

NOTA TÉCNICA Nº 271/2009/COGES/DENOP/SRH/MP

Assunto: Aplicação dos termos do Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008, e das normas contratuais de contratação temporariamente, nos moldes da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1996.

Referência: NOTA TÉCNICA Nº 035-2009/DENOR/CGU/AGU, de 22/04/2009.

SUMÁRIO

1. O Departamento de Análise de Atos Normativos da Consultoria-Geral da União, por meio do Despacho nº 717/2009, de 12/05/2009, aprovou todas as conclusões apresentadas na supracitada Nota Técnica, contida na alínea "a"; por entender que o direito à prorrogação da licença gestante também, estendido às militares, em face do princípio da isonomia e do direito à proteção da maternidade.

2. Nesse sentido, foi exarada a NOTA TÉCNICA Nº 035-2009/DENOR/CGU/AGU, de 22 de abril de 2009, com as seguintes conclusões:

“III. Da conclusão:

Assim, por tudo que se expôs, conclui-se que:

a) Nos estritos termos da Lei nº 11.770/08 e do Decreto nº 6.690/08, a licença-gestante não se estende às agentes públicas militares, vez que a categoria não se enquadra na qualificação "servidores públicos" e têm regime jurídico próprio;

b) As servidoras públicas ocupantes de cargo em comissão estão abarcadas nos ditos diplomas normativos;

c) As empregadas de empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades públicas de direito privado somente fazem jus a prorrogação da licença gestante se a respectiva entidade aderir ao "Programa Empresa Cidadã";

d) Às servidoras públicas temporárias não é dada a prorrogação da licença-gestante;

e) Por fim, as servidoras públicas adotantes estão contempladas expressamente nos diplomas normativos objeto desta consulta.”

3. O Senhor Consultor-Geral da União, por meio do Despacho nº 717/2009, de 12/05/2009, aprovou todas as conclusões apresentadas na supracitada Nota Técnica, contida na alínea "a"; por entender que o direito à prorrogação da licença gestante também, estendido às militares, em face do princípio da isonomia e do direito à proteção da maternidade.

4. O Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, por intermédio do Despacho nº 717/2009, de 22/07/2009, aprovou os termos do supracitado Despacho do Consultor-Geral da União.

5. Ressalte-se que a supracitada Nota Técnica não possui o condão de vincular a Administração Federal, por não se enquadrar nos moldes definidos pelos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, *in verbis*:

“Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à apreciação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial da Administração Federal ou dos órgãos e entidades a ela subordinadas lhe dá fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União e por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.” (grifo nosso)

6. Da análise feita pela supracitada Nota Técnica, no que concerne às disposições da Lei nº 11.770, de 2008 e do Decreto nº 6.690, de 2008, às contratadas da Administração Pública federal, foi externado o entendimento de que em razão das contratações públicas não fazerem jus à licença à gestante prevista no art. 207 da Lei nº 8.745, de dezembro de 1990, não haveria que se falar na prorrogação dessa licença a tal categoria.

7. Em que pese o entendimento externado por essa Douta Consultoria-Geral, cumpre-nos destacar que este não é o posicionamento que vem sendo adotado por esse Departamento de Recursos Humanos, órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal, pelas razões que passamos a aduzir.

AM

8. Preliminarmente à análise da situação acima exposta, cumpre-nos destacar os pontos por relevantes no que tange aos contratos temporários fundamentados na Lei nº 8.745, de 1993.

9. A referida norma prevê a contratação de pessoal, por tempo determinado, na Administração Pública federal direta, as autarquias e fundações públicas, com vista à necessidade temporária de excepcional interesse público.

10. No que se refere ao regime ao qual se submetem aqueles contratados pela Administração nos moldes previstos pela Lei nº 8.745, de 1993, a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº AC 030, de 12/01/2005, aprovado pelo Presidente da República, concluiu:

“11. Ocorre que os trabalhadores contratados pela Administração Federal, sob o regime da Lei nº 8.745/93, apesar de estarem vinculados ao Regime Geral de Previdência Social nos termos da Lei nº 8.647/93, não estão subordinados à Administração Federal.”

Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-Lei nº 5.452/43) normas trabalhistas afetas a esta, possuindo, isto sim, vínculo estatutário tanto pelas citadas Leis nºs 8.745/93 e 8.647/93, quanto pela Lei nº 8.745/93, como determina expressamente o artigo 11 da Lei nº 8.745/93.

12. Nessa mesma linha, entende Maria Sylvia Zanella di Pietro que o gênero público é composto dos servidores estatutários, dos empregados públicos, e dos temporários. ~~estes contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição)~~ **função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. Conclui a respeito dos servidores temporários: são contratados para exercer funções temporárias sob regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação.**

13. Repare-se ainda que há autores que expressamente defendem ser impossível aplicar a CLT ao disposto no artigo 37, IX, da CF/88:

-Registre-se que, se fosse permitido aplicar o regime da CLT aos servidores temporários, isso implicaria em considerá-los empregados públicos. Todavia a Constituição Federal é clara ao preceituar que "a investidura em cargo ou emprego público requer aprovação prévia em concurso público" (inciso II, do art. 37). Ora, pela exceção do inciso IX do artigo 37, resta claro que não há falar em concurso público.

14. Em decorrência, se esses servidores não estão subordinados às unidades próprias, também os benefícios - à exceção daqueles de natureza previdenciária aos trabalhadores contratados sob esta égide, como o auxílio-alimentação escolar, por exemplo, devem ser regidos pelas normas que os definem na administração federal, e não pelas normas celetistas ou pelas vinculadas ao serviço prevista na CLT." (grifo nosso)

11. Assim, reconheceu-se que esse universo de pessoas não se submetem ao regime celetista (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), nem tão pouco ao estatutário (Lei nº 8.647, de 1990), regendo-se pelas regras contratualmente previstas que devem estar fundamentadas na Lei nº 8.745, de 1993.

12. Apesar disso, os contratados temporários estão inseridos na definição de servidores públicos, conforme, inclusive, restou consignado na Nota Técnica nº 2009/CGU/AGU.

13. No que se refere ao regime previdenciário, a Lei nº 8.745, de 1993, foi expressamente submetê-los ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, de que trata a Lei nº 8.213, de julho de 1991.

14. Nessa baila, aos segurados obrigatórios do RGPS, definidos pelo art. 8.213, de 1991, no qual se enquadram os contratados temporários da Administração federal, são garantidos os benefícios elencados no art. 18 da referida lei, entre os quais o salário-maternidade, expressamente, definido pelos arts. 71 a 73 da citada norma, in

"Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes da data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas no art. 18 da Lei nº 8.213, de 1991, e no art. 73 da Lei nº 8.745, de 1993, que concerne à proteção à maternidade da Lei nº 10.710, de 5.8.2003"

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver entre (quatro) a 8 (oito) anos de idade. (Incluído pela Lei nº 10.421, de 15.4.2002)

Parágrafo único. O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 113 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que presta o serviço. (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

§ 2º A empresa deverá conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

§ 3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa será pago diretamente pela Previdência Social.

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa será pago diretamente pela Previdência Social. (Consolidada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados no período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)" (grifo nosso)

15. Assim, *in casu*, não há que se falar em concessão da licença à gestante pelo art.207 da Lei nº 8.112, de 1990, mas sim, em licença-maternidade, de 120 dias, com salário-maternidade a ser custeado pela Previdência Social, conforme dispositivos acima transcritos.

16. Apesar disso, há que se atestar que tal peculiaridade não possui o condão de concessão da prorrogação da licença à gestante.

17. A Lei nº 11.770, de 2008, instituiu o Programa Empresa Cidadã, com o objetivo de prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade prevista pela Constituição Federal de 1988:

"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. 113 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 a concessão da licença-maternidade e 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 ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas serv nos termos do que prevê o art. 207 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou do art. 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

18. Do acima transcrito, verifica-se que a supracitada Lei não menciona a gestante, prevista pelo art. 207 da Lei nº 8.112, de 1990 ou aquela instituída pela Lei nº 1991, mas sim, de forma mais abrangente, previu a prorrogação do benefício previsto no inciso XVIII, da Carta Magna, que é devido a todas as trabalhadoras rurais ou urbanas.

19. O Decreto nº 6.690, de 2008, ao instituir, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante Adotante, definiu expressamente quem seriam as beneficiárias. Nesse sentido é o art. 2º da norma, *in verbis*:

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

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

§ 2º A prorrogação a que se refere o inciso I dar-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 inciso I, 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 a 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;

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 a 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 inciso II, alínea “b”, considera-se criança a pessoa com idade 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. 207 da Lei nº 8.112, de 1990).

20. Em conformidade com o disposto no art. 2º supratranscrito, podemos atestar que as beneficiárias de tal Programa são as servidoras públicas federais, lotadas e em exercício na Administração Pública federal, direta, autárquica e fundacional.

21. Nessa baila, considerando-se que os contratados temporários são espécies de servidores públicos, como esclarecido acima e, ainda, reconhecido por essa Consultoria, não há como furtá-las do gozo de tal vantagem, haja vista que a norma em questão trata-se de uma norma de natureza geral e abstrata.

definir as servidoras públicas federais como beneficiárias da citada prorrogação, sem distinção.

22. Ademais, cabe, ainda, acrescentar que nessa linha de raciocínio se deu a dessa CGU quanto à possibilidade de aplicação dos termos do Decreto nº 6.690/2008 para as servidoras comissionadas, sem vínculo efetivo:

“Ressalte-se apenas que para fins previdenciários os servidores públicos ocupantes de cargos em comissão se submetem ao Regime Geral de Previdência Social. Lei nº 8.112/1990.”

“Art. 183. A União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família. § 1º O servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica e fundacional terá direito aos benefícios do Plano de Seguridade Social, com exceção da licença-maternidade e licença-saúde.”

Portanto, e com fulcro na sistematização acima despendida, ratificamos o entendimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres no sentido de qualificar os ocupantes de cargo em comissão como "servidores públicos" e, por via de consequência, as gestantes comissionadas como beneficiárias da prorrogação da licença-maternidade criada pela Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008 e efetivada no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional por meio do Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008.”

23. As servidoras comissionadas sem vínculo, assim como as contratadas temporárias, não fazem jus à licença à gestante do art.207 da Lei nº 8.112, de 1990, mas sim ao equivalente pago pelo Regime Geral de Previdência Social, conforme externado nos itens supra.

24. Dessa forma, há que se atestar que no que tange à concessão da licença-maternidade a situação das servidoras comissionadas e daquelas que tem contrato temporário é idêntica. As seguradas do RGPS, logo, não gozam desse benefício na forma instituída para os servidores submetidos ao Regime Jurídico da Lei nº 8.112, de 1990.

25. Ora se a situação, nesse caso, é idêntica, como pode ser conferido o tratamento diferenciado, na forma como propõe a NOTA TÉCNICA Nº 035-2009/DENOR/CGU/AGU, favorável à prorrogação da licença para as ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, contrária, para as contratadas temporárias?

26. O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que prevê que *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade (...).”*, trata do princípio da igualdade, também mencionado no Preâmbulo da Constituição. Este princípio é norma supraconstitucional; logo, estamos diante de um princípio, direito e garantia fundamentais. Todas as demais normas devem obediência e principalmente o administrador.

27. Esse princípio não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social; é o mais vasto dos princípios constitucionais, sendo aplicável a todas as matérias, cuja aplicação tem plena eficácia.

28. A essência desse preceito é a igualdade de todos os seres humanos encarada e compreendida, basicamente, sob dois pontos de vista distintos, o da igualdade de fato e o da igualdade formal. Sob esses dois aspectos, para interpretar tal princípio devem ser consideradas as desigualdades inerentes a cada indivíduo, assim, havemos de distinguir os desiguais e de forma igualitária aqueles em condições de isonomia.

29. Diante de tal preceito e, ainda, em face dos argumentos supraexpostos, entende-se que tanto a servidora sem vínculo efetivo, ocupante apenas de cargo em comissão ou contratada temporária pela Administração fazem jus à prorrogação da licença em moldes estabelecidos pelo Decreto nº 6.690, de 2008.

30. Por oportuno, ressaltamos que na Exposição de Motivos do referido Decreto, a cópia segue anexa, constou expressamente a finalidade do legislador em ampliar o acesso das servidoras públicas federais com vínculo efetivo, mas também, aquelas ocupantes apenas em comissão e as contratadas temporárias. Portanto, além das alegações supra, há também uma interpretação lógica da norma, buscando explicar e aplicar a vontade do legislador no ato; conforme externado na citada Exposição de Motivos, no trecho abaixo transcrito:

“O Projeto em questão cumpre, no âmbito da União, o disposto no art. 2º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de crédito fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Em resumo, o texto do Projeto sobre as regras gerais que deverão ser observadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional em lotação ou exercício de servidoras ocupantes de cargos efetivos e de cargos comissionados ou contratadas por prazo determinado elegíveis ao benefício criado pela referida Lei, bem como define as ocasiões em que o benefício poderá ser suspenso.” (grifo nosso)

31. Acrescente-se, ainda, que a prorrogação da licença à gestante foi implementada no ordenamento jurídico brasileiro, em atenção às orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), com vistas à oportunizar melhores condições de saúde materno-infantil e ao desenvolvimento físico e emocional das crianças, em face do que preconizam a licença de proteção à maternidade e ao infante.

32. Destarte, negar o gozo desse benefício às servidoras públicas, contratadas temporariamente, confronta a finalidade da edição das normas em epígrafe, bem como a fundamental proteção à maternidade utilizado, inclusive, como subsídio pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União para estender a prorrogação da licença à gestante às militares das Forças Armadas, ainda que não detenham o *status* de servidoras públicas.

33. Nesse sentido, no exercício de sua competência como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC, estabelecida pelo art. 34, nos incisos I e II, do Decreto nº 6.929, de 6 de agosto de 2009, e visando uniformizar o entendimento dos órgãos com aquele proferido pela Douta Advocacia-Geral da União; sugerimos que a presente Nota Técnica seja encaminhada à Consultoria-Geral da União, com vistas à reanálise da NOTA

(Fls. 8 da Nota Técnica nº

/2009/COGES/DENOP/SRH/MP.)

TÉCNICA Nº 035-2009/DENOR/CGU/AGU, de 22/04/2009, no que concerne ao enunciado proferido na alínea “d” do item 3 daquele expediente.

CONCLUSÃO

34. Com estes esclarecimentos submetemos a presente Nota Técnica à consideração superior, sugerindo que seja encaminhada à Consultoria-Geral da União - CGU/AGU, conforme o Ofício anexa.

Brasília, 25 de setembro de 2009

LUIZA HELENA BARRETO NUNES

Chefe da DIORC

À consideração superior.

Brasília, 25 de setembro de 2009

VANESSA SILVA DE ALMEIDA

Coordenadora-Geral de Elaboração,
Sistematização e Aplicação das Normas

À consideração superior.

Brasília, 25 de setembro de 2009

DANIELE RUSSO BARBOSA FEIJÓ

Diretora do Departamento de Normas e
Procedimentos Judiciais

Aprovo,
Expeçam-se o Ofício anexo, encaminhando a presente Nota Técnica à Consideração Superior da Consultoria-Geral da União - CGU/AGU, conforme proposto.

Brasília, 25 de setembro de 2009

DUVANIER PAIVA FERREIRA

Secretário de Recursos Humanos

CONFERE COM O ORIGINAL