

ESTÁGIO PROBATÓRIO E LICENÇA MATERNIDADE

Lara Lorena Ferreira
Advogada Lara Lorena Ferreira Sociedade de Advogados

Em recente consulta, atendi uma servidora pública federal que, durante seu período de estágio probatório, esteve afastada da atividade por 180 dias em razão de concessão de licença à gestante. Passados alguns anos após a aludida licença, por ocasião de sua primeira progressão na carreira, se deu conta que a data da homologação de sua aprovação do estágio probatório fora atrasada em 180 dias, período em que esteve afastada.

Dúvida não há de que toda a sua carreira de servidora, para efeitos de estabilidade, vantagens e benefícios, por conseguinte, foi atrasada, ou adiada, em 6 (seis) meses. Exemplo clássico do prejuízo profissional sofrido pela mulher, **não em razão da maternidade, mas em razão da discriminação.**

Me perguntou a servidora, singelamente, se seria “*justo do ponto de vista do direito adquirido das mulheres afastar-se do trabalho quando nascem seus filhos sem que para isso fossem prejudicadas em sua carreira*”.

A pergunta é pertinente. A resposta deveria ser evidente, mas não é.

Estabelece o artigo 20 da Lei 8112/90:

Art. 20. - Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores:

(...)

§5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83¹, 84², §1º, 86³ e 96⁴, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Note-se que a lei não elenca a referida licença entre o rol de causas de suspensão de estágio probatório.

Entretanto, a Administração Pública, que prima pelo positivismo restrito, uma vez oficiosamente interpelada pela servidora, respondeu-lhe que no momento do exercício da licença maternidade (2015), estava em vigor a Nota Técnica nº

¹Da Licença por Motivo de Doença em Pessoa da Família

²Da Licença por Motivo de Afastamento do Cônjuge

³Da Licença para Atividade Política

⁴ Do Afastamento para Participação em Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* no País

30/2012/CGNOR/DENOP/SEGE/MP⁵, que autorizava o desconto do período de licença para efeito de cálculo da vigência do estágio probatório. Nesta linha de raciocínio, reconhecia as hipóteses de aplicação do §5º do artigo 20 da Lei 8112/90 como exemplificativas, e não exaustivas, entendendo que o tempo em que o servidor público não houvesse laborado efetivamente nas atribuições do seu cargo efetivo poderia prejudicar a avaliação dos critérios para aquisição da estabilidade, o que justificaria a prorrogação do estágio probatório.

Esta Nota foi posteriormente substituída pela Nota Técnica Nº 118/2015/CGNOR/DENOP/SEGE/MP, que tornou insubsistente a Nota anterior a partir de 04/08/2015, e harmonizou o entendimento de que somente as hipóteses taxativamente arroladas no §5º do art. 20 da Lei nº 8.112/90 tinham o condão de suspender o estágio probatório, de tal forma que não haveria impedimento para a aquisição de estabilidade do servidor no cargo público no caso das licenças e afastamentos considerados como de efetivo exercício na Lei nº 8.112/90, desde que observadas as regras avaliativas de desempenho.

Muito embora não tendo mencionado expressamente a hipótese de licença à gestante, a despeito da permissão interpretativa criada para todas as demais hipóteses tratadas pela Lei como de efetivo exercício, a Universidade Federal na qual a consulente é servidora, continuou com o entendimento de prorrogar o período de estágio probatório no caso da licença maternidade, pois as regras avaliativas de desempenho não consideravam a hipótese do servidor que não estava em exercício efetivo.

Com tal interpretação do direito não se pode mais compactuar, a permitir que a gestação atrase a vida profissional da mulher. A licença à gestante, e também ao adotante e à paternidade, é direito fundamental amparado pela Constituição, relacionado **à dignidade da mulher, a proteção à família e à criança, e igualdade de gênero**.

Assim sendo, qualquer lei deve sempre ir no sentido de dar a máxima efetividade ao direito fundamental, sobretudo porquanto amparado nos direitos sociais dos trabalhadores, e, qualquer tentativa infra legal de restringi-lo, há de ser inconstitucional.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Art. 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Nesse sentido é dever da Administração Pública criar todas as condições e envidar todos os esforços para a aplicação do exercício pleno desse direito.

⁵ Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão

As legislações são engessadas por natureza, e uma leitura e interpretação estreita dela, tal como feita pela Administração Pública, não se coaduna com o Direito, que é dinâmico.

O regime jurídico único (Lei 8112), ao par de ter sido editado em 1990, já em épocas modernas, poderia também ter contemplado, à luz da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais e humanos de forma mais compatível com o espírito da época. De lá pra cá, o RJU foi apenas emendado pontualmente, sem uma revisão global.

A matéria, no entanto, em recente posicionamento firmado a nível federal, aqui saudado, muito em virtude da publicização da opressão feminina nas relações de trabalho, e que deve moldar e servir de fundamento para as mudanças locais, estadual e municipal, por meio da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos da AGU, aprovou a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 03 de 17 de agosto de 2016, para que as mulheres e homens, durante a licença maternidade, adotante e paternidade, possam fazer jus ao direito de que não lhe sejam aplicadas a suspensão da contagem do prazo do estágio probatório de servidor público federal, de onde se destaca:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA CNU/CGU/AGU nº 03, de 17 de agosto de 2016

O gozo da licença gestante, da licença adotante e da licença paternidade não implica a suspensão da contagem do prazo do estágio probatório previsto no art. 41, § 4º, da Constituição.

Referências: Art. 6º, art. 7º, incisos XVIII e XIX, art. 41, § 4º, art. 203, inciso I, arts. 226 a 230, da Constituição; art. 10, ADCT; art. 20, §§ 4º e 5º, art. 102, arts. 207 a 210, da Lei nº 8.112/90.

(...)

II. Não estando expressamente previstas no art. 20 §5º da Lei 8112/90, as licenças à gestante, ao adotante e à paternidade não devem ser consideradas causas suspensivas do prazo examinado, razão porque, sendo afastamento o exercício regular de um direito, há que se considerar o afastamento período justificado de forma suficiente nas avaliações feitas pela Comissão constituída para essa finalidade. Além disso, as licenças à gestante, ao adotante e à paternidade, foram prescritas como de efetivo exercício para todos os efeitos (art. 102, VII, a, Lei 8112/90).

(...)

Por meio do Aviso Ministerial n. 060/2015/SPM/PR, a Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República também se manifestou pela revisão do parecer 79/2011/DECOR/CGU/AGU, destacando especialmente que “a licença maternidade é desdobramento da dignidade da pessoa humana: fruto do direito de proteção à família, à gestante e à criança. E continua:

(...)

8. Ocorre que, adotar tal entendimento prejudica sobremaneira os direitos das mulheres já conquistados. A medida penaliza as mulheres que

gozam da licença gestação durante o prazo do estágio probatório, usurpando seu direito de licença. Além disso, desestimula as mulheres a engravidar quando bem entenderem, segundo o planejamento familiar, o que significa interferência injustificada do Estado sobre suas escolhas”.

Dessa forma, foi prestigiada a leitura do artigo 20 §5º da Lei 8112/90, decorrente do artigo 102, VIII da mesma lei⁶, que reconhece a licença gestante como tempo de efetivo exercício e ainda, *a contrario sensu*, com base no princípio da legalidade da Administração Pública, considerando que os afastamentos não previstos no rol do artigo 20 §5º da Lei 8112/90 não tem o condão de suspender o período probatório e postergar a aquisição da estabilidade e dos direitos e vantagens dela decorrentes, foi possível rever a data de homologação do estágio probatório da servidora.

Muito embora salutar a mudança de entendimento, há de se destacar o tardamento de sua aplicação, eis que a Administração, numa leitura restritiva dos direitos sociais e fundamentais dos servidores, por meio de orientação normativa, não reconhecia um direito instituído em Lei desde 1990!

Evidentemente que o até então entendimento aplicado pela Administração, de adiar a aquisição da estabilidade em função de licença maternidade, significa a imposição de tratamento discriminatório às mulheres e ingerência indevida no planejamento familiar, o que é defeso perante a Constituição. (art. 226 §7º, CF)

O Supremo Tribunal Federal, no RE 658.312, reafirmou que a igualdade entre os gêneros é um direito fundamental, cláusula pétrea de nosso ordenamento. Ressaltou, ainda, que a lei pode desigualar os gêneros para ampliar, e não para reduzir os direitos fundamentais sociais da mulher, quando a realidade fática se mostrar desigual, pelas seguintes razões:

“3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

⁶Art.102. -Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de: (Vide Decreto nº 5.707, de 2006)

(...)

VIII-licença:

a) à gestante, à adotante e à paternidade;

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças”

Dito isso, fica o encaminhamento aos servidores(as) de que, nos seus respectivos processos, qualquer que seja a esfera administrativa, sofreram ou ainda sofrem em muitos casos a discriminação aqui suscitada, com a suspensão do período de estágio probatório durante licença gestante, adotante ou paternidade, com fundamento no mais recente parecer normativo mencionado, articulado pela própria Administração Pública Federal, peçam a revisão da data de homologação do encerramento do estágio probatório e, por conseguinte, a revisão dos benefícios e vantagens dela decorrentes.