

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.796 - MS
(2013/0100701-0)**

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : MARGARETH DE MIRANDA VIDUANI
ADVOGADO : PATRÍCIA CONTAR DE ANDRADE
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : LUDMILA SANTOS RUSSI DE LACERDA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por MARGARETH DE MIRANDA VIDUANI, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul assim ementado (fl. 86, e-STJ):

"MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA- MATERNIDADE – LIMITAÇÃO ETÁRIA – LEI INFRACONSTITUCIONAL – POSSIBILIDADE – SEGURANÇA DENEGADA. Aplicável a norma infraconstitucional que discerne as necessidades de cada etapa da vida de modo a adequar ao nível de inteligência da criança e do adolescente."

Nas razões do recurso ordinário, descreve a impetrante que adotou uma criação com 11 (onze) anos de idade e requereu licença-maternidade. O pedido foi indeferido, com base no art. 71-A da Lei n. 8.213/91, pois a servidora é comissionada e vinculada ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Alega que o seu pleito estaria amparado no art. 6º da Constituição Federal e que a revogação dos §§ 1º ao 3º do art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 12.010/2009 demonstraria a liquidez e certeza de seu pedido (fls. 93-104, e-STJ).

Contrarrazões nas quais se alega que deve ser mantido o acórdão da origem, uma vez que o art. 71-A da Lei n. 8.213/91 seria aplicável à servidora, por força do art. 40, § 13, da Constituição Federal e vedaria a concessão do benefício pranteado (fls. 107-11, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa (fl. 126, e-STJ):

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. ADOÇÃO. LICENÇA MATERNIDADE. REQUISITOS."

Superior Tribunal de Justiça

É, no essencial, o relatório.



**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.796 - MS
(2013/0100701-0)**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. CARGO EM COMISSÃO. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. REGIME GERAL. ART. 40, § 13, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 8.213/91. ADOÇÃO EM 2012. LICENÇA-MATERNIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 71-A NA REDAÇÃO DA LEI 10.421/2002. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO NA REDAÇÃO DA LEI 12.873/2013. VEDAÇÃO À RETROAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. ATENÇÃO AO RE 597.389/SP – REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão no qual se denegou a segurança ao pleito mandamental de concessão de licença-maternidade de servidora estadual, ocupante de cargo em comissão, que adotou menor com 11 (onze) anos de idade, em 29/6/2012 (fl. 19); a recorrente alega que teria direito ao benefício em proteção ao direito social, insculpido no art. 6º da Constituição Federal.

2. No caso concreto, é aplicável à servidora a lista de direitos e benefícios previdenciários fixados na Lei n. 8.213/91, por força do § 13 do art. 40 da Constituição Federal.

3. Na ocasião da adoção, em 29.6.2012, era vigente a redação do art. 71-A da Lei n. 8.213/91, que escalonava o tempo de outorga da licença-maternidade com atenção à idade da criança que estava sendo adotada; a alteração do dispositivo se deu somente com o advento da Medida Provisória n. 619/2013, convertida na Lei n. 12.873/2013, que unificou os períodos de licença.

4. Não é possível haver retroação da lei no que tange à outorga de benefícios previdenciários, pelo que está firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao RE 597.389/SP, julgado sob o rito da Repercussão Geral pelo Pretório Excelso. Precedente: RMS 32.974/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13.6.2013.

5. A outorga de direitos sociais deriva da evolução da sociedade e seu acolhimento na legislação, sendo incorporadas de forma paulatina ao ordenamento jurídico, uma vez que não havia lei no momento da adoção, não há como obrigar a concessão do benefício, por falta de base jurídica, em vista da impossibilidade de retroação.

Recurso ordinário improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não é possível prover o recurso ordinário.

Informam os autos que a recorrente ocupa cargo em comissão no Tribunal de Justiça do estado e adotou uma menor em um projeto da instituição (fls. 15-19, e-STJ). Requereu a concessão da licença-maternidade, que, contudo, foi indeferida.

Após a impetração do *Writ of Mandamus*, o Tribunal de Justiça denegou a segurança nos seguintes termos:

"Através da sentença de f. 15-17 denota-se que impetrante, então adotante, não estava regularmente inscrita no cadastro de pessoas habilitadas à adoção, porém não foram encontrados casais nacionais inscritos para a adoção de crianças com o perfil da jovem, razão pela qual foi entregue a madrinha afetiva.

A criança, por seu turno, é nascida em 13 de julho de 2000, contando atualmente com 12 anos de idade (f. 15).

(...)

De outro vértice, a autora da segurança é servidora regida por estatuto próprio, porém ocupa cargo em comissão, sendo, pois, vinculada ao Regime Geral de Previdência Social (art. 40, § 13, da CF), de modo que cumpre com a previsão contida no art. 71-A da Lei Federal n. 8.213/91, que limita o direito à licença à idade da criança adotada, ou seja, se a criança tiver até 1 ano de idade, tem direito a 120 dias; se tiver de 1 a 4 anos, tem direito a 60 dias, e, por fim, se a criança tiver de 4 a 8 anos de idade, só tem direito a 30 dias de licença."

Ainda, o voto condutor frisou que o mesmo teor previsto no art. 71-A da Lei n. 8.213/91 está firmado no art. 59 e incisos da Lei Estadual n. 2.207/2000 (Regime Previdência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul). Por fim, também, a Lei Estadual n. 3.855/2010 está no mesmo sentido.

De fato, é indisputado que a servidora ocupa cargo em comissão e, nos termos do art. 40, § 13, da Constituição Federal e seus benefícios de cunho previdenciário estão regidos pelo Regime Geral de Previdência Social. Transcrevo:

"Art. 40. (...)

(...)

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em

Superior Tribunal de Justiça

comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social."

Assim, afigura aplicável o teor do art. 71-A da Lei n. 8.213/91, nos termos dados pela Lei n. 10.421/2002.

Transcrevo:

"Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade."

E não há como deferir o direito pleiteado, uma vez que a sentença de adoção transitou em julgado em 29.6.2012 (fl. 19, e-STJ), ou seja, antes do advento da Medida Provisória n. 619/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.873/2013.

Isso porque não é possível a retroação da lei no que tange a outorga de benefícios previdenciários, como está firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao RE 597.389/SP, julgado sob o rito da Repercussão Geral pelo Pretório Excelso.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA MATERNIDADE. LEI N.º 11.770/2008. LICENÇA EXPIRADA ANTES DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. RESOLUÇÃO CJF N.º 30/2008.

1. A controvérsia reside em saber se a prorrogação de que trata a Lei n.º 11.770/2008 poderia ou não beneficiar a impetrante, que teve seu período de licença maternidade encerrado três dias antes da edição do novo diploma legal.

2. A rigor, em se tratando de benefício previdenciário, a lei aplicável "é a vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicidade e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício" (REsp 658.734/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 3/5/2005, DJ 1º/7/2005), em observância ao princípio tempus regit actum.

3. Conforme orientação firmada no julgamento do RE

Superior Tribunal de Justiça

597.389/SP, julgado sob a sistemática de repercussão geral (DJe de 20/8/2009), os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão.

4. Resolução CJF n.º 30, de 22 de outubro de 2008, que regulamenta a matéria admitido a aplicação retroativa do novo regramento, restringindo tal possibilidade à hipótese em que a servidora, na data da edição da Lei n.º 11.770/2008 (10/9/2008), estivesse no gozo da licença maternidade. Diferente é a situação da impetrante, cujo período de licença já havia expirado três dias antes (7/7/2008).

5. Expirada a licença antes da inovação legislativa, nada mais há a prorrogar, não produzindo a lei nova efeitos sobre o ato jurídico perfeito, conforme o disposto no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido."

(RMS 32.974/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 13.6.2013.)

Transcrevo a ementa do julgado do Supremo Tribunal Federal:

"Questão de ordem. Recurso extraordinário. 2. Previdência Social. Revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte. 3. Lei nº 9.032, de 1995. Benefícios concedidos antes de sua vigência. Inaplicabilidade. 4. Aplicação retroativa. Ausência de autorização legal. 5. Cláusula indicativa de fonte de custeio correspondente à majoração do benefício previdenciário. Ausência. 6. Jurisprudência pacificada na Corte. Regime da repercussão geral. Aplicabilidade. 7. Questão de ordem acolhida para reafirmar a jurisprudência do Tribunal e determinar a devolução aos tribunais de origem dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema, para adoção do procedimento legal. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento."

(QO na Repercussão Geral no RE 597.389/SP, Relator Min. Ministro Presidente, julgado em 22.4.2009, Repercussão Geral - Mérito publicada no DJe em 21.8.2009, no Ementário vol. 2370-09, p. 1.969, e na RF v. 105, n. 404, 2009, p. 321-328.)

Desta maneira, não visualizo uma violação do direito social à proteção da maternidade, inserto no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, como indicou o voto condutor da origem:

"Há diversas formas de proteção à maternidade e à infância, entretantes estas devem ser aptas a atender os anseios de cada

Superior Tribunal de Justiça

etapa da vida da criança e do adolescente, no intuito de cumprir o art. 6º, da Constituição Federal."

Em suma, a outorga de direitos deriva da evolução da sociedade e do seu acolhimento na legislação pátria, sendo incorporadas de forma paulatina ao ordenamento jurídico. Uma vez que não havia lei no momento da adoção, não há como obrigar a concessão do benefício, por falta de base jurídica, em vista da impossibilidade de retroação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

