

DA RETROATIVIDADE DA LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA DA FAMÍLIA: LEI N.º 12.269/2010

Ao receber consulta de ilustre assessora jurídica do TRE/DF sobre a interpretação da Lei n.º 12.269/2010, e os efeitos jurídicos e financeiros da licença por motivo de doença na família, que alude o artigo 83 da Lei n.º 8.112/90, resolvi alongar a análise sobre o tema e produzir o presente estudo.

Inicialmente é de se destacar que o artigo 83 da Lei n.º 8.112/90 que disciplina a licença ao servidor por motivo de doença em pessoa da família, foi alterado pela Lei n.º 12.269/2010, ficando com a seguinte redação:

“Art. 83. Poderá ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva a suas expensas e conste do seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial.

§ 1º A licença somente será deferida se a assistência direta do servidor for indispensável e não puder ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo ou mediante compensação de horário, na forma do disposto no inciso II do art. 44.

§ 2º A licença de que trata o caput, incluídas as prorrogações, poderá ser concedida a cada período de doze meses nas seguintes condições:

I - por até 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, mantida a remuneração do servidor; e

II - por até 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, sem remuneração.

§ 3º O início do interstício de 12 (doze) meses será contado a partir da data do deferimento da primeira licença concedida.

§ 4º A soma das licenças remuneradas e das licenças não remuneradas, incluídas as respectivas prorrogações, concedidas em um mesmo período de 12 (doze) meses,

observado o disposto no § 3º, não poderá ultrapassar os limites estabelecidos nos incisos I e II do § 2º.”

Como visto, a licença para tratamento de saúde não se limita à pessoa do servidor, pois é estendido tal direito quando tiver que dar assistência para seus familiares enfermos, dependentes ou não.

Para obter o respectivo direito, deverá o servidor apresentar os seguintes documentos:

- filhos: cópias da certidão de nascimento;
- pais: cópia da carteira de identidade do servidor;
- cônjuge: cópia da certidão de casamento;
- companheiro: declaração de união estável registrada em cartório;
- enteados: cópia da certidão de casamento e cópia da certidão de nascimento do enteado; quando não for casado, deve o servidor apresentar declaração de união estável;
- menor sob guarda: termo de guarda;
- padrasto ou madrasta: cópia da certidão de casamento do pai ou não e cópia da carteira de identidade do servidor; não havendo casamento, deverá ser apresentada uma declaração de união estável, registrada em cartório, com duas testemunhas e cópia da carteira de identidade do servidor;
- dependentes que viva às expensas do servidor: cópia da declaração do imposto de renda onde conste a dependência econômica, ou documentos expedido pelo setor de recursos humanos informando que o dependente consta nos apontamentos funcionais do servidor;

Ao analisar o artigo em questão em nossos comentários à Lei n.º 8.112/90, destacamos:¹

“Contudo, há que se fazer uma interpretação sistemática, para que o intérprete não emita um juízo de valor equivocados, tendo em vista que apesar da antiga redação do § 2º ter sido suprimida, exatamente quanto à necessidade do parecer de junta médica, houve, na verdade, uma inversão de dispositivos legais, pois a redação atual do § 1º do art. 81 da Lei no 8.112/90, ao dispor sobre a licença por motivo de doença em pessoa da família, estabeleceu, para cada uma de suas

¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n.º 8.112/90 Interpretada e Comentada*. 6. ed., Niterói-RJ: Impetus, 2012, ps. 446/447.

prorrogações, a necessidade do exame realizado por perícia médica oficial.

Através dessa interpretação sistemática, que em um primeiro momento pode não parecer relevante, é de se destacar que o legislador permitiu que a licença *sub oculis* pudesse ser prorrogada em até 90 (noventa) dias, após o esgotamento dos 60 (sessenta) dias iniciais, condicionando apenas que a mesma seja precedida por exame realizado por perícia médica oficial.

Sucedo que o § 3º do art. 83, introduzido pela Lei no 12.269/2010, impede que seja concedida nova licença em período inferior a 12 (doze) meses do término da última licença concedida.

A citada redação do § 3º do artigo em questão é falha e permite algumas interpretações, que se forem levadas a efeito com desatenção, irá desnaturar a própria essência da licença *sub oculis*.

Isso porque, qual é o critério para a não concessão de nova licença em período inferior à 12 (doze) meses do término da última licença concedida? Se for interpretado que após o término da última licença que tenha durado apenas alguns dias, não esgotando o estoque de até 60 (sessenta) dias com remuneração, ou os até 90 (noventa) dias sem remuneração, haveria verdadeira limitação ao gozo do próprio direito material à licença por motivo de doença em pessoa da família.

Ora, se o servidor licencia-se por 60 (sessenta) dias, com remuneração, e requer prorrogação por mais um dia, após esse período, segundo a nova redação do § 3º, ele somente poderá ter uma nova licença por motivo de doença em pessoa da família em período inferior a 12 (doze) meses do término da última licença concedida?

A resposta, segundo a interpretação sistemática do respectivo § 3º do art. 83 é que ele não poderá solicitar a prorrogação da aludida licença após o término do prazo total do direito *sub oculis* (60 + 90 dias).

Na prática, o § 3º, nessa situação, para não conflitar com o § 2º do mesmo art. 83 da Lei no 8.112/90, terá que possibilitar o

direito do servidor tirar 60 (sessenta) dias de licença por motivo de doença em pessoa da família, sem prejuízo da sua remuneração, e excedendo esse prazo, por até 90 (noventa) dias, sem remuneração.

Ao garantir ao servidor o direito de usufruir do total de até 150 (cento e cinquenta) dias de licença, no caso de comprovada necessidade, o § 3º em questão não pode conflitar com tal direito, chocando-se com o próprio plano de proteção ao ente familiar a que alude o art. 226 da CF, pois seria irrazoável a limitação da prorrogação de nova licença, em 12 meses, a contar do término da última, sem levar em consideração o esgotamento do seu prazo máximo (limite temporal).

Não foi feliz nem técnico o legislador, visto que o § 2º se conflita com a literalidade do § 3º do art. 83, introduzidos pela Lei no 12.269/2010, se for interpretado de forma diversa da exposta.

Por essa razão, a interpretação deverá ser sistemática, não podendo ser suprimido, em hipótese alguma, o prazo máximo deferido pelo § 2º em questão, no período inferior a 12 (doze) meses do término da última licença concedida, tendo em vista que são situações excepcionais, apesar de frequentes, que determinam a necessidade do servidor se ausentar de seu serviço, para dedicar-se ao ente familiar que necessite de seu auxílio.

Utilizando-se do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, por analogia, tem-se: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum.”

A utilização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, visando a integração de um bem jurídico tutelado pela lei, através da utilização dos seus fins sociais e as exigências do bem comum, são plenamente aplicáveis ao direito público, como defendido por Franck Moderne,²²¹ na seguinte passagem: “La completud o integración de un orden jurídico es outro elemento de la racionalidad formal del derecho al que los principios generales del derecho tiene la posibilidad de dar una mano. Podemos definirla someramente como la ausencia de lagunas en un sistema jurídico de modo

que el analisis de los componentes del sistema permita determinar, a partir del conjunto de sus riezras, el estatuto juridico de un hecho cualquiera.”

Apesar de não haver lacuna, entendemos que no possível conflito dos §§ 2º e 3º do art. 83 da Lei no 8.112/90, o intérprete não deverá aplicar a cláusula que restrinja a utilização plena do próprio direito vigente à licença por motivo de doença da família do servidor.”

Ultrapassada essa questão, é de se ater ao alcance jurídico e financeiro do disposto no artigo 24 da Lei n.º 12.262/2010, porquanto o seu parágrafo único manda considerar como efetivo exercício, para todos os fins, os períodos de gozo de licença a partir de 12.12.1990 cuja duração máxima, em cada período de 12 (doze) meses a contar da data da primeira licença gozada.

Eis a dicção do atual artigo 24 da Lei n.º 12.269/2010:

“Art. 24. Para fins de aplicação do disposto no § 3o do art. 83 da Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a redação dada por esta Lei, será considerado como início do interstício a data da primeira licença por motivo de doença em pessoa da família concedida a partir de 29 de dezembro de 2009.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, serão considerados como de efetivo exercício, para todos os fins, os períodos de gozo de licença a partir de 12 de dezembro de 1990 cuja duração máxima, em cada período de 12 (doze) meses a contar da data da primeira licença gozada, seja de até 30 (trinta) dias.”

Com base nas disposições deste artigo, segundo o relato, vários servidores do Tribunal Eleitoral do DF vêm pleiteando o pagamento da verba de alimentação referente aos dias em que estiveram de licença para acompanhar pessoa enferma da família, que não ultrapassaram os 30 (trinta) dias no período de 12 (doze) meses, assim como os consectários jurídicos e financeiros das progressões funcionais que foram alteradas em razão da licença, antes da vigência da respectiva lei, requerendo, outrossim, os efeitos retroativos à 12.12.1990.

Por ser controvertida a matéria, existem órgãos federais que estão aplicando o novo comando legal (Lei n.º 12.269/2010) fazendo retroagir os efeitos legais desta lei a promulgação da Lei n.º 8.112/90 (12/12/1990), inclusive financeiramente, respeitando, contudo, a prescrição quinquenal.

Outros órgãos federais estão conferindo interpretação no sentido de que a retroação dos efeitos à 12/12/1990 é apenas jurídica, já que a lei não foi expressa em determinar a retroatividade dos efeitos financeiros a tal data, sendo defeso ao intérprete conferir interpretação extensiva para criar despesas não previstas expressamente no orçamento para esse fim.

Já outros órgãos federais entendem que não deve haver alteração nos atos pretéritos, em face terem sido constituídos em rigorosa observância à norma vigente à época do fato constitutivo da aquisição do aludido direito, estando, assim, de acordo com o ato jurídico perfeito a que alude o art. 5º, inciso XXXVI, da CF.

Colocada a questão em prática, quanto ao auxílio alimentação, Emir Maluf², ao discorrer sobre o tema assim averbou:

“Todavia, a mudança instituída pela Lei n.º 12.269/2010 impõe o afastamento, nos primeiros 30 dias de LPF, a cada 12 meses, da aplicação do inciso VI, art. 13, da Resolução TSE n.º 22.071/2005. A ordem é considerar “como de efetivo exercício, para todos os fins” esses primeiros 30 dias de LPF. Assim sendo, é devido o pagamento de auxílio alimentação desde a vigência da Lei n.º 12.269, em 21 de junho de 2010, nos primeiros 30 dias do afastamento, nos termos do parágrafo único do art. 24, da Lei n.º 12.269/2010. Concordemente, o ressarcimento dos anteriores descontos do auxílio alimentação, referentes aos 30 primeiros dias de LPF a cada 12 meses, também é devido aos servidores, desde 12/12/1990, nos termos do mesmo dispositivo.”

Não resta dúvida que muitas situações jurídicas irão advir dessa nova orientação, gerando para o servidor público uma plêiade de direitos, desde o estágio probatório, pois a Lei n.º 12.269/2010 traz alteração no cálculo do

2 MALUF, Emir. Licença por motivo de doença em pessoa da família: efeitos da Lei n.º 12.269/2010 sobre situações consolidadas. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3257, 1 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21905>>. Acesso em: 12 set. 2012.

tempo de efetivo serviço para os servidores que se encaixam nos precisos termos do seu artigo 24 e parágrafo único, considerando-se os primeiros 30 (trinta) dias, em cada 12 (doze) meses do tempo da licença em pessoa da família, visto que anteriormente o período gozado não era contado como efetivo tempo de serviço.

Com a determinação expressa da retroatividade dessa nova orientação jurídica, não resta dúvida que os órgãos públicos federais deverão unificar seus entendimentos em consonância com o disposto no art. 24 da Lei n.º 12.269/2010, sob pena de causar lesão aos direitos de seus servidores públicos.

Assim sendo, ao invés de analisarmos todos os direitos oriundos dessa nova sistemática jurídica, passaremos a discorrer sobre a interpretação uniforme do artigo 24, da Lei n.º 12.269/2010 e seus imediatos reflexos legais.

Em primeiro lugar, é de se abrir parênteses para registrar que a Lei não traz expressões inúteis, e se determina a aplicação retroativa para todos os efeitos legais não há que se fazer distinção entre os efeitos jurídicos e os financeiros. Ao aplicador da lei é defeso distinguir onde o legislador não o fez.

Em sendo assim, o legislador **expressamente mandou considerar, como efetivo exercício, para todos os fins, os períodos de gozo de licença a partir de 12 de dezembro de 1990 cuja duração máxima, em cada período de 12 (doze) meses a contar da data da primeira licença gozada, seja de até 30 (trinta) dias.**

Ora, ao ser reconhecido como efetivo exercício, para todos os fins, os períodos de gozo de licença, alterando a sistemática anterior, que não considerava tal direito, não resta dúvida que o servidor público destinatário de tal norma tem que ter a sua licença, a que alude o artigo 83, da Lei n.º 8.112/90, computada como efetivo exercício, a partir de 12.12.1990, respeitando, contudo, a prescrição quinquenal, na forma do Decreto n.º 20.910/1932.

Como a matéria envolve trato sucessivo, tendo em vista que a modificação ao tempo de efetivo serviço repercute mensalmente na situação funcional do servidor público, a prescrição respeitará os 5 (cinco) anos legais a contar do requerimento administrativo do interessado, além do período vincendo ao aludido requerimento.

Não há como conceder-se os efeitos financeiros amplos, gerais e irrestritos, por haver norma legal que estabelece prazo prescricional para fins de reconhecimento financeiro, em cinco anos do ato ou do fato gerador do aludido direito. Não há no caso *sub oculis* a prescrição do fundo do direito pelo fato da matéria ser de trato sucessivo, em sendo assim, o servidor público pode requerer o seu direito gerado pelo artigo 83, da Lei n.º 8.112/90, combinado com o artigo 24, da Lei n.º 12.269/2010 a qualquer tempo, pois mensalmente é renovado o seu direito, em face da lesão permanente de não ter sido computado o tempo da licença como o de efetivo exercício para todos os fins.

A situação é similar a que alude o art. 100, da Lei n.º 8.112/90, que mandou contar o tempo de serviço dos servidores ex-celetistas (pretérito) para fins de anuênio, na forma prevista no artigo 67 da mesma Lei n.º 8.112/90, visto que o legislador estabeleceu que é contado para todos os efeitos do tempo de serviço público federal, no artigo declinado, o Supremo Tribunal Federal, pacificou tal direito e inúmeros julgadores.³

Sendo que em 29/10/1998, quando do julgamento do RE n.º 221.946-4, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 26.02.1999, a matéria foi decidida pelo Plenário do STF, cujo correspondente acórdão recebeu a seguinte ementa:

”DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: CELETISTAS CONVERTIDOS EM ESTATUTÁRIOS. DIREITO ADQUIRIDO A ANUÊNIO E LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE: ARTIGOS 67, 87 E 100 DA LEI Nº 8.112/90. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I E III DO ART. 7º DA LEI Nº 8.162, DE 08.01.1991.

1. São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei nº 8.162, de 08.01.1991, porque violam o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da C.F.) dos servidores que, por força da Lei nº 8.112/90, foram convertidos de celetistas em estatutários, já que o art. 100 desse diploma lhes atribuíra o direito à contagem do tempo de serviço público para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o efeito do adicional por tempo de serviço (art. 67) e da licença-prêmio (art. 87).

³ RE n.º 209.899-0/RN, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, julgado em 4.06.1998 ; Ms n.º 22.094-5/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, *DJ* de 25.02.2005.

2. Precedentes do Plenário e das Turmas.
3. R.E. conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.
4. Decisão unânime.”

No mesmo sentido: RE 222.199, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, *DJ* de 08.06.1999; RE 222.320, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma; RE 222.883, Rel. Min. Octávio Galotti, 1ª Turma; RE 222.029, Rel. Min. Nelson Jobin, 2ª Turma, *DJ* de 05.03.1999, entre outros.

Assim, com a inconstitucionalidade do art. 7º, I, da Lei n.º 8.162/91, que tentou restringir a contagem do tempo de serviço do servidor ex-celetista **para todos os efeitos**, por negar tal direito na contagem dos anuênios, foi garantido o adicional por tempo de serviço, respeitando o efetivo exercício do emprego público quando da transformação em cargo público, na forma do artigo 243 “a” combinado com o artigo 100, ambos da Lei n.º 8.112/1990.

O princípio é o mesmo, aplicável ao caso concreto ora analisado, tendo em vista que ao reconhecer-se como tempo de efetivo exercício, **retroativo a 12.12.1990**, as licenças tiradas por motivo de doença da família, **adquiriram os servidores públicos o direito ao cômputo de tal tempo de serviço, para todos os fins e efeitos legais.**

Por outro lado, é de se destacar que a Resolução n.º 159, de 8.11.2011, do Conselho da Justiça Federal, assim interpretou o artigo 24, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 12.269/2010, *verbis*:

“Art. 16. A Administração, ao aplicar as disposições do art. 24, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 12.269/2010, considerará que:

I – para fins de alteração dos efeitos da licença por motivo de doença em pessoa da família até o limite de trinta dias, a data de concessão ao servidor da primeira licença dessa natureza no órgão deve ser considerada como início do primeiro interstício de doze meses, se esta data se verificar entre 12 de dezembro de 1990 e 28 de dezembro de 2009; e

II – a partir de 29 de dezembro de 2009, a contagem de que trata o inciso anterior será interrompida, iniciando-se novo cômputo de interstícios de doze meses, dentro dos quais serão observados os limites a que se referem o

parágrafo único do art. 24 da Lei n. 12.269/2010 e o § 3º do art. 83 da Lei n. 8.112/1990.

§ 1º A Administração deve rever os assentamentos funcionais dos servidores que tenham usufruído de licença por motivo de doença em pessoa da família, procedendo, se for o caso, ao reconhecimento de direitos decorrentes dessa revisão, não havendo que se falar na ocorrência de prescrição a favor da União.

§ 2º Nos termos do art. 1º - F da Lei n. 9.494/1997 e da Resolução n. 106, de 26 de maio de 2010, são devidos juros de mora sobre os pagamentos efetuados após 22 de julho de 2010, relativos a direitos reconhecidos em razão da revisão de que trata o § 1º deste artigo.”

Como visto, o Conselho da Justiça Federal afastou a ocorrência da prescrição a favor da União Federal, admitindo-se a retroatividade do direito *sub examem* a 12.12.1990.

Em que pese o respeito a tal orientação, divergimos parcialmente de tal ótica, para entender que os efeitos financeiros são aqueles estabelecidos no artigo 252 da Lei n.º 8.112/90 (01.01.1991), respeitando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, para as parcelas retroativas, como de trato sucessivo, até que seja pago o direito ao servidor beneficiário, na forma do Decreto n.º 20.910/1932, cabendo ressaltar que as parcelas vincendas a Lei n.º 12.269/2010 deverão ser consideradas para fins de pagamento dos devidos valores atrasados.