção à Família	26
4.2	A interpretação por analogia	28
5	CONCLUSÃO.....	36
	REFERÊNCIAS	38

1 Introdução

O trabalho tem como objetivo elaborar um estudo através da análise de bibliografia, legislação e jurisprudência sobre a temática da licença à gestante e da licença-paternidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se refere à possibilidade de sua prorrogação para os casos em que o servidor público federal acumule cargos legalmente.

A relevância do tema se justifica diante do advento da Lei 11.770/08, que institui o Programa Empresa Cidadã, cujo objetivo principal foi a possibilidade de prorrogação da licença-maternidade no âmbito das empresas que aderissem ao programa. A norma estendeu, ainda, a possibilidade de prorrogação das licenças às servidoras da administração pública direta, indireta e fundacional, que ficaram autorizadas a instituir programas contemplando a possibilidade de prorrogação.

O tema ganha ainda mais relevância com a publicação da Lei 13.257, de 8 de março de 2016, que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância e, dentre outras garantias, possibilita a prorrogação também da licença-paternidade, alterando a Lei 11.770/08.

As alterações do ordenamento jurídico brasileiro refletem a conscientização por parte do poder público da necessidade de um maior cuidado com a primeira infância, demonstram, ainda, uma pequena vitória das mães trabalhadoras ao verem a possibilidade da prorrogação não somente da sua licença-maternidade/gestante, mas também na possibilidade de prorrogação do período de licença paternidade, o que reflete a preocupação com a formação do vínculo paterno e simboliza a necessidade de desvinculação da exclusividade da figura feminina nos cuidados com os filhos.

Quanto à especificidade do recorte dado à pesquisa realizada, ou seja, os casos em que há acumulação legal de cargos públicos, o mesmo se justifica diante da possibilidade de um servidor público vinculado a dois entes públicos distintos poder gozar da prorrogação da licença em apenas um deles.

Portanto, interessa para a análise proposta os casos de servidores públicos federais que acumulem legalmente seu cargo com outro cargo junto a ente federado diverso, por exemplo estado ou município, onde há grande chance de não haver previsão para a prorrogação das licenças. A necessidade de análise se justifica porque o STJ já decidiu que a prorrogação é facultativa e depende de regulamentação para o caso dos servidores públicos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDORA PÚBLICA. LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO. LEI N.º 11.770/2008.

NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LOCAL. PRECEDENTES.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebe-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. O disposto no art. 2º da Lei n.º 11.770/08 não é auto-aplicável para os entes públicos estaduais e municipais, dependendo de regulamentação local.

3. Agravo regimental improvido.

(EDcl no REsp 1311787/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013). Grifei

Nesses casos, cumpre analisar a legislação e a finalidade para qual a mesma foi criada, verificando as possibilidades sob o prisma dos princípios constitucionais, especialmente o princípio de proteção à família.

2 A LICENÇA À GESTANTE E A LICENÇA PATERNIDADE

Inicialmente há a necessidade de esclarecer a terminologia a ser utilizada no trabalho. A opção por utilizar o termo **licença à gestante** ocorre em razão do previsto na Lei 8.112/90, que, em seu artigo 207 assim o faz: “Art. 207. Será concedida à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.” Considerando-se que o objeto a ser analisado a situação das servidoras públicas federais, parece a melhor opção a ser feita.

Contudo, cumpre mencionar que há outras nomenclaturas utilizadas no ordenamento jurídico para nominar o afastamento remunerado do trabalho em razão do nascimento ou da adoção.

A Convenção nº 103 da OIT, em seu artigo III – 1 utiliza licença de maternidade. A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, XVIII, se refere à licença à gestante. Já na CLT, artigo 392, encontramos o termo licença-maternidade e, por fim, a Lei 8.213/91 menciona salário-maternidade.

Quanto ao termo licença-paternidade, não é necessário maior esclarecimento, uma vez que a legislação é uniforme quanto à sua utilização.

2.1 Conceitos e Previsão no Ordenamento Jurídico

O ordenamento jurídico brasileiro protege a maternidade e os cuidados com o recém-nascido no âmbito trabalhista, previdenciário e administrativo. Considerando-se o enfoque que se pretende dar ao trabalho, a matéria será tratada de forma mais aprofundada no campo do direito constitucional e administrativo. A legislação trabalhista será utilizada para fins de demonstrar a evolução histórica dos objetos analisados.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 6º a proteção à maternidade e à infância: “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.”

Já o artigo 7º, nos incisos XVIII, XIX disciplina a licença à gestante e a licença-paternidade:

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;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

O parágrafo primeiro do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), por sua vez, informa que: “§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

Por força do disposto no artigo 39, § 3º da Constituição Federal de 1988, foram estendidos aos servidores públicos do regime próprio, dentre outros, o direito à licença à gestante e à licença-paternidade: “§ 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.”

A Lei nº 8.112/90 disciplina a matéria no âmbito do serviço público federal nos artigos 184, II, 185, 208 e 207:

Art. 184. O Plano de Seguridade Social visa a dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e sua família, e compreende um conjunto de benefícios e ações que atendam às seguintes finalidades:

(...)

II - proteção à maternidade, à adoção e à paternidade;

Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

I - quanto ao servidor:

(...)

e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade;

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

§ 1º A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica.

§ 2º No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto.

§ 3º No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a exame médico, e se julgada apta, reassumirá o exercício.

§ 4º No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a 30 (trinta) dias de repouso remunerado.

Art. 208. Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.

Os conceitos da licença à gestante e da licença-paternidade podem ser extraídos da legislação acima indicada e constituem o período de afastamento remunerado concedido aos servidores por ocasião do nascimento dos filhos ou da adoção.

Contudo, cumpre salientar que a proteção à maternidade e à infância possuem caráter mais amplo e estão classificadas na Constituição como direito fundamental social:

O direito fundamental social à proteção à maternidade e à infância encontra-se consagrado no art. 6º, caput, da CF. Uma adequada compreensão do âmbito de proteção do direito (considerado no conjunto) apenas se revela possível quando se leva a sério a relação com outros direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, bem como do regime jurídico-constitucional de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 227, da CF), apenas para ilustrar com alguns exemplos. Tem-se como parâmetro para a caracterização do âmbito normativo de tal direito todo o período compreendido entre a concepção, gestação (por exemplo, atendimento pré-natal), nascimento e primeiros anos de vida da criança, tanto sob a perspectiva da mulher quanto da criança, de modo a assegurar a proteção de todos os direitos fundamentais que permeiam a relação mãe-filho e o bem-estar de ambos, tudo no sentido de uma exegese compreensiva de todas as dimensões relacionadas à maternidade. (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 665)

2.2 Histórico Legislativo no Brasil

A análise da evolução histórica dos institutos objeto de estudo no trabalho tem por base a obra de Marcelo Borges de Figueiredo e Marcela Gallo de Oliveira (2007) e faz uma abordagem ampla, incluindo o Regime Geral de Previdência Social.

Segundo os autores:

A Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824 e a primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, nada dispuseram sobre gestante ou maternidade.

Uma norma meramente programática, sem resultado concreto, dispunha que “A Constituição também garante socorros públicos “aos cidadãos

brasileiros (art. 179, n. 31 da Constituição Imperial de 1824). (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007. Pg. 21)

O surgimento da proteção do trabalho feminino no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, “que conferiu a licença à mulher grávida durante as quatro semanas anteriores e a quatro semanas posteriores ao parto, com remuneração parcial pelas Caixas de seguro social ou à sua falta, pelo próprio empregador (arts. 7º, 9º e 14).” (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007. Pg. 21).

Em 1934 o Brasil ratifica a Convenção nº 3 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 423, de 12 de novembro de 1935. A Convenção é fruto da Primeira Conferência Internacional da OIT, realizada no ano de 1919 e dispunha que:

a mulher não seria autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas depois do parto (art. 3º, a); teria direito de deixar o seu trabalho, mediante atestado médico prevendo o parto provavelmente em seis semanas (art. 3º, b); receberia durante todo o respectivo período e que permanecesse ausente, uma indenização para a sua manutenção e a do seu filho, paga pelos cofres públicos ou satisfeita por meio de um sistema de seguros (art. 3º, c); teria direito a duas folgas [intervalos] de meia hora para amamentação ou aleitamento (art. 3º, d); considerava ilegal a dispensa em caso de afastamento mais longo, por doença resultante da gravidez ou do parto, pelo prazo fixado pela autoridade competente (art. 4º).

Atribuía-se aos cofres públicos ou ao sistema de seguros o pagamento de denominada indenização em foco (art. 3º, c), com o objetivo de não onerar o respectivo empregador e estimular a contratação de mulheres.

Ratificada pelo Brasil em 1934, referida convenção foi promulgada pelo Decreto n. 423, de 12 de novembro de 1935, mas foi desrespeitada por vários diplomas legais brasileiros que atribuíram o respectivo pagamento ao empregador, até a véspera da vigência da Lei n. 6.136, de 7 de novembro de 1974. (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007. p. 22).

A Constituição Brasileira de 1934 é a primeira a tratar da proteção à gestante e à maternidade sem, contudo, fixar a duração do período de repouso e sem mencionar de forma expressa a estabilidade da gestante.

Assim, também o fez a Constituição Federal de 1937, vez que não mencionou o prazo da licença e a estabilidade da gestante. Também não atribuiu aos cofres públicos ou ao seguro o pagamento pelo afastamento da mulher.

Em 1º de maio de 1943 a CLT é aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, “trouxe um capítulo sobre a proteção do trabalho da mulher (arts. 372 a 401), subdividido e,

seis seções, a penúltima cuida da proteção à maternidade (arts. 301 a 400).” (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007, p. 23)

Quanto à proteção à maternidade, a redação originária da CLT

proibia o ‘trabalho da mulher grávida no período de quatro (4) semanas antes e oito (8) semanas depois do parto’ (art. 392); garantia a licença de doze semanas inclusive no caso de parto antecipado (art. 392, § 3º); determinava que, em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderiam ser aumentados de mais duas semanas cada um, mediante atestado médico (art. 392, § 2º); impunha ao empregador o ônus de pagar os salários à gestante durante o referido período de afastamento (art. 393). (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007, p. 24)

Surge, também com a CLT a previsão de afastamento do trabalho para o pai, em razão do nascimento do filho. A redação original do art. 473, parágrafo único era a seguinte:

Art. 473. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário e por tempo não excedente de dois dias, em caso de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira profissional, viva sob sua dependência econômica.

Parágrafo único. Em caso de nascimento de filho, o empregado poderá faltar um dia de trabalho e no correr da primeira semana, para o fim de efetuar o registro civil, sem prejuízo de salário.

A Constituição Federal de 1946, trouxe mais proteção à gestante, sem, contudo, fixar ainda a duração da licença. No art. 157, X, previa o “direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;” Os autores já citados afirmam que:

Devia a norma infraconstitucional dispor sobre a duração da licença-maternidade e predominava, no Tribunal Superior do Trabalho”, o entendimento de que a expressão sem prejuízo do emprego nem do salário não implicava em estabilidade para a gestante. (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007, p. 24)

O Brasil ratificou a Convenção nº 103 da OIT através do Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966:

No âmbito internacional a Convenção n. 3 foi revista pela Convenção n. 103, de 1952, sobre proteção à maternidade, abrangendo: a) todas as mulheres empregadas em trabalhos industriais, não industriais, agrícolas e em domicílio (art. I, 1); b) licença-maternidade mediante atestado médico com indicação da data provável do parto (art. III, 1); c) duração da licença

de pelo menos 12 semanas, parte antes e parte após o parto (art. III, 2); d) licença após o parto com duração mínima de 6 semanas, mesmo em caso de parto depois da data estimada (art. III, 3 e 4); e) em caso de doença confirmada por atestado médico como decorrente da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar (art. III, 5); f) em caso de doença confirmada por atestado médico como decorrente do parto, prorrogação da licença pelo prazo fixado na legislação nacional (art. III, 6); g) direito da mulher a prestações em espécie e a assistência médica durante tais afastamentos (art. IV, 1); h) prestações em espécie suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho, segundo um padrão de vida apropriada (art. IV, 2); i) assistência médica pré-natal, durante e após o parto, com possibilidade de escolha pela beneficiária, se necessário, do médico e do estabelecimento público ou privado (art. IV, 3); j) prestações em espécie, assistência médica, nos moldes de um sistema de seguro obrigatório ou mediante pagamentos efetuados por fundos públicos, em favor de todas as mulheres que preenchem as condições estipuladas (art. IV,4). (FIGUEIREDO e OLIVEIRA, 2007, p. 25).

A Constituição Federal de 1967 assegurou o descanso remunerado à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário e garantiu que a Previdência Social seria responsável pela proteção à maternidade, mediante contribuição do empregado, do empregador e da União (artigo 165, XI e XVI).

A Emenda Constitucional de 1969 manteve a proteção destinada à maternidade mantendo a redação do artigo 165 da Constituição Federal de 1967, nos seus incisos XI e XVI.

A Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974 incluiu o salário-maternidade entre as prestações previdenciárias. O benefício era pago pelo empregador que poderia compensar dos seus recolhimentos previdenciários.

Finalmente é promulgada a Constituição Federal de 1988, que trata da proteção à maternidade e passa a tratar também de forma explícita da licença-paternidade (artigos 6º, 7º incisos XVIII, XIX e parágrafo 1º do artigo 10 do ADCT), segundo já mencionado no item anterior.

No que diz respeito ao servidor público, conforme também já mencionado, a Lei que regula a matéria é a Lei 8.112/1990, que prevê a possibilidades das licenças nos artigos 184, 185, 207 e 208.

2.3 O Programa Empresa Cidadã e a Regulamentação pelo Poder Público no Âmbito Federal

Em 8 de setembro de 2008 foi promulgada a Lei 11.770, que criou o Programa Empresa Cidadã. O projeto de lei foi apresentado pela Senadora Patrícia Saboya e tinha como objetivo prorrogar a licença-maternidade, mediante concessão de incentivo fiscal às empresas que aderissem ao programa. Havia, ainda, a previsão para que a Administração Pública direta e indireta instituisse o programa e garantisse a prorrogação da licença maternidade para suas servidoras.

A Relatora do projeto na Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público, Deputada Thelma de Oliveira, fez as seguintes considerações ao votar pela aprovação do projeto:

Depois de mais de dois anos de discussões com a sociedade civil foi aprovada na Comissão de Direitos Humanos do Senado, por unanimidade, a presente proposição que prorroga de quatro para seis meses, em caráter facultativo, a licença-maternidade. Em revisão, nesta Casa, essa grande conquista que beneficia não só as mães, mas todo o povo brasileiro, recebeu total apoio da Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP). A medicina definitivamente reconhece que o afeto e a estimulação adequados que o bebê recebe de quem o cerca nos seis primeiros meses é que irão determinar o número de ligações que serão feitas entre os neurônios e o seu desenvolvimento

Dados da SBP registram que a amamentação durante esse período reduz em 17 vezes as chances de a criança ter pneumonia, e 5,4 a incidência de anemia e em 2,5 a possibilidade de diarreia, ou seja, dois meses a mais de convivência direta com a mãe se tornam altamente significativos, tanto para a mãe que se prepara melhor para deixar em casa, aos cuidados da babá, uma criança que já está em condições de ser introduzida em outra fase de alimentação.

Essa maior tranquilidade também reflete no desempenho do trabalho realizado pela mãe na empresa, pois o desmame precoce expõe o bebê a um número maior de doenças, o que exige afastamentos sistemáticos da mãe ou o atendimento precário feito por estranhos. (Projeto de Lei nº 2.513 – B. 2007).

Em tramitação na Comissão de Seguridade Social e Família, a relatora, Deputada Rita Camata também aprovou o projeto de lei apresentado, com a seguinte justificativa:

De acordo com a Sociedade Brasileira de Pediatria, idealizadora do projeto, são nos primeiros seis meses a partir do nascimento que se pode estimular fatores determinantes no desenvolvimento físico, emocional e intelectual da criança.

Neste sentido vem a indicação do Ministério da Saúde de que o recém-nascido deve alimentar-se exclusivamente de leite materno até os seis meses de vida. Tal recomendação tem amparo em descobertas mais recentes da neurociência, revelando que o cérebro cresce de forma mais intensa nos três últimos meses de gestação e nos seis seguintes.

Hoje, com a licença-maternidade de 120 dias, é comum vermos as mulheres gestantes não utilizarem suas férias anuais para só usufruir delas após o término da licença. Isso, para evitar a introdução de outros alimentos na dieta dos bebês, porque com os 120 dias já aos 3 meses é necessária uma adaptação para o retorno à rotina profissional. Ao acrescentar o período de férias à licença maternidade as mães podem manter a exclusividade da amamentação por mais tempo.

Além da questão nutricional, há também outras necessidades do recém nascido, que merecem especial atenção neste primeiro semestre da vida, como vínculo afetivo, segurança, saúde, vacinação, etc., as quais poderão ser supridas de forma adequada com a presença materna. (Projeto de Lei nº 2.513 – B. 2007).

O projeto de lei acabou aprovado em plenário, restando garantida a prorrogação do salário-maternidade à empregada das empresas que aderissem ao programa. Restou, ainda, autorizada a Administração Pública a criar programa próprio que beneficiasse suas servidoras.

A redação original da Lei 11.770/08 era a seguinte:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

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.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.

Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade de que trata esta Lei, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no caput deste artigo, a empregada perderá o direito à prorrogação.

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.

No âmbito da Administração Pública Federal a matéria foi objeto de regulamentação pelo Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante.

Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A prorrogação será garantida à servidora pública que requeira o benefício até o final do primeiro mês após o parto e terá duração de sessenta dias.

§ 2º A prorrogação a que se refere o § 1º iniciar-se-á no dia subsequente ao término da vigência da licença prevista no art. 207 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou do benefício de que trata o art. 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no **caput** será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção:

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991:

- a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;
- b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e
- c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990:

- a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e
- b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, inciso II, alínea "b", considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

§ 5º A prorrogação da licença será custeada com recurso do Tesouro Nacional.

Art. 3º No período de licença-maternidade e licença à adotante de que trata este Decreto, as servidoras públicas referidas no art. 2º não poderão exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de ocorrência de quaisquer das situações previstas no **caput**, a beneficiária perderá o direito à prorrogação, sem prejuízo do devido ressarcimento ao erário.

Art. 4º A servidora em gozo de licença-maternidade na data de publicação deste Decreto poderá solicitar a prorrogação da licença, desde que requerida até trinta dias após aquela data.

Art. 5º Este Decreto aplica-se à servidora pública que tenha o seu período de licença-maternidade concluído entre 10 de setembro de 2008 e a data de publicação deste Decreto.

Parágrafo único. A servidora pública mencionada no **caput** terá direito ao gozo da licença pelos dias correspondentes à prorrogação, conforme o caso.

Art. 6º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá expedir normas complementares para execução deste Decreto.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

Nova evolução legislativa ocorreu no ano de 2016, quando foi promulgada a Lei 13.257, de 8 de março de 2016. A lei, segundo dispõe seu artigo 1º “estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano”.

Da análise do projeto de lei que tramitou no Congresso Nacional, é possível concluir que o tema foi amplamente debatido pela sociedade civil, através de uma sequência de audiências públicas realizadas em todo o território nacional, fato que dá ainda mais legitimidade para a decisão do legislador.

O Relator do Projeto, Deputado João Ananias, ressaltou a importância do tema, a importância da proteção à primeira infância, em especial destaque:

O mérito da Proposição é sobejamente claro. São altamente convincentes os argumentos sumarizados na Justificação sobre as razões de trazer a Primeira Infância para o foco da atenção das políticas públicas e acrescentar itens no Estatuto da Criança e do Adolescente que ampliam as oportunidades de garantir melhores condições de vida e desenvolvimento às crianças. As evidências científicas sobre o significado das primeiras experiências na infância, dos efeitos dos cuidados dispensados à criança desde a fase gestacional, durante o parto e pós-parto e nos primeiros anos de vida já fazem parte do conhecimento não apenas nos meios especializados, mas nos ambientes do trabalho cotidiano. São também conhecidas as consequências da falta de atenção, do descuido na infância, do não estabelecimento do vínculo mãe/bebê.

Sustentam, também, o mérito do Projeto os argumentos da justiça social e da redução das desigualdades a partir da infância, da construção da equidade no ponto de partida da vida humana e os efeitos do cuidado e educação infantil desde o nascimento. E, mais que todos, vale o argumento do direito de toda criança à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de estar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, consoante o art. 227 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse conjunto amplo de razões expõe a dimensão política e a relevância social deste Projeto de Lei.

[...]

Se cabe a opinião de que é um projeto sonhador, cabe, igualmente, a afirmação de que “para conquistar o futuro, é preciso, primeiro, sonhá-lo” (Blaise Pascal). Ora, “o melhor modo de realizar um sonho é despertar”, escreve o poeta Paul Valéry. Mais que um despertar – porque as famílias, grandes segmentos da sociedade e muitos governos já estão bem

acordados para o significado da Primeira Infância, – este Projeto almeja uma ação pública propiciadora de condições de vida mais plena e experiências pertinentes ao amplo desenvolvimento das capacidades das crianças, justamente no período mais sensível à sua influência.

É nosso dever moral e político deixar as crianças viverem – e assegurar condições para que vivam - a vida infantil com as características que lhe são próprias. Características essas de liberdade com a experiência de limites, da curiosidade que conduz à descoberta e ao conhecimento, da iniciativa e criatividade, da dependência que avança com tenacidade para a autonomia, com espaço e tempo para brincar como forma própria de ser criança e viver a infância (Grifo nosso) (Projeto de Lei nº 6.998. 2013).

Nas palavras de Samuel Spellmann (2016, p. 117):

O marco legal, no objetivo de melhor realizar os ditames dos arts. 226 e 227, da Constituição Federal, dá andamento à salvaguarda da infância, dispondo sobre a proteção a seus direitos difusos em áreas prioritárias (art. 5º, da Lei 13.257/16), estabelecendo para tanto uma divisão temporal nessa. Cria-se assim a primeira infância, período que abrange os seis primeiros anos ou setenta e dois meses da vida da criança (art. 2º, da Lei nº 13.257/16).

A Lei dispõe sobre o fortalecimento de vínculos da criança com sua família e sua comunidade, este devendo ser apoiado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 13, da Lei 13.257/16). Além disso, cria a Política Nacional integrada para a Primeira Infância (art. 6º, da Lei nº 13.257/16) e dá prioridade às famílias que se encontrem em situações de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados (art. 14, § 2º, da Lei nº 13.257/16), bem como a gestantes (art. 14, § 3º da Lei 13.257/16).

No que diz respeito à matéria objeto de estudo, a Lei 13.257/16 alterou a Lei 11.770/08, para possibilitar a prorrogação, além da licença-maternidade já garantida, da licença-paternidade pelo período de 15 dias além dos 5 dias previstos no art. 10, § 1º da ADCT. A matéria ficou assim regulada pela Lei 11.770/08:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

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.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

I - a empregada terá direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

II - o empregado terá direito à remuneração integral. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade de que trata esta Lei, a empregada e o empregado não poderão exercer nenhuma atividade remunerada, e a criança deverá ser mantida sob seus cuidados. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no **caput** deste artigo, a empregada e o empregado perderão o direito à prorrogação. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Grifo nosso).

A matéria teve nova regulamentação no âmbito da Administração Pública Federal, com a edição do Decreto nº 8.737/2016, que regula a prorrogação da licença-paternidade para os servidores públicos regidos pela Lei nº 8.112/90, nos seguintes termos:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Prorrogação da Licença Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 2º A prorrogação da licença-paternidade será concedida ao servidor público que requeira o benefício no prazo de dois dias úteis após o nascimento ou a adoção e terá duração de quinze dias, além dos cinco dias concedidos pelo art. 208 da Lei nº 8.112, de 1990.

§ 1º A prorrogação se iniciará no dia subsequente ao término da licença de que trata o art. 208 da Lei nº 8.112, de 1990.

§ 2º O disposto neste Decreto é aplicável a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

§ 3º Para os fins do disposto no § 2º, considera-se criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos.

Art. 3º O beneficiado pela prorrogação da licença-paternidade não poderá exercer qualquer atividade remunerada durante a prorrogação da licença-paternidade.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto neste artigo implicará o cancelamento da prorrogação da licença e o registro da ausência como falta ao serviço.

Art. 4º O servidor em gozo de licença-paternidade na data de entrada em vigor deste Decreto poderá solicitar a prorrogação da licença, desde que requerida até o último dia da licença ordinária de cinco dias.

Assim, as normas que atualmente regulam a matéria no âmbito da Administração Pública Federal permitem a prorrogação da licença-gestante por mais 60 dias e da licença-paternidade por mais 15 dias.

Para ambos os casos o art. 4º da Lei 11.770/08 exige que a criança fique sob os cuidados do servidor que teve a licença prorrogada e que o mesmo não exerça nenhuma atividade remunerada.

A proibição do exercício de qualquer atividade remunerada foi mantida tanto no decreto que regula a prorrogação da licença-maternidade (art. 3º do Decreto 6.690/08) quanto no que regula a licença-paternidade (art. 3ª do Decreto 8.737/16).

Contudo, no âmbito da iniciativa privada, para os trabalhadores regidos pela CLT, a regulamentação da matéria encontrou diferente solução. O Decreto nº 7.052/09 trouxe a seguinte regulamentação em seu artigo 5º:

Art. 5º No período de licença-maternidade e licença à adotante de que trata este Decreto, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada, salvo nos casos de contrato de trabalho simultâneo firmado previamente, e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de ocorrência de quaisquer das situações previstas no **caput**, a beneficiária perderá o direito à prorrogação. Grifei

Assim, para o setor privado, parece que o legislador foi mais abrangente em sua previsão dos fatos da vida cotidiana. Talvez diante da maior frequência de acumulação de dois ou mais vínculos de trabalho no setor privado a matéria acabou melhor regulada, vez que contempla a previsão de exceção à regra da proibição de exercício do trabalho remunerado quando ocorrer a prorrogação da licença-maternidade em apenas um desses vínculos.

É justamente sobre a ausência de previsão idêntica para o setor público, especificamente para os servidores públicos federais que o trabalho em curso encontra justificativa.

Considerando que a Constituição Federal de 1988, ainda que por regra geral proíba a acumulação de cargos públicos, prevê exceções legítimas para sua acumulação é que o servidor público federal que acumula de forma legal dois cargos públicos poderá encontrar dificuldades no gozo da prorrogação das licenças garantidas por lei.

Vejamos, caso um servidor federal requeira a prorrogação junto à União ou suas autarquia e fundações e seja titular de outro cargo público em um Município, por exemplo, que não possibilite dita prorrogação aos seus servidores, ficará o mesmo impedido também de gozar a prorrogação no âmbito federal diante da norma no art. 4º da Lei nº 11.770/08?

Buscaremos dar resposta ao questionamento apontado no curso do trabalho, especialmente no capítulo 4, que fará uma análise da interpretação sistemática e por analogia da regulamentação da matéria junto ao setor privado.

3. HIPÓTESES DE ACUMULAÇÃO LEGAL DE CARGOS PÚBLICOS

No que interessa para o objeto de estudo, será feita uma breve análise da possibilidade jurídica de acumulação de cargos públicos, para que seja possível analisar sob esse enfoque a aplicação da norma contida no Art. 4º da Lei 11.770/08.

3.1 Breve Análise Histórica

Segundo Diogenes Gasparini (2006, p. 183):

A regra da não-acumulação foi instituída pela primeira vez em 1822, por decreto de José Bonifácio, para impedir que a mesma pessoa ocupasse “mais de um ofício ou emprego” e por eles recebesse os correspondentes vencimentos, sem desempenhá-los a contento, no interesse da Administração. Essas mesmas razões levaram os constituintes de 1988, a exemplo dos anteriores, a mantê-la na atual Constituição, conforme alterações introduzidas pela EC nº 19/98”

A análise histórica feita no trabalho foi extraída de artigo elaborado por Edimur Ferreira de Faria e Cristina Fortini (2009).

A Constituição Federal de 1934 já continha a proibição para a acumulação de cargos públicos, bem como dispunha sobre as exceções à regra:

A Constituição de 1934 cuidou da matéria no art. 172. O *caput* desse artigo prescreve que a acumulação de cargos públicos remunerados é vedada na União, nos Estados e nos Municípios. Esse comando é, todavia, excepcionado pelo § 1º do mesmo artigo. Citado dispositivo estatui que não são alcançados pela regra da cabeça do artigo em referência os cargos do magistério e técnico-científico. Esse preceito faculta, então, o exercício cumulativo de cargos do magistério e um cargo técnico-científico, mesmo tratando-se de servidor administrativo, condicionado à compatibilidade de honorários para o exercício das funções dos cargos. A regra é silente quanto ao número de cargos que podem ser acumulados.” (FARIA e FORTINI, 2009, p. 76)

A Constituição de 1937 trouxe apenas a proibição da acumulação dos cargos públicos, em seu artigo 159, nada mencionando sobre possíveis exceções à regra.

Já a Constituição de 1946 trouxe novamente a possibilidade de exceção à regra da proibição de acumulação de cargos públicos. O artigo 185 tinha a seguinte redação: “Art 185 - É vedada a acumulação de quaisquer cargos, exceto, a prevista no art. 96, nº I, e a de dois cargos de magistério ou a de um destes com outro

técnico ou científico, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.”

O artigo 96, I dispunha que “Art 96 - É vedado ao Juiz: I - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo o magistério secundário, e superior e os casos previstos nesta Constituição, sob pena de perda do cargo judiciário;”.

A Constituição de 1967 previu em seu artigo 97 a vedação da acumulação de cargos. Contudo, manteve como exceção a acumulação de cargos: “a) a de juiz com um cargo de professor; b) a de dois cargos de professor; c) a de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico; d) a de dois cargos privativos de médico.” (FARIA e FORTINI, 2009, p. 77).

Já a Emenda Constitucional nº 01/69 trouxe poucas alterações ao texto original.

A disciplina da Constituição Federal de 1988 sobre a matéria será objeto do próximo item.

3.2 Previsão Constitucional Atual

A Constituição Federal de 1988 mantém a proibição de acumulação de cargos públicos. Contudo, permanecem ressalvadas algumas exceções (art. 37, XVI): “a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.” (FARIA e FORTINI, 2009, p. 78).

A proibição de acumular, nos termos do inciso XVII se estende aos demais entes administrativos: “XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”

Deve, ainda, nos termos do inciso XVI, respeitar a compatibilidade de horários e o teto remuneratório fixado pelo inciso XI do mesmo artigo 37.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 689):

A vedação atinge, por conseguinte, a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções na Administração Direta e Indireta, seja dentro de cada uma, seja entre dois setores da Administração entre si. Por outro lado, observa-se certa controvérsia no que tange à inclusão ou não, no art. 37, XVII, da CF, de empregos em empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista serem elas pessoas de direito privado. Em nosso entender, o mandamento constitucional não dá margem a qualquer dúvida, pois que a vedação tem por destinatária a Administração Pública, envolvendo, portanto, a Administração Direta e Indireta. Assim, é inconstitucional a acumulação de emprego em duas empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou em uma sociedade de economia mista e uma empresa pública.

Mais adiante, o autor afirma que:

O fundamento da proibição é impedir que o acúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência. Além disso, porém pode-se observar que o Constituinte quis também impedir a acumulação de ganhos em detrimento da boa execução das tarefas públicas. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 689-690).

Este, portanto, é o panorama utilizado para análise do disposto no art. 4º da Lei 11.770/2008, a hipótese em que poderá ocorrer a acumulação legal de dois cargos públicos, ou seja, em que o servidor federal exerça também outra atividade remunerada permitida pelo ordenamento jurídico.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 5º DO DECRETO Nº 7.052/09 AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

4.1 O Princípio Constitucional de Proteção à Família

A Constituição Federal, no seu art. 226 afirma que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

O modelo de família apresentado pela Constituição apresenta inovações em comparação às constituições anteriores. No entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015, p. 407):

a Lei Magna não vê liame necessário entre a família e o casamento, como se dava no direito constitucional a ela anterior. No que tange ao casamento, não somente ela aceitou o divórcio adotado por Emenda à Constituição anterior (n. 9/77), abandonando, pois, a indissolubilidade do vínculo matrimonial, mas também vem facilitando também dissolução, abolindo obstáculos, do que faz fé a Emenda Constitucional n. 66/2010.

A Constituição reconhece igualmente como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), embora neste passo preveja que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento.

[...]

Dois pontos ainda merecem ser destacados.

Um é o reconhecimento como entidade familiar de comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

Outro é o estabelecimento da plena igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º).

As mesmas considerações sobre a mudança no modelo da família trazida pela Constituição de 1988 também foram feitas por Sumaya Saady Morhy Pereira (2007. Fl. 90):

O modelo patriarcal e hierarquizado é profundamente alterado em decorrência do princípio da igualdade entre os membros da relação familiar e diante da inegável eficácia do princípio democrático nas relações familiares, em que marido e mulher, em condições de igualdade, assumem conjuntamente a direção familiar (art. 226, § 5º), e os filhos independentemente da forma de constituição do vínculo de filiação, possuem indistintamente os mesmos direitos (art. 227, § 6º) inclusive – e acima de tudo – o direito de que seus interesses sejam atendidos com prioridade no seio da família. No lugar da antiga versão patriarcal e hierarquizada surge a família democratizada, caracterizada por igualdade substancial (e não apenas formal) e por direção diáquica.”

Ainda segundo a autora (2007, p. 88) esse novo modelo de família:

passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.

Assim, em sendo a família considerada como instrumento de promoção da dignidade humana, resta justificada sua proteção estatal. A proteção conferida pelo Estado às famílias brasileiras pode ser extraída de outros preceitos da Constituição de 1988, no que interessa ao presente estudo, podemos destacar previsão do art. 6º e do caput do art. 227:

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

O princípio constitucional de proteção à família só resta garantido em função dos demais direitos contidos na Constituição e no ordenamento jurídico que garantem a efetiva proteção à maternidade e à infância. Cumpre salientar a natureza que essa proteção possui como sendo de direitos fundamentais sociais, conforme já mencionado no trabalho e, ainda:

O conjunto das disposições constitucionais específicas sobre a maternidade, a criança e os adolescentes, articulado com outros princípios e direitos fundamentais, forma o arcabouço e fundamento constitucional do sistema de proteção e promoção da maternidade e da infância (crianças e adolescentes) (SARLET; MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 667).

É sob essa perspectiva que deve ser interpretada a Lei 11.770/08, com as alterações introduzidas pela Lei 13.257/16, tendo-se em vista que ambos os

diplomas legais foram criados em busca de dar efetividade (ou eficácia social)¹ ao princípio constitucional de proteção à família, e também à proteção constitucional à maternidade e à infância.

4.2 A interpretação por analogia

A questão fundamental apresentada pelo trabalho é sobre a possibilidade de prorrogação da licença-gestante e da licença-paternidade para os casos de servidores públicos federais que acumulam legalmente dois cargos até o momento do nascimento da criança.

Explica-se, para que o servidor tenha direito à prorrogação garantida pela Lei 11.770/08 com as alterações da Lei 13.257/16 o ente público a que está vinculado deve necessariamente regular a questão para que o direito seja concedido.

No caso da União, incluindo suas autarquias e fundações a matéria restou regulada pelo Decreto 6.690/08, para a licença-gestante e pelo Decreto 8.737/16, para a licença-paternidade.

A dúvida reside no seguinte: caso o servidor federal não possua o mesmo direito garantido no seu segundo vínculo, será também impedido de gozar a prorrogação da licença junto ao vínculo federal?

Ambos os decretos condicionaram o gozo da licença ao afastamento dos servidores de qualquer atividade remunerada, (art. 3º do Decreto 6.690/08 e art. 3º do Decreto 8.737/16).

¹ Utilizamos a terminologia aplicada por Ingo W. Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Curso de Direito Constitucional, 2017, p.173:

“Assim sendo, em termos de síntese, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de - na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. O que não se pode esquecer é que o problema da eficácia social ou efetividade (aqui tomadas como equivalentes). Ambas - a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – representam facetas diversas do mesmo fenômeno, já que situadas em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligadas entre si, na medida em que ambas servem e são indispensáveis à realização integral do direito.”

Assim, também está redigido o art. 4º da Lei 11.770/08, impedindo o exercício de outra atividade remunerada no período da prorrogação e determinando que a criança fique sob os cuidados do titular da licença.

Contudo, a mesma lei e o mesmo dispositivo legal foram regulados de forma diversa para o setor privado, pelo Decreto 7.052/09:

Art. 5º No período de licença-maternidade e licença à adotante de que trata este Decreto, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada, salvo nos casos de contrato de trabalho simultâneo firmado previamente, e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Parágrafo único. Em caso de ocorrência de quaisquer das situações previstas no caput, a beneficiária perderá o direito à prorrogação (Grifo nosso).

Resta evidente a diferença de tratamento dado pelos decretos regulamentadores da norma que proíbe o exercício de qualquer trabalho remunerado no período da prorrogação da licença.

O questionamento proposto é sobre a possibilidade de não aplicação dos Decretos 6.690/08 e 8.737/16 para os casos de servidores públicos federais que acumulem legalmente dois cargos públicos, hipótese em que seria aplicado por analogia o art. 5º do Decreto 7.052/09.

Portanto, resta o questionamento sobre a possibilidade de ser não aplicação de uma norma válida no ordenamento jurídico. Cumpre salientar que não se está afirmando que o art. 4º da Lei 11.770/08 ou seus decretos regulamentadores sejam inconstitucionais, ao contrário, são normas plenamente válidas que, contudo, aparentam não ter feito a adequada previsão da realidade, uma vez que assim como no trabalho privado, também no serviço público é possível a acumulação legal de cargos ou a coexistência de dois vínculos de trabalho.

Assim, a norma citada é plenamente válida e aplicada para os casos em que o servidor público possui apenas um vínculo de trabalho. Portanto, para que goze da prorrogação da licença-gestante ou da licença-paternidade não poderá iniciar nova atividade remunerada no período.

É evidente a intenção da norma de proteger a criança e o desenvolvimento dos vínculos familiares logo após o nascimento. Assim, em busca dessa eficácia

social é que será analisada a possibilidade jurídica de aplicação por analogia do regramento destinado ao trabalho privado à hipótese de servidor público titular de dois cargos em que apenas um deles conceda o direito à prorrogação da licença.

Em busca da melhor interpretação do ordenamento jurídico para solucionar o problema proposto, serão utilizadas as lições de Juarez Freitas (2010, p. 63), para quem o:

sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Afirma o autor que a interpretação jurídica é por si só é sistemática, e que essa interpretação sistemática

deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação. (FREITAS, 2010, p. 82).

Então, em busca da melhor significação possível da norma, é necessário verificar se seria possível a sua não aplicação para possibilitar a aplicação de norma que disciplina situação semelhante, por analogia.

Para o desenvolvimento deste exercício serão utilizadas as lições de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 201-209), que enfrenta de forma específica a questão da antinomia envolvendo regras e quais seriam as possibilidades de deixar de aplicar a regra ao caso concreto. Questiona a autora:

Ou seja, há hipóteses em que a regra, perfeitamente válida em tese e pertinente no caso, parece desencadear um conflito insustentável com outros enunciados normativos. Como resolver esse conflito?

Após abordar a questão da necessidade de cumprimento às regras para que se tenha segurança jurídica e se respeite o Estado de Direito, a autora pondera a necessidade de análise dos casos em que a aplicação das regras válidas efetivamente gere uma injustiça:

Se a aplicação da regra, embora válida, gera uma situação de grave injustiça no caso concreto, as opções políticas formuladas pelo constituinte de 1988 oferecem de fato amplo suporte àquele que procure uma fórmula para superar a injustiça. Ao consagrar, e.g., a justiça, geral e social, como fins da República, o constituinte tornou difícil a convivência de decisões gravemente injustas dentro do sistema (BARCELLOS, 2005, p. 210).

A mesma autora formula três hipóteses para que se possa superar a questão da aplicação das regras injustas:

(i) em qualquer caso, a regra deverá ser interpretada de acordo com a equidade; que (ii) a regra poderá deixar de ser aplicada nas hipóteses de ser possível caracterizar a imprevisão legislativa. E que (iii) uma determinada norma, produzida pela incidência da regra, poderá ser declarada inconstitucional, ainda que o enunciado da regra permaneça válido em tese. Fora dessas hipóteses, isto, é, caso (afora o uso da equidade) não seja razoável demonstrar a imprevisão legislativa e não se possa sustentar de maneira consistente a inconstitucionalidade da norma particular, não será legítimo pretender afastar uma regra a pretexto de ponderá-la. (BARCELLOS, 2005, p. 2011-212).

No caso do objeto estudado, como afirmado anteriormente, parece não haver inconstitucionalidade, nem do art. 4º da Lei 11.770/08, nem dos dois decretos que o regulam para os servidores públicos federais (art. 3º do Decreto 6.690/08 e art. 3º do Decreto 8.737/16).

Uma vez que os mesmos estão de acordo com os princípios constitucionais de proteção à família, à maternidade e à criança. O que houve no caso concreto foi uma ausência de previsibilidade por parte do legislador daqueles casos que haveria mais de um vínculo de emprego, seja ele público ou privado.

No caso do setor privado a norma regulamentadora, o Decreto 7.052/09, supriu a lacuna para os casos em que a empregada tivesse mais de um contrato de trabalho firmado previamente. Contudo, no caso do servidor público restou mantida a proibição irrestrita do art. 4º da Lei 11.770/08, muito provavelmente porque a acumulação de cargos públicos no nosso ordenamento jurídico é exceção, não regra.

Caso aplicados os Decretos regulamentadores para os servidores públicos que acumulam cargos legalmente desde antes do nascimento, os mesmos seriam prejudicados em razão do exercício da dupla jornada e a criança restaria desassistida em período tão importante de sua formação.

Quando da análise do projeto de lei que criou o Programa Empresa Cidadã bem como do projeto de lei que criou a proteção especial à primeira infância é possível verificar com clareza que o legislador estava ciente da necessidade de ampliar os cuidados e o tempo de convívio dos pais com o recém-nascido, tendo como resultado a prorrogação da licença-gestante e da licença-maternidade. Resta, também, claro que as vedações impostas pelo art. 4^a da Lei 11.770/08 são adequadas, ou seja, os pais que requeiram a prorrogação da licença não podem exercer atividade remunerada, nem manter a criança sob os cuidados de creche ou escola, sendo evidente que o tempo de afastamento do trabalho se destina ao cuidado da criança.

Contudo, deixou o legislador de prever os casos que os pais possuem dois vínculos de emprego ou sejam titulares de dois cargos públicos antes do nascimento da criança e o benefício não seja outorgado por ambos os empregadores ou por ambos os entes públicos.

A matéria restou muito bem regulada para os casos da empregada privada, onde foi contemplada a hipótese de concessão do benefício ainda que a mesma seja obrigada a retornar ao trabalho em empresa não participante do programa.

Dessa forma, fica difícil sustentar que o mesmo tratamento não seja dado aos servidores públicos. Nesse sentido:

Trata-se da circunstância de a regra prosseguir perfeitamente válida; porém, ela vem a incidir sobre uma hipótese particular que é substancialmente diversa das situações-tipo para as quais foi planejada. Os elementos de fato que se consideram essenciais para provocar sua incidência não estão presentes naquele caso, embora do ponto vista linguístico o enunciado possa ser aplicado; há uma disparidade quanto aos pressupostos de fato entre aquele caso específico e as situações em geral às quais o dispositivo é aplicado comumente. Em suma: a situação específica não estava nas cogitações razoáveis do legislador; não foi prevista por ele pois, se o tivesse sido, a solução teria sido diversa. Há, aqui, como se vê, uma situação de imprevisibilidade e de substancial diferença entre o cenário planejado para a aplicação do enunciado e o caso (BARCELLOS, 2005, p. 229-230).

A questão aqui debatida é exatamente essa, caso o legislador tivesse previsto a possibilidade de pais com mais de um vínculo no serviço público antes do nascimento da criança, teria possibilitado o gozo da prorrogação da licença em apenas um deles, por questão de lógica, é melhor que a criança permaneça aos cuidados dos pais em apenas parte do período do que perca essa atenção de forma

integral pelo simples fato do pai ou da mãe acumular legalmente dois cargos públicos.

Parece razoável, portanto, que, para os casos de servidores públicos federais que acumulem dois cargos públicos até o momento do nascimento da criança e a possibilidade de prorrogação da licença seja concedida em apenas um deles, que seja aplicado o art. 5º do Decreto nº 7.052/09 e que seja afastada a aplicação do art. 3º do Decreto 6.690/08 e art. 3º do Decreto 8.737/16, mantida apenas para os casos de servidores públicos federais com vínculo único, do contrário não restaria concretizada no plano infralegal a matriz constitucional de proteção à infância, à maternidade e à família.

Ainda que se questione essa possibilidade sob o fundamento do princípio da legalidade que vincula a administração em razão de previsão constitucional, cumpre salientar que o princípio da legalidade não pode ser confundido com literalidade. O respeito à legalidade estrita não exclui a necessidade de extrair da norma um significado que esteja contido na interpretação sistemática do direito. Nesse sentido:

Dito de outra maneira, uma consciente interpretação tópico-sistemática do Direito Administrativo jamais poderá ser isolacionista ou hipertrofiar esta ou aquela diretriz, destituída da necessária conexão com a inteireza do sistema, em sua vocação teleológica. Toda exegese há de ser sistemática e hierarquizadora. Assim, a legislação infraconstitucional em matéria administrativa há e ser lida sob o prisma dos princípios fundamentais, nunca o contrário, se se quiser a instauração efetiva do respeito ao princípio da constitucionalidade no âmbito do Direito Administrativo.

Interpreta-se, aqui e em todos os pontos, qualquer norma singular com o escopo de, ao aplica-la, aplicar o sistema inteiro (FREITAS, 2010, p. 240).

Assim, parece correta a análise feita até o momento. Para corroborar o entendimento explicitado, cita-se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em que, ainda que não tratem exatamente da matéria debatida, utilizam o princípio da proteção à maternidade como critério interpretativo:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, 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. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua

adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolução CJF n  30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da crianç a adotada”. (RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT N  103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO N  58.821/66) - PROTEÇÃO   MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes   estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confianç a ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo   estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também,   licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7 , XVIII, c/c o art. 39,   3 ), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo

jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assiste-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inoocresse tal dispensa. Precedentes. (RE 634093 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00640 RSJADV jan., 2012, p. 44-47)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. MILITAR. ADMISSÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ISONOMIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO E ART. 10, II, b, DO ADCT. AGRAVO IMPROVIDO. I – As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, b, do ADCT. II – Demonstrada a proteção constitucional às trabalhadoras em geral, prestigiando-se o princípio da isonomia, não há falar em diferenciação entre servidora pública civil e militar. III - Agravo regimental improvido. (RE 597989 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011 EMENT VOL-02491-02 PP-00347)

Da análise feita no curso do trabalho, entende-se possível, através de uma interpretação sistemática do direito, levando em consideração os princípios constitucionais de proteção à família, à maternidade e à infância, aplicar por analogia o disposto no art. 5º do Decreto 7.052/09 para os casos de prorrogação de licença-gestante e licença-paternidade de servidores públicos federais que acumulem dois cargos públicos legalmente até o momento do nascimento da criança e só tenha garantida a prorrogação junto ao vínculo federal.

5 CONCLUSÃO

A análise da evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro dos institutos da licença-maternidade e da licença-paternidade serviu para demonstrar como foi lenta sua evolução e como foi difícil para a sociedade brasileira e por consequência o legislador e o poder públicos se conscientizarem da importância da garantia de proteção à família, à maternidade e à infância.

Com o surgimento da Constituição de 1988 esses anseios restaram positivados, tocando ao legislador regular a matéria para que se chegasse a efetividade social dos preceitos constitucionais.

O marco legal da matéria pode ser considerado a Lei 11.770/08, que institui o Programa Empresa Cidadã e cria a possibilidade de prorrogar a licença-maternidade às empregadas das empresas que aderissem ao programa, além que permitir que o poder público regulasse a matéria e estendesse o benefício às servidoras.

O programa foi complementado pela Lei 13.257/16, que criou uma rede de proteção à primeira infância, e, dentre outras garantias, permitiu a prorrogação também da licença-paternidade.

O trabalho buscou solucionar uma aparente antinomia no ordenamento jurídico, vez que para os casos de servidores públicos federais que acumulem cargos legalmente, o ordenamento não prevê a possibilidade de prorrogação da licença se não houver essa possibilidade em ambos os entes públicos (art. 3º do Decreto 6.690/08 e art. 3º do Decreto 8.737/16), fato esse que é visivelmente contrário aos princípios acima elencados: da proteção à família, à maternidade e à infância. Ainda mais, porque previsão diversa foi destinada à empregada do setor privado, a quem foi garantido o gozo da prorrogação da licença, ainda que em apenas um dos vínculos, desde que o mesmo tivesse iniciado antes do nascimento da criança (art. 5º do Decreto 7.052/09).

A matéria foi tratada como imprevisão legislativa e, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, dando aplicação aos princípios constitucionais e à própria razão de ser da norma, concluiu-se que, para o caso objeto de estudo, não deveriam ser aplicados os decretos reguladores do servidor

público e sim o decreto que regula o emprego privado, por ter feito previsão que os demais não fizeram.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS. Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20/03/17.

_____. Projeto de Lei nº 2.513 – B, de 2007. Câmara. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=85E9E37BAE97AE7C10C837ED307FD813.node2?codteor=570488&filename=Avulso+-PL+2513/2007>. Acesso em: 04/04/17.

_____. Projeto de Lei nº 6.998, de 2013. Câmara. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1287143&filename=PRL+2+PL699813+%3D%3E+PL+6998/2013>. Acesso em: 04/04/17.

_____. Lei 8.112, de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 01/04/17.

_____. Lei 6.136, de 1947. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm>. Acesso em: 01/04/17

_____. Lei 11770, de 2008. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>. Acesso em: 01/04/17.

_____. Lei 13.257, de 2016. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 02/04/2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.425, de 1943. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30/03/2017.

_____. Decreto 6.690, de 2008. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>. Acesso em: 10/03/17.

_____. Decreto 7.052, de 2009. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D7052.htm>. Acesso em: 10/03/17.

_____. Decreto 8.737, de 2016. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm>. Acesso em: 10/03/17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 778889. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROTE%C7%C3O+MATERNIDADE%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kgfezvt>>. Acesso em: 04/04/17

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 634093 AgR, Agravante: União. Agravada: Margarete Maria de Lima. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROTE%C7%C3O+MATERNIDADE%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kgfezvt>>. Acesso em: 04/04/17

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 597989 AgR, Agravante: União. Agravada: Josiane Euzebia Bernartt Zanellato. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROTE%C7%C3O+MATERNIDADE%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kgfezvt>>. Acesso em: 04/04/17

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1311787/BA. Agravante: Flávia Resedá Brandão. Agravado: Estado da Bahia. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1311787&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>> Acesso em: 14/04/17.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIA, Edimur Ferreira de Faria e FORTINI, Cristina. A acumulação de cargos remunerados, de cargo e proventos, de cargo e pensão e de proventos e pensão. In: FORTINI, Cristina (Org.). Servidor Público: Estudos em Homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 73 – 142;

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 40. Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO. Antônio Borges de e OLIVEIRA. Marcela Gallo de Oliveira. Salário-Maternidade no RGPS. São Paulo: LTr, 2007.

GASPARINI. Diogenes. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA. Sumaya Saady Morhy. Direitos fundamentais e relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI. Luiz Guilherme e MITIDIERO. Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SPELLMANN. Samuel. A licença-paternidade enquanto contribuição para a melhoria das condições e trabalho femininas. In: Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 91-124, jul./set.2016

FREITAS. Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.