

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO MELO DO NASCIMENTO

VOTO GC-7

PROCESSO: TCE-RJ nº 227.530-3/18
ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO DAS OSTRAS
ASSUNTO: CONSULTA

CONSULTA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DA MULHER GESTANTE OU EM GOZO DE LICENÇA-MATERNIDADE. POSSIBILIDADE. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA À ORDEM CLASSIFICATÓRIA DO PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. REGIME ESPECIAL PROTETIVO DA MATERNIDADE E DA ENTIDADE FAMILIAR. PROIBIÇÃO DE ATO LIMITATIVO PARA EFEITO DE ACESSO À RELAÇÃO DE TRABALHO. RESSALVA FEITA PARA AS HIPÓTESES EM QUE AS FUNÇÕES SEJAM EXERCIDAS EM CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO TEMPORÁRIO OU DO PAGAMENTO DA CORRESPONDENTE INDENIZAÇÃO, NA HIPÓTESE EM QUE A SERVIDORA ENTRAR EM GOZO DE LICENÇA-MATERNIDADE. ART. 10, INCISO II, ALÍNEA “B”, DO ADCT. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO RECÉM-NASCIDO COMO DIREITOS SOCIAIS INDISPONÍVEIS, INSUSCETÍVEIS DE RENÚNCIA PELA CANDIDATA APROVADA EM PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. TERMO INICIAL DO CONTRATO TEMPORÁRIO DEFINIDO PELO ATO OFICIAL DE CONVOCAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO, EM ISONOMIA COM DEMAIS CONVOCADOS. CONHECIMENTO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO COM RESPOSTA AO CONSULENTE.

Trata-se de Consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Rio das Ostras, Sr. Marcelino Carlos Dias Borba, por meio da qual pretende o pronunciamento desta Corte a respeito de questões envolvendo a contratação temporária de

servidoras em estado gravídico ou em gozo de licença-maternidade, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal e da legislação municipal aplicável.

A Consulta foi inicialmente examinada pela Coordenadoria de Análise de Consultas e Recursos (CAR), que se manifestou, às fls. 11/46, conclusivamente pelo Conhecimento, Expedição de Ofício ao consulente com respostas aos questionamentos formulados, Ciência e Arquivamento.

Em primeira submissão do feito ao Plenário, em Sessão de 27/03/2019, este Tribunal proferiu decisão por Diligência Interna, a fim de que colher a manifestação da Subsecretaria de Controle de Pessoal quanto ao objeto da Consulta, ouvindo-se, em seguida, a Procuradoria-Geral (PGT) e o Ministério Público Especial.

Em atendimento à Diligência Interna, a 3ª Coordenadoria de Auditoria de Pessoal (3ª CAP) ratifica as conclusões esposadas pela CAR, realizando acréscimos no tocante à fundamentação adotada para resposta aos questionamentos do consulente.

Desta feita, retornam os autos com nova manifestação do Corpo Instrutivo, que, ao considerar satisfeitos os pressupostos de admissibilidade da Consulta, com fulcro no art. 4º, inciso I, e no art. 5º da Deliberação TCE-RJ nº 276/17, assim se pronuncia em conclusão (fls. 83/86):

1. O CONHECIMENTO da presente consulta;

2. A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao consulente, dando-lhe ciência da decisão desta Corte, consignando as seguintes teses:

2.1 Ressalvados os casos em que as particularidades da função a ser ocupada forem prejudiciais à saúde da gestante e do nascituro e o período da contratação temporária, nessas condições, for total ou substancialmente coincidente com o estado gravídico, não há impedimento constitucional ou legal à convocação de gestante para celebrar a contratação por tempo determinado prevista no art. 37, IX, da CRFB/88;

2.2 Ressalvada exclusivamente a hipótese de o período de licença maternidade coincidir total ou substancialmente com o prazo da contratação temporária, durante o período que compreende a licença à gestante prevista no art. 7º, XVIII, da CRFB/88, não há impedimento constitucional ou legal à convocação de candidata para celebrar a contratação prevista no art. 37, IX, da CRFB/88;

2.3 A gestante contratada por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, deve ter sua avença prorrogada até o término da

estabilidade provisória prevista no art. 10, II, 'b', do ADCT, da CRFB/88;

2.4 A contratada por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, que venha a entrar em gozo da licença à gestante prevista no art. 7º, XVIII, da CRFB/88, deve ter sua avença prorrogada até o término da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, 'b', do ADCT, da CRFB/88;

2.5 Em observância ao princípio da economicidade, não é conferida à Administração a possibilidade de resilir o contrato por tempo determinado firmado com a gestante ou com a contratada que venha a entrar em gozo de licença à gestante, celebrado nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, antes do término da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, 'b', do ADCT, da CRFB/88;

2.6 Durante o afastamento da contratada por tempo determinado, celebrado nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, para gozo de licença à gestante, é possível à Administração firmar novo contrato por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, pelo tempo remanescente da licença, hipótese em que deverá convocar o próximo candidato classificado no processo seletivo simplificado correlato e informar que a avença terá prazo equivalente ao término da licença à gestante;

2.7 A celebração de contrato por prazo determinado, nos termos do art. 37, IX, da CRFB/88, não pode ser condicionada pela exigência de renúncia ao direito fundamental social previsto no art. 7º, XVIII, da CRFB/88;

2.8 Não é possível aguardar o término da licença insculpida no art. 7º, XVIII, da CRFB/88, a fim de convocar a candidata aprovada em processo seletivo simplificado para celebrar o contrato por prazo determinado previsto no art. 37, IX, da CRFB/88. Nesse caso, o termo inicial do contrato é a data definida pelo ato oficial de contratação.

3. Seja *parcialmente revogada* a tese 1 e *revogada* a tese 5, todas da consulta tombada sob o Processo TCE-RJ nº 200.118-7/09 (decisão plenária de 18/03/2010), nos termos do art. 3º, § 2º, da Deliberação TCE-RJ nº 276/17, c/c art. 1º, II, 'c', da Resolução TCE-RJ nº 309/18;

4. O posterior **ARQUIVAMENTO deste processo.**

Por sua vez, a Procuradoria-Geral deste Tribunal ratifica o parecer anteriormente apresentado, nos termos a seguir:

Ante o exposto, manifesto-me parcialmente de acordo com a CAR, residindo minha parcial divergência para ressaltar nos itens 2.3, 2.4 e 2.5 das conclusões apresentadas, as situações em que a função para a qual a servidora for contratada temporariamente não mais existir, caso em que, entendo ser devida a indenização no valor a que teria direito se considerada a manutenção do vínculo laboral.

O Ministério Público Especial manifesta-se favoravelmente às medidas preconizadas na instrução, sem realizar nenhum acréscimo, e parcialmente de acordo com a PGT.

É o Relatório. Passo ao meu Voto.

Inicialmente, em sede de juízo de admissibilidade, reputo satisfeitos os pressupostos elencados nos arts. 4º e 5º da Deliberação TCE-RJ nº 276/17, na esteira da manifestação do Corpo Instrutivo e da PGT, razão pela qual a Consulta deve ser conhecida.

Esclareço que, apesar de não ter sido encaminhado parecer técnico ou jurídico do ente de origem, a rigor, o art. 5º, parágrafo único, da Deliberação TCE-RJ nº 276/17 não prevê o seu envio como um pressuposto de admissibilidade, mas apenas como elemento adicional para a elucidação do objeto da Consulta, razão pela qual o Plenário tem relevado a ausência do citado documento.

No mérito, verifico que o consulente suscita as seguintes dúvidas perante esta Corte, todas envolvendo a temática da contratação temporária de servidoras:

1. *Considerando o caráter precário e temporário do regime administrativo de trabalho,*
 - a. *cabe a contratação de cidadã em estado gravídico?*
 - b. *cabe a contratação de cidadã em Licença Maternidade?*
 - c. *cabe a prorrogação desses contratos nesses termos?*
2. *Caso haja candidata convocada para assinatura de contrato temporário, que esteja em gozo de Licença Maternidade, pode haver desistência do recebimento do benefício por parte da servidora, para que possa usufruir de contrato temporário?*
3. *Caso haja candidata convocada para assinatura de contrato temporário, que esteja em gozo de Licença Maternidade, é possível aguardar o término da Licença Maternidade para então convocar a servidora? Nesse caso o tempo do contrato passa a vigorar a partir do início do exercício, ou da 5data definida pelo Ato Oficial de contratação (Portaria de Contratação)?*

Com efeito, o art. 37, inciso II, da Constituição da República estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada a nomeação para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Além da nomeação para cargo em comissão, outra exceção à regra de admissão de pessoal por meio de concurso público se refere à possibilidade da contratação temporária de servidores, autorizada pelo art. 37, inciso IX, da Carta Magna nos seguintes termos:

Art. 37. (...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Os contratados por tempo determinado são servidores públicos que contraem com a Administração Pública um vínculo bilateral, para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, na forma da lei que regule essa modalidade contratual pública. Essa contratação tem natureza administrativa e, em razão da autonomia federativa, a lei que estabelecer as hipóteses válidas para admissão temporária é de competência de cada ente político.¹

Cabe ressaltar que a Constituição Federal, ao conferir à legislação ordinária de cada ente a atribuição de regular as hipóteses nas quais será permitida a contratação temporária, não outorgou ampla discricionariedade ao legislador, sendo inadmissível que lei infraconstitucional, como veículo normativo para a definição dos casos de exceção, crie situações que não se destinem ao atendimento de uma necessidade temporária de excepcional interesse público.

Nessa esteira, conforme pacificado na moderna doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 658.026, tema nº 612 da repercussão geral), a válida admissão de pessoal por meio de contratos por prazo determinado deverá observar os seguintes pressupostos: (i) a previsão legal da hipótese de contratação; (ii) a necessidade temporária; (iii) o excepcional interesse público; e (iv) a prefixação do prazo necessário ao atendimento do excepcional fato motivador.

Há de se somar o fato de que, embora seja inexigível a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, a contratação de pessoal em caráter excepcional e temporário deve ser precedida de um processo seletivo

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33 ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 646.

simplificado, com critérios claros e objetivos previamente definidos e divulgados em edital. Ao adotar tais providências, a autoridade administrativa possibilitará não só o necessário controle sobre os atos administrativos, como também o antecipado conhecimento, pelos interessados, das condições exigidas para o ingresso, respeitando-se os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Feitas essas anotações introdutórias quanto a essa modalidade excepcional de contratação de servidores, passo a examinar cada um dos questionamentos formulados pelo consulente, à luz das manifestações do Corpo Instrutivo e da Procuradoria-Geral deste Tribunal.

1. Considerando o caráter precário e temporário do regime administrativo de trabalho,

a) cabe a contratação de cidadã em estado gravídico?

b) cabe a contratação de cidadã em Licença Maternidade?

c) cabe a prorrogação desses contratos nesses termos?

Verifico que o cerne dos questionamentos formulados no item 1 da Consulta diz respeito a um aparente conflito entre a norma do art. 37, inciso IX, da Constituição da República, que permite a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e as normas constitucionais que asseguram a licença à servidora gestante e a estabilidade provisória nas relações de trabalho.

Quanto ao item em referência, a Coordenadoria de Análise de Consultas e Recursos (CAR), após ressaltar que a contratação por prazo determinado se destina ao atendimento de uma necessidade temporária de excepcional interesse público, reproduz diversos dispositivos da Constituição Federal que asseguram proteção especial às mulheres contra qualquer tipo de discriminação.

Além da Constituição, a CAR menciona a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o Decreto nº 4.377/02, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, para apresentar a seguinte conclusão quanto ao primeiro questionamento objeto desta Consulta (item 1.a):

Ressalvados os casos em que as particularidades da função a ser ocupada forem prejudiciais à saúde da gestante ou do nascituro e o período da contratação temporária, nessas condições, for total ou substancialmente coincidente com o estado gravídico, não há impedimento constitucional à convocação de gestante para celebrar a contratação por tempo determinado prevista no art. 37, IX, da CRFB/88.

De fato, a contratação temporária é uma exceção à regra geral de admissão de pessoal por meio de concurso público, precedida apenas de processo seletivo simplificado, que se justifica em vista da urgência de suprir certa e determinada necessidade da Administração contratante. Com o eventual afastamento da servidora grávida contratada para a fruição de licença-maternidade, cabe arguir se haveria a compatibilidade da contratação temporária de gestantes com a natureza excepcional dessa modalidade de admissão.

Todavia, no ordenamento jurídico vigente, inexistente vedação à mulher gestante de participar de processos seletivos visando à contratação por prazo determinado, sendo certo que as normas constitucionais de proteção à maternidade, à infância, à dignidade da pessoa humana, bem como aquelas que vedam preconceito ou discriminação devem prevalecer, nesse caso, sobre a eventual ausência de interesse público secundário na contratação da mulher que se encontre grávida, ainda que a gestação se encontre em estágio avançado.

Convém destacar que, mesmo que a candidata grávida aprovada em processo seletivo simplificado ainda não tenha tomado posse, tem ela direito subjetivo a ser convocada para esse fim – e, logo após, fazer jus à licença-maternidade –, uma vez que cabe à Administração Pública observar, rigorosamente, a ordem de classificação, ainda que tal contratação possa gerar maior ônus em relação à contratação de outro candidato em posição inferior na lista.

Nesse rumo, reputo pertinente a transcrição de trecho da manifestação da Procuradoria-Geral no parecer exarado às fls. 48/61, no tocante à necessária observância à ordem classificatória em processos seletivos simplificados, *in verbis*:

Não se pode, portanto, ao argumento de que o afastamento da servidora gestante impede o atendimento à necessidade temporária

de excepcional interesse público, construir uma regra de exceção à norma que impõe a observância da lista classificatória dos processos seletivos, até porque a eventual contratação temporária de gestantes não impede que a Administração convoque novos candidatos para suprir tais ausências e, em consequência, de igual modo, atenda as necessidades urgentes de contratação de pessoal.

Por outro lado, concordo com a ressalva feita pelo Corpo Instrutivo e pela PGT, tendo em vista a impossibilidade de a Administração Pública exigir que a contratada em estado gravídico ou lactante exerça suas funções em condições prejudiciais à saúde da gestante ou do nascituro, sob pena de transgressão às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, bem como aquelas que asseguram a proteção à maternidade.

Nessa esteira, é oportuno destacar que, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI nº 5938 para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da CLT inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses. Para a Excelsa Corte, a expressão “*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher*”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, diminuiu a tutela de direitos sociais indisponíveis, afrontando a proteção constitucional à maternidade e à criança, bem como à redução de riscos inerentes ao trabalho, razão pela qual a alteração promovida pela novel legislação foi declarada inválida.

Considero que esse mesmo entendimento se aplica, *mutatis mutandis*, à contratação temporária de servidoras, sendo vedado o exercício de funções prejudiciais à saúde da trabalhadora gestante em razão do vínculo precário estabelecido com a Administração Pública. Assim, tem-se como legítima a recusa da admissão da candidata grávida para o exercício de funções prejudiciais à saúde da mãe ou do nascituro, sendo, ademais, recomendável previsão nesse sentido no respectivo edital de processo seletivo simplificado, como forma de assegurar a publicidade e a isonomia.

O Corpo Instrutivo e a PGT, quanto ao item 1.a da Consulta, manifestam entendimento no sentido de que não há impedimento constitucional ou legal à convocação da gestante aprovada em processo seletivo simplificado, ressalvada a hipótese mencionada na instrução, qual seja, quando as particularidades da

função a ser exercida sejam prejudiciais à saúde da gestante ou do nascituro e o período da contratação temporária, nessas condições, for total ou substancialmente coincidente com o estado gravídico.

Manifesto minha parcial divergência, em relação às instâncias instrutivas, a respeito da condicionante atinente à coincidência total ou substancial entre o período da contratação temporária e o estado gravídico para que seja vedado o desempenho da função temporária. Isso porque, a meu juízo, basta a mera coincidência parcial em termos temporais para que, diante de circunstâncias prejudiciais à saúde da gestante ou do nascituro, seja vedada a contratação temporária. Nesse sentido, por exemplo, pouco importa se a gestante desempenhará função temporária prejudicial à saúde do nascituro, na condição gravídica, por 10 (dez) dias ou por 8 (oito) meses, posto afigurar-se inadmissível a causação de risco à saúde do bebê, ainda que por curto lapso temporal.

Prosseguindo, no tocante ao item 1.b da Consulta, que encerra questionamento acerca da possibilidade de contratação de mulher em gozo de licença-maternidade, concordo, em parte, com as conclusões asseveradas pelo Corpo Instrutivo (CAR e 3ª CAP) e pela Procuradoria-Geral deste Tribunal.

Para as instâncias instrutivas, a contratação de mulher em gozo de licença-maternidade revela-se cabível, *“Ressalvada exclusivamente a hipótese de o período de licença maternidade coincidir total ou substancialmente com o prazo da contratação temporária”*.

Como se sabe, a licença-maternidade (ou licença à gestante) consiste no afastamento da trabalhadora gestante, sem prejuízo da remuneração, pelo prazo previsto na respectiva legislação de regência (CLT ou estatutos funcionais), que não pode ser inferior a 120 (cento e vinte) dias. O fundamento constitucional para o referido benefício consta do art. 7º, inciso XVIII², da Constituição da República e o seu objetivo é conferir proteção à gravidez, à recuperação pós-parto e à amamentação e cuidados do recém-nascido.

² 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;

Durante o período de afastamento por conta da licença-maternidade, a trabalhadora, caso seja servidora pública, faz jus à sua integral remuneração, nos termos preconizados no respectivo estatuto de regência, e, caso seja filiada ao Regime Geral de Previdência Social, tem direito à percepção do benefício denominado salário-maternidade, como regra, pago pelo empregador, que poderá efetuar a correlata compensação, nos termos do art. 72, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.213/91³.

Tal como se sucede com a candidata em estado gravídico, inexistente previsão legal que autorize a exclusão da mulher aprovada em processo seletivo simplificado por estar em gozo de licença-maternidade, sendo certo que a sua preterição, por esse motivo, significaria transgressão à necessária observância da ordem de classificação do certame, além de configurar ato discriminatório e limitativo para efeito de acesso à relação de trabalho, o que é vedado pela Lei nº 9.029/95, cujo art. 1º assim estabelece:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Por essas razões, divirjo da ressalva feita pela instância instrutiva e pela PGT quanto à hipótese em que o período da licença-maternidade coincidir total ou substancialmente com o das funções a serem exercidas para fins de vedar a contratação temporária da licenciada. Saliento que tal vedação não encontra respaldo legal, além de violar as regras que proíbem atos discriminatórios nas relações de trabalho.

Assim, em resposta ao item 1.b da Consulta, afirmo que não há impedimento constitucional ou legal à convocação, para função temporária, da mulher em gozo de licença-maternidade aprovada em processo seletivo

³ Lei nº 8.213/91:

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 empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. [...]

simplicado, sem ressalvas quanto à coincidência total ou substancial da vigência da contratação temporária com o período da licença.

O terceiro questionamento apresentado pelo consulente se relaciona à possibilidade de prorrogação dos contratos celebrados com a mulher gestante ou em gozo de licença-maternidade (item 1.c).

Aqui, a resposta também é positiva, pois o fato de a servidora temporária encontrar-se gestante ou em gozo de licença-maternidade não configura óbice à prorrogação do ajuste e à permanência do vínculo com a Administração Pública. Com efeito, a proteção à gravidez e à maternidade reverbera uma diretriz constitucional, consoante dispõem os arts. 7º, inciso XVIII, e 201, inciso II, da Constituição Federal e o art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), *in litteris*:

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. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (Vide Lei Complementar nº 146, de 2014)

Ressalto que os direitos resguardados pelos referidos dispositivos constitucionais valorizam, principalmente, o direito da gestante e lactante de ver

sua remuneração garantida enquanto estiver voltada para o cumprimento de seus deveres maternos, no período em que o recém-nascido mais necessita desses cuidados, preservando-se, com isso, a entidade familiar.

Assim é que, nos termos do art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, é vedada a dispensa da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Sublinho que essa questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo a Corte pelo prestígio à estabilidade provisória, mesmo em situações nas quais o vínculo jurídico com a Administração Pública seja temporário, como se depreende dos julgados a seguir (grifos nossos):

*E M E N T A: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, **as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inoportunamente tal dispensa. Precedentes. (RE 634093 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00640 RSJADV jan., 2012, p. 44-47)***

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA – ART. 10, INC. II, ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 669959 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

*A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. **A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: **A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.** (RE 629.053, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 10-10-2018, P, DJE de 27-2-2019, Tema 497)***

No mesmo sentido também é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis* (os grifos são nossos):

AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DISPENSA DE SERVIDORA CONTRATADA EM CARÁTER TEMPORÁRIO DURANTE O PERÍODO DE GESTAÇÃO. ARTS. 7º, XVIII, DA CF E 10, II, B, DO ADCT. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. VALORES POSTERIORES À IMPETRAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. PRECEDENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 97 DO DECRETO N. 3.048/1999. INOVAÇÃO RECURSAL

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as servidoras públicas, incluídas as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consoante dispõem os arts. 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b, do ADCT, sendo a elas assegurada a indenização correspondente às vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade. Precedentes. [...] (AgRg no RMS 27.308/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA EM EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. VÍNCULO TEMPORÁRIO E PRECÁRIO. DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE MOTIVAÇÃO PARA DISPENSA. PERÍODO DE GESTAÇÃO. FRUIÇÃO DE LICENÇA MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 10, II, "b", DO ADCT.

[...]

3. A estabilidade do serviço público, garantia conferida aos servidores públicos concursados ocupantes de cargos de provimento efetivo, não pode servir de fundamento para a dispensa de servidora pública não estável, como a ora recorrente, por motivo de gravidez ou por se encontrar a mesma no gozo de licença-maternidade.

4. Assim, servidora designada precariamente para o exercício de função pública faz jus, quando gestante, à estabilidade provisória de que trata o art. 10, II, "b", do ADCT, que veda, até adequada regulamentação, a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para, concedida em parte a segurança pleiteada, assegurar à impetrante o direito à indenização correspondente aos valores que receberia caso não tivesse sido dispensada, até 05 (cinco) meses após a realização parto. (RMS 25.555/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

Em alinhamento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o Enunciado nº 244 constante de sua Súmula, hoje em vigor nos seguintes termos:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (grifei)

Logo, na esteira da jurisprudência dos Tribunais Superiores, afigura-se obrigatória a prorrogação de contrato temporário celebrado com servidora que se encontre grávida ou em gozo de licença-maternidade.

Ocorre que, quanto a esse aspecto, a CAR vai além e, em sua manifestação, sustenta que o direito à estabilidade provisória previsto no art. 10, inciso II, alínea "b" do ADCT demanda, necessariamente, a prorrogação do contrato temporário celebrado com fundamento no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, sendo, em todo caso, inadmissível a dispensa pela Administração Pública, ainda que mediante o pagamento da correspondente indenização.⁴

Salienta o Corpo Instrutivo que, mesmo quando não mais se encontre presente a situação excepcional que motivou a contratação temporária, seria mais consentâneo com o princípio da economicidade admitir que a gestante permanecesse prestando labor à Administração até o advento da licença, pois, do contrário, *"o ente público que resilir o contrato se verá obrigado a indenizar não só o referido período, mas também o prazo referente à licença à gestante, sem embargo do recolhimento de todas as contribuições previdenciárias incidentes em todo o intervalo de tempo."*

Em que pese o pronunciamento da laboriosa Coordenadoria de Análise de Consultas e Recursos, corroborado pela 3ª Coordenadoria de Auditoria de Pessoal, tenho entendimento diverso quanto à matéria, mormente em face das particularidades que envolvem determinadas funções para as quais são admitidos servidores em caráter temporário.

⁴ Com esse fundamento, a CAR propõe a revisão do entendimento manifestado por esta Corte no Processo TCE-RJ nº 200.118-7/09, em Sessão Plenária de 18/03/2010, quando se admitiu a possibilidade de dispensa mediante o pagamento de uma indenização à contratada correspondente ao período faltante para concluir os 120 dias subsequentes ao parto.

Assim, nesse ponto, acompanho a manifestação da Procuradoria-Geral deste Tribunal, reproduzindo, por pertinente, o seguinte excerto do parecer exarado às fls. 48/61, o qual adoto como razões de decidir:

Existirão situações em que sequer será viável a manutenção do vínculo com a Administração Pública, como, por exemplo, contratos celebrados para atender situações de calamidade pública, em que, retornada à situação de normalidade, a função pela qual a servidora foi contratada não será mais necessária ou até mesmo possível de ser exercida.

Nesta esteira, considero, ainda com as considerações expostas no que tange à excepcionalidade da contratação temporária, que o entendimento adotado por esta Corte nos autos da Consulta TCE-RJ n. 200.118-09, atenderia, numa melhor interpretação, aos interesses aparentemente em conflito, no qual considerou ser possível a cessação de contrato com a servidora admitida por prazo certo, ao final deste, com a devida indenização em dinheiro dos valores a que teria direito se considerada a manutenção do vínculo laboral, nos termos do art. 10º, II, b, ADCT.

[...]

Data máxima vênua, ainda que se conclua por conceder a garantia ao emprego à servidora, nos termos do art. 10, II, b do ADCT, não vejo como viabilizar a manutenção da servidora gestante prestando labor ao ente público em situações que a função para a qual foi contratada não mais existir, como no exemplo citado anteriormente, da situação de calamidade pública ou de surtos endêmicos e epidêmicos.

Em suma, quanto ao questionamento do Consulente (...), considerando o entendimento hoje dominante na jurisprudência, no sentido de que a regra é a prorrogação de tais contratos, concluo que terá a servidora direito a permanecer vinculada ao ente público, em decorrência de prorrogação de contrato por prazo determinado, pelo mesmo prazo pelo qual foi, eventualmente, prorrogado para os demais contratantes ou até o término da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b do ADCT, com exceção dos casos em que, pela situação em concreto, não for possível exercer a função pela qual a servidora for contratada, em que será devida a correspondente indenização.

Nessa senda, não vejo óbices a que, findo o prazo contratual, a Administração Pública deixe de promover a prorrogação do ajuste, encerrando de vez o contrato **em face do exaurimento da necessidade temporária de excepcional interesse público**, mas, considerando o estado gravídico da servidora, efetue o pagamento da indenização correspondente a todo o período que restar da gestação até os cinco meses após o parto, em que lhe é assegurada a estabilidade provisória.

Destarte, a resposta ao questionamento constante do item 1.c da Consulta é no sentido da obrigatoriedade da prorrogação do contrato por prazo determinado nos casos em que a servidora encontrar-se gestante ou em gozo de licença-maternidade, até cinco meses após o parto, devendo a Administração Pública efetuar o pagamento da correspondente indenização relativa ao período faltante para o término da estabilidade provisória assegurada pelo art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, na hipótese em que deixar de promover a prorrogação contratual por ter cessado a necessidade temporária de excepcional interesse público.

2.Caso haja candidata convocada para assinatura de contrato temporário, que esteja em gozo de Licença Maternidade, pode haver desistência do recebimento do benefício por parte da servidora, para que possa usufruir de contrato temporário?

A proteção à maternidade e à criança são direitos sociais irrenunciáveis e não podem ser afastados pela desistência do benefício pela gestante, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o nascituro e o recém-nascido.

A finalidade das normas constitucionais que asseguram o regime especial à trabalhadora gestante ou lactante restaria frustrada caso a servidora abrisse mão do benefício, quando, na verdade, deveria estar completamente à disposição do seu filho, livre das atribuições do cargo temporário para pensar na criação e na amamentação da criança, preservando a entidade familiar.

No mais, coaduno-me com as razões declinadas pela Coordenadoria de Análise de Consultas e Recursos quanto ao questionamento em voga, reproduzindo os seguintes trechos da instrução, os quais adoto como fundamentos deste Voto:

Conforme exposto na análise do segundo quesito, não há impedimento constitucional ou legal à convocação de candidata para celebrar a contratação prevista no art.37, IX, da CRFB/88, durante o período que compreende a licença à gestante prevista no art.7º, XVIII, da CRFB/88.

Assim sendo, e na vereda do que decidido pelo Pretório Excelso no Recurso Extraordinário 629.053, com repercussão da questão constitucional reconhecida (tema 497), não é necessário que a

convocada consinta a uma duvidosa renúncia ao direito fundamental social previsto no art.7º, XVIII, da CRFB/88, para que possa ser contratada por prazo determinado com fulcro no art.37, IX, da CRFB/88.

Ratifica esse entendimento a impossibilidade, mesmo na recente reforma trabalhista, de supressão ou redução da licença-maternidade, consoante se depreende do art.611-B, XIII, da CLT. Vale a transcrição:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

(...)

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Dessa forma, a resposta ao questionamento formulado no item 2 da Consulta é no sentido de que a celebração de contrato por prazo determinado, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição da República, não pode ser condicionada pela exigência de renúncia ao direito social previsto no art. 7º, inciso XVIII, da Carta Cidadã.

3.Caso haja candidata convocada para assinatura de contrato temporário, que esteja em gozo de Licença Maternidade, é possível aguardar o término da Licença Maternidade para então convocar a servidora? Nesse caso o tempo do contrato passa a vigorar a partir do início do exercício, ou da data definida pelo Ato Oficial de contratação (Portaria de Contratação)?

Quanto ao último questionamento, concordo com a manifestação da Coordenadoria de Análise de Consultas e Recursos, no sentido de que, considerando a ausência de impedimento legal à contratação da trabalhadora em gozo de licença-maternidade, a Administração não deve aguardar o término do prazo do benefício, firmando desde logo o ajuste, cujo termo inicial será definido pela portaria de convocação da candidata para a celebração do contrato temporário, observada rigorosamente a ordem de classificação do processo seletivo simplificado. Nesse sentido, trago à baila trecho da instrução, que passa a integrar a fundamentação deste Voto, por meio da técnica de motivação *aliunde*:

Mais uma vez nos reportando ao que mencionado na análise do quesito número 2, não há impedimento constitucional ou legal à

convocação de candidata para celebrar a contratação prevista no art.37, IX, da CRFB/88, durante o período que compreende a licença à gestante prevista no art.7º, XVIII, da CRFB/88.

Por isso, a nosso sentir, a Administração não pode aguardar o término do prazo da licença à gestante a fim de convocar a candidata aprovada em processo seletivo público para celebrar o contrato por prazo determinado previsto no art.37, IX, da CRFB/88, modo que o termo inicial da avença é definido pelo ato oficial da contratação.

Portanto, em resposta ao último quesito, afirmo não ser possível aguardar o término da licença-maternidade, a fim de convocar a candidata aprovada em processo seletivo simplificado para celebrar o contrato por prazo determinado com fulcro no art. 37, inciso IX, da Constituição da República, sendo o termo inicial do ajuste definido pela portaria de convocação da candidata para a celebração do contrato temporário.

Por fim, alerto o jurisdicionado de que as manifestações do Corpo Instrutivo e os pareceres da Procuradoria-Geral deste Tribunal e do Ministério Público Especial podem ser consultados integralmente no Portal do TCE-RJ, por meio do endereço eletrônico <http://consulta.tce.rj.gov.br/consulta-processo/Processo>.

Ex positis, manifesto-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com o Corpo Instrutivo, com o Ministério Público Especial e com a Procuradoria-Geral, residindo a minha parcial divergência (i) na exclusão da condicionante segundo a qual o prazo contratual deve coincidir total ou substancialmente com o estado gravídico, diante de função temporária prejudicial à saúde da mãe ou do nascituro, para que haja impedimento à contratação de gestantes, afigurando-se suficiente que a coincidência temporal seja meramente parcial para que se inviabilize a contratação; ii) na exclusão da exceção feita na instrução, quanto à necessidade de que o prazo da licença-maternidade não coincida total ou substancialmente com o da contratação, como condição para viabilizar a convocação da candidata licenciada; (iii) na inclusão da possibilidade de que o contrato temporário não seja prorrogado, desde que mediante indenização à contratada detentora de estabilidade provisória, quando deixe de existir a situação temporária de excepcional interesse público; e (iv) em não acolher a proposta de revogação da tese formulada na Consulta objeto do Processo TCE-RJ nº 200.118-7/09, e

VOTO:

I- Pelo **CONHECIMENTO** da presente Consulta, por reputar satisfeitos os seus pressupostos de admissibilidade, nos termos da Deliberação TCE-RJ nº 276/17;

II-Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao consulente, com a seguinte resposta aos quesitos formulados nesta Consulta:

a) Não há impedimento constitucional ou legal à convocação, na condição de contratada temporária, da gestante aprovada em processo seletivo simplificado, ressalvada a hipótese em que as particularidades da função a ser exercida sejam prejudiciais à saúde da gestante ou do nascituro;

b) Não há impedimento constitucional ou legal à convocação da mulher em gozo de licença-maternidade, aprovada em processo seletivo simplificado, para fins de celebrar contrato temporário;

c) É obrigatória a prorrogação do contrato por prazo determinado nos casos em que a servidora encontrar-se gestante ou em gozo de licença-maternidade, devendo o prazo de vigência contratual ser estendido até cinco meses após o parto, obrigando-se a Administração Pública, ao menos, a efetuar o pagamento da correspondente indenização relativa ao período faltante para o término da estabilidade provisória assegurada pelo art. 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, na hipótese em que deixar de promover a prorrogação contratual por ter cessado a necessidade temporária de excepcional interesse público;

d) A celebração de contrato por prazo determinado, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição da República, não pode ser condicionada à exigência de renúncia ao direito social previsto no art. 7º, inciso XVIII, da Carta Cidadã;

e) Não é possível aguardar o término da licença-maternidade, a fim de convocar a candidata aprovada em processo seletivo simplificado para celebrar o contrato por prazo determinado com fulcro no art.

37, inciso IX, da Constituição da República, sendo o termo inicial do ajuste definido pela portaria de convocação da candidata para a celebração do contrato temporário, observada rigorosamente a ordem de classificação no processo seletivo simplificado.

III-Pela CIÊNCIA desta decisão à Subsecretaria de Controle de Pessoal e à Coordenadoria de Análise de Consultas de Recursos;

IV-Pelo ARQUIVAMENTO do presente processo.

Plenário,

GC-7, em 25 / 09 / 2019.

RODRIGO MELO DO NASCIMENTO
Relator