

PARECER N° 16.355/2014. SERVIDORAS QUE GOZARAM LICENÇA À GESTANTE OU À ADOTANTE NO CURSO DO ESTÁGIO PROBATÓRIO ANTES DA VIGÊNCIA DO DECRETO N°. 51.243/2014, MAS QUE AINDA NÃO CONCLUÍRAM O PERÍODO AVALIATÓRIO. DATA DA CONFIRMAÇÃO NO CARGO. RETROATIVIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE SUPORTE FÁTICO. COMPROMETIMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM RELAÇÃO A ALGUMAS SITUAÇÕES ADMINISTRATIVAS JÁ CONSOLIDADAS. REVISÃO PARCIAL DO PARECER N° 16.355/2014 QUE SE IMPÕE. QUESTIONAMENTOS PREJUDICADOS.

1.

Trata-se de consulta formulada pela Procuradora do Estado Presidente da Comissão de Estágio Probatório dos Servidores da PGE, fls. 19/20, na qual discorre sobre a situação funcional de servidora que, quando da entrada em vigor do Decreto nº 51.243/14 - o qual determinou que o afastamento por licença à gestante ou à adotante constitui exceção à regra segundo a qual são necessários 140 (cento e quarenta) dias de atividade laboral para que o servidor em estágio probatório seja avaliado em determinado período - estava no sexto período de avaliação do estágio probatório exatamente em função de tal período ter sido postergado em razão de ter gozado 180 (cento e oitenta) dias de licença à gestante e 24 (vinte e quatro dias) de licença tratamento de saúde, a partir de 24/06/2013 até 23/12/2013.

Logo, o questionamento é a fim de "que seja esclarecido em que data a servidora deve ser confirmada no cargo", bem como, diante do Parecer nº 16.355/2014, "de que forma deve ser aplicado o caput e o § 3º, do art. 8º, do Decreto nº 44.376/2006".

É o sucinto relatório.

2.O primeiro questionamento, objeto da manifestação de fls. 19, verso, considerados os termos do Parecer nº 16.355/2014, poderia ser respondido a partir da interpretação do referido Parecer em cotejo com os termos da legislação pertinente, notadamente dos Decretos regulamentadores da matéria que envolvem o estágio probatório.

3.Ocorre que, em virtude do posicionamento jurídico adiante adotado, e que inova em relação ao Parecer nº 16.355/2014, a resposta ao referido questionamento - nos termos em que foi proposto - fica prejudicada, de maneira que a resolução da questão posta dar-se-á naturalmente a partir das novas considerações e conclusões adiante exaradas.

4.Cumpre lembrar que o Parecer nº 16.355/2014 respondeu "consulta do Sr. Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos quanto ao Decreto nº. 51.243/2014", o qual determinou que o afastamento por licença à gestante ou à adotante constitui exceção à regra segundo a qual são necessários 140 (cento e quarenta) dias de atividade laboral para que o servidor em estágio probatório seja avaliado em determinado período.

Questionava-se, então, quanto à aplicação do mencionado diploma às servidoras que:

1) encontravam-se em licença gestante quando publicada a norma;

2) gozaram licença no curso do estágio probatório antes da vigência da norma, mas que ainda não concluíram o período avaliatório.

5. Como resposta aos questionamentos, constou do mencionado Parecer:

Nessa linha, é certo que a alteração legislativa visou à alteração da forma de tratamento do período de afastamento decorrente da licença à gestante ou à adotante no período de avaliação de desempenho do estágio probatório. Logo, estando as servidoras com período de avaliação de desempenho em estágio probatório em andamento quando da alteração do Decreto nº. 44.376/2006, por meio do Decreto nº. 51.243/2014, não vislumbro fundamento jurídico para negar vigência e produção de seus efeitos para os estágios probatórios em curso de servidoras que nele estivessem gozando (quando da edição do Decreto nº. 51.243/2014) ou tivessem gozado (antes da edição do Decreto n. 51.243/2014) períodos de afastamento por força de licença à gestante ou à adotante.

6. E, ratificando tal posição, reiterou em conclusões:

Dessa forma, pelas razões acima expostas, cabível a aplicação do Decreto nº. 44.376/2006 com a redação dada pelo Decreto nº. 51.243/2014 às servidoras que se encontravam em gozo de afastamento decorrente de licença à gestante ou à adotante quando da entrada em vigor da nova redação da norma regulamentar, bem como àquelas com período avaliatório ainda em curso, que nele disponham de período de afastamento, não superior a 180 dias, em decorrência de licença à gestante ou à adotante.

7. Assim, o que se percebe é que o Parecer nº 16.355/2014 orientou no sentido da aplicação da nova regra prevista no Decreto nº 44.376/2006, introduzida pelo Decreto nº. 51.243/2014, a situações fáticas que são distintas, posicionadas em pontos diversos na linha do tempo, como tal, ensejam soluções distintas, ao contrário do que preconizou o referido Parecer.

8. Nesta esteira, no que tange à, 'verbis', "aplicação do Decreto nº. 44.376/2006 com a redação dada pelo Decreto nº. 51.243/2014 às servidoras que se encontravam em gozo de afastamento decorrente de licença à gestante ou à adotante quando da entrada em vigor da nova redação da norma regulamentar", mostra-se acertado o Parecer nº 16.355/2014, de lavra da Procuradora do Estado Fabiana Azevedo da Cunha Barth.

9. Impõe-se transcrever o disposto no Decreto nº. 51.243/2014:

Art. 1º Fica alterado o art. 6º do Anexo único do Decreto nº 44.376, de 30 de março de 2006, que aprova o Regulamento do Estágio Probatório previsto nos artigos 28 e 29 da Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º Nos casos de afastamentos decorrentes das disposições estatutárias, o(a) servidor(a) em estágio probatório somente será avaliado(a) quando computar cento e quarenta dias do período da respectiva avaliação, em atividade laboral, exceto em decorrência de afastamento por licença à gestante ou à adotante.

§1º Quando o afastamento da servidora se der em razão de licença à gestante ou à adotante e que exceda o período para a respectiva avaliação prevista no caput deste artigo, e não excedendo o período de cento e oitenta dias, a servidora em estágio probatório deve ser dispensada da avaliação de desempenho no respectivo período.

§2º Nos demais casos, quando os afastamentos no período considerado forem

superiores ao previsto no caput deste artigo, a avaliação será postergada até que totalize o prazo disposto neste artigo.

10. Conforme bem apontou a Parecerista, "é certo que a alteração legislativa visou à alteração da forma de tratamento do período de afastamento decorrente da licença à gestante ou à adotante no período de avaliação de desempenho do estágio probatório". Assim, dos termos presentes tanto no Parecer quanto no próprio texto normativo em questão pode-se apreender que o suporte fático exigível para incidência da norma prevista no artigo 6º, § 1º, tem como componentes elementos que são imprescindíveis, a saber:

1º- o afastamento de servidora (...) em razão de licença à gestante ou à adotante;

2º- servidora em estágio probatório;

3º- afastamento (...) que exceda o período para a respectiva avaliação (cento e quarenta dias), e não exceda o período de cento e oitenta dias.

11. Como visto, o suporte fático em análise reveste-se de natureza multifacetária, mas, ao mesmo tempo, deve ser interpretado como fenômeno singular, e sua existência, enquanto condição para incidência da norma prevista no artigo 6º, § 1º, com a nova redação, deve considerar tais aspectos. Nesta esteira, para incidência da norma não basta, por exemplo, que o estágio probatório esteja em andamento, mas, também que, simultaneamente, a gestante ou adotante esteja no gozo da respectiva licença.

12. Pelo exposto, reitera-se, acerta o Parecer nº 16.355/2014 ao determinar a "aplicação do Decreto nº. 44.376/2006 com a redação dada pelo Decreto nº. 51.243/2014 às servidoras que se encontravam em gozo de afastamento decorrente de licença à gestante ou à adotante quando da entrada em vigor da nova redação da norma regulamentar", desde que em curso, simultaneamente, o estágio probatório.

13. Ocorre que, em contrapartida ao que foi dito, em relação às servidoras que "tivessem gozado (antes da edição do Decreto n. 51.243/2014) períodos de afastamento por força de licença à gestante ou à adotante (...) e com período avaliatório ainda em curso", com a devida vênia, não deve incidir a nova regra.

Primeiramente, a incidência da nova norma fica obstada em razão da própria inexistência de suporte fático apto à tal, porquanto já exaurido, quando da vigência do novo Decreto, o período de gozo de licença à gestante ou à adotante. A incidência da norma sobre fatos anteriores à sua vigência implicaria retroatividade que, como regra, o direito repele, contrariando o princípio do tempus regit actum, mormente diante de ausência de previsão legal.

14. Também, importa afirmar que os princípios da isonomia e da segurança jurídica, referidos no Parecer nº 16.355/2014, não estão aptos para sustentar tese contrária, no caso concreto, ou seja, no sentido da aplicação do Decreto nº 51.243/2014 à situação de servidoras que tenham gozado de licença à gestante ou à adotante antes da sua vigência.

O tratamento isonômico que se espera da norma é o que permite abranger todo um conjunto de pessoas submetidas às mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas previstas em seu comando, genérico e abstrato, determinando sua incidência.

A invocação do princípio da isonomia, a partir do cotejo de situações concretas e individuais, não pode prescindir da análise de uma gama de circunstâncias e princípios que, ponderados, poderá determinar não somente o afastamento, de plano, da incidência do referido princípio, mas, também, um juízo que determine a preponderância de outro princípio ou interesse.

15.À título exemplificativo, busca-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal julgamento de matéria - que, registre-se, suscitou milhares de ações - onde se cotejaram diversos princípios que se contrapunham, sendo oportuna a transcrição de excertos ilustrativos do caso, presentes na ementa do julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). 1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R\$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei no 9.032/1995. 2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei no 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. 3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5º, caput e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a petionária (DJ 2.9.2005). 4. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5o, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5o, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total). 5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido. 6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) no 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE no 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE no 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005. 7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei no 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei no 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998. 8. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio tempus regit actum quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1o.4.2005. 9. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5o, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE no 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE no 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE no 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) no 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) no 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE no 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006. 10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: RE no

92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980. 11. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4o). 12. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5o, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada. 13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3o, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's no 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005. 14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37). 15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. 16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida. 17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido. (RE 415454, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00042 EMENT VOL-02295-06 PP-01004)

16. Não obstante tratar de direito cuja natureza alimentar é evidente - e que diz respeito à própria sobrevivência digna da pessoa - o excelso Tribunal concluiu por afastar o princípio da isonomia - em tese, em prejuízo de muitos pensionistas - em prol da subsistência do próprio sistema previdenciário, mas fundado em argumentos jurídicos subsistentes, contrapondo ao referido princípio da isonomia outros como o (a) do tempus regit actum, (b) da indicação da fonte de custeio, (c) da solidariedade e (d) da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

17. No caso presente, a retroação da incidência da norma trazida pelo Decreto 51.243/2014, sem prejuízo dos argumentos já expostos, traria repercussões que poderiam comprometer a própria segurança jurídica em relação a algumas situações administrativas já consolidadas, considerando, no que interessa especificamente ao caso concreto, a existência de uma carreira estruturada do serviço público, o que faz com que haja, em alguns casos, uma conexão ou interdependência entre os atos administrativos exarados no âmbito de tal carreira.

18. Como exemplo, exsurge do próprio expediente em tela um potencial de lesividade não só para a Administração, mas para alguns servidores, caso a servidora suscitada na consulta formulada, fls. 02 à 06, por exemplo, tivesse retroagida a data da sua confirmação no cargo, fazendo com que, em tese, houvesse interferência de tal fato - e poderia haver - em procedimentos que envolvam movimentação na carreira, (a) já concluídos - pois implicaria necessidade de eventual desconstituição de atos de promoção exarados -, (b) em andamento ou (c) mesmo em futuros procedimentos.

Nesse caso, pode-se afirmar que o princípio da segurança jurídica estaria mais consoante com a manutenção do status quo administrativo do que com a situação de uma servidora, em concreto, por exemplo, cujo eventual prejuízo que venha a sofrer pela não retroatividade da norma - observado a partir de cotejo da sua

situação funcional com a de outras servidoras - deve-se à aleatoriedade de que se revestiu a data da publicação da norma e que, a rigor, poderia, também, aleatoriamente, ter-lhe sido favorável e desfavorável a terceiros.

19. Assim sendo, diante do exposto, e nos termos dos fundamentos retos, impõe-se a revisão parcial do Parecer nº 16.355/2014, a fim de que não incidam as disposições do Decreto nº 51.243/2014 sobre situações administrativas em que o gozo da licença à gestante ou à adotante tenha ocorrido por completo anteriormente à edição do referido Decreto, ficando, assim, prejudicado o primeiro dos questionamentos formulados, fls. 20.

20. Quanto ao segundo questionamento, da mesma forma, está prejudicado porquanto eventuais lacunas legislativas propiciadas pelas conclusões e consequente aplicação do Parecer nº 16.355/2014, restam solvidas pela revisão do Parecer.

21. Sem prejuízo do exposto, importa referir que posteriormente à consulta em tela, datada de 07/11/2014, foi exarado o Decreto nº 52.141, de 09/12/2014 - com efeitos retroativos a 5 de março de 2014 -, acrescentando os §§ 4º e 5º ao artigo 8º do Decreto nº 44.376/06, a fim de regulamentar a pontuação das servidoras que são dispensadas do período de avaliação em decorrência de licença à gestante e à adotante, o que permite, em tese, a aplicação do novo critério de avaliação sem maiores percalços para o Administrador.

22. Cumpre registrar igualmente a superveniência da Resolução PGE nº 88, de 19 de dezembro de 2014, que regulamentou o Estágio Probatório dos (as) Servidores (as) integrantes do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado, trazendo regras próprias para regular o período do estágio probatório para a carreira dos (as) servidores (as) do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado e para a Instituição, dispondo o art. 18 da mencionada Resolução, que aos (às) servidores (as) que entraram em exercício em data anterior à sua publicação, continuam a serem aplicadas as regras de avaliação do Decreto nº 44.376, de 30 de março de 2006.

É o parecer.

Porto Alegre, 13 de maio de 2015.

ELDER BOSCHI DA CRUZ,

PROCURADOR DO ESTADO.

Expediente nº 015356-10.00/14-7

Processo no 15356-10.00/14-7

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.495/15, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor ELDER BOSCHI DA CRUZ.

Restitua-se o expediente ao Exmo Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos.

Em 21 de maio de 2015.

Euzébio Fernando Ruschel,

Procurador-Geral do Estado.