

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

PARECER N. 16.058/13.

**PROMOÇÃO DE MEMBRO DO
MAGISTÉRIO. CONSOLIDAÇÃO E
EXPLICITAÇÃO DA ORIENTAÇÃO DA
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO.
O PESSOAL DO MAGISTÉRIO,
INOBTANTE DETENHA ESTATUTO
PRÓPRIO, SE ABRIGA SOB A NOÇÃO
INSTITUCIONAL DE SERVIDOR PÚBLICO,
A ELE SE APLICANDO, A MENOS DA
EXISTÊNCIA DE NORMA PECULIAR EM
SEU REGRAMENTO PRÓPRIO, AS
NOÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA
ADMINISTRATIVA JÁ ASSENTADA COM
RELAÇÃO AOS DEMAIS SERVIDORES DO
ESTADO.**

Da Secretaria da Educação provém o processo administrativo que me é dado a examinar, encartado com manifestação do Procurador do Estado Agente Setorial desta Casa junto àquela repartição, na qual, depois de suas como sempre muito judiciosas considerações, formula a seguinte consulta, com o endosso do titular daquela Pasta:

a) os membros do magistério estadual possuem direito subjetivo à promoção anual, ou isso consiste em poder discricionário do administrador?



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

b) o texto do parágrafo único do artigo 32 da Lei Estadual 6.672/74 possibilita/determina a promoção de professores inativos, ou possui incompatibilidade com a Constituição Federal?

c) nas próximas promoções por merecimento, as avaliações devem compreender todo o período pretérito?

d) ante a alteração dos critérios utilizados (resolução, decreto...) pode ser realizada uma avaliação única, segundo os critérios anteriores e uma nova avaliação, após a vigência dos novos critérios, somando-se as notas e dividindo-se pela fração de dois? Ou seja, avalia-se todo o período antigo, segundo critérios antigos, extraíndo-se daí uma nota (p.ex., de 1 a 100), que será somada à nota relativa à avaliação do período de vigência dos novos critérios (de 1 a 100), dividindo-se a soma por dois, de forma a obter-se o resultado final? Caso negativo, quais seriam os traços gerais do formato mais adequado, do ponto de vista jurídico, ao que se pretende?

É o relatório.

Esta Casa já tem posição uniforme acerca da maioria das questões suscitadas. De todo conveniente, então, que se a repasse e consolide, especialmente quanto ao pessoal do magistério, que inobstante detenha estatuto próprio, se abriga sob a noção institucional de servidor público, a ele se aplicando, a menos da existência de norma em contrário em seu regramento próprio, as noções da jurisprudência administrativa já assentada com relação aos demais.

Examinado, portanto, por método, de forma individualizada cada questionamento.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

I - Os membros do magistério estadual, ativos ou inativos, não possuem direito subjetivo à promoção anual.

Tradicional é a orientação desta Procuradoria-Geral do Estado, que assentou inexistir direito do servidor à promoção. Relativamente ao magistério de forma específica, já disse a Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, em seu Parecer 14364, de 11 de outubro de 2005, cancelado pelo Conselho Superior desta Procuradoria:

A promoção é forma derivada de provimento dos cargos públicos organizados em carreira, prevista no artigo 31 da Constituição Estadual, e que compreende a movimentação tanto por merecimento quanto por antiguidade. E é tranquilo na jurisprudência administrativa estadual que, tal como se dá na nomeação, inexistente direito subjetivo à promoção, havendo apenas uma expectativa justificada e condicionada pelo interesse público, como assentado no Parecer no 10.941/96, de autoria da Procuradora do Estado Sandra Maria Lazzari e aprovado pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado:

4. É manso e pacífico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento de que inexistente, para o servidor público, no ordenamento jurídico brasileiro, direito de exigir que a Administração proceda às promoções, salvo quando texto legal, expressamente, proclamar que o servidor tem o direito de exigir a promoção, ou, ainda, se verificado abuso de direito na conduta omissiva da Administração. Também é manso e pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que normas legais impondo prazo ao administrador, para a prática de atos, cuja iniciativa se abriga no seu juízo de oportunidade e conveniência, padece do vício de inconstitucionalidade por impor uma restrição ou uma condição ao exercício da atividade de administração pública. *Hoje.*



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

considerando o princípio que, ao interpretar as normas, o intérprete deve harmonizá-las com as normas constitucionais, de modo a assegurar a sua eficácia escoimada de quaisquer vestígios do vício de inconstitucionalidade, deve-se compreender as disposições legais que contenham prazos ordinários ao administrador público como meras normas de programação para a atividade administrativa. Isto significa que, o administrador mantém a plenitude do juízo de conveniência e oportunidade na prática dos atos administrativos; no entanto, quando os editar deve atender a programação da norma legal. Portanto, não há de se entender as promoções vinculadas às datas.

Em realidade, os servidores públicos titulares de cargos organizados em carreira possuem interesse legítimo, que a lei lhes reconhece, à promoção. A lei confere-lhes, mesmo, uma particular proteção, que lhes permite impugnar, por via administrativa ou judicial, a validade de promoções feitas com infração dos preceitos legais aplicáveis, porque estas poderiam prejudicar o direito eventual dos servidores. Mas a atribuição de tal faculdade não equivale a reconhecer direito subjetivo à promoção, isto é, um direito pessoal, próprio de determinado servidor, oponível à Administração, para o efeito de exigir seu cumprimento, independentemente da verificação de outros requisitos ou da conveniência e oportunidade da Administração. (...)

E, como explica José Cretella Junior, tem o poder público a faculdade de alterar o regime jurídico das promoções, deixando de promover, dilatando até indefinidamente o provimento, alterando por lei os requisitos e os processos do provimento, depois de surgida a vaga e, finalmente, até suprimir o cargo de acesso, depois de vago. (Curso de Direito Administrativo, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1975. P. 562)



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

Desse modo, constitui flagrante equívoco considerar as promoções como obrigação legal da Administração, que se perpetua no tempo e que apenas se resolve com a concessão da promoção, em determinada data ou retroativamente. Na verdade, os atos de promoção se abrigam no juízo de conveniência e oportunidade do administrador, observadas as demais normas legais pertinentes, de sorte que a regra do artigo 32 da Lei 6.672/74 não tem a eficácia ordinatória de atos de promoção, devendo ser interpretada apenas e tão somente como norma de programação para a atividade administrativa.

E tal posição vem sendo reiterada nesta Casa.

Em 11 de outubro de 2005, assim a Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, com objetividade, ementou o seu Parecer 14365:

Promoção. Não há direito subjetivo à promoção, mas simples expectativa justificada e condicionada pelo interesse público.

Nada mais me cabe, pois, além de referendar a orientação desta Procuradoria-Geral que, para mim, tenho mesmo como a mais judiciosa e adequada.

II – Os membros do magistério que se encontrem aposentados não podem ser promovidos.

Essa questão está muito bem apanhada no Parecer 14739, de 25 de setembro de 2007, da Procuradora do Estado Roberta De Cesaro Kaemmerer, que assim discorre, sustentando seu posicionamento, inclusive, em jurisprudência que acosta a seu trabalho.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

Portanto, é incontroverso que o servidor já estava aposentado quando a promoção foi concedida. Assim, absolutamente nulo o ato promocional em relação a ele, uma vez que a aposentadoria, obviamente, é fato impeditivo de promoções, por acarretar a extinção do vínculo e a vacância do cargo até então ocupado.

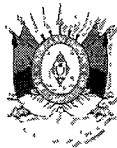
E, como deve ser de conhecimento básico, para que promoções ocorram é imprescindível que o servidor ocupe um cargo de nível hierarquicamente inferior para que possa ascender ao superior.

Essa linha se veio solidificando ao longo de diversas de nossas manifestações, das quais também posso destacar o Parecer 14888, da Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer, que recebeu o selo do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado em 17 de julho de 2008:

Entendo, todavia, que se a promoção envolve juízo de conveniência e oportunidade, estando ligada ao poder discricionário do chefe do Executivo que poderá ou não efetivá-las na data proposta pela norma, é nesse momento — na data em que programada a efetivação da promoção — que será exercido esse juízo de conveniência e oportunidade.

A mesma orientação veio reforçada no Parecer 15512, que firmei em 4 de novembro de 2011, chancelado pelo Conselho Superior desta Casa e na minha Informação 012-2012/PP, de 15 de fevereiro de 2012, da qual extraio:

Sabe-se que a promoção é forma de investidura derivada que somente ocorre com a publicação do ato de promoção, a partir de quando nasce o direito e o dever do servidor de exercer os ofícios de seu cargo e o direito e o dever da Administração de exigir e



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

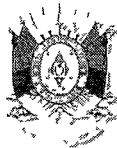
remunerar o exercício das funções a ele inerentes. Esta Casa tem posição formada acerca dessa matéria desde o Parecer 14888, de lavra da Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer, cujo texto foi referendado pelo Conselho Superior em 17 de julho de 2008, segundo o qual a promoção em data posterior àquela prevista na legislação não implica pagamento de parcelas anteriores, pois a tal ato não se deve atribuir efeito retroativo.

Tal posicionamento, pois, que é bem objetivo e claro, veda à Administração operar retroativamente atos de promoção e não deixa dúvida quanto ao cometimento de irregularidade caso efetivada: Verifica-se nos trechos grifados que a lei complementar preocupou-se em definir critérios temporais para apuração de comprometimento da receita, inclusive - e principalmente para o que aqui interessa - quanto ao limite prudencial que, uma vez atingido, impede o provimento de cargos públicos, sem excetuar a forma derivada, referente às promoções.

Essa, mais uma razão para afirmar a impossibilidade de promoções com data retroativa. Ademais, a exemplo do que ocorre com o exercício da discricionariedade, o momento de avaliação do comprometimento da receita é atual, não se admitindo ao mesmo administrador, ou a outro que o substitua, avaliação posterior diversa, expedindo ato retroativo à apuração de receita líquida pretérita, mesmo que a despesa seja postergada. Sob o império da legalidade, não se pode então conferir à promoção efeitos pecuniários retroativos.

Na linha, portanto, da jurisprudência administrativa assentada nesta Consultoria e não constituindo o caso sob exame, a meu sentir, como exceção, não vejo viabilidade ao pleito. Dada a desconformidade do ato com a orientação já assentada nesta Procuradoria-Geral, recomendo a revisão do ato de promoção, de forma a que se o adeque para afastar a retroatividade.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no final do texto, sobrepondo-se parcialmente à última linha.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

O mesmo raciocínio adotei na Informação 044-2012/PP, de 17 de maio de 2012:

As modalidades de progressão funcional, por natureza não detêm caráter retro-operante.

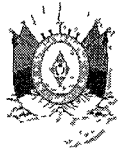
Se, como no caso, está sujeito o processo de avaliação pelo modo horizontal a um iter administrativo, correspondente a uma série de procedimentos instaurados e levados a efeito de forma encadeada até que se obtenha um resultado final, conclusivo e dependente desse levantamento, não posso tratar de retroatividade, pois, com efeito, o direito apenas nascerá depois de validamente publicado o resultado.

Assim, somente carregarão o direito à progressão a partir do momento em que oficialmente concluídos os levantamentos e as avaliações que conduzirão ou não ao resultado individual satisfatório.

Em resumo, não se concebe promoção de servidor inativo, pois não ascenderá a nenhum cargo, e o seu está vago pela jubilação, pois a aposentadoria traz como consequência a vacância do cargo público, nos termos do inciso IV do artigo 55 da Lei Complementar 10.098, de 3 de fevereiro de 1994. A ascensão ao posto superior, mediante provimento derivado, para ocorrer pressupõe a atividade do servidor a ela habilitado.

O raciocínio é simples. Somente estará habilitado a prover cargo superior na carreira aquele servidor que no momento da promoção se encontre em exercício, sob as suas diversas modalidades, ocupando o cargo a partir do qual galgará o que lhe é superior.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa horizontal final.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

Se, eventualmente, na lista de promoção se encontre servidor já inativado, prejudicada fica a ascensão quanto a esse, prosseguindo em relação aos demais. Admitir-se a promoção de servidor aposentado equivaleria a também aceitar-se a promoção de exonerado, ou de demitido, o que repugna a qualquer intérprete.

É no momento da promoção que se verifica o seu pressuposto básico, aquele que habilita o servidor a ascender ao cargo superior ao seu e onde exercerá a partir daí o conteúdo ocupacional a ele correspondente: a atividade, a disponibilidade jurídica de o servidor exercer as funções do cargo que está a galgar.

Desse raciocínio, convém dizer, não destoa o Judiciário gaúcho, que por sua Quarta Câmara, nos autos da Ação Rescisória 70037154218, julgada em 19 de dezembro de 2012, assim proclamou:

(...) A aposentadoria é causa de extinção do vínculo estatutário anteriormente mantido entre o servidor e o Estado, não havendo possibilidade de alcançar-lhe qualquer promoção retroativa a período em que já não mais integrava o quadro ativo de servidores. Ilustram este entendimento os seguintes precedentes:

Apelação Cível. Servidor público estadual. Professor. Promoção retroativa concedida posteriormente à inativação do servidor e em relação a período em que já se encontrava jubilado. Descabimento. O servidor público estadual não pode ser beneficiado por promoção concedida após a sua inativação, e em relação a período em que já se encontrava na inatividade, quando extinto o vínculo com a Administração. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70035464320, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/04/2010)



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

Apelação Cível. Estado do Rio Grande do Sul. Técnico do Tesouro do Estado inativo. Pretensão de ser incluído em promoção concedida posteriormente à sua aposentação. Impossibilidade. Servidor público, aposentado em março de 1998, que pretende ver reconhecido seu direito a ser incluído na lista dos promovidos em junho de 1998 (promoção publicada em agosto de 2001). A aposentadoria voluntária é causa de extinção do vínculo estatutário travado entre servidor e administração. Inviável reconhecer-se a quem não mais detém vínculo com a administração desde março de 1998 direito a ser promovido em junho de 1998. Segundo o art. 4º do Decreto Estadual 33.172/89, aplicável ao caso, as promoções dos Técnicos do Tesouro do Estado devem ser concedidas em junho e dezembro. Doutrina e jurisprudência. Sentença mantida. Apelação improvida. (Apelação Cível Nº 70029662269, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 03/09/2009).

III – As avaliações para as promoções por merecimento e a apuração da antiguidade devem ser contemporâneas ao processo e atender ao que prescrevem a lei e o regulamento em vigor.

Precedente desta Procuradoria-Geral, estampado no Parecer 14.509, de 26 de maio de 2006, da Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer, aplicável ao magistério, dita:

Critérios para aferição da antiguidade e do merecimento. A avaliação deve ser contemporânea à promoção.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

No texto, vão sendo fixados os critérios:

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 antiguidade) 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 antiguidade 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.

Tais considerações, já as reforcei no Parecer 15535 a que já fiz referência, onde também pontificavam as conclusões do Parecer 14888, também já referido:

Contudo, tendo-se presente que várias normas estabelecem cronograma de procedimentos prévios e necessários à efetivação das promoções, recomenda-se sua observância, em consideração à eficiência e à razoabilidade.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

Decorrido intervalo superior àquele programado pela lei e considerando que os servidores seguem preenchendo qualificativos de experiência e de conhecimento aperfeiçoado, a aferição da antiguidade na classe deverá compreender todo o período entre a última promoção do servidor e aquela que se pretende implementar, o mesmo se dizendo com relação ao mérito, de forma que serão consideradas todas as avaliações para promoção efetivadas desde a última promoção havida, conforme assentado no Parecer nº 14.509/06.

São essas, então, as ponderações que apresento para o fim de solver os quesitos formulados que tive para examinar.

É o Parecer.

Porto Alegre, 8 de fevereiro de 2013


**LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO,
PROCURADOR DO ESTADO.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 103302-19.00/12-6

**Acolho as conclusões do Parecer n.º 16.058/13 , da
Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do
Estado Doutor LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE
SAMPAIO.**

Em 17 de abril de 2013.

Assinatura manuscrita de Bruno de Castro Winkler, com traços fluidos e uma inicial proeminente.

**Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.**

De acordo.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Educação.

Em 17 de abril de 2013

Assinatura manuscrita de Carlos Henrique Kaipper, com traços mais contidos e uma inicial proeminente.

**Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.**