



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

PARECER Nº: 438/2008
PROCESSO Nº: FP 000399/2008
INTERESSADO: FUNDAÇÃO PROCON
ASSUNTO: **CONSULTA SOBRE CONCESSÃO DE LICENÇA MATERNIDADE DE 180 DIAS.** Matéria a depender de edição de lei estadual ou alteração da Consolidação da Leis do Trabalho-CLT. Contornos traçados pelo parecer da Procuradoria Administrativa nº 64/2007.

Senhora Procuradora Chefe da Consultoria Jurídica:

1. Cuidam os autos de consulta formulada pela Fundação Procon sobre a extensão aos servidores celetistas da Fundação Procon da concessão de licença- maternidade de 180 dias prevista na Lei Complementar Estadual Estadual nº 1054/2008 e Lei Federal nº 11.770/2008.

2. A presente solicitação partiu da Gerência de Recursos Humanos, às fls. 12/13, tendo em vista encontrarem-se em licença-maternidade duas servidores do Procon, sendo que uma delas encaminhou requerimento para fins de preservação de direito futuro de requerer a ampliação da licença por mais 60 dias (fls.9/10).



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

3. O Senhor Diretor Executivo da Fundação Procon, acolhendo manifestação da Senhora Diretora Adjunta de Administração e Finanças, de fl.14, sugere o envio dos autos a esta Consultoria Jurídica, às fl.15, para análise e manifestação.

Instruem os presentes autos cópias da legislação retro citada, assim como solicitação de preservação de direitos e dúvida levantada por parte da servidora Quênia Fernanda de Oliveira (fls.09/10), visando a ampliação de prazo de licença-maternidade para 180 dias. Encontra-se à fl.11 a relação de afastamento para gozo de licença-maternidade de duas servidoras: Quênia Fernanda de Oliveira e Maria Antônia Correa da Silva Damiano, com previsão de retorno ao trabalho em 05/12/2008 e 20/11/2008, respectivamente.

4. Os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica por ordem do Senhor Chefe de Gabinete à fl.15, vº.

É o breve relatório. Passamos a opinar.

5. Insta afirmar que, independentemente, da posição pessoal que se possa ter sobre o assunto, qual seja, a garantia do direito da criança ao aleitamento materno, considerado como direito fundamental a ela inerente, visando política preventiva de saúde pública, motivos que, certamente, lastrearam a Lei Complementar Estadual nº 1054, de 7 de julho de 2008 e a Lei Federal nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que cria o programa da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal e altera Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não há, segundo o entendimento que prevalece na Administração, como estender os benefícios outorgados pelas referidas leis aos servidores celetistas da Administração Estadual Paulista.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

6. Com efeito, a Lei Complementar nº 1054/2008, que amplia os períodos da licença à gestante, da licença-paternidade e da licença adoção, e dá providências correlatas, é dirigida expressamente aos servidores estatutários e agentes políticos, como se verifica de seu art. 4º :

”O disposto no artigo 1º desta lei complementar aplica-se:

I- servidores da Administração direta e das autarquias, submetidas ao regime estatutário, bem como aos militares;

II- aos servidores do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como aos servidores do quadro da Secretaria da Assembléia Legislativa”.

Inferre-se da citada lei, que não há previsão dos benefícios ali abrangidos aos servidores das Fundações Estaduais, como é o caso da Fundação Procon, onde há quadro de servidores celetistas.

7. Por outro lado, a Lei Federal nº 11.770/2008, que tem como escopo a concessão de incentivo fiscal, por meio da prorrogação da licença-maternidade, que não objetivou alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, tem também como destinatários, além das empregadas das empresas cidadãs, que se coadunam com o Programa Empresa Cidadã, previsto no art. 1º, a Administração Pública Federal Direta, Indireta e Fundacional (art. 2º).

Assim prevê a aludida lei federal:

“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.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

§ 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.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

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.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º O Poder Executivo, com vistas no cumprimento do disposto no inciso II do caput do art. 5º e nos arts. 12 e 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, estimará o montante da renúncia fiscal decorrente do disposto nesta Lei e o incluirá no demonstrativo a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição Federal, que acompanhará o projeto de lei orçamentária cuja apresentação se der após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei.”

8. O benefício de que trata a mencionada lei federal, deverá ser outorgado à empregada da pessoa jurídica que aderir ao programa Empresa Cidadã, sendo que a empresa que aderir ao aludido programa poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total de remuneração integral da empregada, importando em renúncia fiscal.

9. Cumpre asseverar que o teor da referida Lei nº 11.770/2008 é tributário e a adesão da empresa empregadora é facultativa.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

10. Já no que refere à Administração, consoante o consubstanciado no art. 2º, há que se afirmar que se trata da Administração Federal, pela natureza da própria lei, que não teve o condão de alterar a CLT, portanto, alcançar direitos dos trabalhadores celetistas como um todo. O conteúdo da Lei nº 11.770/2008 é tributário, visando a concessão de incentivo fiscal, tendo como questão de fundo a prorrogação da licença-maternidade e desde que a pessoa jurídica empregadora adira ao Programa Empresa Cidadã, de modo a habilitar-se à dedução, com base no lucro real, do imposto devido.

Lembre-se, que, de acordo com o art. 8º da supracitada lei, esta produzirá efeitos a partir do primeiro dia do exercício subsequente àquele em que for implementado o disposto no seu art. 7º.

Como prevê o art. 2º da mencionada lei, a Administração Federal Fundacional, também estaria autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º, sem contudo, regulamentar como se viabilizaria tal adesão, ante a imunidade tributária de tais fundações (art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal).

11. A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor- PROCON, criada pela Lei Estadual nº 9.192, de 23 de novembro de 1995, com personalidade de direito público, vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa a Cidadania , com o objetivo de elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, é isenta pelo art. 8º de todos os tributos e de emolumentos cartorários.

Nessa linha, se por um lado a lei federal não se aplicaria à Administração Estadual, por se revelar de cunho fiscal-com extensão, não regulamentada, aos servidores federais- por outro, a Fundação Procon- Fundação



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

Paulista de Direito Público- não estaria subsumida a seus dispositivos, pois não logrou alterar o conteúdo da CLT, quer por ser Fundação Estadual, quer por ter imunidade tributária.

12. Por outra quadra, a Lei Complementar nº 1054/2008, que se exterioriza em valiosa contribuição para o estímulo ao aleitamento materno, como infere-se da anexa exposição de motivos gerada por estudos junto à Secretaria de Gestão Pública, que embasou o projeto de lei complementar nº 27, de 2008, encaminhado pelo Senhor Governador do Estado à Assembléia Legislativa, não alcançou servidores regidos pela CLT, e sim os servidores estatutários (art. 4º).

Quanto a este aspecto, trazemos à colação trecho do parecer emitido pela Procuradoria Administrativa nº 64/2007, aprovado pelo Senhor Procurador Geral do Estado com os inclusos subsídios da Subprocuradora Geral da Área da Consultoria, que orienta a Administração em geral:

“.....

Os empregados públicos, regidos pela CLT, são também servidores públicos, sendo a eles aplicável as disposições da Lei Complementar nº 180/78, na medida em “ quando o Estado contrata sob regime celetista, colocando-se sob a égide da legislação federal (ainda que institua outros em favor dessa categoria de servidores) sendo tal regime apenas afetado pelos dispositivos constitucionais aplicáveis aos servidores em geral”)”.



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

Urge colacionar, outrossim, trecho do parecer oriundo da mesma Procuradoria Administrativa nº 348/94, que bem delinea a extensão das vantagens aos servidores celetistas:

“.....
que a Lei Complementar nº180, de 12 de maio de 1978, ao instituir o Sistema de Administração de Pessoal relativo aos funcionários públicos civis e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do estado, “ colocou os celetistas na condição de servidores do Estado, outorgando-lhes diversas vantagens. Não obstante, a jurisprudência reconheceu que, apesar disso, referido diploma não teve o condão de modificar a natureza jurídica da relação de trabalho, de modo a excluir os direitos que a legislação assegura a tais servidores”.

13. A essência dos citados pareceres não deixa dúvidas quanto à extensão dos direitos aos servidores regidos pela CLT, que, muito embora, empregados públicos, estão submetidos à legislação federal, qual seja, a Consolidação da Leis do Trabalho- CLT, ressalvando que poderão ser instituídos outros direitos em favor dessa categoria de servidores.

14. Nesse passo, com respaldo no mencionado parecer, que vincula a Administração, ainda que se possa argumentar em favor do direito da criança ao aleitamento, a lastrear a prorrogação, objeto de análise, verifica-se que somente a lei poderá estender benefícios ao empregado público celetista: quer pela CLT, em um primeiro momento, quer pela edição de uma lei estadual, que assim



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

pretender garantir determinados direitos a seus servidores, o que até o presente momento não ocorreu.

15. Quanto à solicitada preservação de direitos, desenhada às fls. 09/10, forçoso asseverar que não há como se resguardar o que não se poderá adquirir.

É o parecer, s.m.j.

C. J., aos 31 de outubro de 2008.

Assinatura manuscrita de Maria Helena M. Braceiro Daneluzzi, com uma letra 'M' inicial grande e decorativa.

MARIA HELENA M. BRACEIRO DANELUZZI
Procuradora do Estado



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
CONSULTORIA JURÍDICA

PARECER Nº: 438/2008
PROCESSO Nº: FP 000399/2008
INTERESSADO: FUNDAÇÃO PROCON
ASSUNTO: CONSULTA SOBRE CONCESSÃO DE LICENÇA
MATERNIDADE DE 180 DIAS.

De acordo com o parecer de fls. 26/34.

Encaminhe-se à D. Chefia de Gabinete, com sugestão de oitiva do Gabinete da Procuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria, nos termos do artigo 21, inciso I, da Lei Complementar nº 478, de 18 de julho de 1986, por se tratar de matéria de interesse da Administração Pública em geral.

C.J., aos 31 de outubro de 2008.

Maria Lúcia Giangiaco Bonilha
MARIA LÚCIA GIANGIACOMO BONILHA

Procuradora do Estado
Chefe da Consultoria Jurídica

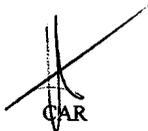


892

PROCESSO: FP Nº 000399/2008 (GDOC Nº 16847-830348/2008)

INTERESSADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS A SERVIDORES CELETISTA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.054/2008. LEI FEDERAL Nº 11.770/2008.


CAR

Analisando consulta formulada no âmbito da Fundação PROCON, o Parecer CJ/SJDC nº 438/2008 discorre sobre a abrangência da Lei Complementar estadual nº 1.054/2008 que, alterando disposição do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo¹, aumentou de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias a licença concedida à funcionária gestante.

A peça opinativa aponta que a norma estadual é expressamente dirigida aos servidores estatutários² e àqueles indicados no inciso II, de seu artigo 4º, não inclusos os servidores celetistas pertencentes aos quadros de fundações públicas.

Aborda, ainda, a inaplicabilidade da Lei federal nº 11.770/2008 aos empregados de fundações estaduais de direito público, pois é norma federal que não altera a Consolidação das Leis do Trabalho, tem natureza tributária e caráter facultativo.

¹ Artigo 198, da LCE nº 10.261/68, com a redação dada pelo artigo 1º, da LCE nº 76/73.

² Artigo 4º, inciso I, da LCE nº 1.054/2008.

m/l



Concordo com os argumentos e conclusões apresentadas no Parecer CJ/SJDC nº 438/2008.

Nos termos do artigo 15, da Lei estadual nº 9.192/95³ e artigo 10, do Decreto estadual nº 41.170/96⁴, “os servidores da Fundação serão admitidos sob o regime da legislação trabalhista”, significando que ocupam *emprego público*, ou seja, “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes ‘contratados’ para desempenhá-los, sob relação trabalhista.”⁵(sublinhei).

Enquanto para os servidores ocupantes de cargo público o benefício focado tem fundamento constitucional no artigo 39, § 3º, da Lei Maior⁶, para os *empregados públicos* a licença-maternidade advém diretamente da regra insculpida no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, regrada pelo artigo 392, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Embora o *caput* do artigo 39, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98⁷, esteja com sua eficácia suspensa em razão de vício formal⁸, certo é que o *regime jurídico único*, previsto na redação original do dispositivo⁹, não implica em extensão automática aos celetistas de benefícios inseridos nas normas dirigidas aos servidores estatutários. Havendo essa intenção, tal somente poderá ocorrer mediante a edição de lei estadual expressa.

mgl

³Lei que autoriza a instituição da Fundação PROCON.

⁴Edito governamental que institui e regulamenta a Fundação PROCON.

⁵Conforme CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 17ª edição, 2004, p. 234.

⁶“Artigo 39 – (...) §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.” (gs. ns.).

⁷Redação da EC nº 19/98 – “Artigo 39 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”.

⁸ADIN nº 2.135-4.

⁹Redação original – “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”.



Nessa medida, tanto no Parecer PA nº 64/2007, mencionado pela Consultoria Jurídica que serve a Pasta, como mais recentemente no Parecer PA nº 222/2007, a orientação jurídica vigente, que ora se ratifica, é no sentido de que aos servidores públicos admitidos sob o regime da legislação trabalhista "(...) não se aplica analogicamente o regramento fixado pelo EFP consoante entendimento já consagrado pela Procuradoria Geral do Estado por ocasião da aprovação dos pareceres PA-3 nº 348/1994 e 183/2006, referidos no parecer 226/2007 da CJ/SJDC, prevalecendo a normatização da CLT, respeitadas as particularidades introduzidas pela Constituição Federal no regime trabalhista. O Estado pode conceder a tais servidores vantagens não previstas na legislação de regência, mas não pode alterar o vínculo, nem deixar de reconhecer todos os direitos que aquela legislação (que se aplica por inteiro) assegura."¹⁰.

Logo, não implicando a norma federal alteração da legislação trabalhista a afetar diretamente os *empregados públicos* de fundações instituídas pelo Poder Público e não havendo disposição estadual que estenda a esses servidores a ampliação do período de licença-maternidade prevista na Lei Complementar estadual nº 1.054/2008, inviável é a concessão do benefício às servidoras da Fundação PROCON.

Com estas ponderações, submeto à análise e deliberação do Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação do Parecer CJ/SJDC nº 438/2008.

Subg. Consultoria, em 03 de fevereiro de 2009.

Maria Cristina Tibiriçá Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA

¹⁰ Parecer PA nº 222/2007, Parecerista Procuradora do Estado Dra. Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

845

PROCESSO: FP Nº 000399/2008 (GDOC Nº 16847-830348/2008)

INTERESSADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS A SERVIDORES CELETISTA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.054/2008. LEI FEDERAL Nº 11.770/2008.

Com os subsídios apostos na manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado - Área da Consultoria, aprovo o Parecer CJ/SJDC nº 438/2008.

Expeça-se ofício à Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública, com cópia deste parecer para ciência.

Devolva-se à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, para ciência e restituição dos autos à Fundação PROCON.

GPG, em 03 de fevereiro de 2009.


MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

MARCELO DE AQUINO
PROCURADOR GERAL DO ESTADO ADJUNTO