

**PROMOÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS.
INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 40, § 1º, II DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDENCIA
ASSENTADA. REVISÃO DA ORIENTAÇÃO DESTA CASA.**

Esta Procuradoria-Geral foi instada, em fevereiro de 2006, a manifestar-se acerca de questionamento formulado pela repartição fazendária do Estado, quando do 11º procedimento de promoções dos servidores do Quadro de Funcionários Técnico-Científicos do Estado, relativo ao período de avaliação de 1º de maio de 1996 a 30 de abril de 1997. Preocupava-se a Administração quanto à possibilidade de promoção de servidores eventualmente aposentados, em licenças ou falecidos sofrerem alterações retroativas em suas situações funcionais, ainda que os efeitos financeiros fossem evidentemente computados a partir das datas de publicação no Diário Oficial.

A consulta foi resolvida pelo Parecer 14509, de 26 de maio de 2006, de autoria da Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer, que concluía:

De início registro que não se cogitou atribuir às promoções em exame caráter retroativo, embora tenha sido mantido o critério de utilizar avaliações referentes a períodos passados quando, em tese, poderiam ter ocorrido as promoções. (...)

Esta Procuradoria-Geral do Estado, em inúmeros Pareceres (v.g., 5.755/84, 9.185/92, 10.941/96, 14.355/05 e 14.365/05) já assentou que não há direito do servidor público a ser promovido, o que caracteriza como de mera programação as regras que fixam datas para o ato.

Desde a última promoção os servidores seguiram preenchendo qualificativos de experiência (critério de antigüidade) e de conhecimento aperfeiçoado (critério de merecimento), não sendo razoável utilizar unicamente avaliação de período pretérito, desconsiderando as atividades desenvolvidas pelos servidores durante todo o período em que não houve promoções. A avaliação deve ser contemporânea à promoção.

Assim, a aferição da antigüidade na classe deverá compreender todo o período entre a última promoção do servidor e aquela que se pretende implementar, o mesmo devendo ocorrer com o mérito, utilizando-se como critério a consideração de todas as avaliações para promoção efetivadas desde a última promoção havida.

Tais critérios contemplarão apenas os servidores em atividade, pois somente esses são candidatos à promoção que, como se disse, é provimento de cargo público, não estando acessível a quem não seja servidor da carreira em atividade.

Superados os procedimentos administrativos foram as promoções publicadas no Diário Oficial de 20 de janeiro de 2009 e o feito foi encaminhado ao arquivo.

À fl. 196, todavia, aporta cópia do Parecer 14888, de 7 de outubro de 2008, firmado pela Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer e chancelado no Conselho Superior desta Casa, que mantém, relativamente à matéria de promoções, a orientação do Parecer 14509.

O processo, embora tecnicamente findo, segue tramitando, a ele sendo acostadas decisões judiciais que tratam do prazo de efetivo exercício no cargo para o cálculo dos proventos de aposentadoria, em contrariedade, ao que se vê, com as conclusões exaradas no Parecer 14888, da Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer, em sua parte final, quando dispõe:

Pertinente abordar, ainda que en passant, a questão previdenciária, em conformidade com as regras introduzidas pelas reformas constitucionais.

A Emenda Constitucional nº 20/98 introduziu a exigência do tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e, concomitantemente, de cinco anos no cargo efetivo em que almejada a aposentadoria, aspecto relevante para a manutenção do equilíbrio atuarial. A exemplo do que fez constar na parte permanente da Constituição Federal, a Emenda exigiu tempo mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo em que pretendida a inativação, beneficiando, porém, os servidores públicos que tivessem regularmente ingressado em cargo efetivo até a data de sua publicação, com a não exigência de dez anos de efetivo exercício no serviço público.

A Emenda Constitucional nº 41/03 estabeleceu regra própria de transição no artigo 6º, destinado aos servidores que tenham ingressado no serviço público até a data de sua publicação, mas, ao contrário da Emenda Constitucional anterior, agravou as condições a serem satisfeitas pelo servidor público. Assim, se na parte permanente da Constituição Federal são exigidos dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo para tanto, a regra transitória aumenta o tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público, de dez para vinte anos, acrescentando, ainda, a exigência de dez anos de carreira. Já o artigo 3º da Emenda nº 47/05 faculta ao servidor ingresso no serviço público até a publicação da Emenda nº 20, aposentadoria com proventos integrais desde que preencha, cumulativamente, as condições que impõe, dentre elas vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria, agravando consideravelmente os requisitos à inativação.

Quanto à expressão "cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria" (Constituição Federal, artigo 40, § 1º, inc. III e Emenda Constitucional nº 20/98, art. 8º), poder-se-ia imaginar tratar-se da exigência de cinco anos em cargo isolado ou em cargo de carreira, entendimento que não se revela doutrinariamente correto, pois as carreiras são integradas por cargos distribuídos em classes, sendo a promoção a forma de provimento (derivado) em cargo público, prevista para que o servidor público alcance cargo da classe imediatamente superior. Assim, se cada classe da carreira é composta por um número específico de cargos, vagando um cargo na classe C, por exemplo, será ocupado por um dos candidatos ocupantes de cargo da classe B. Com a promoção, o cargo anterior do promovido - agora vago - será ocupado por servidor da classe A e este cargo por nomeação, já que se trata de provimento inicial na carreira. Ou seja, sendo cargos diferentes os distribuídos nas classes, o efetivo exercício exigido pela norma constitucional só pode dizer respeito àquele cargo em que se pretende a aposentadoria, seja ele da classe A, B ou C.

Então, quando a norma impõe cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria não está se referindo à carreira, mas a cada cargo que a compõe, o que restou ainda mais evidente com a redação do artigo 6º da EC nº 41/03 e do artigo 3º da EC nº 47/05, que exigem, cumulativamente, tempo mínimo de serviço público, de carreira e no cargo efetivo. (...)

Dessa reativação de ofício do processo no âmbito da SARH resulta o encaminhamento do processo a esta Casa, onde o Coordenador da Procuradoria de Pessoal assim se pronuncia:

A Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos suscita a existência de conflito entre decisões judiciais proferidas pelo e. STF e a orientação constante dos Pareceres da PGE n. 14.509 e 14.888, especificamente no tocante à questão previdenciária envolvendo os servidores já aposentados e que foram promovidos retroativamente, sem contar com o mínimo de cinco anos na última classe (considerados entre a data de retroação do ato e a concessão da aposentadoria) o que inviabilizaria a promoção. Inicialmente, verificamos que os Pareceres da PGE n. 14.509 e 14.888 tratam, essencialmente, da discricionariedade na concessão das promoções e da impossibilidade de concessão de efeitos retroativos às promoções, questões que, sm.j., não estariam em contrariedade com as decisões proferidas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, em face da orientação firmada pela Excelsa Corte no sentido de que a promoção é forma de provimento derivado de cargo, não sendo exigível o lapso temporal de cinco anos previstos no art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal, consideramos oportuno que a matéria seja reavaliada no âmbito da Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal, analisando-se a conveniência de revisão dos Pareceres que abordam a questão (Pareceres 14.286, 14.608 e 14.752). Antes, contudo, em face da existência de várias demandas judiciais sobre a matéria, encaminhe-se à Coordenação da Procuradoria Previdenciária, a fim de que se manifeste sobre a atuação da Unidade em tais feitos e sobre a eventual possibilidade de alteração do entendimento firmado na jurisprudência sobre a matéria.

Encaminhado à Especializada Previdenciária, sem manifestação foi encaminhado o processo a esta Equipe e a mim distribuído na forma regulamentar.

É o relatório.

A manifestação desta Consultoria resta singela diante da robustez dos argumentos postos nos autos. Com efeito, muito bem aponta o Coordenador da Procuradoria de Pessoal a orientação pacífica do Supremo Tribunal acerca da circunstância de consistir a promoção por acesso uma forma de provimento derivado que não representa ascensão a cargo diferente daquele em que já estava o servidor efetivado.

Em reiteradas decisões o Supremo Tribunal Federal consolidou a posição, de resto já adotada pelo Tribunal de Justiça gaúcho, contra a qual se posta a orientação desta Procuradoria-Geral estampada em diversas de suas manifestações.

Todavia, a despeito de judiciosa, não mais se sustenta a interpretação que vinha sendo adotada, principalmente frente à maciça jurisprudência.

Nesse sentido, tem considerado o Supremo Tribunal se ter tornado inviável toda a forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira.

Veja-se o que manifesta o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 813.763 - Rio Grande do Sul, julgado pela Segunda Turma e veiculado na imprensa oficial em 17 de fevereiro de 2011:

Reconhece-se o direito aos proventos referentes à promoção por acesso, mesmo em período posterior à aposentadoria, uma vez que a servidora não foi promovida a cargo diverso daquele que já exercia efetivamente; não se aplicando ao presente caso o prazo de cinco anos de efetivo exercício no cargo para o cálculo dos proventos de aposentadora nos termos do art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal.

No mesmo sentido:

Agravo Regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Magistério. Promoção por acesso: provimento derivado. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (AI 824964 AgR, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-042 Div.. 02-03-2011 Pub. 03-03-2011 Ement. vol 02475-03 p. 00898)

E, também:

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Promoção retroativa. 3. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. 4. Promoção por acesso do servidor constitui forma de provimento derivado e não implica ascensão a cargo diferente daquele em que o servidor já estava efetivado. 5. Inaplicável o prazo de cinco anos de efetivo exercício no cargo para o cálculo dos proventos de aposentadoria (art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal). 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 813763 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-032 Div 16-02-2011 Pub 17-02-2011 Ement. vol. 02465-01 p 00284)

Ainda:

Agravo Regimental em agravo de instrumento. Servidor público. Promoção por acesso. Provimento derivado. Possibilidade. Precedentes. Agravo improvido. I - a jurisprudência do supremo tribunal firmou-se no sentido de que a promoção por acesso do servidor constitui forma de provimento derivado e não representa ascensão a cargo diferente daquele em que já estava efetivado. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (AI 801015 AgR-segundo, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 Div. 31-01-2011 Pub. 01-02-2011 Ement. vol. 02454-12 p. 02895)

E outro:

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Promoção retroativa. 3. Jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. 4. Promoção por acesso do servidor constitui forma de provimento derivado e não implica ascensão a cargo diferente daquele em que o servidor já estava efetivado. 5. Inaplicável o prazo de cinco anos de efetivo exercício no cargo para o cálculo dos proventos de aposentadoria (art. 40, § 1º, III, da Constituição Federal). 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 768536 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-230 Div. 29-11-2010 Pub. 30-11-2010 Ement. vol. 02441-03 p 00569)

E, mais:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Professor. Promoção por acesso. Mesma carreira. Provimento derivado. Possibilidade. Precedentes. Agravo improvido. I - o acórdão recorrido encontra-se ajustado à jurisprudência do Tribunal, no sentido de que a promoção por acesso do servidor constitui forma de provimento derivado e não representa ascensão a cargo diferente daquele em que já estava efetivado. II - Agravo regimental improvido. (AI 785469 AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 Div. 12-11-2010 Pub. 16-11-2010 Ement. vol. 02431-03 p-00509)

Como referido, a orientação do Supremo Tribunal Federal oferece respaldo jurídico ao posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado, que também adota posição conforme relativamente à matéria, como se pode deduzir das decisões exaradas nos autos da Apelação Cível 70042513549, DJ. 6.6.2011, da Apelação Cível 70043282904, DJ 27.6.2011, da Apelação Cível 70040794257, DJ 14.7.2011, e da Apelação Cível 70042931022, DJ. 14.7.2011, dentre outras.

Desnecessária, diante da assentada orientação jurisprudencial, maiores considerações acerca da matéria que, efetivamente, embora comportando outras interpretações - talvez até mais adequadas sob o aspecto técnico-jurídico - resta definida pelo pacífico posicionamento do Supremo Tribunal.

Assentado resta, então, que não haverá exigência de efetivo exercício pelo prazo de cinco anos na classe do cargo em carreira titulado para efeito de cálculo dos proventos de aposentadoria, necessária a adaptação da orientação desta Casa, viabilizando-se o jubramento do servidor sem que se exija o tempo de exercício de cinco anos no cargo na classe em que se encontra posicionado, segundo a exegese conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 40, § 1, III da Constituição Federal, revisadas as orientações dos Pareceres 14.286, 14.608 e 14.752 e, parcialmente, dos Pareceres 14.509 e 14.888.

É o Parecer.

Porto Alegre, 18 de julho de 2011

LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO

PROCURADOR DO ESTADO

Processo Administrativo nº. 000267-24.00-06.1

Processo n.o 000267-24.00/06-1

Acolho as conclusões do PARECER Nº 15.512, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO, aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, na sessão realizada no dia 03 de novembro de 2011.

Em 04 de novembro de 2011.

Bruno de Castro Winkler,

Procurador-Geral Adjunto

para Assuntos Jurídicos.

De acordo.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos.

Carlos Henrique Kaipper,

Procurador-Geral do Estado.