



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

PROCESSO N.º: 010.000.00098/2010-3.
ORIGEM: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
INTERESSADO: SEAD E PGE (PEVA)

VOTO DO RELATOR

REDISTRIBUIÇÃO. PEDIDO DE
NULIDADE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA
ADMINISTRATIVA. IMPROPRIEDADE
TERMINOLÓGICA. NUENCES DO
INSTITUTO. VOTO PELA OBEDIÊNCIA
AO DIREITO POSITIVO E MANUTENÇÃO
DO PARECER DISSENSO.

1. RELATÓRIO

A matéria submetida a este Conselho, por solicitação do Procurador-Geral trata da análise acerca da divergência entre pareceres emitidos pela PEVA.

O tema aqui a ser tratado é originado do processo administrativo nº010.000.00098/2010-3, proveniente da SEAD, formulando consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado acerca da possibilidade de anulação de ato administrativo de redistribuição de cargo público de servidor da Secretaria de Saúde para o IPESAÚDE, determinado pela portaria nº4405/1998.

Por fim, É o relatório.

sf



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

2. FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO

No âmbito do Estado de Sergipe, a **redistribuição** encontra-se prevista nos arts. 66 usque 69 da Lei nº2.148, de 21 de dezembro de 1977 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe), nos seguintes termos:

Art. 66 - Redistribuição é a translação do cargo, com o respectivo ocupante, do Quadro do Poder Executivo Estadual para o quadro de pessoal de Entidade Autárquica do Estado, assim como deste para aquele.

Art. 67 - A redistribuição far-se-á em atenção aos seguintes objetivos:

I - Ajustar o número de funcionários às necessidades efetivas de pessoal para o atendimento dos serviços públicos;

II - Fixar as lotações Órgãos e Entidades da Estadual Direta e Autárquica;

III - Colocar o funcionário no quadro de pessoal mais favorável ao aproveitamento da sua formação profissional e capacidade de trabalho.

Art. 68 - A redistribuição dar-se-á a pedido ou "ex-officio".

Parágrafo único - Em qualquer das hipóteses deste artigo, a redistribuição far-se-á por decreto executivo, ouvidos os dirigentes do Órgão e da Entidade Interessados.

Art. 69 A redistribuição somente ocorrerá:

I - Tratando-se de cargo de provimento efetivo e natureza estatutária;

II - Após funcionário; o estágio probatório do

III - Se o cargo a redistribuir for igual ou assemelhado a cargo já existente no quadro de pessoal da Entidade ou do Órgão destinatário da redistribuição.

§ 1º - Aplicar-se-á ao cargo redistribuído o mesmo nível ou padrão de vencimento do cargo que lhe for idêntico ou assemelhado, na Entidade ou no Órgão destinatário da redistribuição.

§ 2º - Se o vencimento do cargo idêntico ou assemelhado for inferior àquele fixado, na Repartição de origem, para o cargo redistribuído, o funcionário fará jus a respectiva diferença até absorvida por futuras vencimento. (grifo nosso).



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Verifica-se, desta maneira, que a **redistribuição** consiste no deslocamento do cargo público de provimento efetivo constante no Quadro de Pessoal da Administração Pública Direta para o Quadro de Pessoal de Entidade Autárquica, pessoa jurídica de direito público interno, com personalidade jurídica própria, integrante da Administração Pública Indireta, como forma de proceder à organização administrativa no âmbito do Poder Executivo Estadual.

Visa, pois, adequar o pessoal às **necessidades** existentes, bem como otimizar o serviço público a ser prestado. Verifica-se, assim, que a redistribuição, como forma de atender ao princípio da eficiência, deverá ocorrer, precipuamente, no interesse da Administração Pública (mesmo que haja pedido do servidor público) para ajustar a força de trabalho do ocupante do cargo público redistribuído às demandas dos serviços a serem prestados.

Cabe indicar que a Portaria, como espécie de ato administrativo ordinatório, somente **poderia ser anulada** se eivada de vícios de ilegalidade, a exemplo da redistribuição realizada em período eleitoral, o que não ocorre no presente caso concreto.

No tocante à **invalidação** dos atos administrativos, tal poder-dever não é absoluto, porquanto encontra limites que o tolhem, resguardando, assim, com total justificação, diversos princípios jurídicos de fundamental observância.

Faz-se necessário, preambularmente, conceituar ato administrativo, já que é sobre este, ou melhor dizendo, sobre a pretensão de revê-los, que a **prescrição administrativa** (decadência) irá recair.

7



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Partindo-se da idéia inicialmente elaborada por Aristóteles e desenvolvida por Montesquieu, qual seja, a da separação das funções do Estado, *"todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração"*.

Conforme a professora DI PIETRO, a expressão ato da administração abrange a de ato administrativo, porquanto dentro daquela se incluem os atos de direito privado; os atos materiais; os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor; os atos políticos; os contratos; os atos normativos; e, enfim, os atos administrativos propriamente ditos.

Seguindo um critério material, pois é o que contém maior rigor científico, *"ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos"*. Tal critério assenta-se na teoria da separação dos poderes, pois, embora exista uma separação, onde cada poder exerce predominantemente uma função que lhe é inerente, há pontos de intersecção entre eles, já que paralelamente cada qual exerce função que é própria de outro poder.

Atuando nessa função administrativa concreta, a administração pública, pois, edita atos administrativos. Já que à Administração Pública, diferentemente do particular, é conferido realizar somente o que a lei autoriza (*prohibita intelliguntur quod non permissum*), posto que está subsumida ao princípio da legalidade administrativa; pode ela, constatando que em tais atos há a presença de eivas de ilegalidade, anulá-los.



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Com efeito, ao **desfazimento** dos atos eivados de ilegalidade dá-se o nome de invalidação ou anulação. Esta nada mais é que a restauração da ordem jurídica, tendo em mira o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público. Conveniente, nesse lanço, darmos a palavra a insigne professora da Universidade de Fortaleza, CLARISSA SAMPAIO SILVA, para que reforce nosso pensamento:

O desfazimento dos atos viciados pela própria Administração ocorre mediante a invalidação, que pode ser conceituada como a eliminação de um ato administrativo, por outro ato ou por decisão judicial, em virtude de violação à ordem jurídica, com a desconstituição dos efeitos por ele produzidos.

Entrementes, como foi afirmado, não tem cariz absoluto tal dever, pois existem certos limites, *verbi gratia* a prescrição, que conferem relatividade, portanto, a tal invalidação. Curial destacar que na invalidação de algum ato administrativo, poderá ocorrer eventual conflito dos **princípios da segurança jurídica e da legalidade**. Nessa hipótese, a indisponibilidade do interesse público deve se sobrepor.

A necessidade de limites à **competência invalidatória** é indispensável, pois, sob pena de se ver infringindo princípios basilares do Estado de Direito. Sobre essa necessidade, basilar é a opinião abaixo transcrita:

"Mesmo diante do poder-dever de invalidar, a desconstituição de todos os efeitos do ato viciado, em algumas situações envolve alguns aspectos a serem considerados, como, por exemplo, prejuízos causados a terceiros de boa-fé.



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Por outro lado, a questão temporal também se coloca, fazendo-se necessário perquirir se a Administração pode a qualquer tempo, invalidar seus atos, uma vez que em se tratando de atos de direito privado a lei civil estabelece prazos prescricionais. Questão de profunda complexidade, e indispensável para o estudo da prescritibilidade no âmbito administrativo, é a de que se a teoria das nulidades do direito privado se transporta para o direito público. Enfatiza com propriedade, MIGUEL SEABRA FAGUNDES, que se aceita tal possibilidade com reservas, pois haverá que se respeitar as peculiaridades do direito administrativo, veja-se:

Atenta, porém, à particular natureza dos atos administrativos, não pode ser acolhida, sem reserva, a sistematização da legislação civil, que é, em muitos casos, evidentemente inadequável àqueles atos. A nulidade como sanção com que se pune o ato defeituoso por infringente das normas legais tem no Direito Privado, principalmente, uma finalidade restauradora do equilíbrio individual perturbado. No Direito Público já se apresenta com uma função muito diversa. O ato administrativo, em regra, envolve múltiplos interesses. Ainda quando especial, é raro que se cinja a interessar um só indivíduo. Há quase sempre terceiros cujos direitos afeta. grifo nosso)

Entretanto, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES rechaça esta divisão dicotômica do ato administrativo viciado em nulo e anulável, fundamentando sua posição da seguinte forma:

O ato administrativo é legal ou ilegal, válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal, válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito privado pra o Direito público sem meditar na inadequação aos princípios específicos da atividade estatal: o que pode haver é correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo, nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua retificação.



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

AGUSTIN A. GORDILLO, justificando a inaplicabilidade da sistematização civilista da teoria das nulidades ao direito administrativo observa as seguintes comparações:

1) no Direito Civil a nulidade refere-se sempre a um elemento do ato, enquanto no Direito Administrativo o mesmo não ocorre; 2) os vícios que maculam o ato de direito privado estão necessariamente contemplados em lei, diversamente do direito administrativo no qual não há previsão expressa das nulidades, não havendo assim aplicação da regra do 'pas de nullité sans texte'; 3) apenas os órgãos do Poder Judiciário podem declarar a nulidade de ato de direito privado, enquanto em se tratando de atos administrativos tanto o Judiciário como a própria Administração podem fazê-lo; 4) no Direito Administrativo a violação diz respeito não apenas a normas legais, mas à constitucionais e regulamentares; 5) o sistema de nulidades do Direito Civil é estático, enquanto o do Direito Administrativo é dinâmico; 6) o objetivo das nulidades do Direito Civil é assegurar a real manifestação de vontade das partes, enquanto no Direito Administrativo a finalidade é assegurar o interesse público.

O desentendimento doutrinário é no tocante ao prazo **prescricional (decadencial)** de que tem a Administração Pública para rever seus atos viciados. A doutrina se divide em três teorias. Passaremos a expô-las demonstrando o fundamento de cada uma.

A primeira delas é a da imprescritibilidade. Alguns autores a defendem com base no fato de que, não sendo possível vislumbrar-se a hipótese de ato nulo e anulável, posto que a administração é regida pelo princípio da legalidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público, todo ato praticado sob a eiva de ilegalidade seria nulo de pleno direito, sendo, portanto, imprescritível a pretensão da administração em anulá-los.



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Nota-se, diante disso, que não merece abono a teoria que afirma ser de 20 anos o prazo que a Administração Pública tem para rever seus atos viciados. Mais acertada é a teoria que adota o prazo de cinco anos. A maioria dos doutrinadores administrativistas adotam-na, cite-se, dentre eles DI PIETRO:

"Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (1996:589), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em **cinco anos**, nos termos do Decreto n. 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência".

Segue o mesmo entendimento, porém assentado em razões diversas, o professor da Universidade Federal de Minas Gerais, ALMIRO COUTO E SILVA. Defende que o prazo prescricional seria, por analogia ao art. 21 da Lei 4717/65 (Lei da Ação Popular), o de 05 anos. Afirma o citado doutrinador:

"Nessa conformidade, reconhecida na ação popular a ocorrência da exceção de prescrição, a pretensão da Administração Pública à invalidação do ato administrativo fica encoberta ou bloqueada pela prescrição em todas as hipóteses, ou seja, tenha ela, ou não, contestado a ação ou haja preferido tomar posição ao lado do autor.

Isto significa, pois, que não poderá mais invalidar o ato administrativo, invocando, por exemplo, as Súmulas 346 e 473 do STF, uma vez que a sentença considerou prescritas as pretensões do autor da ação e do Poder Público, seja qual for a posição que este haja assumido no processo.

(...) Ora, a lógica que se predica ao sistema jurídico, como qualquer sistema, está a exigir que se, na ação popular, a pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos prescreve em cinco anos, a mesma solução se deverá dar quanto a toda e qualquer pretensão da Administração Pública no pertinente à anulação de seus atos administrativos. Nenhuma razão justificaria que, nas situações em que não tenha sido proposta a ação



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

popular, a prescrição fosse de vinte anos, encurtando para cinco se eventualmente proposta aquela ação.

(...) Assim, por interpretação extensiva da regra do art. 21 da Lei da Ação Popular, ou por analogia, a fim de que se preserve a harmonia do sistema, mantendo-o como um todo possível coerente, lógico e racional, a conclusão necessária será a de que a prescrição de toda e qualquer pretensão que tenha a Administração Pública com relação à invalidação de seus atos administrativos deverá ter o prazo de cinco anos".

Em que pese a complexidade das teorias erigidas com o escopo de complementar o referido prazo da prescrição administrativa, opta-se pelo prazo de cinco anos para que a Administração anule seus atos ilegais, sem distinção da intensidade do vício. Refuta-se as teses da imprescritibilidade e da prescrição vintenária pelos motivos já expostos, pois tais pensamentos vão de encontro com os **princípios da segurança jurídica, legalidade e interesse público**.

Ora, o **prazo quinquenário** é mais do que suficiente para que a administração possa invalidar seus atos nascidos com a mácula da ilegalidade. O prazo é de cinco anos não porque tem como fundamento o fato de que, verificada a prescrição judicial da ação popular, não teria mais a Administração a possibilidade de revisão de seus atos, e sim, porquanto se adota, por analogia, o prazo decadencial previsto na Lei 9784/99, *in verbis*:

"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". (grifamos)



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Como já foi dito anteriormente, a natureza do prazo de que a Administração goza para invalidar seus atos viciados é decadencial, pois não pressupõe uma ação processual.

3. CONCLUSÃO

Do exposto, analisando o caso sob julgamento e relatoria, observa-se que a matéria será abalizada sobre as vertentes dos pareceres originário e dissenso nº4445/2010 da PEVA, em face dos argumentos aqui expostos e da documentação acostada ao feito, em que **pondero pela adoção do parecer dissenso do Procurador-Chefe da PEVA, como mais aplicado a casuística, ratificando a prescrição do pedido de nulidade de redistribuição.**

É como voto.

Aracaju, 01 de setembro de 2010.

Pedro Durão

**Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública
Procurador do Estado de Sergipe**



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Processo nº.: 016.000.11260/2009-9.

Origem: Secretaria do Estado da Fazenda.

Tema: Revisão de Incorporação de cargos em comissão.

Interessado: Jacy Sampaio dos Santos.

VOTO

Vem à apreciação deste Conselho, por solicitação do Procurador-Geral do Estado de Sergipe, pedido de reapreciação dos percentuais contidos no pedido de incorporação de função exercida em cargo comissionado.

De início, a interessado buscou nesta PGE, através da Procuradoria Especial da Via Administrativa, a revisão das parcelas dos chamados 'quintos' para incorporação, quando teve seu pedido atendido somente quanto ao percentual de 20% da função de símbolo CCS-15, dando inviabilidade ao segundo quinto que pleiteava, pelo fato da servidora não ter angariado o período aquisitivo da incorporação por um dia somente.

Ao revelar-se insatisfeito, ingressou com o pedido de reconsideração ao parecer de nº 40/2008-PGE, que ao final teve seu entendimento mantido e ratificado, sendo posteriormente remetido ao Procurador Chefe da Via Administrativa, gerando o parecer nº 3829/2010-PGE, tecendo uma série de considerações e pedindo pela solução da controvérsia.

É o relatório.

Verificando a documentação acostada, tem-se que o parecer exarado pelo procurador Evânio José de Moura Santos, apreciou a demanda em primeiro plano, opinando pelo deferimento parcial do pleiteado, conforme já dito.



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

O conteúdo leva em consideração o fato que, apesar de pleitear 06 (seis) anos de exercício, o equivalente aos 2/5 em matéria de incorporação, o decretos comprobatórios de nomeação e exoneração demonstraram um lapso temporal que tolheu a inclinação ao assentimento do pretendido. Diante da diferença de 01 (um) dia, não foi computado o exercício de um ano além dos cinco. Para o procurador, o fato da nomeação ter sido dada em 03 de janeiro de 2002 e a exoneração dia 02 de janeiro de 2007, é causa de denegação dos dois quintos da incorporação.

O esteio das opiniões manifestadas e dos pedidos desta pasta está na Lei Complementar nº 16/1994, em seu artigo 200, cuja leitura segue:

Art. 200. O funcionário do Magistério que exercer função de confiança ou cargo em comissão por mais de 5 (cinco) anos ininterruptos, terá incorporada à sua remuneração ou aos proventos de sua aposentadoria, o valor da função, ou, no caso de cargo em comissão, o valor percentual percebido pelo seu exercício ou a diferença entre o vencimento do seu cargo efetivo e o vencimento integral do cargo em comissão, conforme a opção legal que houver feito, à razão de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de confiança ou no cargo em comissão, após os referidos 5 (cinco) anos, até o limite de 5/5 (cinco quintos).

Para a correta solução das questões que decorrem do requerimento do servidor, os dispositivos mencionados devem ter sua interpretação guiada pelos princípios atinentes à vigência da lei no tempo, bem como ao direito adquirido e seus correspondentes efeitos.

Na tentativa de solucionar o fato, foi publicado um decreto retificador, distendendo a exoneração da servidora pleiteante para o dia 05 de janeiro de 2007, perfazendo os seis anos completos. Segundo o ofício nº 430/2009(fl. 116) nos autos, a servidora trabalhou efetivamente naquela primeira semana de janeiro como Gerente Geral de Tributação Estadual, mesmo que anteriormente tenha saído o decreto exonerando-a de tal cargo.



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Ora, em tais casos, é preciso, além da letra da lei, reconhecer que nem sempre os prazos de publicação dos decretos de nomeação e exoneração correspondem ao tempo efetivo trabalhado. Entretanto, na esfera administrativa não há o princípio da Primazia da realidade, como no Direito do Trabalho.

É possível, mas, tal alegação é de responsabilidade do emissor dos documentos acostados que nesse assunto tocam, que a servidora tenha trabalhado ainda que tenha saído sua exoneração, e é possível, também, a emissão do decreto saneador.

Tal questão merece relevância, e, da forma como foi suscitada no parecer nº 3829/2010-PGE do Procurador Chefe da PEVA, chama atenção à questão da legitimidade para exercer os atos do cargo sem a devida formalização.

Sendo assim, buscando arrimo na Lei Complementar nº 33/96, que institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe, os atos são válidos:

Art. 65. Considera-se válido o ato administrativo quando observadas as exigências legais para a sua formação e expedição.

A publicação posterior com efeitos retroativos não deve ser prática usual dentro da Administração Pública, mas utilizando-se da razoabilidade, ela é cabível, uma vez que, apesar de se falar em modernidade, registre-se que alguns atos são realizados ainda de forma bastante primitiva, ou mesmo há demora na implantação de novas tecnologias. Não seria justo exigir este tipo de celeridade diante de certas situações.

Nos termos acima aludidos, adoto os posicionamentos contidos no parecer 3829/2010-PGE do ilustre procurador Carlos Antônio Araújo Monteiro, chefe da procuradoria especial da Via Administrativa, quando elenca entendimentos pacificados sobre contagem do prazo, contagem de incorporação, decadência e outros temas.



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Por derradeiro, opino pelo acolhimento da pretensão da interessada neste processo quanto ao segundo quinto (40% (quarenta por cento) da incorporação do cargo símbolo CCS-15, ora pleiteada perante este conselho.

É como voto.

Assinatura manuscrita de Pedro Durão, em tinta preta, com uma letra inicial 'P' grande e decorativa.

**Pedro Durão
Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública
Procurador do Estado de Sergipe**



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL**

Processo nº 015.000.26650/2009-1

Interessado: Renan Pimentel Tavares de Menezes

Relatório

Renan Pimentel Tavares de Menezes pede a reconsideração do Parecer nº 3619/2009-PGE, da lavra do Procurador do Estado Tiago Bockie de Almeida, que opinou pelo deferimento parcial do pedido do interessado, com a substituição do último quinto da incorporação de função a que fazia jus pelo percentual de 20% (vinte por cento) da simbologia referente ao cargo de Defensor Público-Geral.

Sustenta o interessado que, tendo ocupado o cargo de Defensor Público-Geral por 03 (três) anos e 09 (nove) meses, teria direito a substituição de três quintos do valor incorporado, e não apenas de um quinto, como entendeu o parecerista.

Ao apreciar o pedido de reconsideração, o Dr. Tiago Bockie de Almeida manteve a conclusão lançada no Parecer nº 3619/2009, o que fez ao argumento de que o §2º do art. 200



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL**

da Lei Complementar nº 16/94 só admite a atualização do último quinto incorporado.

Nos termos do art. 9º, IX da Lei Complementar nº 27/96, foi o feito submetido a este Conselho Superior para apreciação.

É o relatório.

Assinatura manuscrita de Leo Peres Kraft, com uma traçada elegante e fluida.

Leo Peres Kraft
Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública
Procurador do Estado de Sergipe



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL

VOTO

No regime jurídico dos servidores públicos do Estado de Sergipe, o instituto da estabilidade financeira está previsto no art. 200 da Lei Complementar Estadual nº16/94, cujo caput assim reza:

Art. 200 - O funcionário do Magistério que exercer função de confiança ou cargo em comissão por mais de 5 (cinco) anos ininterruptos, ter incorporada sua remuneração ou aos proventos de sua aposentadoria, como vantagem pessoal, o valor da função, ou, no caso de cargo em comissão, o valor percentual percebido pelo seu exercício ou a diferença entre o vencimento do seu cargo efetivo e o vencimento integral do cargo em comissão, conforme a opção legal que houver feito, razão de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de confiança ou no cargo em comissão, até o limite de 5/5 (cinco quintos).

Como didaticamente exposto pelo colega Tiago Bockie de Almeida no parecer em análise, "para adquirir o direito à incorporação do adicional de função, faz-se necessário que o servidor exerça a função de confiança ou ocupe cargo em comissão por um período de, no mínimo, cinco anos ininterruptos. Após esse prazo, o servidor terá incorporada a primeira quinta parte do valor correspondente. Permanecendo na



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL**

função de confiança ou no cargo em comissão, o servidor incorporará mais 1/5 (um quinto) para cada ano de exercício, até o limite de 5/5 (cinco quintos)".

O interessado, ocupando diversos cargos em comissão e funções de confiança ao longo de sua vida funcional, já havia incorporado o limite previsto no caput do art. 200 quando foi nomeado Defensor Público-Geral, em 23 de abril de 2003, cargo que ocupou até 1º de janeiro de 2007, totalizando mais de três anos de exercício.

Como a remuneração do cargo de Defensor Público-Geral era superior a dos cargos e funções que serviram de base para a incorporação adquirida pelo interessado, pretende ele substituir 3/5 da referida vantagem por 60% do valor incorporável referente ao cargo de Defensor-Público Geral. Para tanto, invoca a norma do § 2º do mesmo artigo 200, *in verbis*:

§ 2º - Após adquirir a incorporação das 5 (cinco) parcelas de 1/5 (um quinto), nos termos deste artigo, o funcionário que continuar exercendo ou que vier a exercer função de confiança ou cargo em comissão de valor superior ao que gerou a incorporação da última parcela, fará jus, decorrido cada período completo de 1 (um) ano, atualização do valor dessa última parcela, mediante a substituição da anterior por uma nova.



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL

O Parecer impugnado, na linha de tradicional posicionamento desta Procuradoria, entendeu só ser possível a substituição do último quinto da parcela incorporada pelo interessado.

O raciocínio, fundado na literalidade da norma do § 2º do art. 200 da LCE nº 16/94, foi bem exposto no Despacho de fl. 17, pelo qual o Dr. Tiago Bockie de Almeida ratificou o Parecer nº 3.619/2009:

*"a norma estabelece, claramente, a possibilidade de atualização do último **quinto incorporado**, caso o servidor público exerça ou ocupe cargo em comissão de simbologia superior àquela resultante da última incorporação".*

O argumento, embora historicamente adotado pela PEVA e defendido em juízo pela PECC, não sensibilizou o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Com efeito, a Corte Sergipana, sempre que provocada, admitiu a substituição de até todos os quintos da parcela incorporada, privilegiando a teleologia da norma do § 2º do art. 200 da LCE nº 16/94. Nesse sentido, a título de exemplo, colhem-se os seguintes arestos:

**MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL
QUE PLEITEIA A SUBSTITUIÇÃO DE QUINTOS - LEI
COMPLEMENTAR 16/94, ART. 200, § 2º - PROVA**



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL**

INEQUÍVOCA ACERCA DA OCUPAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO COM VALORES MAIORES QUE AS QUANTIAS INCORPORADAS POR QUASE 4 ANOS - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO APENAS DOS 3/5 NA REMUNERAÇÃO - QUINTOS APURADOS EM CONSONÂNCIA COM O CARGO PREENCHIDO NA MAIOR PARTE DAQUELE ANO - PRECEDENTES - CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT.- Existindo prova inequívoca de que o autor ocupou cargo em comissão cujas remunerações superavam os quintos já incorporados, é possível a realização da substituição dos mesmos com base no disposto no art. 200, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 16/94;

- Cada quinto a ser substituído deve ser alcançado pelo cargo no qual o servidor ocupou por mais tempo durante o ano da incorporação;

- Procedência parcial da Ação Mandamental. Unanimidade.

(MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0313/2005, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DES. MANUEL PASCOAL NABUCO D'AVILA, Julgado em 12/04/2006)

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL
- ADMINISTRATIVO - INTERESSE DE AGIR E INÉPCIA DA INICIAL - PRELIMINARES AFASTADAS - INCORPORAÇÃO - REQUERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE QUINTOS - PROVA INEQUÍVOCA DE OCUPAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO COM REMUNERAÇÃO MAIOR QUE A DOS CARGOS ANTERIORMENTE



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL**

OCUPADOS - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 200, §2, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 16/1994 - PRECEDENTES DESTA CORTE SEGURANÇA CONCEDIDA - DECISÃO UNÂNIME. - Restando comprovado nos autos, que após o servidor público ter atingido o percentual de 100%(cem por cento) a ser acrescido em seus vencimentos, à título de incorporação, o mesmo foi nomeado para exercer cargo em comissão cuja remuneração supera a dos quintos já incorporados, tem o mesmo direito a substituição dos quintos, consoante o que dispõe o art. 200, §2º, da Lei Complementar nº 16/94.

(MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0302/2008, , Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, Julgado em 20/05/2009)

"MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - REMUNERAÇÃO - OCUPAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO COM REMUNERAÇÃO SUPERIOR A DOS ANTERIORMENTE OCUPADOS - SUBSTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS INCORPORADAS - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO § 2º, DO ART. 200, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 16/1994 - PRECEDENTES DESTA CORTE - SEGURANÇA CONCEDIDA - DECISÃO UNÂNIME. - Restando comprovado, nos autos, que após o servidor público ter atingido o percentual de 100% a ser acrescido aos seus vencimentos, o mesmo foi nomeado para exercer cargo em comissão



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL

cuja remuneração supera a dos quintos já incorporados, os mesmos devem ser substituídos de forma gradativa e progressiva, ou seja, em ordem decrescente sobre a parcela de menor valor pela de maior valor." (MANDADO DE SEGURANÇA N° 0129/2008, , Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DES. CLÁUDIO DINART DÉDA CHAGAS, Julgado em 17/09/2008)

Mandado de Segurança. Preliminares. Rejeitadas. Mérito. Substituição de quintos. Inteligência do art. 200, § 2o, do LC n. 16/94. Precedentes. Deferimento da ordem. I - Se inconsistentes os motivos e fundamentos em que se embasou, rejeitam-se as preliminares de ilegitimidade passiva "ad causam" e de perda de objeto do "writ". II - Precedentes desta Corte de Justiça já firmou o entendimento no sentido de que provado que o servidor obteve o benefício da incorporação de 100% e, após, ocupou outro cargo em comissão de remuneração superior ao anterior, tem direito à substituição dos quintos a teor do que dispõe o art. 200, § 2o, da Lei Complementar n. 16/94. III - Mandamus deferido. (MANDADO DE SEGURANÇA N° 0220/2007, Relator: DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, Julgado em 16/04/2008).

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL
- REQUERIMENTO PARA SUBSTITUIR 4/5 DO VALOR



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL

INCORPORADO AOS SEUS VENCIMENTOS - ART. 200, § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 16/94 - PROVA INEQUÍVOCA DE OCUPAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO COM REMUNERAÇÃO MAIOR QUE A DOS CARGOS ANTERIORMENTE OCUPADOS - DISPOSITIVO LEGAL QUE TEM COMO FINALIDADE CONTEMPLAR O SERVIDOR COM A INCORPORAÇÃO DA FUNÇÃO GRATIFICADA - PRECEDENTES - CONCESSÃO DA ORDEM - DECISÃO UNÂNIME. (MANDADO DE SEGURANÇA N° 0077/2007, Relator: DESA. CÉLIA PINHEIRO SILVA MENEZES, Julgado em 27/06/2007).

Como se vê, o TJSE possui jurisprudência pacífica em sentido oposto ao posicionamento histórico desta Procuradoria.

A matéria é exclusivamente de direito local, não sendo possível, assim, o seu reexame pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos extraordinário e especial, respectivamente. Aliás, com esse fundamento, esse Conselho Superior, em sua 71ª Reunião Ordinária, dispensou genericamente a interposição dos referidos recursos, seguindo o voto da Conselheira Carla Costa.

Naquela oportunidade, acompanhei a relatora ao dispensar somente os recursos especial e extraordinário, mantendo-se a interposição de apelação, o que fiz em reverência à posição tradicional desta Casa e por cogitar da possibilidade de eventual mudança da jurisprudência do TJSE.



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL

Refletindo melhor, contudo, verifico que o entendimento do TJSE é uniforme e se encontra suficientemente maduro, sendo bastante improvável a sua superação.

Dessa forma, tendo o Judiciário, de acordo com o princípio da separação do poderes, primazia na interpretação da lei, e sendo soberano o TJSE em matéria de direito local, é chegada a hora de a Administração acatar o entendimento consolidado daquela Corte e alterar o seu próprio posicionamento sobre a matéria¹. Não há como negar, neste particular, a força dos precedentes judiciais como fonte do Direito.

¹ Ademais, pessoalmente, tenho dificuldades em aderir à posição historicamente defendida pela PGE, uma vez que ela acaba por punir o servidor que, ao longo de sua vida funcional, vai gradualmente ocupando cargos cada vez mais altos. A interpretação literal do § 2º do art. 200 da LCE nº 16/94 põe esse servidor em pior situação do que a daquele que ocupa de plano um cargo superior, já que, incorporando originalmente a parcela correspondente, este último não terá que substituir os quintos incorporados, não lhe afetando, assim, o limite de atualização de apenas um quinto. Nesse contexto, para fins de incorporação, aproveitaria mais ao primeiro servidor jamais ter ocupado os cargos mais baixos, estreando, por assim dizer, nos cargos em comissão, somente em momento posterior, já em cargo de maior remuneração.

Esse paradoxo, data venia, não se coaduna com o escopo da Lei, nos termos do voto do Desembargador Manuel Pascoal Nabuco D'ávila no MS nº 0313/2005 "estimular o exercício nas aludidas funções, gratificando o funcionário pelos serviços prestados".



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ESPECIAL DO CONTENCIOSO CÍVEL

Destarte, em vista da firme jurisprudência do TJSE acerca do tema, revejo a conclusão do Parecer nº 3619/2009-PGE, concluindo pelo deferimento do pleito de substituição de três quintos da parcela já incorporada pelo requerente pelo percentual de 60% do valor incorporável referente ao cargo de Defensor Público-Geral.

Proponho, ainda, nos termos do art. 9º, XII da Lei Complementar Estadual nº 27/97, para fins de uniformização da jurisprudência administrativa, a edição do seguinte enunciado:

A norma do § 2º do art. 200 da Lei Complementar Estadual nº 16/1994 não limita a atualização da vantagem decorrente de incorporação à substituição do último quinto incorporado.

É como voto.

Assinatura manuscrita de Leo Peres Kraft.

Leo Peres Kraft
Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública
Procurador do Estado de Sergipe



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Processo nº.: 015.000. 26650/2009-1.

Origem: Secretaria do Estado da Administração.

Tema: Incorporação de cargos em comissão.

Interessado: Renan Pimentel Tavares de Menezes.

VOTO DE VISTA

Vem à apreciação deste Conselho, por solicitação do Procurador-Geral do Estado de Sergipe, de pedido de reapreciação dos percentuais contidos no pedido de incorporação de função exercida em cargo comissionado.

De início, o interessado buscou nesta PGE, através da Procuradoria Especial da Via Administrativa, a revisão das parcelas dos chamados 'quintos' para incorporação, quando teve seu pedido atendido somente quanto ao percentual de 20% da função de Defensor Público-Geral.

Ao revelar-se insatisfeito, ingressou com o pedido de reconsideração ao parecer de nº 3619/2009-PGE, que ao final teve seu entendimento mantido e ratificado, sendo posteriormente remetido ao presente órgão.

É o relatório.

Da documentação acostada e da leitura do parecer retrocitado, é possível vislumbrar que o interessado havia percebido o último quinto em relação às incorporações merecidas, mas que, durante o período de 23 de Abril de 2003 a 01 de Janeiro de 2007, exerceu o cargo de Defensor Público Geral do Estado de Sergipe, com comissão de valor superior ao cargo que gerou a incorporação.

O esteio das opiniões manifestadas e dos pedidos desta pasta está na Lei Complementar nº 16/1994, em seu artigo 200 e em seu parágrafo segundo, cujas leituras seguem:



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 200. O funcionário do Magistério que exercer função de confiança ou cargo em comissão por mais de 5 (cinco) anos ininterruptos, terá incorporada à sua remuneração ou aos proventos de sua aposentadoria, o valor da função, ou, no caso de cargo em comissão, o valor percentual percebido pelo seu exercício ou a diferença entre o vencimento do seu cargo efetivo e o vencimento integral do cargo em comissão, conforme a opção legal que houver feito, à razão de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de confiança ou no cargo em comissão, após os referidos 5 (cinco) anos, até o limite de 5/5 (cinco quintos).

§2º - Após adquirir a incorporação das 05 (cinco) parcelas de 1/5 (um quinto), nos termos deste artigo, o funcionário que continuar exercendo ou que vier a exercer função de confiança ou cargo em comissão de valor superior ao que gerou a incorporação da última parcela, fará jus, decorrido cada período completo de 01 (um) ano, à atualização do valor desta última parcela, mediante a substituição da anterior por uma nova.

O ilustre procurador aliou-se ao entendimento de que, uma vez alcançado o máximo dos quintos da incorporação, somente sobre a última parcela incidiria a correção do pleiteado percentual, o que corresponderia a 20% do Cargo de Defensor-Geral.

Para a correta solução das questões que decorrem do requerimento do servidor, os dispositivos mencionados devem ter sua interpretação guiada pelos princípios atinentes à vigência da lei no tempo, bem como ao direito adquirido e seus correspondentes efeitos.

Conforme já externado pelo Procurador membro deste Conselho, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe já dispõe de opinião reiterada acerca do mesmo tema, a qual não custa redizer, a título de consolidação do discorrido:



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL QUE PLEITEIA A SUBSTITUIÇÃO DE QUINTOS - LEI COMPLEMENTAR 16/94, ART. 200, § 2º - PROVA INEQUÍVOCA ACERCA DA OCUPAÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO COM VALORES MAIORES QUE AS QUANTIAS INCORPORADAS POR QUASE 4 ANOS - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO APENAS DOS 3/5 NA REMUNERAÇÃO - QUINTOS APURADOS EM CONSONÂNCIA COM O CARGO PREENCHIDO NA MAIOR PARTE DAQUELE ANO - PRECEDENTES - CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT.

- Existindo prova inequívoca de que o autor ocupou cargo em comissão cujas remunerações superavam os quintos já incorporados, é possível a realização da substituição dos mesmos com base no disposto no art. 200, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 16/94;

- Cada quinto a ser substituído deve ser alcançado pelo cargo no qual o servidor ocupou por mais tempo durante o ano da incorporação;

- Procedência parcial da Ação Mandamental. Unanimidade.

(MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0313/2005, , Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Relator: DES. MANUEL PASCOAL NABUCO D'AVILA, Julgado em 12/04/2006)

Além de entender que há clareza no dispositivo, alguns julgados do mesmo tribunal também consideram que há interpretação parcial desta procuradoria em apenas considerar que o servidor exerceu cargo em valor superior; desprezando o final do parágrafo segundo do artigo 200. Traduzem por fim, os julgadores, que cada ano ocupado no cargo possibilita a substituição dos valores outrora inseridos nos seus vencimentos, quando as quantias atuais forem maiores.

Ademais, a remuneração em propósito configura uma vantagem ao servidor, que, se ignorada em virtude de uma interpretação, pode ofender ao direito adquirido, e além disso, princípios, como o da razoabilidade, vez que plausível seria encorajar o servidor a ocupar determinados cargos.

7



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Não fora do comum, como em toda ascensão numa carreira, não seria justo congelar o vencimento somente ao primeiro cargo exercido. Como ordem natural, as parcelas maiores substituem as menores sucessiva e gradativamente.

Nesses termos, concordo com o colega de conselho quando diz que o entendimento do Tribunal é deveras maduro e de improvável superação, sendo um desgaste de esforços da especializada em permanecer negando e remetendo este órgão, numa atrição desnecessária.

Finalmente, opino pela possibilidade da concessão da revisão dos percentuais aspirados pelo interessado, deferindo a substituição da razão de três quintos da parcela já incorporada pelo percentual de 60% referente ao cargo de Defensor Público-Geral, e na forma do voto apresentado pelo Conselheiro Leo Peres Kraft.

É como voto.

Aracaju, 01 de Setembro de 2010.

Pedro Durão
Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública
Procurador do Estado de Sergipe



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

PROCESSO N°: 022.000.00236/2010-3

INTERESSADO: Polícia Militar

TEMA: Prorrogação de Licença à Gestante para a Servidora Militar

VOTO DA RELATORA

PRORROGAÇÃO DA LICENÇA À GESTANTE DE 120 DIAS PARA 180 DIAS - PERÍODO DE PRORROGAÇÃO É LICENÇA ADMINISTRATIVA E NÃO PREVIDENCIÁRIA - EXTENSÃO DO BENEFÍCIO À SERVIDORA MILITAR - POSSIBILIDADE, COM FUNDAMENTO NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E PROTEÇÃO À MATERNIDADE - RECOMENDAÇÃO DE ADEQUAÇÃO LEGISLATIVA, NO ÂMBITO ESTADUAL.

1. RELATÓRIO

A matéria submetida a este Conselho decorre do dissenso existente entre o opinamento do Procurador Ronaldo Ferreira Chagas, consignado no Parecer n° 4794/2010, e o posicionamento do Procurador-Chefe da Via respectiva, Dr. Carlos Antônio de Araújo Monteiro, referente à consulta formulada pelo Exmo. Comandante da Polícia Militar do Estado de Sergipe, no sentido de estender às policiais militares o novo prazo da licença à gestante, de 120 para 180 dias, previsto no art. 109 da Lei n° 2.148/77, com redação dada pela Lei Complementar n° 161, de 05.12.2010.

Segundo entendimento consignado no Parecer n° 4794/2010, de lavra do Procurador Ronaldo Chagas, aplica-se às militares estaduais o disposto no art. 109 da Lei n° 2.148/1977, com redação dada pela LC n° 161/2008, estendendo o período de licença à gestante de 120 para 180 dias.

Em seu parecer-dissenso, o ilustre Procurador-chefe da Procuradoria Especial da Via Administrativa concluiu que a ampliação do prazo de 60 dias da licença à gestante não tem natureza previdenciária, mas administrativa; que o art. 109 do Estatuto dos Servidores Públicos civis aplica-se tão somente às servidoras civis, já que há regra específica de concessão de licença gestante à servidora militar, consignada no art. 35, IV da Constituição Estadual.



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Submetido o dissenso à apreciação do Exmo. Procurador-Geral, o mesmo achou por bem submeter o assunto ao Conselho Superior da Advocacia Pública, objetivando sumular a matéria e se definir sobre a possibilidade ou não de concessão de licença à gestante militar estadual por um período de 180 (cento e oitenta) dias.

É o relatório.

2. VOTO

A licença à gestante tem previsão constitucional, e é um direito social previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição da República, expressamente estendido aos servidores públicos civis e militares (arts. 39, §3º e 142, § 3º, VIII, respectivamente).

A Lei nº 11.770/2008 criou o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e alterou a Lei nº 8.212/91, para autorizar a administração pública direta, indireta e fundacional a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras.

Nesse esteio, a Constituição do Estado de Sergipe, com a nova redação dada pela Emenda nº 41, de 11.11.2008, assim passou a disciplinar a prorrogação à licença gestante:

"Art. 29. É assegurado ao servidor público:

(...)

XI - licença-maternidade, sem prejuízo do vínculo estatutário e da remuneração, de 180 (cento e oitenta dias), estendida referida licença para os casos de adoção de crianças com prazos de duração fixados em Lei Complementar."

Por seu turno, o Estatuto do Servidores Públicos Civis (Lei nº 2.148/1977), com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 161, de 05.12.2008, assim passou a dispor sobre a matéria:

"Art. 109. O repouso por licença à Gestante é o período de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos,



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

concedido à funcionária em estado de gestação, sem prejuízo da respectiva remuneração."

Como se trata de legislação disciplinadora dos direitos dos servidores públicos civis em nosso Estado, é natural a interpretação de que seus efeitos não se estendem, a princípio, aos servidores militares.

Todavia, sob o entendimento de que se trata de um benefício previdenciário e em face da unicidade de regime, já que tanto o servidor estadual civil quanto o militar estão submetidos à Lei Complementar nº 113/2006, o ilustre Procurador Ronaldo Chagas assim se posicionou:

"Como é sabido, a licença à gestante se inclui no rol dos benefícios previdenciários extensível a todos os beneficiários do Regime Próprio da Previdência Social instituído pela Lei Complementar nº 113, de 1º.11.2005, pago sob o título de salário-maternidade (arts. 19, I, "j" e 46/49), incluindo-se entre tais destinatários os militares(art. 3º, I)"

Contra tal fundamentação, brilhantemente se contrapôs o ilustre Procurador-Chefe da Via Administrativa, por entender que a ampliação da Licença à gestante não tem conteúdo previdenciário, tratando-se, em verdade, de licença administrativa, já que os primeiros 120 dias são custeados pelo Regime Próprio de Previdência, e os 60 dias complementares tem a sua remuneração, e não benefício, custeado pelo próprio orçamento de cada Poder e órgão constituído.

Em que pese o brilhante esforço de interpretação do Dr. Ronaldo Chagas, no tocante à natureza da complementação da referida licença, entendo assistir razão ao Dr. Carlos Monteiro. Com efeito, outra interpretação não se extrai do art. 3º da Lei Complementar Estadual nº 161, de 05 de dezembro de 2008, que assim dispôs:

"Art. 3º As despesas resultantes da ampliação do gozo da Licença à Gestante, prevista nesta Lei Complementar, correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, consignadas no Orçamento do Estado para os respectivos Poderes, bem como para o Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado."



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

Ao examinar a matéria no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, o ilustre Procurador Gervásio Fernandes de Serra Júnior assim se posicionou:

"De fato, não há outra conclusão possível. A prorrogação da duração da Licença-Maternidade não pode ser considerada como um Benefício Previdenciário e, como consequência disso, todas as despesas relativas a esse "novo direito" devem ser suportadas pelas pessoas jurídicas que, em tese, estão autorizadas a instituir tal programa."

O brilhante Procurador, ao examinar, à época, a extensão do benefício ao âmbito estadual, entendeu necessária a edição de competente diploma normativo, e assim foi feito, inclusive com a minuta de sugestão de alteração da legislação estadual.

Todavia, provavelmente em razão de não estender a consulta então formulada à situação das servidoras militares, quando em gozo de licença à gestante, a normatização estadual deixou de ser alterada para expressamente contemplar os militares, como o fez a legislação federal. Pergunta-se: à míngua da legislação estadual estendendo a ampliação do prazo da licença à gestante às servidoras militares, como o fez com as servidoras civis, é possível tal extensão àquelas? Entendo que sim, e o faço com base num princípio maior, o princípio constitucional de proteção à maternidade, e sobretudo o princípio constitucional da igualdade ou isonomia. Vejamos.

Como é por demais sabido, os servidores militares sujeitam-se, desde o advento da Emenda Constitucional nº 18/98 a um regime jurídico próprio, lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando há previsão expressa nesse sentido. Todavia, o fundamento da extensão da licença maternidade com prazo de 180 dias às militares, que ora se defende, não despreza o fato de possuírem os militares regime jurídico diferenciado. Tal diferenciação, todavia, não pode atingir, por via oblíqua, princípios maiores. Sim porque a se a interpretação de impossibilidade de extensão não fere direito da gestante inerente à condição de servidora militar, e sim o princípio da igualdade, na medida em que, para os fins da maternidade, a gestante civil e a gestante militar tem rigorosamente os mesmos direitos de proteção. E frise-se, a proteção de que aqui se trata não diz respeito apenas à gestante, mas também ao bebê. E o dom sagrado da maternidade é



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

conferido indistintamente a ambas, militares e servidoras civis

Muito oportuno, nesse toar, a análise feita pelo Procurador do Distrito Federal Carlos Odilon Lopes da Rocha, que em seu artigo "Extensão dos efeitos da Lei nº 11.770/2008 às servidoras militares" (jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto12498), assim se posicionou:

"Como é cediço, a função da lei é, por excelência, discriminar. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz normas de proteção às crianças e adolescentes, haja vista a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, que merecem cuidados no âmbito cultural, social, recreativo etc. O Código de Defesa do Consumidor traz normas protetivas para aquele indivíduo que se enquadre na definição de consumidor, tendo em vista sua condição de hipossuficiência e vulnerabilidade diante de fornecedores, normalmente grandes empresas econômicas.

Tais leis não são atentatórias ao princípio da igualdade. Ao contrário, implementam o referido princípio no contexto da realidade fática, pois tais discriminações são legítimas, se justificando em virtude de fatores lógico-rationais (v.g., crianças e adolescentes não podem ser tratados de forma idêntica a adultos, tendo em vista a incompletude no desenvolvimento físico e psicológico, merecendo, por isso, atenção especial do Estado e da sociedade civil; o consumidor, por sua vez, é, sem dúvida, a parte jurídica e economicamente mais fraca da relação de consumo, devendo incidir normas de proteção com o escopo de igualar aquela relação originariamente desigual).

Em outras palavras, só há ofensa ao princípio da isonomia se a discriminação for lógica ou racionalmente injustificada.

Na presente caso, não há fator lógico de discriminação (discrimen) que justifique um tratamento diferenciado entre gestantes militares e gestantes servidoras civis, pois a licença busca assegurar o princípio da



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

proteção da maternidade. E o dom sagrado da maternidade é conferido indistintamente a ambas, militares e servidoras civis. A fisiologia materna é, abstratamente, a mesma, seja a mãe militar ou civil. A posição jurídica de militar ou civil é indiferente ou irrelevante para os fins da maternidade, que se refere, principalmente, à proteção de uma condição física e psicológica peculiar a toda e qualquer mulher, em transição para a posição jurídica efetivamente tutelada (mãe).

Portanto, a simples circunstância de possuírem regimes jurídicos diferenciados não justifica, por si só, uma discriminação injustificada entre militares e servidoras civis, especialmente quando o fator de discriminação a ser focado é a condição de gestante da mulher, fisiologicamente idêntica tanto para a militar quanto para a civil."

Por fim, não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a estabilidade provisória do art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, embora literalmente prevista apenas para as empregadas, tem aplicado tal garantia constitucional não apenas às celetistas, mas também às militares e servidoras públicas civis. Vale transcrever um desse julgados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. DISPENSA DE FUNÇÃO COMISSIONADA NO GOZO DE **LICENÇA-MATERNIDADE**. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PROTEÇÃO À **MATERNIDADE**. OFENSA. RECURSO PROVIDO.

1. A estabilidade provisória, também denominada período de garantia de emprego, prevista no art. 10, inc. II, letra "b", do ADCT, visa assegurar à trabalhadora a permanência no seu emprego durante o lapso de tempo correspondente ao início da gestação até os primeiros meses de vida da criança, com o objetivo de impedir o exercício do direito do empregador de rescindir unilateralmente e de forma imotivada o vínculo laboral.

2. O Supremo Tribunal Federal tem aplicado a garantia constitucional à estabilidade provisória da



ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

gestante não apenas às celetistas, mas também às **militares** e servidoras públicas civis.

3. Na hipótese, muito embora não se afaste o caráter precário do exercício de função comissionada, não há dúvida de que a ora recorrente, servidora pública estadual, foi dispensada porque se encontrava no gozo de **licença maternidade**. Nesse cenário, tem-se que a dispensa deu-se com ofensa ao princípio de proteção à **maternidade**.

Inteligência dos arts. 6º e 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal e 10, inc. II, letra "b", do ADCT.

4. Recurso ordinário provido. (RMS 22361/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma do STJ. Julgado em 08.11.2007. DJ de 07.02.2008).

Este raciocínio deve ser aplicado analogicamente à licença-maternidade das militares, posto que, com o entendimento acima consignado, o STF efetiva concretamente valores fundamentais da sociedade e agasalhados pela Constituição, entre eles os princípios da igualdade e da proteção sagrada da maternidade.

Como se não bastasse, é oportuno lembrar que a alteração ao Estatuto dos Servidores Públicos Civis deu-se em razão de consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado acerca do tema. Na ocasião, muito provavelmente por um lapso, não se questionou a situação dos militares, que por conseguinte não foi objeto de análise. Se na oportunidade se tivesse despertado para tal distorção, é certo que a alteração na legislação estadual teria se verificado para também contemplar as servidoras militares, a exemplo do que se deu na esfera federal.

Finalizando, e em consonância com o opinamento de ambos os Procuradores pareceristas, têm-se que a legislação que prorrogou o prazo de licença à gestante para a servidora militar federal não pode ser aplicada no âmbito estadual, vez que se trata de disciplinamento exclusivo para as Forças Armadas.



**ESTADO DE SERGIPE
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
CONSELHO SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA**

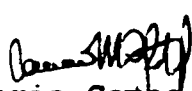
3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, e com fundamento nos princípios constitucionais da isonomia e da proteção à maternidade, VOTO no sentido de estender às servidoras militares a ampliação da licença à gestante de 120 para 180 dias, enfatizando que o primeiro período (120 dias), é custeado pelo Regime Próprio de Previdência, e os 60 dias complementares tem a sua remuneração custeada pelo orçamento do Poder Executivo.

Todavia, considerando que a legislação estadual está a reclamar a regulamentação da prorrogação da licença à gestante para a servidora militar, recomenda-se, a exemplo do que ocorreu para a servidora civil, a alteração da legislação estadual, de modo a regulamentar em definitivo o referido direito.

É como voto.

Aracaju, em 01 de setembro de 2009.


Conceição Maria Gomes Ehl Barbosa

CONSELHEIRA