

PARECER Nº 17292

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. SERVIDOR. MUDANÇA DE NÍVEL. DIREITO FORMATIVO. REQUERIMENTO PROTOCOLADO ANTERIORMENTE AO ATO DE APOSENTADORIA. ANÁLISE QUE SE IMPÕE.1. Mantém-se vigente a orientação que exara do PARECER13.112/2001 e demais precedentes. 2. O direito formativo deve ser exercido durante o vínculo funcional ativo do servidor com a Administração Pública, mediante manifestação de vontade expressa. 3. Não há identidade entre o caso em evidência e o tratado, por exemplo, no Parecer nº 13.112/2001, elevado à condição de fundamento pela Administração para o indeferimento do pedido de reconsideração. 4. O requerimento de mudança de nível apresentado pela servidora é datado de 25/07/2013, anterior, portanto, ao ato inativatório, datado de 12/08/2013, ou seja, a servidora apresentou requerimento de mudança de nível, ainda em atividade, 5. Haveria ausência de subsistência jurídica e rigor excessivo em decisão administrativa que imputasse à servidora responsabilidade objetiva pelo simples fato da aposentadoria ter ocorrido antes de ser analisado requerimento apresentado anteriormente. 6. Impõe-se à Administração que (a) conclua o procedimento de análise do requerimento da servidora de mudança de nível e, ao fim, caso reconhecido tal direito, que (b) o faça repercutir nos proventos de aposentadoria da servidora, observado o disposto no artigo 19 da Lei nº 11.672/2001.

1.O expediente administrativo nº 093860-19.00/14-0 é inaugurado por requerimento formulado pela servidora inativa Rosane Maria dos Santos Lenzzi, servidora de escola, lotada na Secretaria de Estado da Educação, por meio do qual requer seja reavaliada decisão a respeito de solicitação de mudança do nível 2 para o nível 3, nos termos do artigo 18 da Lei nº 11.672/2001, protocolado perante a 12ª Coordenação Regional de Educação em 25.07.2013 e que foi objeto de análise nos autos do expediente administrativo nº 063589-19.00/13-7 (em anexo, fls. 02-12), o qual restou arquivado, sem apreciação do mérito, em razão da notícia de aposentadoria por invalidez da servidora datada de 12.08.2013.

Ao analisar o segundo requerimento protocolado pela servidora (expediente administrativo 093860-19.00/14-0), a Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação, por meio da Informação AJU/GAB/SEDUC/Nº 0089/2015, manifesta-se favoravelmente à revisão de proventos, aduzindo para tanto que, uma vez comprovada a nova habilitação escolar no prazo legal (artigo 19 da Lei nº 11.407/2000), ainda que estivesse em gozo de licença saúde na data do protocolo do pedido, a interessada, nos termos do artigo 64, inciso XIV, "b", da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, se encontrava em efetivo exercício, razão pela qual, quando de sua inativação, a alteração de nível almejada já estaria inserida no seu patrimônio funcional (fl. 46).

Por se tratar de servidor inativo, os autos são então encaminhados à Divisão de Aposentadoria e Revisão de Proventos - DIARP/SMARH que, por sua vez, infere que o entendimento lançado nos autos pela Assessoria Jurídica da SEDUC opõe-se à orientação contida no PARECER nº 13.112/2001 desta Procuradoria-Geral do Estado, restituindo, em ato subsequente, o expediente à 12ª Coordenação Regional de Educação, para a tomada de providências (fl. 49-52).

Ao ratificar o entendimento da Assessoria Jurídica da SEDUC quanto à revisão em questão, a Assessoria Jurídica da 12ª CRE manifesta-se pelo prosseguimento do feito com o encaminhamento dos autos ao Setor da Seção de Cadastro e Vantagens/DRH, para que a servidora tenha sua solicitação atendida (fls. 55-56).

Por impulso do Diretor Geral da Pasta, os autos são encaminhados à Casa Civil para publicação do ato concessivo da alteração de nível da servidora, minutado à fl. 60, ficando, no entanto, registrada, manifestação contrária por parte da Diretora Adjunta do Departamento de Recursos Humanos da SEDUC (fl. 58).

Todavia, em razão da ausência de despacho do titular da Pasta, o expediente é restituído à SEDUC, oportunidade em que o Secretário de Estado da Educação, por conta da controvérsia instaurada nos autos (fls. 46 e 49-52), determinou nova remessa do processo administrativo, para análise, à Assessoria Jurídica da SEDUC (fl. 61, verso) que reitera posição favorável ao deferimento da revisão postulada, mas, por entender prejudicada a continuidade do expediente em face da controvérsia estabelecida, sugere seu encaminhamento à Procuradoria-Geral do Estado para orientação jurídica sobre o caso (fl. 62-63).

Nesse contexto, com o aval da Secretária Adjunta da Educação (fl. 64), o expediente é encaminhado a esta Casa, onde, após os trâmites administrativos, é a mim distribuído.

É o relatório.

2.Os expedientes administrativos em tela tratam de requerimento de "mudança do nível 2 para nível 3, nos termos do artigo 18 da Lei 11.672/2001", datado de 25/07/2013, fls. 02 do expediente 063589-19.00/13-7, que restou indeferido; irrisignada, a servidora, já na condição de aposentada, requereu em 21/08/2014 fosse reconsiderado o indeferimento, com repercussão na aposentadoria, conforme fls. 02 do expediente 093860-19.00/14-0.

3.Resumidamente, o pedido de mudança de nível foi arquivado, "visto que a servidora solicitou APOSENTADORIA a contar de 12/08/2013", conforme manifestação da Secretaria de Estado da Educação, fls. 12, datada de 27/11/13, tendo a servidora ficado ciente e, no mesmo documento, manifestado desacordo com a decisão de arquivamento.

4.Quanto ao pedido de reconsideração, instalou-se controvérsia no âmbito da Administração, com manifestações favoráveis e contrárias aos requerimentos da servidora, estas últimas fundamentadas no PARECER nº 13.112/2001.

5.Nesta esteira, primeiramente, é preciso afirmar a vigência da orientação que exara do PARECER13.112/2001, Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, reafirmada no Parecer 14.326/2005, Procuradora do Estado Anastazia Nicolini Cordella, do qual destacamos o seguinte excerto:

É assente nesta Casa (exemplificativamente, Pareceres PGE nº 9.504/93, 9.506/93, 9.691/93 e 13.969/04) que o direito à incorporação de gratificação por função de confiança é direito formativo, justamente porque, para que se constitua, satisfeitos os requisitos legais, exige a manifestação de vontade do interessado.

Por isso mesmo, se não exercido no momento próprio, impede a própria formação do direito, como concluiu a Procuradora do Estado ADRIANA MARIA NEUMANN, no PARECER nº 13112/01, em relação a outro direito, que guarda essa mesma natureza:

"Insere-se a alteração de nível, assim, na categoria dos direitos formativos, porquanto manifestação de vontade que, implementadas as demais condições legalmente previstas, faz nascer para o Estado o dever jurídico de exarar o ato administrativo, modificando a relação jurídica de direito administrativo, traduzida na alteração do tratamento pecuniário dispensado ao servidor.

E assumindo o requerimento da postulante feição essencial à formação do direito, que, ademais, somente pode ser alcançado em atividade - porquanto incogitável alteração de nível para professor que alcance nova titulação depois de inativado -, o seu não exercício no tempo oportuno, isto é, antes da inativação, impede que se cogite de seu exercício a luz de outra relação - de inativação - já constituída.

(...)

Na verdade, se não exercitou o direito que a lei lhe assegurava enquanto estava em atividade - por razões que não importa aqui perquirir-, não se pode cogitar de seu exercício

quando já inativada, porque o vínculo a partir daí existente não confere embasamento ao exercício de direitos que devam encerrar seu ciclo de formação na vigência da relação de atividade entre as partes, como a mudança de nível. Assim, a superveniente inativação, muito embora por invalidez e, deste modo, não decorrente de manifestação volitiva da servidora, acarreta a impossibilidade de formação do direito à alteração de nível."

6.E do PARECER 16.513/2015, Procuradora do Estado Marília Vieira Bueno, que faz expressa referência aos Pareceres anteriormente citados, destacamos:

De outra banda, há que se diferenciar as vantagens funcionais que decorrem principalmente do implemento do transcurso do tempo associado à verificação da efetividade do servidor, como, por exemplo, as férias, os trênsios, os adicionais por tempo de serviço, a licença-prêmio, daquelas que dependem da manifestação volitiva do servidor, como a aposentadoria voluntária, o gozo das licenças, remuneradas ou não, e, também, a incorporação de gratificações à remuneração.

Com efeito, enquanto que, para a aquisição de alguns direitos, como as férias anuais e as vantagens temporais, prescindível é a declaração de vontade do servidor, bastando o implemento de certos pressupostos objetivos usualmente relacionados à efetividade por um determinado lapso temporal previsto em lei, para outras tantas vantagens funcionais ou remuneratórias, o requerimento expresso do interessado, com a comprovação do preenchimento dos requisitos legais, torna-se indispensável.

(...)

Como acima referido, esta PGE já examinou que: a) a incorporação de gratificação por exercício de função depende de requerimento do servidor (PARECER 14.189); b) há a impossibilidade de incorporação de gratificação por exercício de função, com fulcro, portanto, no art. 102 da LC nº 10.098/94, quando a postulação se dá após a inativação (Parecer 14.326); c) para a incorporação de função gratificada aos proventos, impõe-se que o servidor esteja no exercício da função no momento da aposentadoria (Pareceres 14.383, 14.191, 11.674, 10.265).

7.Em comum, dos citados Pareceres, destaca-se o fundamento - e óbice - que leva ao juízo de indeferimento de pedido de revisão de ato de aposentadoria nos casos analisados, qual seja, a natureza do direito que se quer ver reconhecido, no caso, direito formativo, que deve ser exercido durante o vínculo funcional ativo do servidor com a Administração Pública, mediante manifestação de vontade expressa.

8.Assim sendo, em condições normais, havendo uma conformação jurídica e fática de caso concreto à hipótese presente nos Pareceres já referidos, impõe-se o indeferimento das respectivas pretensões.

9.Ocorre que não há como, de plano, afirmar-se a existência de identidade entre o caso em evidência e o tratado, por exemplo, no PARECER nº 13.112/2001, elevado à condição de fundamento pela Administração para o indeferimento do pedido de reconsideração, fls. 52.

10.De fato, o requerimento de mudança de nível apresentado pela servidora é datado de 25/07/2013, anterior, portanto, ao ato inativatório, datado de 12/08/2013, ou seja, a servidora apresentou requerimento - consubstanciando sua tempestiva manifestação de vontade - de mudança de nível, ainda em atividade, sendo que referido requerimento foi arquivado devido ao fato da aposentadoria da servidora, ocorrida 18 (dezoito) dias após a apresentação do citado requerimento.

11.Note-se que a própria Secretaria de Educação já alertara para o fato de que, "verbis", "a respeito da análise registrada na folha de nº 52, quanto ao PARECER nº

13112/2001 da PGE, não se trata do caso em tela", o que entendemos pertinente, sendo este ponto importante para a resolução da questão posta.

12. Na verdade, o iter que conduz ao ato de aposentadoria é composto de fases, muitas das quais fora do âmbito de decisão ou disposição do servidor, sendo regulado, não raro, por normas infralegais e praxes administrativas, cujo conhecimento nem sempre está ao alcance do servidor.

13. No caso concreto, também é relevante a circunstância de que a aposentadoria do servidor não ocorreu de forma voluntária, mas sim por invalidez, "por determinação do DMEST", conforme apontado na manifestação da AJU/GAB/SEDUC. De qualquer modo, também por ausência de previsão legal, não há como exigir-se do servidor um controle de eventuais prazos para apresentação de requerimento de aposentadoria de modo a permitir a análise de outros requerimentos eventual e anteriormente apresentados e pendentes de resposta, como no caso.

14. De outro lado, seria razoável, isso sim, diante das circunstâncias do caso concreto, supor que a Administração soubesse da existência de um requerimento de mudança de nível apresentado 18 dias antes da aposentadoria do servidor, o que evitaria o simples arquivamento do mesmo, sem sequer ser apreciado seu mérito. Nesse sentido, registre-se, a bem da verdade, que a Administração não só processou o pedido de mudança de nível da servidora, como também, fls. 08 do expediente nº 063589-19.00/13-7, concedeu-lhe prazo até 30/09/2013 - ou seja, após a data de aposentadoria - para anexação da documentação, sendo de responsabilidade da Administração a aposentadoria da servidora durante a tramitação do requerimento em cotejo.

15. Diante de tais circunstâncias, não são descabidas e merecem acolhimento, de forma geral, os argumentos trazidos pela AJU/GAB/SEDUC, fls. 62:

O art. 19 da Lei 11.407/2000 normatiza que a alteração de nível vigorará em dois períodos quais sejam a contar de 1º de julho do mesmo ano ou de 1º de janeiro do ano seguinte, desde que comprovada a nova habilitação escolar, até 31 de março ou 30 de setembro, respectivamente.

Conforme verificado os prazos foram efetivamente cumpridos pela requerente, o que em situação normal resultaria no atendimento do pedido e, por óbvio, se a aposentadoria ocorresse de forma voluntária a alteração de nível teria se perfectibilizado. Cabe argumentar que mesmo estando em licença saúde na data do protocolo do pedido a requerente se encontrava em efetivo exercício, em que pese não haver desempenho, art. 64, inciso XIV, "b".

Merece referência o fato de que a alteração de nível está inserida na categoria dos direitos formativos porquanto só se opera com a exclusiva manifestação de vontade e desde que atendidos os requisitos legais, fazendo surgir para o Estado o dever jurídico de cumprir a lei através da emissão do ato formativo desse direito.

Por fim concluiu que, se a requerente efetivamente, exerceu a sua manifestação de vontade, no pleno exercício do cargo, na busca de um direito que só pode ser alcançado nesta condição não resta dúvida que fará jus a ter inserido no seu patrimônio funcional a alteração de nível almejada e como consequência a revisão dos seus proventos.

16. Ante tal contexto, haveria ausência de subsistência jurídica e rigor excessivo em decisão administrativa que imputasse à servidora responsabilidade objetiva pelo simples fato da aposentadoria ter ocorrido antes de ser analisado requerimento apresentado anteriormente.

17.Registre-se que a preocupação manifestada no sentido do surgimento de precedentes que venham infirmar a orientação jurídico-administrativa até então existente, como regra geral, tem pertinência, mas, no caso, a análise do requerimento de mudança de nível apresentado pela servidora não gerará precedente que contrarie orientação vigente, já que, como referido, o suporte fático presente no caso concreto é diverso daquele tratado no PARECER 13.112/2001, já mencionado, mantendo-se hígida referida orientação.

18.Ante o exposto, impõe-se à Administração que (a) conclua o procedimento de análise do requerimento da servidora de mudança de nível e, ao fim, caso reconhecido tal direito, que (b) o faça repercutir nos proventos de aposentadoria da servidora, observado o disposto no artigo 19 da Lei nº 11.672/2001.

É o Parecer.

Porto Alegre, 25 de abril de 2018.

ELDER BOSCHI DA CRUZ,
PROCURADOR DO ESTADO.

Expedientes números 063589-19.00/13-7 e 093860-19.00/14-0

Processo no 093860-19.00/14-0 e 063589-19.00/13-7

Acolho as conclusões do PARECER nº 17.292/18, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado ELDER BOSCHI DA CRUZ.

Restitua-se à Secretaria da Educação.

Em 24 de maio de 2018.

Eduardo Cunha da Costa,
Procurador-Geral Adjunto
para Assuntos Jurídicos.