Ofício ANAFE - 035/2023

Brasília, 15 de junho de 2023.

A Sua Excelência o Senhor
JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS
Advogado-Geral da União

Assunto: Interpretação interna. Art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016

Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União,

A partir do advento da Lei 13.327/2016, tendo em vista a previsão contida em seu art. 38, § 1º, passou a viger no ordenamento jurídico a prerrogativa conferida a todos os integrantes das carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União de, quando forem objeto de investigação policial em que haja indício da prática de infração penal, serem os fatos que estejam sob atuação persecutória penal do Estado noticiados ao Advogado-Geral da União.

A prerrogativa contida no citado preceito possui, ao que se nos parece, dupla importância institucional, pois ao tempo que noticia ao chefe máximo do órgão os atos imputados aos seus integrantes e que possam vir a ter repercussões funcionais (aspecto de controle interno), permite o acompanhamento de igual modo quanto à lisura dos atos persecutórios. Isso porque, quanto a esse segundo aspecto, garante a possibilidade de controle sobre práticas que, eventualmente desbordantes daquelas normativamente conferidas aos órgãos de persecução penal, se imiscuam indevidamente sobre atribuições constitucionalmente outorgadas aos membros da AGU para criminalizá-las ou atribuir-lhes infundada ou indevida suspeição (aspecto de controle externo). E, sob esse prisma, exerce uma função constitucionalmente relevante, pois permitirá a adoção, se e quando necessária, de ações tendentes à defesa dos membros do órgão para lhes garantir liberdade de atuação profissional, dentro dos contornos normativos do art. 131, *caput*, CF, quando tenham estado ou estiverem no desempenho escorreito das atividades de consultoria, assessoramento e representação dos Poderes constituídos e suas entidades.

Essa dupla configuração conteundística da ordem presente no art. 38 § 1º, Lei 13.327/2016, é integrada de uma garantia conferida aos membros da AGU e ao próprio órgão, em relação a este como decorrência de sua autonomia organizacional na estrutura constitucional do Estado Brasileiro enquanto função essencial à justiça (art. 131, CF). E por força dessa natureza garantidora determina sua necessária aplicação por seus destinatários, com a realização mandatória do procedimento prescrito, tendo em vista as repercussões materiais e processuais consequentes em razão da opção do constituinte na definição do direito fundamental previsto no art. 5º, LVI, CF.

Por veicular a previsão normativa uma garantia de natureza processual, pois fixadora de forma procedimental a ser necessariamente seguida pelo destinatário, a sua não observância projetará efeitos sobre a licitude da condução dos atos de persecução a partir de então, nulificando todos aqueles produzidos sem que se tenha oportunizado a ciência prévia e plena[1] (excetuados aqueles de natureza cautelar ainda não documentados[2]), do que estava sendo e fora produzido[3]. Essa contaminação eventualmente havida repercutirá na validade daquelas provas objeto da atuação persecutória penal, mas não apenas, pois, do mesmo modo, se estenderá para aquelas que eventualmente tenham servido de causa ou fundamento para a apuração de faltas funcionais quando derivadas de um mesmo contexto fatual e investigativo. Ou seja, o efeito de derivação alcança todo o conjunto de provas produzido, ainda que sua utilização se dê em searas diversas, pois o que importará será a aferição de sua fonte de irradiação: se essa fonte da qual derivam todos os elementos que serviram para as diversas apurações estiver contaminado, tudo que a partir dela houver sido produzido sofrerá os efeitos da invalidade, haja vista a desobediência à uma norma procedimental veiculadora de uma garantia.

Contudo, se em âmbito penal o controle da licitude das provas a partir da observância ou não da prerrogativa do art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016, é atribuído a órgãos e Poder distinto, em sede administrativa, os atos correcionais podem ser objeto de controle a partir da fixação de interpretação a ser seguida internamente. Ou seja, em âmbito administrativo parece mister a definição quanto à observância plena relativa à prerrogativa garantidora do direito a um processo lídimo.

E, na hipótese, tem-se um aspecto forte de deferência à vontade do legislador, pois a previsão do art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016, tem por objeto a proteção de um interesse

---

[1] LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 250-256.

[2] Cf. súmula vinculante 14; **HC 88.190**, voto do rel. min. **Cezar Peluso**, 2ª T, j. 29-8-2006, *DJ* de 6-10-2006.

[3] Como descrito no Parecer n. 00001/2017/DPCDI/PRF2/PGF/AGU (Cf. NUP 00776.000003/2017-29): "Frise-se, por derradeiro, que os Procuradores Federais são ocupantes de cargos que exercem uma função essencial à Justiça e que, por isso, no curso de investigação policial, quando houver indício da prática de infração penal, a autoridade policial, civil ou militar, comunicará imediatamente o fato ao Advogado-Geral da União, sob pena de nulidade, conforme prerrogativa insculpida no art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016.

institucional da AGU, a promover uma necessária observância interna quando da utilização de provas oriundas de investigações criminais. Assim, nas apurações administrativas cuja fonte sejam provas decorrentes de investigações criminais, o primeiro controlador referente à lisura destas será a própria AGU, por seu Advogado-Geral, que poderá aferir, para o que interesse à presente discussão, se aquela prerrogativa foi cumprida a contento e, do contrário, as consequências que advirão. Isso por consequência da estrutura lógica caracterizadora de um sistema normativo (que opera no binômio lícito-ilícito), pois, havendo a previsão de uma conduta a ser seguida, ao seu eventual descumprimento seguir-se-á uma necessária consequência jurídica.

E essa consequência, caso decorrente do descumprimento, estará voltada a aferição da validade dos atos investigativos a partir da não observância da citada garantia e das provas que poderão servir para fins de apuração de responsabilidades em âmbito administrativo.

Assim, de modo a dar aplicação plena a uma garantia possuidora de natureza institucional, pois dirigida também à proteção das funções exercidas pela Advocacia-Geral da União enquanto função essencial à justiça, solicita a Associação dos Advogados Públicos Federais sua análise e, em se considerando a hipótese, a emissão de ato normativo interno, de natureza prescritiva, respeitante às consequências em processos administrativos quando derivados de provas oriundas de investigação policial em que não fora dado cumprimento ao art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016.

SERGIO AUGUSTO DA ROSA MONTARDO

Assinado de forma digital por SERGIO AUGUSTO DA ROSA MONTARDO
Dados: 2023.06.18 20:33:14 -03'00'

Sérgio Augusto da Rosa Montardo
Presidente da ANAFE

Jone Maciel
Diretor de Prerrogativas da ANAFE

Ofício ANAFE - 055/2023

Brasília, 13 de setembro de 2023.

A Sua Excelência o Senhor
ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL
Consultor-Geral da União

Assunto: Hipóteses de suspensão do estágio probatório. Portaria Conjunta AGU n. 1/2022, CGU/CNU/AGU n. 03/2016, Parecer 04/2017/CNU/CGU/AGU e Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 07/2017.

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

Encaminha a ANAFE, em anexo, requerimento por meio da qual postula seja avaliada a possibilidade de revisão das interpretações constantes da Orientação Normativa CGU/CNU/AGU n. 03/2016, o Parecer 04/2017/CNU/CGU/AGU e a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 07/2017, e, por consequência, da Portaria Conjunta AGU n. 1/2022, com vistas a considerar que a licença para tratamento da própria saúde pelo membro de quaisquer das carreiras da AGU, dada sua natureza de direito fundamental, não constituir, nos termos do art. 20, § 5º, Lei 8.112/91, hipótese de suspensão do estágio probatório.

Atenciosamente,

SERGIO AUGUSTO DA ROSA MONTARDO
Assinado de forma digital por SERGIO AUGUSTO DA ROSA MONTARDO
Dados: 2023.09.13 14:32:31 -03'00'

Sérgio Augusto da Rosa Montardo
Presidente da ANAFE

Jone Maciel
Diretor de Prerrogativas da ANAFE

A questão submetida a análise refere-se à interpretação do art. 20, § 5º, Lei 8.112/91, de modo a saber se a hipótese concernente à licença para tratamento da própria saúde pelo servidor, mesmo não estando textualmente expressa na citada disposição, constituiria causa suspensiva do período de prova para fins de obtenção de estabilidade no cargo. Assim, promoveremos a delimitação normativa a ser analisada, seguido de um breve resumo dos atos normativos produzidos na AGU referentes à interpretação das hipóteses de suspensão do estágio probatório e seus respectivos fundamentos, para, por fim, avaliar a correção das interpretações internas editadas e a possibilidade de sua alteração.

- I -

Segundo previsão do art. 41, *caput*, CF, os servidores públicos civis nomeados para o provimento de cargos efetivos adquirem estabilidade após 3 anos de *efetivo exercício*, prevendo, nos parágrafos que seguem, as hipóteses em que se dará: a) a perda do cargo quando já nele forem estáveis, b) a reintegração, quando anulada por sentença a demissão, c) a disponibilidade, em razão da eventual extinção ou declaração de desnecessidade do cargo e, por fim, d) a obrigatoriedade de submissão à avaliação de desempenho para aquisição da estabilidade.

Citado artigo foi alterado pela Emenda Constitucional n. 19/98, que aumentou o tempo referente ao período de prova, bem como inseriu nova hipótese da perda do cargo ao instituir "[...] procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar". Assim, a reforma constitucional não trouxe mudança conceitual referente àquilo que seria considerado como *efetivo exercício*, pois, sobre o tema, se limitou a majorar o período avaliativo.

Fixou assim o constituinte, como não poderia ser diferente, os contornos gerais referentes ao instituto da estabilidade do servidor público, remetendo ao legislador infraconstitucional a tarefa de promover a mais detalhada estruturação normativa relativa aos critérios a serem observados quanto ao instituto. E o fez este por intermédio da Lei 8.112/91, especificando em seu art. 20 as condutas esperadas e, portanto, de observância necessária a constarem da avaliação a ser promovida (*caput*), o procedimento a ser seguido (§ 1º), os efeitos da aprovação ou reprovação (§ 2º), a possibilidade de exercício de funções de confiança e condições para cessão para outros órgãos ou entidades (§ 3º), as licenças e afastamentos possíveis (§ 4º), além das hipóteses de suspensão do estágio probatório (§ 5º).

Todavia, quanto ao que viria a ser considerado normativamente como tempo de *efetivo exercício*, o legislador ordinário não promoveu a sua conceituação ou suas hipóteses definidoras, pois, em vez disso, cuidou de prever apenas as situações em que esse exercício seria considerado suspenso (v.g.: art. 20, § 5º) ou, mesmo não prestado materialmente o serviço, seria assim considerado para todos os fins (art. 102).

Essas são, em linhas reduzidíssimas, as disposições constitucionais e infraconstitucionais referentes ao tema objeto de análise.

- II -

No âmbito da AGU, foi submetido à Consultoria-Geral da União pelo Conselho Superior da Advocacia-Geral da União consulta a respeito da possibilidade de a análise funcional de advogado da União, para fins de confirmação no cargo, ser feita não pelo órgão de origem (cedente), mas pelo órgão cessionário. Essa consulta resultou na emissão do Parecer 79/2011 – DECOR/CGU/AGU, que teve a seguinte ementa:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MEMBRO DA AGU EM ESTÁGIO PROBATÓRIO CEDIDO A OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE. SUSPENSÃO DO PRAZO DO ESTÁFIO PROBATÓRIO ENQUANTO PERDURAR A CESSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE QUE A AVALIAÇÃO DE APTIDÃO SEJA REALIZADA POR ÓRGAO OU ENTIDADE ESTRANHO À AGU OU POR ELA PRÓPRIA ENQUANTO O SERVIDOR NÃO RETORNAR ÀS SUAS FUNÇÕES.
>
> I – A doutrina e a jurisprudência entendem que o estágio probatório tem por finalidade verificar a aptidão e capacidade do servidor para ocupar o cargo de provimento efetivo em que foi investido;
>
> II – Assim, situações que afastam o servidor do exercício das funções que são próprias do seu cargo efetivo de origem (*v.g.* cessões e licenças médicas) obstam que tal verificação seja realizada, acarretando a suspensão do prazo do estágio probatório;
>
> III – Por corolário, se o membro da AGU tem seu estágio probatório suspenso, impede-se a sua avaliação, seja por órgão da própria da AGU, seja pelo órgão ou entidade cessionário, enquanto ele não retornar às suas funções do seu cargo.

A consulta tinha por objeto questão relativa à cessão, mas terminou por fazer menção a hipóteses outras de afastamento do membro da AGU de suas funções, como é o caso das licenças, motivando a emissão posterior, pelo Consultor-Geral da União, do Parecer 18/2011/CGU/AGU, que tratou especificamente sobre a licença para tratamento de saúde; nele foi exarada a seguinte conclusão:

> 25. Assim, Senhor Advogado-Geral da União, opina-se pela possibilidade do reconhecimento de suspensão de prazo de estágio probatório, na hipótese de servidor em licença para tratamento de saúde, respeitando-se eventuais entendimento anteriores da Administração, em tema semelhante, com situações já consolidadas. Isto é, o período no qual o servidor se afasta de suas funções, em decorrência de licença para tratamento da própria saúde, não pode ser considerado como de efetivo exercício para o fim de aprovação e estágio confirmatório.

Esse parecer foi aprovado pelo Advogado-Geral da União (processo 00406.001492/2011-59), e o Parecer 79/2011-DECOR/CGU/AGU, pelo Despacho do Consultor-Geral da União n. 981/2011.

Posteriormente, por meio da Orientação Normativa CGU/CNU/AGU n. 03/2016, foi parcialmente revista a interpretação do Parecer 79/2011-DECOR/CGU/AGU para considerar não haver a suspensão do estágio probatório nas hipóteses de licença maternidade, paternidade e adoção, ao argumento de tratar sobre direitos fundamentais relativos à constituição familiar e, com isso, possuir proteção constitucional, motivo pelo qual deveria a legislação e a interpretação administrativa conferir-lhes máxima efetividade:

> CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁFIO PROBATÓRIO (ART. 41, *CAPUT*, E § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) – HIPÓTESESS DE SUSPENSÃO (ART. 20, § 4º E 5º, DA LEI N. 8.112/90). LICENÇA-GESTANTE, ADOTANTE E LICENÇA PATERNIDADE (ART. 207 A 210, LEI 8.112/90). EFETIVO EXERCÍCIO (ART. 102, VII, "A", Lei n. 8.112/90). LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDAMENTOS PARA REFORMA DO ATUAL ENTENDIMENTO ADOTADO PELA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO NOS PARECERES 79/2011/DECOR/CGU/AGU, N. 18/2011/CGU/AGU E N. 10/2011/MCA/CGU/AGU.
>
> I. O legislador especificou, no art. 20, § 5º, da Lei n. 8.112/90, as hipóteses que suspendem a contagem do prazo dos 3 (três) anos do estágio probatório, onde não constam as licenças à gestante, ao(à) adotante e à paternidade. A mera existência desse rol no art. 20, § 5º, da Lei n. 8.112/90, demonstra de forma suficiente que a premissa defendida pelos Pareceres que se pretende revisar (a de que apenas os servidores em atividade de fato podem ser alvo de avaliação durante o estágio probatório, sob pena de suspensão do prazo) está equivocada.
>
> II. Não estando expressamente previstas no art. 20, § 5º, da Lei 8.112/90, as licenças à gestante, ao(à) adotante e à paternidade não devem ser consideradas causas suspensivas do prazo examinado, razão porque, sendo o afastamento o exercício regular de um direito, há que se considerar período

justificado. Além disso, as licenças à gestante, ao(à) adotante e à paternidade foram prescritas como efetivo exercício para todos os efeitos (art. 102, VII, "a" Lei n. 8.112/90).

III. A Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, a suspensão do estágio probatório, por se tratar de medida restritiva de direito, não pode ser interpretada ampliativamente pelo administrador, a fim de estender a hipóteses não previstas em lei que sejam capazes de gerar a suspensão do período de avaliação e, consequentemente, postergar a aquisição de direitos pelo servidor.

IV. As licenças à gestante à(ao adotante e a licença paternidade são direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Dessa forma, a interpretação da legislação infraconstitucional (da Lei n. 8,112/90) deve ser sempre no sentido de dar a máxima efetividade às licenças em questão, afastando qualquer entendimento que signifique que o seu pleno usufruto possa trazer prejuízos (pessoais, funcionais *etc*.) ao eu titular (mãe, pai ou adotante). Na qualidade de direitos fundamentais, também obrigam os Poderes Públicos a criar, executar e manter uma série de normas, órgãos e procedimentos para sua efetiva realização, de modo que é dever da Administração Pública criar todas as condições para que os atos e procedimentos de avaliação de estágio probatório sejam efetivados sem que isso implique restrições ao pleno desfrute das licenças à gestante, ao(à) adotante e à licença paternidade.

V. O Estado brasileiro está inserido em um sistema supranacional de proteção dos direitos das mulheres, especialmente contra todo tipo de discriminação, e que dão específica importância às questões relacionadas ao ambiente de trabalho. É justamente dentro desse contexto, nacional e supranacional, que o Estado brasileiro deve atuar com vistas à proteção, garantia e efetivação do direito fundamental à licença maternidade, em sua leitura constitucional mais ampla, como expressão da dignidade da mulher, da proteção da família e da criança e da efetiva igualdade de gênero. Compete, assim, à Administração Pública envidar todos os esforços para interpretar e aplicar as normas pertinentes (especialmente a Lei 8.112/90) de modo a apreender o correto entendimento do significado normativo do direito fundamental à licença à gestante, e, sendo necessário, modificar e aperfeiçoar normas e procedimentos para tornar possível o seu mais amplo usufruto e impedir que esse exercício represente algum obstáculo ao gozo da licença e, portanto, ao livre desenvolvimento da personalidade feminina e à efetiva proteção da criança e de sua família.

VI. O Supremo Tribunal Federal, no RE n. 658.312/SC, afirmou que a igualdade entre os gêneros é um direito fundamental, cláusula pétrea de nosso ordenamento. A licença à gestante é uma licença gozada apenas pelas mulheres e, de fato, são inúmeras são as carreiras do serviço público cuja legislação prevê progressão ou benefícios apenas após a confirmação no

> estágio probatório. Suspender o prazo do estágio probatório e adiar a aquisição da estabilidade para as mulheres significa a imposição de tratamento discriminatório às mulheres (art. 5º, CF/88) e intromissão indevida no planejamento familiar (§ 7º, art. 226, CF/88).
>
> VII. Revogação dos Pareceres n. 79/2011/DECOR/CGU/AGU, n. 18/2011/CGU/AGU e n. 10/2011/MCA/CGU/AGU, no que referem à licença gestante, a licença adotante e a licença paternidade (art. 207 a 210 da Lei n. 8.112/90) não suspendem a contagem do prazo do estágio probatório previsto no art. 41 da Constituição de 1988.

Em sequência, sobreveio o Parecer 04/2017/CNU/CGU/AGU (que deu origem à Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 07/2017), por meio da qual se adotou interpretação mais restritiva, concluindo pela impossibilidade de ser promovida a avaliação do estágio probatório em período inferior a 3 anos, estando constitucionalmente vedada a contagem de tempo ficto para essa finalidade. Considerou como sendo meramente exemplificativo o rol do parágrafo 5º do art. 20 da Lei 8.112/90, motivo pelo qual todas as licenças e afastamentos seriam qualificados como causas suspensivas do estágio probatório, exceto quando a todos os servidores extensíveis (*v.g.:* férias), além das situações possuidoras de fundo constitucional (licença gestante, paternidade e adoção). Eis, respectivamente, a ementa e diretrizes fixadas no parecer e na orientação normativa:

> Parecer:
>
> I – O direito à estabilidade é uma expectativa de direito, uma vez que somente se adquire com a aprovação em avaliação especial de desempenho por comissão específica para essa finalidade. Ou seja, é subordinado a um evento futuro e incerto, logo, não há que se falar em interpretação restritiva de direitos no §5º, da Lei nº 8.112/90 quando há apenas expectativa de direto à estabilidade. A estabilidade não se adquire automaticamente pela mera passagem do tempo, isto é, não se subordina a um evento futuro e certo;
>
> II – O texto constitucional do art. 41 não oferece margem para diminuir, na prática, o prazo de avaliação do estágio probatório;
>
> III – O art. 102, da Lei nº 8.112/90 que elenca rol de afastamentos e licenças considerados como se fosse de efetivo exercício deve ser interpretado em consonância com o texto constitucional e não o contrário. Além disso, este rol não é guarda congruência com o §5º do art. 20 da mesma lei, de modo que aqueles prazos de afastamentos não devem ser interpretados como de efetivo exercício para fins de computar-se o prazo de estágio probatório;
>
> IV – A interpretação exemplificativa do §5º do art. 20, da Lei nº 8.112/90, encontra-se em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, eficiência e da isonomia;

V – O critério que demonstra ser adequado para caracterizar licenças/afastamentos/ausências como causas suspensivas do estágio probatório leva em consideração a jornada regular dos servidores públicos. Assim, todas as ausências, afastamentos e licenças que alcancem generalizadamente todos os servidores devem ser computados como período de estágio probatório (ex. férias), noutro lado, todas as que decorram de situação específica de cada servidor público serão consideradas causas suspensivas;

VI – Reconhece-se haver exceções ao critério acima, quais sejam, as licenças maternidade, paternidade e adotante, que não apenas possuem envergadura constitucional, como ainda são qualificadas como direitos fundamentais do trabalhador, isto é, consideradas cláusulas pétreas previstas no art. 7º, XVIII e XIX, combinado com o §3º do art. 39, da Constituição Federal;

VII -A distinção dos prazos das licenças maternidade e paternidade provoca distorção de tratamento entre homens e mulheres durante o estágio probatório, de modo que estas irremediavelmente concluiriam o estágio mais de cinco meses após os homens, o que, além de criar distinção indesejada entre homens e mulheres no exercício do serviço público, pode configurar intromissão indevida no planejamento familiar, vez que pode influir na decisão do casal acerca de gestações durante o triênio avaliativo, em colisão com o princípio da livre decisão do casal acerca do planejamento familiar, previsto no §7º do art. 226, da Constituição.

VIII - A primeira parte do Parecer Plenário nº 003/2016/CNU-Decor/CGU/AGU deve ser reformada, uma vez que o rol do §5º do art. 20, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado como exemplificativo. Porém, mantidos os seus fundamentos lastreados a partir do parágrafo 35 do referido parecer, para considerar as licenças maternidade, paternidade e adotante como causas não suspensivas do estágio probatório.

...

Orientação Normativa:

I – O rol das causas suspensivas do estágio probatório elencadas no § 5º do art. 20 da Lei 8.112/90, deve ser interpretado como exemplificativo.

II – Considera-se efetivo exercício, para fins de cômputo do prazo do estágio probatório, apenas aquelas ausências, afastamentos e licenças que forem comuns a todos os servidores públicos.

III – Excepciona-se a regra do item II apenas às licenças maternidade, paternidade e adotante.

O fundamento para a interpretação fixada é de que seria a estabilidade mera expectativa de direito (situação indissociavelmente conectada a um evento futuro e incerto), e estaria necessariamente condicionada à efetiva avaliação durante o prazo invariável de 3

anos, por aplicação literal do sentido vernacular da locução *efetivo exercício*. Assim, não poderia a avaliação incidir sobre prazo fictício, motivo pelo qual quaisquer licenças ou afastamentos resultariam na suspensão do estágio probatório, excetuadas as hipóteses em que a não prestação material dos serviços fizesse "[...] parte do dia a dia de 100% dos servidores públicos", tais como: férias, descanso semanal remunerado *etc*.

O Parecer e a Orientação Normativa foram aprovados pelo Despacho do Advogado-Geral da União n. 100.

Atualmente vige na AGU a Portaria Conjunta AGU n. 1/2022, que em seu art. 27 prevê as hipóteses de licenças e afastamentos que suspendem o estágio probatório, na qual consta, em seu inciso II, a licença para tratamento da própria saúde.

- III -

As interpretações constantes dos pareceres e orientações normativas parecem contrariar a Constituição sobre um duplo enfoque: primeiro, por não trazer um fundamento lógico-normativo que permita fazer um *discrímen* consistente entre a fundamentalidade dos direitos sociais protegidos pelo art. 7º, XVIII e XIV, e aquele de mesma natureza constante do art. 6º, posteriormente complementado pelo art. 196, que prescreve ser a saúde um *direito* de todos e um *dever* do Estado. Segundo, por não levar em conta a competência decisória do legislador infraconstitucional na definição do que será ou não computado como tempo de efetivo exercício para fins de análise do estágio probatório, bem como as hipóteses em que haverá ou não a prorrogação desse período avaliativo em razão de sua suspensão.

De início, parte-se daquilo que pode ser considerado como base jurídica comum, referente à fundamentalidade do direito à saúde[1], seja pelo conteúdo do objeto regulado, seja por sua disposição topológica na Constituição (art. 6º, dentro do Capítulo II, que trata dos direitos sociais, e do Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais). Como descrito pelo STF no julgamento da ADI 3.510:

> O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "Saúde" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). **Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF)** e também como o primeiro dos direitos

[1] TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **O direito fundamental à (prestação da) saúde pública**: estudo da delimitação de conceitos e de restrições originadas da postura ativista da justiça constitucional no Brasil em relação às políticas públicas de saúde. *In* Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem a Jorge Reis Novaes. SOUSA, José Péricles Pereira de. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 159.

> constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de n. 194). **Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição)**, garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. (Realçamos)

Por ser direito fundamental, é considerado norma vinculante para os três Poderes da República[2], havendo o necessário dever de observância pelo Estado (Poderes e órgãos autônomos), seja por intermédio de abstenção de condutas que intervenham injustificadamente no seu âmbito de proteção, seja mediante a entrega de prestações que o realizem, e que, para o que interessa a hipótese em análise, se consubstanciem em "[...] prestações normativas (na terminologia alemã, 'ações normativas positivas' – *positive normative Handlungen*) que consiste na criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais"[3].

Uma outra premissa a ser firmada se refere ao fato de não haver uma hierarquia entre direitos fundamentais protegidos em toda extensão da Constituição. Não há uma escala de importância relativa aos direitos fundamentais que os posicionem em níveis distintos a partir de análises meramente abstratas de seus enunciados textuais, e que, em consequência, permita haver a proteção pelo Estado de forma menos ou mais eficiente quando se trate de um ou outro[4]. Apenas em contextos específicos de aplicação, quando houver eventuais tensões a serem solucionadas pelo direito colidente, é que se permitirá a promoção da concordância prática, a partir de uma análise proporcional daquele que poderá sobressair, sem que nenhum deles seja invalidado.

Tem-se, dessa forma, um conjunto mínimo de premissas a serem necessariamente levadas em consideração pelo intérprete, sendo elas: fundamentalidade do direito à saúde, vinculação do Estado em dar-lhe a necessária observância e ausência de hierarquia entre direitos fundamentais. Assim, considerando a área de regulamentação do direito à saúde albergar um conjunto de "[...] políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e (...) às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", a interpretação ampliativa promovida pela

---

[2] MARTINS, Leonardo e DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79. MICHAEL Lothar e MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p 385-387. SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

[3] MARTINS, Leonardo e DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. p. 182, *In* Interpretação constitucional. SILVA, Virgílio Afonso (org.). 1ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

[4] MARTINS, Leonardo e DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

AGU, por representar uma posição jurídica desvantajosa ao estender o período de avaliação do servidor não estável nos casos de licença para tratamento da própria saúde, constitui intervenção na área de proteção desse direito, trazendo para Administração o consequente ônus argumentativo de demonstrar sua justificação constitucional[5].

Ou seja, por representar uma medida interventiva restritiva ao âmbito protegido referente ao direito saúde, à AGU competiria demonstrar ser *constitucionalmente justificável*, pela via *interpretativa*, promover a ampliação das causas legalmente fixadas como de suspensão do estágio probatório. E esse dever de justificação se amplia na hipótese em vista de ter o órgão emitido opinião jurídica favorável à proteção de outros direitos fundamentais: os direitos à constituição familiar (licenças maternidade, paternidade e adotante). Isso faz com que sobre si recaia o ônus relativo ao dever de expor o fundamento da diferenciação que permitiria dotar de mais forte proteção os direitos constantes do art. 7º, XVIII e XIX, em comparação àquele previsto no art. 6º, *caput*, mesmo não estando nenhum deles expressamente previstos no texto do art. 20, § 5º, Lei 8.112/90.

A Orientação Normativa CGU/CNU/AGU n. 03/2016, o Parecer 04/2017/CNU/CGU/AGU e a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 07/2017, todavia, não explicitam essa diferenciação ontológica pretensamente existente a respeito da fundamentalidade dos direitos *ligados à constituição familiar* (maternidade e paternidade) e *saúde*. Dos referidos atos jurídicos vê-se ter a interpretação centrado análise nos aspectos relativos à organização do Estado, pois cuidou de promover a especificação conceitual do que se poderia conceber como *tempo de efetivo exercício* para fins de estabilização do servidor, para, logo em seguida, concluir que não poderia haver a utilização de interregnos fictícios em vista da ordenação constitucional. Dessa base interpretativa promoveu a aferição do universo de licenças e afastamentos existentes, dos quais excetuaram apenas aqueles referentes à proteção à família, sem qualquer menção aos motivos determinantes pelos quais o direito à saúde, embora tenha tido o mesmo tratamento por parte do legislador constitucional e infraconstitucional, comportaria uma *interpretação* mais restritiva e, portanto, aplicação distinta.

O resultado dessa interpretação a que chegaram trouxe problemas concretos relativos à incongruência na aplicação da Constituição e de suas normas definidoras de direitos fundamentais. Isso em razão de ter dado tratamento díspar para direitos de mesma envergadura constitucional e em um mesmo contexto fático-normativo, concernente às hipóteses de utilização de tempo fictício como de *efetivo exercício* para fins de avaliação probatória do servidor não estável. Esse proceder resultou na configuração concludente da *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*, que se caracteriza pelo fato de a norma, ou o resultado de sua interpretação/aplicação, afrontar

[5] SCHLINK, Bernhard e PIEROTH, Bodo. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

"[...] o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a alguns segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas"[6].

No julgamento da ADI 5220, em que discutiu a constitucionalidade de disposição normativa do Estado de São Paulo sobre o cômputo do período relativo à licença à gestante como de *efetivo exercício* no curso do estágio probatório, decidiu o STF, conforme consta do voto proferido pela Min. Carmem Lúcia, que:

> 18. A expressão "efetivo exercício" prevista no art. 41 da Constituição da República não veda a contagem do período de licença à gestante para fins de estágio probatório, competindo ao legislador infraconstitucional a definição das hipóteses consideradas como efetivo exercício.
>
> É desarrazoado conferir-se interpretação literal à expressão "efetivo exercício", prevista no art. 41 da Constituição, pois conduziria a excluir do cômputo do estágio probatório todo e qualquer período em que o servidor não estivesse no desempenho de atribuições referentes ao cargo, como por exemplo, afastamentos por motivo de férias anuais, inequivocadamente contados como efetivo exercício para efeitos funcionais.
>
> 19. A licença à gestante, como também ao adotante e à paternidade, é direito fundamental albergado pela Constituição de 1988, relacionado à dignidade da mulher, proteção à família e à criança e igualdade de gênero:
>
> [...]
>
> A licença à gestante, ao adotante e a licença paternidade são direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República. A interpretação da legislação infraconstitucional deve ser no sentido de dotar-se de máxima efetividade às licenças em questão, afastando-se qualquer entendimento que traduza que o seu pleno gozo possa trazer prejuízos ao seu titular.
>
> 21. No inc. I do art. 37 da Constituição da República, assegura-se ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas, vedando-se discriminações de gênero para acesso e permanência no serviço público. A interpretação de que a situação de direitos funcionais decorrentes da avaliação em estágio probatório, aquisição da estabilidade e progressão funcional sejam suspensos no período de gozo da licença à gestante, ao adotante ou paternidade quando no período de estágio probatório ofenderia a igualdade material e a vedação de discriminação no ambiente de trabalho.
>
> 22. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 658.312, este Supremo Tribunal assentou ser a igualdade direito fundamental, que se desenvolve com a aplicação do fator legítimo de desigualação para que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais segundo a essência do que

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10-11.

os desigualam. Este fator de discrímen é definido legalmente e sempre haverá de considerar o fim de ampliação de direitos, nos casos em que a o cenário da realidade fática igualar e desigualar, não podendo ser validados quando utilizados para reduzi-los:

> "EMENTA: Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 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. 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" (RE n. 658.312, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 10.2.2015).

23. No sentido de dotarem-se máxima efetividade as normas previstas no inc. I do art. 5º e no § 7º do art. 226 da Constituição da República, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.058.333, Relator o Ministro Luiz Fux, este Supremo Tribunal assentou ser “constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público" (Plenário, DJe 27.7.2020).

24. A inclusão do período de licença-maternidade no curso de estágio probatório não pode ser interpretada fora do núcleo de direitos fundamentais. Por ele se assegura o direito fundamental da licença à gestante e o direito de

> conquistar, no período, direitos trabalhistas, até mesmo para os servidores, dotando os direitos constitucionais de máxima efetividade.
>
> 25. No plano internacional, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 62.150/1968, se prevê na al. c do art. 3º que "os Estados-membros devem revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política" de promoção da igualdade de oportunidades em matéria de emprego e profissão".
>
> Também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, internalizada pelo Decreto n. 4.377/2002, determina-se que o "Art. 11. (…) 2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para: a) Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil; b) Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais".
>
> Nesse sentido, deve o Estado brasileiro, inserido na ordem internacional de convenção e cooperação para a garantia e proteção dos direitos humanos, atuar internamente para efetivar políticas e demais atos necessários à concretização daqueles direitos fundamentais.
>
> O disposto no art. 41 da Constituição da República, pelo qual se estabelece que a obtenção da estabilidade ocorre após três anos de efetivo exercício, deve ser interpretado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade de gênero, proteção à maternidade, dignidade da mulher e planejamento familiar.
>
> Por isso é que há de ser considerado constitucional o cômputo do período de licença à gestante no período do estágio probatório da servidora pública pelo imperativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais, sem se desigualar por preconceito, antes, adotando-se fator de relevância o que realce constitucional se tem no sistema jurídico vigente.

Jusfundamentalidade e máxima efetividade foram conceitos utilizados pelo STF para a proteção à gestante no julgamento acima e que são juridicamente aplicáveis *em igual medida e intensidade* ao direito à saúde, pois conforme decidido pela Corte na ADI 3510,

> [...] quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até a "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea, está falando de direitos e

> garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre **outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar**). Realçamos

Na Constituição e para o STF saúde e planejamento familiar constituem direitos e garantias "[...] igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade", motivo pelo qual a mesma intensidade de proteção que a um é dada ao outro deve ser estendida. Isso transfere um ônus bastante forte ao intérprete estatal quanto ao dever de demonstrar qual seria o fundamento diferenciador que permitiria a promoção desigual de um ou outro, em especial para um mesmo contexto de aplicação.

Uma outra definição constante do julgamento da ADI 5220 também se aplicaria a hipótese em análise, concernente ao fato de ser "[...] desarrazoado conferir-se interpretação literal à expressão 'efetivo exercício', prevista no art. 41 da Constituição". Observe-se que foi este o fundamento utilizado por todos os atos infralegais produzidos pela AGU e aqui citados como autorizadores da suspensão do estágio probatório nos casos de licença para tratamento de saúde do servidor, pois o peso dado nessa pretensa colisão entre direito do servidor à saúde *vs* direito do Estado avaliar aqueles que obteriam a estabilização no serviço público dar-se-ia em favor deste último, ao fundamento de que não poderia haver contagem de tempo fictício, mesmo sendo o caso de licença para tratamento da própria saúde. Assim, os pareceres e orientações normativas, ao tempo em que quiseram dar substância ao termo "*tempo de efetivo exercício*", esvaziaram ou enfraqueceram muito fortemente o conteúdo do direito à saúde; promoveram à máxima efetividade da Constituição na interpretação do art. 41, em detrimento dos arts. 6º e 196, que tiveram do intérprete administrativo deferência mínima.

A alteração da ótica pertinente à interpretação constitucional nos conduzirá a um resultado distinto. E o resultado de uma interpretação constitucional somente será justificável se e apenas se considerar que as disposições relativas à organização do Estado sejam interpretadas de modo a promoverem a *concordância prática* entre as suas estatuições e a *proteção efetiva* ao núcleo fundamental da Constituição. Ou seja, o tempo de *efetivo exercício* para os fins do art. 41 deve necessariamente levar em consideração a promoção e *proteção da família* e da *saúde* do servidor, por ser este, inclusive, nos termos do art. 196, CF, direito de todos (deles, servidores, inclusive) e *dever* do Estado; logo, obrigação de proteção a ser observada pelo legislador, na criação normas garantidoras; juiz, ao decidir as pretensões que lhe forem submetidas a julgamento; e administrador, ao promover a aplicação concreta da lei.

Mas há ainda um outro aspecto que também leva à necessidade de revisão da interpretação interna na AGU, referente à competência decisória do legislador.

A opção do legislador ao prever que para as hipóteses de licença para tratamento de saúde do servidor não haveria suspensão do estágio probatório, haja vista a ausência de sua menção expressa no art. 20, § 5º, Lei 8.112/91, teve por objetivo conferir a esses titulares efetivos de um direito fundamental uma necessária proteção em vista de uma situação concretamente identificável[7]. Desincumbiu-se o legislador, na hipótese, do dever que lhe foi estatuído pelo constituinte na criação de um aparato normativo garantidor do direito à saúde (*status positivus*).

E, veja, a margem decisória que o ordenamento ao legislador confere nessa definição tem um campo de regulações possíveis, pois poderia promover a normatização mais ou menos extensível da questão, desde que sempre voltada em maior ou menor medida à concretização do direito[8]. Preferiu ele, todavia, realizar uma proteção mais restrita, pois embora tenha considerado não ser o caso de inserir a licença para tratamento da própria saúde do servidor nas hipóteses de suspensão do estágio probatório, igual medida não tomou, por exemplo, quanto à hipótese de licença para tratamento da *família* deste, que seria mera conjugação da proteção constitucional à família e à saúde[9].

Ou seja, estava necessariamente dentro do campo de normatização do legislador ordinário um conjunto de hipóteses em que regularia a suspensão do estágio probatório, inclusive quando fosse o caso de licença para tratamento de saúde do servidor, decidindo, todavia, dentro dessa margem conformadora, não a inserir no texto do art. 20, § 5º, Lei 8.112/90. Tanto tinha o legislador pleno domínio da questão que somente considerou politicamente oportuno especificar, no art. 102, VIII, "b", que seria a referida licença computada como tempo de efetivo serviço, limitando-a, porém, ao prazo "[...] de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo".

Com base nesse viés interpretativo, quaisquer inserções de causas não textualmente descritas pelo legislador como hipóteses de suspensão do estágio violaria o dever de respeito, pelo administrador, às estatuições do legislador, mormente em virtude do fato

---

[7] MARTINS, Leonardo e DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79.

[8] Recorde-se que embora possua o legislador margem concretizadora na regulação a ser promovida, o dever de justificação quanto às intervenções promovidas em direitos fundamentais a todos vincula, e a ele inclusive, como já descrito.

[9] Nessa hipótese caberia averiguar se, levando em consideração o dever do legislador em dar cumprimento à ordem constituinte prevista no art. 196, CF, teria ele conferido proteção deficiente aos direitos em discussão (à saúde e à família) ao adotar um âmbito mais estrito do que o necessário para sua salvaguarda. Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2010. p. 299-310.

de o princípio da legalidade o vincular fortemente[10], e não ter sido a ele conferida a atribuição de descarte de normas vigentes a partir de uma análise de sua constitucionalidade. Isso conduziria à necessidade de que todas as causas de suspensão do estágio probatório contidas no art. 27, Portaria Conjunta AGU n. 1/2022 devessem encontrar necessariamente o seu correspondente normativo na Lei 8.112/90, sob pena de, não existindo, subverter o administrador, ainda que no exercício legítimo de sua função regulamentadora, a vontade legislativa.

Assim, promover a interpretação ampliativa das hipóteses descritas na lei como causas de suspensão do estágio probatório deixa de observar a necessária competência reguladora constitucionalmente conferida ao legislador para criar os institutos e procedimentos relativos aos servidores públicos. E há ainda um aparente problema de cunho procedimental, pois promove a AGU, em *sede administrativa*, um controle de constitucionalidade mediante a utilização de técnica *manipulativa aditiva* ao inserir hipótese que entende deveria constar expressamente da lei, mas que, não obstante dela não conste, derivaria se uma interpretação sistêmica do ordenamento constitucional e infraconstitucional.

- IV -

As considerações aqui feitas tiveram por referencial os seguintes atos: Parecer 18/2011/CGU/AGU, Parecer 79/2011-DECOR/CGU/AGU, Orientação Normativa CGU/CNU/AGU n. 03/2016, Parecer 04/2017/CNU/CGU/AGU e a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 07/2017.

Com base nas interpretações neles fixadas, foi editada a Portaria Conjunta AGU n. 01/2022, que previu em seu art. 27 uma série de 16 situações que dariam causa a suspensão do estágio probatório, dentre elas a licença para tratamento da própria saúde pelo servidor (inciso II) acima tratada. Mas outras duas hipóteses também chamam atenção, sendo elas: a licença por motivo de acidente em serviço (inciso XIV), além da previsão contida no XVI, cuja redação aberta confere ao administrador a tarefa de preencher a lacuna normativa para na disposição inserir quaisquer "[...] ausências, licenças ou afastamentos que impeçam a concreta avaliação de desempenho e decorram de situações particulares de cada integrante de carreira jurídica".

Tudo o que se falou no item III a respeito da máxima efetividade de direitos fundamentais se aplica *a fortiori* à licença para tratamento de saúde quando a causa seja

[10] Não se desconhece o conceito de juridicidade que melhor descreve os limites de atuação do administrador, o que, todavia, não altera a questão referente à sua vinculação à lei não manifestamente inconstitucional, não tendo ele a competência para promover a invalidação de leis, de forma abstrata ou em contextos específicos de aplicação, com base em juízos de constitucionalidade.

motivada por *acidente em serviço*. Isso em razão da fundamentalidade dessa proteção (uma das grandes motivadoras do movimento de reivindicação de direitos sociais de cunho prestacional, inclusive), constar textualmente do art. 7º, XXVIII, CF, bem como da Convenção OIT n. 161[11], promulgada, atualmente, por meio do Decreto 10.088/2019.

Como descrito pelo STF no julgamento da ADPF 324, o art. 7º, CF, "[...] constitucionalizou um conjunto amplíssimo de normas trabalhistas e assegurou o direito de acesso dos trabalhadores à previdência social, bem como a medidas de saúde, segurança do trabalho e prevenção de acidentes".

Para os fins da citada Convenção OIT n. 161, conforme consta do seu art. 1º, por *serviços de saúde no trabalho compreende-se "*um serviço investido de funções essencialmente preventivas e encarregado de aconselhar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa em apreço, sobre os requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho".

Já o art. 3º, ao instituir os compromissos assumidos pelos convenentes, dispõe que "Todo Membro se compromete a instituir, progressivamente, serviços de saúde no trabalho para todos os trabalhadores, *entre os quais se contam os do setor público*". Tem-se, portanto, um conjunto de procedimentos a serem adotados, inclusive pelo poder público, visando "[...] a proteção dos trabalhadores contra as doenças profissionais e as doenças em geral e *contra os acidentes de trabalho*", conforme consta dos seus considerandos.

O artigo 12 da citada Convenção é pedagógico quando afirma que

> O acompanhamento da saúde dos trabalhadores em relação com o trabalho não deverá acarretar para estes e qualquer ônus; deverá ser gratuito e ter lugar, na medida do possível, durante o expediente de trabalho.

Ou seja, se o acompanhamento da saúde do trabalhador – inclusive aqueles vinculados ao setor público – não lhe devem acarretar quaisquer ônus, com muito mais força essa proibição se aplicará na hipótese de o afastamento ou licença ter por causa acidente decorrente da relação de trabalhado existente. Isso retira da disposição constante do inciso XIV da Portaria Conjunta AGU n. 01/2022 qualquer justificação constitucional e legal seja para sua inserção, seja para sua manutenção.

Já o inciso XVI da citada Portaria Conjunta conferiu ao administrador uma liberdade conformadora que não encontra paralelo na própria lei, pois a ele permitiu prever

[11] Convenção nº 161 da OIT relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho (concluída em Genebra, em 7 de junho de 1985; aprovada pelo Decreto Legislativo nº 86, de 14 de dezembro de 1989; depositada a Carta de Ratificação da Convenção em 18 de maio de 1990; entrada em vigor, para o Brasil, em 18 de maio de 1991, na forma de seu artigo 18, item 3; e promulgada em 22 de maio de 1991).

quaisquer situações como suspensivas do estágio probatório, bastando que se fundamente no fato de a ausência, seja qual for a sua causa, constituir eventual impedimento "[...] a concreta avaliação de desempenho e decorram de situações particulares de cada integrante de carreira jurídica". Aqui, parece novamente dar o administrador peso muito forte à expressão "*efetivo exercício*" constante do art. 41, *caput*, CF, sem se ater a outros fatores igualmente merecedores de consideração, em especial aquele ligado ao princípio democrático referente à competência decisória do legislador na descrição tipológica das hipóteses de suspensão do estágio probatório, conforme explanado no item III acima.

- V -

A conclusão a que se chega é a de que não havendo diferença jusfundamental entre os direitos à proteção/planejamento familiar e à saúde, não poderia haver interpretação distinta quanto ao âmbito de proteção que lhes deveria ser juridicamente outorgado, principalmente quando essa proteção derivaria da aplicação estrita dos termos legais vigentes e aprovados a partir do exercício da competência definidora do legislador infraconstitucional.

Dessa forma, com base nos fundamentos acima descritos, requer a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE:

a) que seja analisada a possibilidade de revisão das interpretações constantes da Orientação Normativa CGU/CNU/AGU n. 03/2016, do Parecer 04/2017/CNU/CGU/AGU e da Orientação Normativa CNU/CGU/AGU n. 07/2017, considerando que a licença para tratamento da própria saúde pelo membro de quaisquer das carreiras da AGU (inciso II da Portaria Conjunta AGU n. 1/2022), inclusive quando decorrente de acidente em serviço (inciso XIV, Portaria Conjunta AGU n. 1/2022), dada sua natureza de direito fundamental, não constituir, nos termos do art. 20, § 5º, Lei 8.112/91, hipóteses de suspensão do estágio probatório;

b) que a análise seja feita, do mesmo modo, para todas as demais causas constantes do art. 27 da Portaria Conjunta AGU n. 1/2022 que não encontrem o seu necessário correspondente normativo na Lei 8.112/90, pertinente às hipóteses de suspensão do estágio probatório, em especial aquela constante do inciso XVI.

Ofício ANAFE - 01/2024

Brasília, 15 de janeiro de 2024.

A Sua Excelência o Senhor
JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS
Advogado-Geral da União

Assunto: Interpretação interna. Art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016

Ref.: NUP 00688.003466/2023-80

Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União,

Tendo em vista o arquivamento do NUP 00400.002349/2023-78, resultante do pedido da ANAFE a respeito da prerrogativa constate do art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016, oportunidade em que suas principais peças foram anexadas ao NUP acima referenciado (00688.003466/2023-80), para que, neste, passasse a matéria a ser discutida no âmbito da AGU, solicitamos que sejamos notificados dos atos e decisões que sejam nele proferidas, com vistas a possibilitar a participação da associação.

Por oportuno, e visando ainda auxiliar Vossa Excelência na análise do pedido formulado por intermédio do Ofício n. 35/2023, trazemos novos pontos de vista que possam resultar na melhor interpretação possível do art. 38, § 1º, Lei 13.327/2016, e na edição de um ato que dê concretude à vontade legislativa, conferindo a devida proteção às importantes funções constitucional e legalmente cometidas aos advogados e advogadas públicas federais, requerendo sua juntada no NUP 00688.003466/2023-80.

Na oportunidade, renovamos nossos votos de estima e consideração.

Respeitosamente,

SERGIO AUGUSTO DA ROSA MONTARDO
Assinado de forma digital por SERGIO AUGUSTO DA ROSA MONTARDO
Dados: 2024.01.18 15:17:10 -03'00'

Sérgio Augusto da Rosa Montardo
Presidente da ANAFE

Jone Maciel
Diretor de Prerrogativas da ANAFE