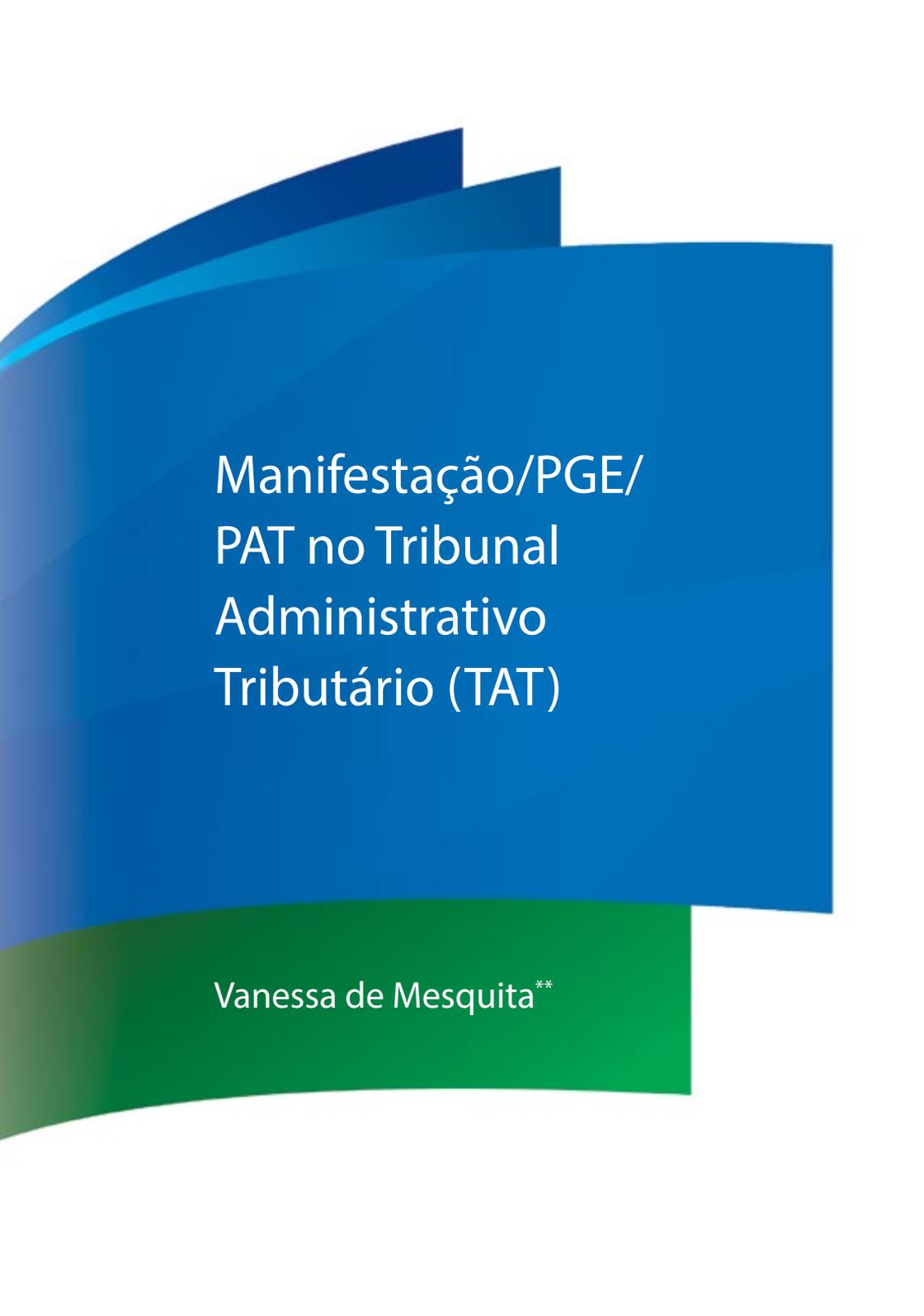


Pareceres e Manifestações

The background features several overlapping, curved shapes in shades of blue and green. A large blue shape dominates the upper and middle portions, while a green shape is positioned at the bottom. The text is centered within these shapes.

Manifestação/PGE/
PAT no Tribunal
Administrativo
Tributário (TAT)

Vanessa de Mesquita**

MANIFESTAÇÃO/PGE/PAT/TAT/ Nº XXXXX

AUTOS Nº XXXXX

ALIM Nº xxxxx

RECURSO ESPECIAL Nº XXXXX

RECORRENTE: XXX

Tribunal Administrativo Tributário

Obedecendo ao artigo 86, da Lei Estadual nº 2.315/2001, os autos deste processo foram encaminhados ao representante da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul para análise e manifestação.

1. Relatório

No auto de lançamento e imposição de multa, acusou-se a autuada de ter realizado operações relativas à circulação de mercadorias no período de 21 de agosto de 2006 a 31 de dezembro de 2008, registradas no equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), que confrontada com as informações do SINTEGRA, identificou-se ICMS devido e não recolhido¹. Essa conduta fora qualificada como transgressora aos regramentos contidos nos artigos 61, caput; 83 e 90, II, da Lei nº 1810/1997².

** Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2007; Pós Graduação em Direito do Estado e das Relações Sociais - fevereiro a dezembro de 2003, parceria ESMAGIS/UCDB; Pós Graduação em Direito Constitucional - 2013, parceria Praetorium/Universidade Anhanguera.

¹ O ICMS devido importava no valor original de R\$132.551,25 (cento e trinta e dois mil, quinhentos e cinquenta e um reais e vinte e cinco centavos).

² Art. 61. O sujeito passivo deve realizar a atividade tendente ao lançamento do ICMS, compreendendo a emissão de documentos fiscais e o registro nos livros fiscais apropriados, permitido o uso de meio magnético, bem como outros procedimentos previstos na legislação, relativamente às operações realizadas ou aos serviços prestados. Art. 83. O ICMS deve ser pago na forma e no prazo do Regulamento.

§1º É admitida a distinção de prazos em face de categorias, grupos ou setores de atividades econômicas.

§2º O disposto neste artigo aplica-se, também, quanto ao ICMS cuja apuração decorra da atividade a que se referem os arts. 61 e 62, realizada pelo sujeito passivo.

Art. 90. Os contribuintes devem, relativamente a cada um de seus estabelecimentos:

II - manter escrita fiscal destinada ao registro das operações efetuadas, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS.

Foi aplicada à autuada a penalidade de multa de 150%³, nos termos do artigo 117, I, “t”, da Lei Estadual nº 1.810/1997.

Em sede de impugnação, a autuada alegou que o agente autuante *“juntou demonstrativo analítico das leituras das memórias fiscais dos ECF’s, confrontados com demonstrativo analítico do registro 60 (ECF) apresentado através do sintegra”*, sendo que esse demonstrativo *“faz menção a processos de cessação de uso”*, mas não fora juntada aos autos a documentação que deu origem à transcrição da leitura da memória fiscal (f. 11). Sustentou que todos os elementos que compõem o lançamento são indissociáveis deste e o contribuinte deve receber uma cópia integral dos mesmos, sob pena de ficar impossibilitado de confrontar os dados apresentados e, por conseguinte, exercer a ampla defesa. Relatou que *“a constituição de crédito tributário, baseado tão somente em informações eletrônicas, (...) não poderia ser aceito, pois são vários os equipamentos eletrônicos – ECF’s – que possuem qualidade duvidosa”* e, *“ante a possibilidade de falha dos equipamentos eletrônicos”, “as provas documentais seriam indispensáveis”* (f. 13). Asseverou ter sido cerceado o seu direito de defesa uma vez que o ALIM nº xxxxx *“teve sua fundamentação baseada em dados eletrônicos, coletados pelo Fisco Estadual”*, sem que o agente autuante tenha acosto qualquer documento comprovando ou permitindo confrontar os valores levantados. Citou o acórdão nº 78/79. Ao final, requereu a nulidade do ALIM por não conter em seu campo a materialidade da infração.

Em resposta à insurgência apresentada pela empresa autuada, o Fiscal de Rendas afirmou que:

- a) os processos de cessação de uso não foram juntados aos autos, mas em nada podem mudar os fatos, já que tais processos nasceram da iniciativa da impugnante ao requerer à Administração Tributária o encerramento da utilização de equipamentos ECF;

³ A multa de cento e cinquenta por cento resultou no valor de R\$ 198.826,88 (cento e noventa e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e oito centavos).

- b) as “leituras das memórias fiscais” integram um conjunto probatório que já estão no patrimônio da impugnante, enfatizando que esses documentos são impressos e integram a “fita detalhe” dos equipamentos ECF, tendo a impugnante o dever de conservação daquelas leituras relativas a cada período de apuração, hipótese em que bastaria recorrer-se àquelas para questionar os lançamentos do trabalho fiscal;
- c) admitindo que a impugnante não possua a guarda dos documentos obrigatórios, a verificação poderia ser efetuada a partir dos originais constantes dos “processos de cessação de uso”, mediante requerimento de cópia das supracitadas leituras junto à SEFAZ;
- d) à impugnante foram disponibilizados os relatórios⁴ em mídia magnética (CD), com todos os lançamentos efetuados no levantamento fiscal, havendo, inclusive, prova do recebimento desse documento (fl. 08);
- e) quanto às informações do SINTEGRA, considerou que são informações prestadas pelo próprio contribuinte validadas por um sistema eletrônico de controle, constituindo em documentos públicos com força probante, nos termos dos artigos 364 e 365, do CPC.

Ao final requereu a manutenção integral da exigência tributária.

Em decisão de primeira instância, a autoridade julgadora julgou procedente o lançamento, sustentando que a impugnante deveria observar, além da obrigação prevista no artigo 6º, III do Subanexo VII ao Anexo XVIII⁵,

⁴ Relatório Analítico das Operações com ECF (Leitura da Memória Fiscal/Redução “Z”) e Relatório Analítico dos Registros de Operações com ECF no SINTEGRA (Registro 60).

⁵ Art. 6º A partir da emissão do Atestado de Intervenção Técnica em ECF por meio da internet, o Pedido de Cessação de uso de ECF deve ser apresentado, através de uma via impressa do Atestado de Intervenção Técnica em ECF, cujo motivo da intervenção seja Pedido de Cessação de Uso, devidamente assinado por técnico habilitado.

III - leitura completa da memória fiscal (LMF) em papel;

a exigência constante no artigo 58, §2º, do mesmo subanexo⁶. Enfatizou que, considerando que a autuada poderia confrontar os dados apresentados pelos autuantes com os demonstrativos sintéticos e analíticos com os valores registrados nas Leituras de Memória Fiscal, emitidas ao final de cada período de apuração, apontando eventuais divergências, não restou configurado o cerceamento de defesa. Com relação à tese de que os emissores de cupom fiscal possuíam qualidade duvidosa, o julgador repeliu-a sob a fundamentação de que *“tais equipamentos tiveram seu uso autorizado pelo fisco e a impugnante não apresentou qualquer elemento material que demonstrasse a inconsistência dos dados registrados nestes equipamentos”* (f. 27).

No recurso voluntário, a recorrente reitera as alegações da impugnação, juntando o voto do relator XXXX proferido no processo nº xxxxxx⁷, para corroborar sua alegação de que a exigência fiscal apenas em seus demonstrativos, sem a juntada dos documentos que o embasaram, demonstra sua fragilidade, pois, alegar sem prova é o mesmo que não alegar.

Por essa razão, requereu a anulação da decisão de primeira instância e a integral improcedência do ALIM xxxxxx.

Os autos foram baixados em diligência para que o fiscal autuante juntasse aos autos os Relatórios (i) Analítico das Operações com ECF (Leitura da Memória Fiscal/Redução “Z”) e (ii) Analítico dos Registros de Operações com ECF no SINTEGRA, em forma de papel impresso.

Em ato contínuo, o fiscal autuante reiterou os argumentos constantes na contestação no sentido de que:

- a) o processo de cessação de uso teve origem em solicitação firmada pela empresa-autuada, o qual fora instruído com os cupons de

⁶ Art. 58. A Leitura da Memória Fiscal, de implementação obrigatória, deverá conter:

§ 2º A Leitura da Memória Fiscal deve ser emitida ao final de cada período de apuração, relativamente às operações neste efetuadas, e mantida à disposição do Fisco pelo prazo de cinco anos, anexada ao Mapa Resumo ECF do dia respectivo, juntamente com o Cupom de Redução “Z”.

⁷ Que segundo a autuada seria idêntico ao do caso telado.

leitura dos totalizados (Leitura X/Leitura Z) e da Leitura de Memória Fiscal;

- b) os cupons de leitura dos totalizadores e a Leitura da Memória Fiscal estão sob a guarda da autuada;
- c) tratando-se de documentos que, por legislação, deve ser mantido na posse do sujeito passivo, a sua não apresentação pelo Fisco, no processo administrativo tributário, não caracteriza cerceamento de defesa, havendo vários julgados nesse sentido no TAT.

O Tribunal Administrativo Tributário conheceu e não deu provimento ao recurso voluntário, ficando com a seguinte ementa:

(...)

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO ECF – LEITURA DA MEMÓRIA FISCAL – DIVERGÊNCIA COM SINTEGRA – ESCRITURAÇÃO A MENOR - DESAPARECIMENTO DOS AUTOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REFERENTE A PEDIDO DE CESSAÇÃO DE USO DO ECF – EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES EM PODER DO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DO ALIM – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO CARACTERIZAÇÃO. ACUSAÇÃO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E DE APRESENTAÇÃO DE PROVAS – PROCEDÊNCIA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O desaparecimento dos autos do procedimento administrativo que tem por objeto a apreciação de pedido de cessação de uso de ECF, no qual constava leitura da memória fiscal do equipamento, realizada por empresa interventora, não implica cerceamento da defesa uma vez que o contribuinte deve deter em seu poder o equipamento com a respectiva memória, as fitas detalhe, reduções Z, Mapas Resumo de ECF e as leituras mensais da memória fiscal que serviram de base à escrituração dos livros fiscais, que constituem conjunto probatório completo e suficiente a demonstrar eventual inconsistência do levantamento fiscal.

A demonstração da ocorrência do fato gerador do imposto e do cometimento da infração, materializada no relatório do levantamento fiscal, por explicitar o motivo, respectivamente, do

lançamento e da imposição da penalidade, constitui fundamento suficiente para a lavratura do ALIM.

A acusação de escrituração à menor de saídas tributadas, apurada através da confrontação dos arquivos do Sintegra do contribuinte com a leitura da memória fiscal e demonstrada no relatório do levantamento fiscal, deve ser reputada procedente se o contribuinte não apresenta prova contrária à pretensão do Fisco e sequer apresenta impugnação específica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso Voluntário nº XXXXX, acordam os membros do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul, de acordo com a Ata e o Termo de Julgamento, à unanimidade de votos, contrariando em parte o parecer, pelo conhecimento e desprovemento do recurso voluntário, para manter inalterada a decisão singular.

Campo Grande-MS, 26 de fevereiro de 2013.

Cons. Lygia Maria Ferreira de Brito – Presidente

Cons. Daniel Castro Gomes da Costa - Relator

Tomaram parte no julgamento, na sessão de 21.02.2013, os Conselheiros Ana Lucia Hargreaves Calabria, Célia Kikumi Hirokawa Higa (Suplente), Josafá José Ferreira do Carmo, Flávio Nogueira Cavalcanti, Gérson Mardine Fraulob e Marilda Rodrigues dos Santos. Presente a representante da PGE, Dra. Vanessa de Mesquita.

Diante desse entendimento, o contribuinte interpôs recurso especial, no qual pugnou pela improcedência do ALIM nº xxxxx, apresentando como paradigmas os acórdãos, onde ficou reconhecida a nulidade da decisão por cerceamento de defesa ante o fato de o sujeito passivo não ter obtido acesso aos documentos nos quais se sustenta a acusação fiscal.

Em sede de juízo de admissibilidade, a Presidente do TAT admitiu o recurso, nos termos do artigo 96, da Lei nº 2.315/2001.

É o relato do necessário.

Passo à fundamentação



2. Fundamentação

2.1. Dos requisitos extrínsecos e intrínsecos

Análise, preliminarmente, se estão ou não presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso.

Quanto à tempestividade, a empresa fora intimada no dia 12 de abril de 2013 (f. 107), tendo o recurso sido protocolado em 22 de abril de 2013, portanto, tempestivo o presente recurso.

Como é cediço, o recurso se consubstancia em medida destinada a provocar o reexame ou integração de decisão.

Contudo, há de se observar que, para que a instância julgadora ad quem possa proferir o julgamento do mérito do recurso, faz-se mister que estejam presentes determinados requisitos. O juízo de admissibilidade do recurso antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito, sendo formado de questões prévias, cuja ausência de um desses requisitos faz com que o recurso não seja conhecido.

Esses pressupostos de admissibilidade podem ser classificados em pressupostos intrínsecos, concernentes à própria existência do poder de recorrer (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer), e pressupostos extrínsecos, relativos ao modo de exercer o poder de recorrer, fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

Dentre os pressupostos extrínsecos encontra-se a regularidade formal, visto que a Lei Estadual nº 2.315/2001, no tocante ao recurso especial, em seu artigo 94, § 2º, exige do recorrente a juntada das cópias ou transcrição,

integral e literalmente, dos enunciados das decisões divergentes e da diretriz de súmula administrativa que tenham sido violadas.

No caso em apreço, o recorrente não procedeu nos termos ditado pela legislação local, uma vez ter transcrito somente a ementa do julgado, sem trazer na íntegra ou transcrever o voto vencedor quando do julgamento dos recursos voluntários, para fins de demonstração de que a matéria de fato e de direito em ambos os julgados (o recorrido e o paradigma) são idênticas e o TAT/MS acabou por decidir de forma diversa.

Dessa forma, não tendo observado o procedimento a ser seguido, o não conhecimento do recurso é medida que se impõe.

2.2. Do mérito

No tocante ao pedido de aplicação do antigo entendimento ao presente caso, padece de amparo.

Conforme se depreende dos mais recentes julgados do E. Tribunal Administrativo, o fato de o processo de pedido de cessação de ECF relacionado ao presente ALIM ter desaparecido, isso não implica em dificuldade para a defesa, até porque o referido processo faz parte da autuação, uma vez estar em sua posse todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal (quais sejam, (i) cópia do CD elaborado pelas autoridades fiscais, onde consta a leitura da memória fiscal; (ii) equipamento ECF contendo a memória fiscal; (iii) as fitas detalhe (bobinas que registram analiticamente impressas todas as operações praticadas); (iv) as reduções Z impressas; (v) os Mapas Resumo de ECF; (vi) os cupons de leitura mensal das Memórias Fiscais de cada ECF; (vii) os livros fiscais (Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS); e (viii) o arquivo do SINTEGRA que entregou ao Fisco).

Destacou-se ser dever do contribuinte a guarda, para exibição ao Fisco, de todos os livros e documentos fiscais pelo prazo decadencial para o

lançamento, salvo quando diante de litígio, como o caso em apreço, em que deverá conservar pelo tempo em que perdurar a impugnação do ALIM, nos termos do artigo 90, § 3º, da Lei nº 1.810/1997.

Dessa forma, concluiu-se que, estando em poder do autuado todos os elementos de prova (sobretudo as fitas detalhe de ECF/dados da memória MFD, reduções Z e leituras mensais das Memórias Fiscais, fontes de todos os demais documentos – Mapas Resumo, livros fiscais e SINTEGRA), não haveria que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Ora, o fato de esse Tribunal Administrativo já ter se posicionado no sentido contrário do constante no presente feito, não obsta que o órgão julgador, diante até mesmo da alteração de sua composição, uma vez que, conforme se extrai dos acórdãos apresentados como paradigmas, o Conselheiro Daniel Castro Gomes da Costa não participou do julgamento daqueles, analisando as circunstâncias fáticas devidamente delineadas nos autos e com fundamento no ordenamento jurídico pátrio acabe por se pronunciar no sentido de inexistência de cerceamento de defesa.

Em análise ao tema, o prestigiado doutrinador e agora Ministro da Corte Suprema Luís Roberto Barroso considera que as inovações das jurisprudências dos tribunais pátrios são válidas, conforme expressado a seguir:

A doutrina do stare decisis remonta à tradição da common law, e tem sua origem no direito inglês. Dela decorre que juízes e tribunais devem seguir a regra de direito fixada em decisões judiciais anteriores, sempre que a mesma questão venha a surgir em novas demandas. No geral, a stare decisis equivale ao precedente vinculante (binding precedent): um juiz ou tribunal inferior deve seguir a regra de direito estabelecida, em relação a determinada matéria, pelo tribunal superior.

No Reino Unido, por muitos séculos, sustentou-se que a doutrina do stare decisis obrigava o próprio tribunal que proferira a decisão, qualquer que fosse o seu nível. Vale dizer: até mesmo a mais alta

corde (a House of Lords) estaria sujeita ao precedente que firmara, não podendo apartar-se dele, ainda que o considerasse inadequado para a nova situação. Este quadro foi alterado, todavia, pelo Practice Statement, de 1966. A partir de então, passou-se a admitir, embora com grande reserva e em situações muito limitadas, a reforma do precedente (overruling). Também nos Estados Unidos, a vinculação aos precedentes é um princípio geral, que pode ser afastado excepcionalmente, em razão da mudança das condições históricas ou da própria percepção do direito a ser extraído de determinada norma.

As duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido, nos últimos anos, uma rota progressiva de aproximação. De fato, nos países do common law – onde o direito tem origem predominantemente costumeira e se baseia sobretudo nos precedentes judiciais – tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do direito legislado. Tanto o Reino Unido quanto os Estados Unidos são exemplos do que se afirma. De outra parte, nos países de tradição romano-germânica – nos quais a legislação é a principal fonte de direito – os precedentes têm merecido crescente destaque. É o que tem se passado na Europa continental e também entre nós.

No Brasil dos últimos anos, o papel da jurisprudência teve tal expansão que alguns autores passaram a incluí-la no rol das fontes formais do direito.⁸

Ressalta, ainda, que “a ascensão doutrinária e normativa do precedente não o torna imutável”.

Portanto, transpondo-se o supracitado ensinamento aos julgados proferidos por esse Tribunal Administrativo Tributário, tem-se ser perfeitamente possível a Instância Julgadora Superior rever suas decisões, adequando-se, mediante o processo de hermenêutica jurídica, aos ditames legais.

⁸ http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf - fls. 13-16.

Dessa forma, não há como acolher a pretensão da parte-autora no sentido de determinar que esse Tribunal Administrativo acolha um pronunciamento firmado em 02 (dois) julgados proferidos no ano de 2010, uma vez inexistir sequer o efeito vinculante das autoridades julgadoras às decisões colegiadas, sendo, por essa razão, perfeitamente possível a revisão de seus pronunciamentos.

Ora, as circunstâncias momentâneas podem e devem ser melhoradas, o que significa fazer frente a uma interminável tarefa de adaptação às mudanças sociais e políticas mediante novas decisões.

Dessa forma, em tendo havido alteração da composição desse TAT, somado ao fato de que o raciocínio desenvolvido no Acórdão recorrido partiu da premissa de que, (1) dispondo o contribuinte de amplos meios de prova em seu poder para demonstrar eventual improcedência da acusação fiscal, estando, portanto, apto a demonstrar de forma completa e dia-a-dia o seu movimento operacional e, por conseguinte, confrontar a leitura das Memórias Fiscais que fez mensalmente com aquelas feitas pela Interventora e entregues ao Fisco, e (2) sendo dever do contribuinte a guarda desses documentos até a data da solução definitiva do litígio, sempre que tenham servido de base para a exigência fiscal impugnada, premissas essas não levada em consideração pelo Conselheiro Relator (e, por conseguinte, não apresentadas aos demais membros do TAT) quando do julgamento dos Recursos Voluntários nº 154/2009 (ALIM nº 14972-E) e 155/2009 (ALIM nº 14973-E), não merece acolhimento o presente recurso especial, sob pena de tornar esse TAT um mero seguidor dos pronunciamentos firmados anteriormente, inclusive após alteração de sua composição, violando-se, ainda, um dos primados vetores do processo civil, aplicável nos processos administrativos, qual seja, o de persuasão racional do julgador.

Repita-se: o precedente não se torna imutável, até porque, quando diante de um litígio administrativo, utilizando-se do escólio de Paulo de

Barros Carvalho⁹, o ato de julgar é a enunciação, ou seja, atividade humana de produção de enunciados, de criação de disposições do sistema jurídico e, portanto, fonte de direito para produção de normas.

Ora, no processo administrativo tributário, o ato de julgar é a enunciação, cuidando-se de construção intelectual e lógica que o julgador empreende para (i) compreender os fatos, (ii) identificar o direito objeto do litígio, (iii) solucionar as controvérsias, (iv) subsumir esses fatos à norma e (v) julgar. Por outro lado, a decisão ou o acórdão, conforme seja proferidos pela autoridade singular ou por esse Tribunal, são enunciados¹⁰.

Obstar a modificação de entendimento, ainda mais quando demonstradas alterações no cenário fático (seja em razão da alteração da composição dessa Corte Julgadora Administrativa, seja em razão das premissas fáticas e de direito adotadas pelo Conselheiro Relator do presente feito e que não foram levados em consideração e, em especial, discussão quando do julgamento dos Recursos Voluntários nº 154/2009 e 155/2009) é engessar a função jurisdicional de que se encontram investidos os membros desse TAT, tornando-os mero aplicadores dos pronunciamentos isolados. Isso porque não se está diante de um comportamento reiterado do Poder Público, já que somente houve 02 julgamentos no sentido defendido pela parte-autora, ao passo que nos últimos julgados, todos afastaram a tese de cerceamento de defesa sob a fundamentação de que:

⁹ *Por fontes do direito havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por essas entidades, tendo vista a criação de normas. O significado da expressão fontes do direito implica refletirmos sobre a circunstância de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que seja introduzida por outra norma, que chamaremos, daqui avante, de “veículo introdutor de normas”. Isso já nos autoriza a falar em “normas introduzidas” e “normas introdutoras” ou, em outras palavras, afirmar que “as normas vêm sempre aos pares”. (Direito Tributário, Linguagem e Método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 392-393).*

¹⁰ Aqui cabe destacar que o relatório e a fundamentação do decism correspondem à enunciação-enunciada, na medida em que apresentam a construção lógica necessária a explicar o resultado alcançado para a solução da lide, ao passo que o dispositivo pode ser apresentado como enunciado-enunciado, por conter uma determinação dirigidas às partes.

o desaparecimento dos autos do procedimento administrativo que tem por objeto a apreciação de pedido de cessação de uso de ECF, no qual constava leitura da memória fiscal do equipamento, realizada por empresa interventora, não implica cerceamento da defesa uma vez que o contribuinte deve deter em seu poder o equipamento com a respectiva memória, as fitas detalhe, reduções Z, Mapas Resumo de ECF e as leituras mensais da memória fiscal que serviram de base à escrituração dos livros fiscais, que constituem conjunto probatório completo e suficiente a demonstrar eventual inconsistência do levantamento fiscal.

Aqui, para uma melhor compreensão do que se está defendendo, merece transcrição o raciocínio desenvolvido por Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito, segundo o qual, inexistente um método para definir ou avaliar as interpretações sobre uma norma a não ser a própria validade. Assim, em sendo uma interpretação considerada como válida, pode a mesma ser aplicada, sendo discricionário o ato de escolher qual das múltiplas interpretações, uma vez que caber à consciência do aplicador do direito a referida escolha. Assim:

(...) para Hans Kelsen há duas espécies de interpretação: a autêntica, realizada por órgão competente para aplicar a norma jurídica (como adiantamos acima, é a interpretação que o Legislador faz da Constituição ao produzir as leis, a que o Executivo promove ao baixar decretos regulamentares, a que o Judiciário realiza ao decidir), e não-autêntica, realizada pela ciência do direito e outros sujeitos da sociedade, como eu estabelecem, entre si, um contrato de locação, por exemplo.

(...) a norma jurídica, para a teoria pura do direito, é compreendida, no que se refere à sua interpretação, como uma moldura na qual são possíveis diversos significados. A interpretação não-autêntica, meramente cognoscitiva, estabelece, em princípio, os limites da moldura, mas é na aplicação da norma, na chamada interpretação autêntica, que ao conhecimento é acrescido, no momento da escolha de um desses significados possíveis, um ato de vontade da autoridade competente. Não há, pois, uma única interpretação, mas tantas quantas se encontram circundadas pela moldura. Como bem

percebe Fábio Ulhoa Coelho ao comentar a teoria pura do direito, pouco importa qual o método exegético (fatores históricos, lógica, etc.) utilizado pelo intérprete autêntico, pois “todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor, para a ciência jurídica”.¹¹

No caso em apreço, adotando-se o ensinamento de Hans Kelsen, tem-se que a autoridade competente observou as decisões possíveis dentro da moldura, de acordo com as formulações meramente descritivas do cientista do direito, uma vez que (1) inexistente qualquer norma legal determinando a vinculação dos julgadores aos pronunciamentos firmados anteriormente pelo TAT; (2) dos regramentos constantes no artigo 195, do CTN, e no artigo 90, § 3º, III, da Lei Estadual nº 1.810/1997, extrai-se a regra de que o contribuinte deve manter a guarda e Livros Obrigatórios e dos documentos que lastreiam os respectivos lançamentos, até a solução definitiva do litígio administrativo; (3) todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal estão em posse do contribuinte.

Assim, analisando a questão apresentada pelo recorrente de cerceamento de defesa, o julgador levou em consideração todo o ordenamento jurídico para fins de afastar a declaração de cerceamento de defesa, em especial o fato de que (i) as provas necessárias para a desconstituição do ALIM estão em posse do sujeito passivo, (ii) enquanto em discussão na esfera administrativa (inclusive na esfera judicial, já que deverá demonstrar a inexistência de realização de operações relativas à circulação de mercadoria sem o devido recolhimento do ICMS, ou seja, de que sobre as operações registradas no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal sofrera aplica a regra-matriz de incidência tributária do ICMS).

¹¹ PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 19.

Dessa forma, tem-se que a norma jurídica criada pelo julgador, quando da aplicação dos enunciados prescritivos constantes no ordenamento jurídico, observou o prisma formal de atribuição de competências, editando-se uma norma com fundamento em diversas normas (que preveem o dever de guarda dos documentos fiscais por parte do sujeito passivo, que informam achar-se em poder do sujeito passivo da relação jurídico-tributária todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal).

Se não bastasse isso, faz-se mister observar que somente a edição de súmula administrativa torna obrigatória a adoção de seu entendimento pelos agentes do Fisco e pelas autoridades julgadoras e revisoras, conforme se extrai do artigo 101, da Lei nº 2.315/2001, devendo-se estar atento que até mesmo o enunciado sumular dessa Corte Julgadora está sujeito à revisão:

Art. 101. A edição de súmula administrativa pode ser provocada por qualquer membro integrante do órgão colegiado competente para editá-la e deve ocorrer:

I - em sessão especial;

II - obedecido o quórum fixado no regimento interno;

III - após a aprovação por dois terços de seus membros.

§ 1º Têm legitimidade para participar de sessão especial, com direito a manifestação escrita e sustentação oral durante toda a fase de discussão da matéria, os representantes:

I - da Procuradoria-Geral do Estado;

II - da Administração Tributária, expressamente designado para tal fim.

§ 2º Observada a regra do parágrafo seguinte, as súmulas podem ser revistas de ofício, a qualquer tempo, obedecidas as normas regimentais.

§ 3º A cada período de três anos (art. 27, VII) deve ser promovida de ofício a revisão e consolidação das súmulas editadas.

Assim, não se pode esquecer que o presente feito fora julgado em data posterior, ou seja, enquanto os paradigmas tiram os acórdãos publicados no Diário Oficial nº 7.809, de 18 de outubro de 2010, p. 03; o presente pronunciamento fora publicado no Diário Oficial nº 8.389, de 11 de março de 2013, p. 06/07.

Portanto, constata-se ter havido uma alteração de entendimento pela Corte Colegiada, sendo que o atual não se coaduna com o esposado no presente recurso especial, razão pela qual há de ser negado provimento, mantendo-se inalterado o Acórdão recorrido.

Dessa forma, como bem destacado no voto condutor, bastaria a recorrente se valer de documentos de emissão obrigatória e dos quais tem o dever de guardar para fins de realização de confrontação com as informações prestadas pelo Fisco Estadual e demonstrar que todas as informações do SINTEGRA referentes ao período de 22/08/2006 a 31/12/2008 foram devidamente registradas no Livro de Registro de Saídas.

Por outro lado, em sendo parte integrante do ALIM o Demonstrativo Analítico das Leituras das Memórias Fiscais – além do Demonstrativo referente às Informações do SINTEGRA –, onde estão enumerados todos os elementos passíveis de identificação da operação realizada (disponibilizado por meio de CD à empresa), cabia a essa última contraditar esse demonstrativo confeccionado pelo fisco com o documento que integra o seu acervo (sobre o qual tem o dever de manter em guarda e conservação até o decurso do prazo decadencial ou até a solução da controvérsia administrativa instaurada, conforme determina o artigo 90, § 3º, III, da Lei Estadual nº 1.810/1997¹²).

Ou seja, era perfeitamente possível, por parte da recorrente, a indicação precisa de eventual erro e/ou incorreção no demonstrativo confeccionado pelo serventuário da carreira da Secretaria de Fazenda com os dados constantes no documento que se encontra sua posse.

Assim, para fins de assegurar a ampla defesa, não se faz necessária a juntada dos processos de cessação de uso onde estariam as leituras das mencionadas

¹² Art. 90. (...)

§ 3º Os documentos e livros das escritas fiscal e comercial são de exibição obrigatória ao Fisco e devem ser conservados:

(...)

III - até a data da solução definitiva do litígio, sempre que os documentos e/ou livros tenham servido de base para a exigência fiscal impugnada.

memórias fiscais, sequer o desaparecimento daquele importa em cerceamento de defesa, uma vez deter o sujeito passivo, ora recorrente, em seu poder, o equipamento com a respectiva memória, as fitas detalhe, reduções Z, Mapas Resumo de ECF e as leituras mensais da memória fiscal que serviram de base à escrituração dos livros fiscais, que constituem conjunto probatório completo e suficiente a demonstrar eventual inconsistência do levantamento fiscal.

Como já enfatizado no parecer anteriormente confeccionado:

Os demonstrativos, confeccionados a partir das informações prestadas pelo sujeito passivo por meio do EFC e do Sintegra, foram elaborados com indicação de todas as informações relevantes e imprescindíveis para que o contribuinte pudesse exercer na sua plenitude, confrontando os supracitados demonstrativos com aqueles que se encontram em seu poder.

Resta, portanto, a certeza de que não houve cerceamento de defesa, uma vez que os dados constantes da leitura completa da Memória Fiscal que instruiu o pedido de cessação de uso do ECF são os mesmos constantes das Leituras das Memórias Fiscais emitidas pela atuada e que devem ser mantidos pelo prazo decadencial, sendo que, no caso em apreço, está obrigada a conservá-las, no caso específico das operações a que se refere o ALIM xxxxx, até a data da solução definitiva do litígio que se instaurou em razão de sua impugnação ao referido lançamento.

Nesse mesmo sentido, é o voto condutor do acórdão recorrido:

Não obstante o processo de pedido de cessação de ECF relacionado ao presente ALIM ter desaparecido, tal não implica qualquer dificuldade para a defesa e nem mesmo o referido processo faz parte da autuação. Apenas referenciam os atuantes que o trabalho fiscal iniciou-se de leitura feita quando do exame do pedido de cessação, referência esta, que tem o único propósito de esclarecer a fonte das informações, isto é, que a leitura foi feita pela interventora que emitiu o Atestado de Intervenção Técnica em ECF (AI) no pedido de cessação.

(...)

O único elemento de prova existente no procedimento de pedido de cessação que importa para o deslinde do presente caso é a

leitura da memória fiscal. Porém, as informações com esta leitura foram juntadas aos autos como anexo ao ALIM, em mídia óptica Compact Disk (CD). O arquivo tem a sua autenticidade e integridade comprovadas por código de autenticação gerado através do algoritmo MD5, de uso público e corrente para este fim.

Todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal estão em posse do contribuinte: além de ter recebido cópia do mencionado CD elaborado pelas autoridades fiscais, ele está de posse a) do equipamento ECF contendo a memória fiscal; b) das fitas detalhe (bobinas que registram analiticamente impressas todas as operações praticadas)¹³; c) das reduções Z impressas; d) dos Mapas Resumo de ECF; e) dos cupons de leitura mensal das Memórias Fiscais de cada ECF; f) dos livros fiscais (Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS); e g) do arquivo do Sintegra que entregou ao Fisco.

Isso, porque o contribuinte tem o dever de guardar, para exibição ao Fisco, todos os livros e documentos fiscais pelo prazo decadencial para o lançamento ou, havendo litígio, como é o caso da impugnação de ALIM, enquanto este perdurar, consoante o art. 90, § 3º, da Lei 1.810/1997 (...).

Não há nenhum elemento de prova que pudesse estar nos processos desaparecidos que não esteja em poder do Recorrente. Sobretudo as fitas detalhe de ECF/dados da memória MFD, reduções Z e leituras mensais das Memórias Fiscais, que são a fonte de todos os demais documentos (Mapas Resumo, livros fiscais e Sintegra).

Assim, não há o que se falar em cerceamento do direito de defesa, uma vez que o contribuinte dispõe de amplos meios de prova a seu dispor para demonstrar eventual improcedência da acusação fiscal, estando apto a demonstrar de forma completa e dia a dia o seu movimento operacional e tendo como confrontar a leitura das Memórias Fiscais que fez mensalmente com aquelas feitas pela Interventora e entregues ao Fisco.

Não se pode esquecer que, ao contrário do defendido pela parte-recorrente, esse TAT já se pronunciou no sentido de que não há cerceamento

¹³ No caso de tratar-se de equipamento com MFD, não há a bobina impressa, mas o contribuinte conta com os dados gravados na memória MFD, que lhe correspondem.

de defesa a não juntada de documento que se encontra sob a posse/guarda do contribuinte, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 285/2008 – PROCESSO Nº 11/029015/2007 (ALIM nº 0012539-E/2007) – RECURSO: Voluntário nº 76/2008 – RECORRENTE: L M Vidros e Cristais Temperados Ltda. – CCE Nº 28.259.756-5 – Campo Grande-MS – RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual – AUTUANTE: Sérgio Eduardo de Oliveira – JULGADOR SINGULAR: Fernando Luis Valejo – DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA: Procedente – RELATOR: Cons. Valério Nobre de Carvalho.

EMENTA: ICMS – PEDIDO DE DILIGÊNCIA – DOCUMENTOS NA POSSE DO REQUERENTE – EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO-CARACTERIZAÇÃO. VIDRO – OPERAÇÃO DE SAÍDA – FIXAÇÃO E APLICAÇÃO DE VALOR MÍNIMO DE REFERÊNCIA FISCAL PARA DETERMINAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO – LEGITIMIDADE. MATÉRIA TRIBUTÁVEL – DESCRIÇÃO CIRCUNSCRITA ÀS PRÓPRIAS OPERAÇÕES DO SUJEITO PASSIVO – EXIGÊNCIA FISCAL ABRANGENDO OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – EXCLUSÃO – LEGITIMIDADE. BENEFÍCIOS DA LEI Nº 3.045/2005 – INAPLICABILIDADE. MULTA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO – MATÉRIA NÃO EXAMINÁVEL. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O indeferimento do pedido de juntada de documentos que se encontram na posse do próprio sujeito passivo, justificado nesse fato e na existência, nos autos, de elementos probatórios suficientes para a decisão, não configura cerceamento de defesa. (...)

ACÓRDÃO Nº 191/2008 – PROCESSO Nº 11/027119/2005-SERC (ALIM nº 0006455-E/2005) – RECURSO: Voluntário nº 42/2008 – RECORRENTE: Thereza Luiza Correa Costa Thedim – CCE Nº 28.547.396-4 – Jaraguari-MS. – RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual – AUTUANTE: Hercules Duidja Rafael – JULGADOR SINGULAR: Carlos Afonso Lima Ranieri – DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA: Procedente – RELATOR: Cons. Hamilton Crivelini.

EMENTA: ICMS – GADO BOVINO – LANÇAMENTO INEPTO E DESNECESSÁRIO – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – MOTIVAÇÃO INADEQUADA – NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRESUNÇÃO DE SAÍDAS A PARTIR DA AUSÊNCIA DOS REGISTROS DE ENTRADAS

– POSSIBILIDADE – DIFERIMENTO DO IMPOSTO – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE NA OPERAÇÃO FORAM OBSERVADAS AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO.

(...)

Tratando-se de documentos que, pela legislação, é o sujeito passivo quem deve manter em sua posse, à disposição do Fisco, a sua não apresentação pelo Fisco, no processo administrativo tributário, não caracteriza cerceamento de defesa. (...).”

Assim, em momento algum houve violação ao princípio consagrado na Constituição Federal da ampla defesa.

Dessa forma, a improcedência do pleito é medida judicial que se impõe.

É a fundamentação.

Passo à conclusão.

3. Conclusão

Diante do exposto, esta Procuradoria-Geral do Estado, por meio da Procuradora do Estado que ao final subscreve, opina pelo não conhecimento do recurso especial, ante o não preenchimento do requisito da regularidade formal.

Em se conhecendo o recurso, no mérito, pugna-se pelo não provimento.

É a manifestação que submeto à apreciação deste Egrégio Tribunal.

Campo Grande-MS, 27 de junho de 2013.

Vanessa de Mesquita

Procuradora do Estado¹⁴

¹⁴ Essa manifestação foi elaborada com a colaboração do Advogado Daniel Nicolau Trindade Contos, Assessor da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.



Revisão do PARECER
NORMATIVO PGE/nº
046/96 – PAP/nº 038/96
Aposentadoria Especial
de Professor

Renata Corona Zuconelli**

MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 061/2013

Processo nº

Consultante: Procurador-Geral do Estado

Assunto: Revisão do PARECER NORMATIVO PGE/nº 046/96 – PAP/nº 038/96.

Senhor Procurador-Geral do Estado

1. Relatório

Conforme sugerimos na MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 045/2013, Vossa Excelência determinou a autuação de procedimento específico de revisão do PARECER/PGE/Nº 046/96 – PAP/Nº 038/96, adequando-o às transformações ocorridas tanto na Constituição Federal quanto nas normas infraconstitucionais, conforme DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 290/2013 (f. 01).

O parecer em questão, da lavra do colega já aposentado Nei Juáres Ribas (f. 02-27), foi publicado no Diário Oficial do Estado nº 4.485, de 31 de março de 1997 (cópias nas f. 30-33), com outorga de caráter normativo pelo Governador do Estado da época, *“para fins de fixar o entendimento no sentido de que a aposentadoria especial de professores, prevista no inciso III do artigo 40 da Constituição Federal, é garantida àqueles que possuem tempo de serviço prestado exclusivamente em sala de aula”*, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, naquele período.

Vejamos sua ementa:

SERVIDOR PÚBLICO – PROFESSOR – APOSENTADORIA ESPECIAL – CF., ART. 40, III, “b”.

** Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2001; Pós Graduação em Direito Contemporâneo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ, Curitiba-PR; Pós Graduação em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campo Grande/MS; Conselheira no Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, biênio 2005 - 2007; Conselheira na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul, gestão atual.

A aposentadoria especial de professor, “aos trinta anos de efetivo serviço, se professor, e vinte e cinco anos, se professora, com proventos integrais, em funções de magistério”, exige a especificidade do tempo de serviço dedicado em sala de aula, não se computando para tal o exercício de funções não docentes. Consolidação da jurisprudência do STF, neste sentido (Precedentes ADIN – 122-SC; 18/03/92 – Brossard; ADIN 152/MG, 18/03/92 – Galvão; Recurso Extraordinário 17.1694-1-SC e REC. EXT. 180215 – Distrito Federal, 19.04.96).

A previsão da aposentadoria especial (art. 40, III, b, CF), tem conteúdo mandatário e por seu caráter excepcional exige interpretação restritiva, de observação obrigatória pela legislação estadual, que não pode superpor a vontade do Constituinte Nacional.

Assim, com base no entendimento jurisprudencial da época em que foi proferido, o parecer ofereceu as seguintes conclusões (f. 25-27):

- a) O verdadeiro significado do “efetivo exercício das funções de magistério”, expresso no art. 40, III, “b” da CF/88, é objetivando aquele que esteja na sala de aula, isto é, exercício de atividade docente (contato com alunos), ministrando aulas;
- b) A aposentadoria especial de professor (art. 40, III, “b” da CF), é normal excepcional e exige interpretação restrita, exigindo para a aposentadoria a especificidade do tempo de serviço em sala de aula, conforme é o objeto da referida norma constitucional;
- c) Consolidada a interpretação jurisprudencial nas decisões do STF, no sentido de que a aposentadoria especial de professor (art.40, III, “b”, CF/88) dar-se-á somente observando a especificidade do tempo de serviço em sala de aula (tomando como precedente os julgados das ADIN 122/SC), e 157/MG, tem referida decisão efeito vinculante, a partir de sua publicação. Assim, cabe ao Estado, a partir da publicação, observá-la para que nenhuma aposentadoria ocorra fora dos preceitos constitucionais e da verdadeira interpretação dada pela Corte Máxima de Justiça do País;
- d) Os tempos de serviços de professor em atividades não docentes (fora da sala de aula), com atribuições administrativas, burocráticas, executivas e acadêmicas, não servem para o

- cômputo de tempo à aposentadoria especial (art. 40, III, “b” CF), mas se computam para a aposentadoria voluntária da regra geral (art. 40, III, “a” – CF) ou para a aposentadoria com provento proporcional (art. 40, III, “c” – CF);
- e) É possível a aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais de professores com atividades fora de aula, assim como as dos Especialistas e Técnicos educacionais (art. 40, III, “c” da CF);
 - f) As disposições contidas nos artigos 79, V e 82 da Lei Complementar nº 35/88, bem como os afastamentos mencionados no art. 178 da Lei 1.102/90, estão sujeitos aos preceitos do art. 40, III, “b” da Constituição Federal relativo a aposentadoria especial de professor, que exige observância obrigatória e não permite espaços para alargar o benefício de tempo, assim os afastamentos que são previstos na Lei Estadual devem ser interpretados restritivamente, caso a caso, posto que a mencionada aposentadoria especial exige efetivo tempo de serviço em sala de aula;
 - g) O benefício do art. 7º, do Decreto 6.555/92, bem como a Tabela do Anexo que o Completa, assim como o disposto no art. 32 da Carta Estadual, são comandos normativos eivados de inconstitucionalidade, posto que albergam possibilidades de proporcionalidade de tempos de serviço, na configuração de tempo não trabalhados, em verdadeira inovação as regras Constitucionais contidas nas alíneas “a – b – c”, do inciso III, do artigo 40 da Constituição Federal, que exige sejam seguidas e observadas obrigatoriamente pelos Estados em sua Carta Constitucional e leis ordinárias.

Destarte, o ensaio que se revisa adotou, em sua totalidade, técnica de interpretação restritiva da Constituição Federal, excluindo todo e qualquer tempo de serviço prestado fora da sala de aula, para o cômputo da aposentadoria especial de professor. Bem assim, os afastamentos permitidos ao servidor público no art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90, também foram interpretados restritivamente, sendo considerados como tempo de serviço especial apenas os afastamentos que decorressem de caso fortuito, força maior e do natural exercício da atividade docente.

Ocorre que, passados 17 (dezessete) anos de sua elaboração, o parecer normativo em questão encontra-se, em alguns aspectos, superado e divergente do entendimento jurisprudencial hodierno, sendo certo, inclusive, que algumas considerações já foram afastadas por posteriores manifestações da PGE, de modo que é preciso uma orientação geral sobre a aplicabilidade do mesmo, tendo em vista que possui caráter normativo e, segundo informação da AGEPREV, ainda vem sendo utilizado para aferição do tempo de efetivo exercício¹.

Neste diapasão, visando sistematizar a presente revisão, dividiremos o estudo em três matérias. Primeiro, trataremos dos destinatários da regra da aposentadoria especial de professor; segundo, abordaremos os afastamentos do art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90 e suas consequências na contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial e por terceiro, trataremos da averbação proporcional de tempo de serviço prestado na função de magistério, com fatores de conversão.

2. Destinatários da aposentadoria especial de professor:

Não obstante a tecnicidade com a qual foi proferido, o PARECER/PGE/Nº 046/1996 perdeu efetividade com relação aos destinatários da aposentadoria especial de professor, após o julgamento da ADIN 3772, divulgado em 26 de março de 2009, eis que o Supremo Tribunal Federal incluiu na regra da aposentadoria especial, além dos docentes, os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, ficando excluídos apenas os especialistas em educação.

¹ Conforme informado pela MANIFESTAÇÃO Nº 0733/2013/DB/AGEPREV (cópia em anexo) elaborada no processo nº 29/023850/2012, no qual emitimos a MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 045/2013, aprovada pela DECISÃO/PGE/MS/GAB/Nº 290/2013.

Vejamos a ementa do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - *A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar.* II - *As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.* III - *Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra².* (destacamos)

Após o julgamento deste paradigma, a jurisprudência dos tribunais superiores consolidou-se nesse sentido. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO NAS FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. POSSIBILIDADE. 1. Para efeito de aposentadoria especial de Professores, prevista no art. 40 , III , a e § 5º da Constituição Federal, computa-se o tempo de efetivo exercício de magistério, o que abrange, além do serviço prestado dentro de sala de aula, as funções de direção, coordenação e assessoramento

² ADI 3772, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-01 PP-00080.

pedagógico, desde que exercidos em estabelecimento de ensino básico, por Professores de carreira, excluídos os especialistas em educação. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental improvido³. (grifamos)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Prequestionamento. Ausência. Magistério. Aposentadoria especial. Fundamento infraconstitucional. Contagem do tempo de serviço prestado fora de sala de aula. Possibilidade. Precedente do Plenário. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a decisão proferida nos autos da ADI nº 3.772, consolidou-se no sentido de que a aposentadoria especial deve ser concedida também aos professores que exerçam atividades administrativas em estabelecimentos de ensino. 3. Agravo regimental não provido⁴. (destacamos)

Na esteira deste entendimento e após o julgamento da referida ADIN nº 3772, a Procuradoria-Geral do Estado também revisou seu posicionamento, quando orientou, por intermédio da MANIFESTAÇÃO/PGE/CJUR-SAD/Nº 84/2010, aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 510/2010, *“que a Administração deve ter em mente que a interpretação conforme promovida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao teor do §2º do art. 67 da Lei Federal nº 9.394/96, acrescentado pela Lei Federal nº 11.301/2006, firmou-se no sentido de se considerar como funções integrantes do magistério, para fins do art. 40, § 5º da Constituição Federal, as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.”* (grifamos) (cópias em anexo)

³ STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA AgRg no RMS 27797 SC 2008/0207710-1 (STJ) Data de publicação: 08/04/2011.

⁴ STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ARE 647103 MG (STF) Data de publicação: 13/08/2012.

Desta forma, muito embora o parecer revisando tenha caráter normativo, as conclusões postas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” daquele ensaio, perderam aplicação, por força da mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal, à qual aderiu a Procuradoria-Geral do Estado, quando emitiu a orientação supramencionada.

No mesmo diapasão, houve mutação na Constituição Estadual, tendo em vista que a Emenda nº 51 acrescentou o art. 31-A ao texto original, explicitando o conceito de “funções de magistério”, conforme se verifica na sua redação:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 51

Acrescenta um artigo 31-A à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 1º A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul passa a vigorar acrescida do seguinte art. 31- A:

“Art. 31-A. Para efeito da redução da idade e do tempo de contribuição no caso da aposentadoria de professores, conforme o artigo antecedente, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica, em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar, as de coordenação pedagógico e assessoramento escolar.”

Por corolário, na parte que trata dos destinatários da aposentadoria especial, o PARECER/PGE/Nº 046/1996 deverá ser revogado por decisão do Governador do Estado, devidamente publicada no diário oficial, tendo em vista que aquele ensaio reveste-se de normatividade e perdeu eficácia, eis que ao restringir o benefício da aposentadoria especial apenas para os professores em sala de aula, divorcia-se do preceito da Constituição Estadual e da moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. Os afastamentos do art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90 e suas consequências na contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial

No parecer de 1996 também ficou delimitado que, o cômputo de tempo de serviço para aposentadoria especial de professor deveria incluir apenas os afastamentos do serviço que decorressem de caso fortuito, força maior ou do natural exercício da atividade docente, tais como férias; casamento e luto; licença-gestante; licença-paternidade; licença para tratamento de saúde; acidente em serviço; doença profissional ou compulsória; trânsito para ter exercício em nova sede; faltas por motivo de doença comprovada, inclusive em pessoa da família, até o máximo de três durante o mês.

Por outro lado, excluiu do cômputo, os afastamentos referentes à missão oficial; estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, desde que no interesse da Administração; prestação de prova ou exame em curso regular ou em concurso público; recolhimento à prisão, se absolvido no final; suspensão preventiva, se absolvido no final; convocação para serviço militar ou encargo de segurança nacional, júri e outros serviços obrigatórios por Lei; licença para candidatura a cargo eletivo, durante o período que mediar entre escolha em convenção partidária e o décimo dia seguinte ao das eleições; mandato legislativo ou executivo, federal ou estadual; mandato de Prefeito ou Vice-Prefeito; mandato de vereador, quando não existir compatibilidade entre seu exercício e desempenho de mandato classista.

Neste aspecto, entendemos que o parecer normativo deve ser mantido, eis que está em consonância com o entendimento dos Tribunais Pátrios. Vejamos alguns exemplos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROFESSOR. CONTAGEM DO PERÍODO DE REALIZAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 280 DO STF.

1. A jurisprudência do STF é no sentido de que “a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar”, uma vez que “as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal” (ADI 3.772/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 27/03/2009).
2. Nesses limites, não é cabível enquadrar o afastamento para a realização de curso de pós-graduação como exercício de magistério, para fins de contagem de tempo para a aposentadoria especial.
3. Não há como examinar legislação local com o fim de incluir essa atividade na contagem do tempo de serviço especial (Súmula 280/STF).
4. Agravo regimental a que se nega provimento⁵. (destacamos)

MANDADO DE SEGURANÇA - PROFESSOR ESTADUAL O QUAL PRETENDE CONSIDERAR O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM FUNÇÕES GRATIFICADAS E EM CARGOS COMISSIONADOS PARA OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL - PLEITO FUNDADO

⁵ Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 455.717 São Paulo, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 04/06/2013. No mesmo sentido julgado do tribunal gaúcho: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA PROFESSOR. LICENÇA PARA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. AVERBAÇÃO COMO TEMPO DE SERVIÇO. A licença para qualificação profissional (art. 91, da Lei nº 6.672/74) concedida à professora estadual, em que pese garanta a remuneração e o tempo de serviço no período de afastamento, não autoriza averbação para fins de aposentadoria especial, pois não se enquadra no conceito de “funções do Magistério”, consoante já definiu o STF no julgamento da ADI nº 3.772, o que, aliás, importaria na admissão da contagem de tempo de contribuição fictício (CF, art. 40, § 10). RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048061568, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 02/08/2012)

NA APLICAÇÃO DA LEI 11.301/06 - IMPOSSIBILIDADE QUANTO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE RESPONSÁVEL POR TURNO, RESPONSÁVEL POR BIBLIOTECA E DE LICENÇA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO CENTRO DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA ACERCA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE ESTAS FUNÇÕES POSSUEM NATUREZA DIRETIVA, COORDENATIVA OU DE ASSESSORAMENTO - PRETENSÃO, ADEMAIS, DO CÔMPUTO DO TEMPO EM QUE ESTEVE EM LICENÇA PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO - INVIABILIDADE ANTE A NÃO ABRANGÊNCIA LEGAL - ORDEM DENEGADA.

- Conquanto o impetrante comprove possuir 30 anos de serviço, o certo é que os períodos concernentes as funções de responsável por turno, responsável por biblioteca e de prestação de serviços para centro de educação de jovens e adultos, não podem ser computadas para efeitos de aposentadoria especial, uma vez que não é possível aferir, ao menos por esta via, já que inviável a dilação probatória, se tais funções se igualem ou não a função de magistério, de direção de unidade escolar, de coordenação ou assessoramento pedagógico, pois ausente nos autos a demonstração das atribuições dos cargos desenvolvidos.

- “A Constituição da República, em seu artigo 38, somente autoriza, para fins de contagem de tempo de serviço público, o período de afastamento de servidor para o exercício de mandato eletivo, não se compreendendo, em sua exegese, o período para se concorrer ao cargo eletivo. (RMS 6259/RS, rel. Min. Vicente Leal)”⁶ (destacam os)

MÉRITO. PROFESSORA ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. PRETENDIDA AVERBAÇÃO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE EM READAPTAÇÃO PARA FINS DE CÔMPUTO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. NOVEL ENTENDIMENTO DO STF COM A ADI 3772/DF.

“O Grupo de Câmara de Direito Público desta Corte de Justiça, sustentado na decisão da Ministra Cármen Lúcia, decidiu em 21/07/2009, por votação unânime, quando do julgamento dos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 2007.046184-5/0002.00, da Capital, relatado pelo eminente Des. Vanderlei Romer, que o professor readaptado por motivo de saúde tem direito líquido e certo de computar para fins de aposentadoria especial o tempo de

⁶ MS 2009.075094-4, Capital - Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 05/04/2001.

serviço em que esteve readaptado, vale dizer, exercendo atividades administrativas/burocráticas fora da sala de aula”⁷. (destacamos)

PROFESSORA ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. PLEITEADO APOSTILAMENTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE EM LICENÇA PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES PARA FINS DE CÔMPUTO ESPECIAL. TEMPO FICTÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Com as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 20/98, a contagem de tempo para a aposentadoria de servidor público ficou condicionada ao preenchimento de dois requisitos indissociáveis - a comprovação do tempo de serviço e as respectivas contribuições -, não podendo ser considerada “qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício” (CF, art. 40, § 10º)⁸. (destacamos)

⁷ RN em MS 2011.030375-9, Rel. Des. José Volpato de Souza, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 10/01/2012.

⁸ AC2003.006449-4, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 11/06/2003. No mesmo sentido julgado do STF: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSOR READAPTADO. APOSENTADORIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO PERÍODO DE READAPTAÇÃO COMO DE EFETIVO SERVIÇO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alíneas a e c, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSOR ESTADUAL - READAPTAÇÃO FUNCIONAL - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS E DE CARGO DE AUXILIAR DE DIREÇÃO, RESPONSÁVEL POR SECRETARIA E RESPONSÁVEL POR BIBLIOTECA - CÔMPUTO PARA APOSENTADORIA ESPECIAL - POSSIBILIDADE - NOVA ORIENTAÇÃO DO STF - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. A readaptação do professor por motivo de saúde decorre de recomendação médica e, a partir do diagnóstico, a Administração Pública é quem determina, com base na limitação da capacidade física ou mental constatada, quais as atividades poderão ser por ele exercidas, de modo que absolutamente nada depende da vontade do docente. Então, se o problema de saúde que leva à readaptação funcional não depende do livre arbítrio do professor, mormente porque ele não tem esse poder de escolha (adoecer ou não), é evidente que o tempo de serviço referente ao período em que estiver readaptado, exercendo atividades administrativas burocráticas, deve ser computado para fins de aposentadoria especial de professor ou professora. Precedente do STF nesse sentido: RE nº 481798/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 03/06/2009. De igual modo, de acordo com Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADI nº 3772, o tempo em que o professor exerceu os cargos de Auxiliar de Direção, Responsável pela Secretaria e pela Biblioteca deve ser considerado como “função de magistério” e, por isso, computado para fins de aposentadoria especial” (fl. 118). 3. No recurso extraordinário, o Agravante alega que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 40, § 5º, da Constituição da República. Argumenta que “a Recorrida, professora estadual, não exerceu somente funções de magistério, burocráticas ou não, posto que readaptada ou em funções de auxiliar de direção, responsável pela biblioteca e pela secretaria da escola” (fl. 150). 4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência das Súmulas 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal e a harmonia do acórdão recorrido com a jurisprudência deste Supremo Tribunal (fls. 162-164). O Agravante sustenta que “o acórdão conferiu a aposentadoria especial à recorrida/agravada sem qualquer prova de que a mesma tivesse sido afastada das salas de aula para exercer quaisquer daqueles cargos considerados no julgamento da ADIN 3772, nos termos da decisão respectiva” (fl. 5). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste ao Agravante. 6. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.772, Redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, este Supremo Tribunal assentou que a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula: “omissis”. (AI 831266/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/12/2010, pub. 02/02/2011) (destacamos).

Destarte, muito embora não tenhamos encontrado precedentes jurisprudenciais sobre todos os afastamentos possíveis ao professor, entendemos que o Parecer Normativo guardou coerência lógica, distinguindo o “afastamento na função de magistério” do “afastamento da função de magistério”, como já tivemos oportunidade de dissertar na MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 045/2013, recentemente aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 290/2013, que determinou a presente revisão (cópia em anexo), lembrando, por oportuno, que a análise do tempo de contribuição deve ser feito caso a caso, por ocasião do pedido de aposentadoria do professor, e, diante de dúvida razoável, a autoridade competente poderá consultar a Procuradoria-Geral do Estado.

4. Averbação proporcional de tempo de serviço prestado na função de magistério. Art. 32, da Constituição Estadual e art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.910/92

O parecer que ora se revisa concluiu pela inconstitucionalidade do art. 32, da Carta Estadual⁹, que possibilita a contagem proporcional de tempo de serviço prestado em função de magistério, bem como pela inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.910/92¹⁰, que regulamenta a averbação, a apuração e a contagem recíproca de tempo de serviço, para efeito de aposentadoria e possibilita a soma do tempo de serviço exercido em dois ou mais cargos, utilizando-se, à época, das considerações colocadas no PARECER/PGE/Nº 020/90 – PAP/Nº 08/90 (cópia

⁹ Art. 32. Fica assegurado ao servidor público a contagem proporcional para fins de aposentadoria, do tempo de efetivo exercício em funções de magistério, como professor ou professora, no regime previsto no art. 31, III, “b”.

¹⁰ Art. 7º. - O servidor que tiver exercido no serviço público, dois ou mais cargos, sem completar o tempo mínimo necessário para aposentadoria com base nas alíneas “a” e “b”, inciso III, artigo 40, da Constituição Federal, em quaisquer deles, terá os respectivos períodos somados, aplicando-se a tabela constante do ANEXO a este Decreto. (redação dada pelo Decreto nº 6.910, de 7 de dezembro de 1992).



em anexo) e invocando, ainda, a impossibilidade de aplicação da tabela de conversão prevista no Decreto, por ofensa ao sistema previdenciário proposto pela Constituição Federal.

Por tais motivos, sugeriu que a Administração negasse cumprimento às normas, bem como revogasse o dispositivo regulamentar e propusesse Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do dispositivo da Constituição Estadual.

Ao que parece, entretanto, não foi interposta ADIN, nem mesmo houve a revogação do Decreto, consoante pudemos comprovar no processo 04/000584/1996, no qual foi anexado o OF/PGE/GAB/Nº 123/96 (cópia em anexo).

A par disso, em 1998, sobreveio a Emenda Constitucional nº 20, que inseriu o § 10 ao art. 40, da Carta Magna¹¹, e vedou a contagem de qualquer tempo de contribuição fictício, garantindo, entretanto, que o tempo de serviço considerado até então fosse contado como tempo de contribuição, conforme regra transitória do art. 4º, da Emenda¹².

Desse modo, mesmo que não tenha sido efetivado o comando do PARECER NORMATIVO Nº 046/1996, é certo que após a Emenda Constitucional nº 20/1998, não é mais permitido computar qualquer tempo de contribuição fictício, o que ocorria com a averbação de tempo de serviço prestado na função de magistério, utilizando-se de um fator de conversão de tempo especial em tempo comum.

Sobre o assunto, inclusive, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado, tendo sido declarado inconstitucional dispositivo similar previsto na Carta Magna do Estado do Rio Grande do Sul:

¹¹ Art. 40, § 10, CF. - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

¹² Art. 4º, EC 20/98 - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTAGEM PROPORCIONAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR PROFESSORES PARA EFEITO DE CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA COMUM. IMPUGNAÇÃO, PELO GOVERNADOR DO ESTADO, DO PAR. 4. DO ART. 38 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE ASSIM DISPÕE: 'NA CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PARA A APOSENTADORIA DO SERVIDOR AOS TRINTA E CINCO ANOS DE SERVIÇO E DA SERVIDORA AOS TRINTA, O PERÍODO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES QUE ASSEGUREM DIREITO A APOSENTADORIA ESPECIAL SERÁ ACRESCIDO DE UM SEXTO E DE UM QUINTO, RESPECTIVAMENTE'. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O art. 40, III, 'b', da Constituição Federal, assegura o direito à aposentadoria especial, de forma que o tempo de efetivo exercício em funções de magistério e contado com o acréscimo de 1/6 (um sexto) e o da professora com o de 1/5 (um quinto), em relação ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria comum (35 anos para o homem e 30 anos para a mulher: alínea 'a' do mesmo inciso e artigo). 2. A expressão 'efetivo exercício em funções de magistério' (CF, art. 40, III, 'b') contem a exigência de que o direito à aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, excluída qualquer outra. 3. Não é permitido ao constituinte estadual fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para as aposentadorias normal e especial, contando proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do par. 4. do art. 38 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, eis que a norma do art. 40 da Constituição Federal e de observância obrigatória por todos os níveis de Poder¹³.

Julgados mais recentes não deixam dúvidas quanto ao posicionamento da Corte Suprema sobre o assunto:

¹³ ADI nº 178, Relator o Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 26/4/96.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com gravíssimo. Magistério. Aposentadoria. Tempo de serviço especial. Conversão em tempo de serviço comum. Impossibilidade. Precedentes. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que, para efeito de aposentadoria, não é possível a conversão do tempo de magistério em tempo de exercício comum. 2. Agravo regimental não provido¹⁴.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTAGEM PROPORCIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO NO MAGISTÉRIO PARA FINS DE APOSENTADORIA COMUM. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – Consoante a jurisprudência do STF, é vedada a contagem proporcional de tempo de serviço no magistério para fins de aposentadoria comum. II – Agravo regimental improvido¹⁵.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MAGISTÉRIO. IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM TEMPO DE SERVIÇO COMUM. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO¹⁶.

AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA COMUM. REGIME PRÓPRIO. APROVEITAMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NO MAGISTÉRIO, MEDIANTE FATOR DE CONVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é possível ‘fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para as aposentadorias normal e especial, contando proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas’, pois ‘a aposentadoria especial é a exceção, e, como tal, sua interpretação só pode ser restritiva’ (ADI 178, rel. min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ 26.04.1996). Agravo regimental a que se nega provimento¹⁷.

¹⁴ ARE 703551 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 30/10/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma.

¹⁵ RE nº 486.155/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 1º/2/2011.

¹⁶ ARE nº 655.682/SE-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra *Cármen Lúcia*, DJe de 9/4/12.

¹⁷ RE nº 288.640/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro *Joaquim Barbosa*, DJe de 1º/2/12.

Assim, mesmo que não tenha havido declaração de inconstitucionalidade do art. 32, da Constituição Estadual, nem revogação do art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, conforme orientado no parecer normativo, a Administração Pública deve negar aplicabilidade aos seus comandos, diante da revogação tácita operada no dispositivo da Carta local e da não recepção do artigo do regulamento, tendo em vista o comando trazido pela EC 20/98. Não obstante, por coerência lógica e jurídica, deverá ser orientado ao Governador do Estado que tome as medidas cabíveis para excluir formalmente tais dispositivos do ordenamento estadual.

Destarte, quanto a este assunto, entendemos que as considerações do parecer de 1996 permanecem atuais, não havendo fundamento jurídico para reformá-lo.

Insta lembrar, contudo, tendo em vista que não houve a declaração de invalidade dos diplomas tratados no momento oportuno (1996), que o tempo de serviço computado na forma dos dispositivos epígrafados deve ser considerado até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, conforme orientou, no ano de 2008, a MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 91/2008, aprovada pela DECISÃO PGE/GAB/Nº 754/2008 (cópias em anexo), que concluiu, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, pela contagem do tempo de serviço fulcrado no art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, tendo em vista tratar-se de tempo de serviço considerado pela legislação então vigente, resguardado pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98.

5. Conclusão

Ex positis, opina-se pela manutenção parcial do PARECER/PGE/Nº 046/1996 – PAP/Nº 038/1996, publicado no Diário Oficial nº 4495, de 31 de março de 1997, datado de 04 de fevereiro de 2003, revogando-se apenas a parte que trata dos destinatários da aposentadoria especial de professor, mormente as conclusões exaradas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” daquele ensaio.

Por oportuno, sugiro que seja comunicado à AGEPREV, quanto ao teor da presente manifestação, bem como da decisão que irá apreciá-la.

É a revisão, salvo melhor juízo.

Campo Grande, MS, 09 de setembro de 2013.

Renata Corona Zuconelli

Procuradora do Estado

DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 424/2013

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 061/2013

Processo:

Consulente: Procurador-Geral do Estado

Assunto: Revisão do PARECER NORMATIVO PGE/nº046/96- PAP/nº038/96

Ementa: REVISÃO DO PARECER NORMATIVO Nº 046/96 – PAP Nº 038/96 - APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR - PONTOS QUE ENCONTRAM-SE SUPERADOS E DIVERGENTES DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL HODIERNO - SUGESTÃO PARA QUE O GOVERNADOR O TORNE SEM EFEITO.

1. A interpretação restritiva que limita a jubilação especial àqueles docentes que estão em sala de aula está ultrapassada em virtude da moderna jurisprudência do STF e da novel redação do art. 31-A, da Constituição Estadual, que estendeu a aposentadoria especial aos professores de carreira que exercem funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico em estabelecimentos de ensino básico, excluídos os especialistas em educação.
2. Permanece o entendimento constante do Parecer com relação à interpretação restritiva, caso a caso, dos afastamentos do art. 178, Lei (Estadual) nº 1.102/90, possibilitando a contagem do tempo especial apenas quanto aos afastamentos decorrentes de caso fortuito, força maior ou que decorram do natural exercício

do magistério, diferenciando-se o “afastamento da função” do “afastamento na função”.

3. Também permanece vigente a proibição de conversão do tempo de serviço especial, oriundo da atividade do magistério, em tempo comum, para aposentadoria em outro cargo. Entendimento sacramentado com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98. Contudo, o tempo de serviço assim considerado antes da edição da Emenda Constitucional não pode ser desprezado, tendo em vista que a Administração não tomou providências, no tempo oportuno, para excluir do ordenamento estadual o disposto no art. 32, da Constituição Estadual e o art. 7º, e o Anexo, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92.

Vistos, etc.

1. Com base no artigo 8º, XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, aprovo a Manifestação PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 061/2013, de fls. 37-53, por mim vistada, da lavra da Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, que concluiu:
 - a) não obstante a tecnicidade com a qual foi proferido, o PARECER/PGE/Nº 046/1996 perdeu efetividade com relação aos destinatários da aposentadoria especial de professor, após o julgamento da ADIN 3772, divulgado em 26 de março de 2009, eis que passou a se considerar como funções integrantes do magistério, para fins do art. 40, § 5º da Constituição Federal, as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, conforme orientação emanada por meio da MANIFESTAÇÃO/PGE/CJUR-SAD/Nº 84/2010, aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 510/2010;
 - b) deve ser mantido o entendimento emanado no Parecer em análise no que tange aos afastamentos do art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90 e suas consequências, de modo que o cômputo de tempo de serviço para aposentadoria especial de



professor deve incluir apenas os afastamentos do serviço que decorrem de caso fortuito, força maior ou do natural exercício da atividade docente, tais como férias; casamento e luto; licença-gestante; licença-paternidade; licença para tratamento de saúde; acidente em serviço; doença profissional ou compulsória; trânsito para ter exercício em nova sede; faltas por motivo de doença comprovada, inclusive em pessoa da família, até o máximo de três durante o mês;

- b.1) exclui-se do cômputo da aposentadoria especial os afastamentos referentes à missão oficial; estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, desde que no interesse da Administração; prestação de prova ou exame em curso regular ou em concurso público; recolhimento a prisão, se absolvido no final; suspensão preventiva, se absolvido no final; convocação para serviço militar ou encargo de segurança nacional, júri e outros serviços obrigatórios por Lei; licença para candidatura a cargo eletivo, durante o período que mediar entre escolha em convenção partidária e o décimo dia seguinte ao das eleições; mandato legislativo ou executivo, federal ou estadual; mandato de Prefeito ou Vice-Prefeito; mandato de vereador, quando não existir compatibilidade entre seu exercício e desempenho de mandato classista;
- b.2) que a análise do tempo de contribuição deve ser feito caso a caso, por ocasião do pedido de aposentadoria do professor, e, diante de dúvida razoável, a autoridade competente poderá consultar a Procuradoria-Geral do Estado;

- c) mesmo que não tenha havido declaração de inconstitucionalidade do art. 32, da Constituição Estadual, nem revogação do art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, conforme orientado no parecer normativo, a Administração Pública deve negar aplicabilidade aos seus comandos, diante da revogação tácita operada no dispositivo da Carta local e no artigo do regulamento, tendo em vista o comando trazido pela EC 20/98;

- c.1) que após a Emenda Constitucional nº 20/1998, não é mais permitido computar qualquer tempo de contribuição fictício, o que ocorria com a averbação de tempo de serviço prestado na função de magistério, utilizando-se de um fator de conversão de tempo especial em tempo comum;
 - c.2) como não houve a declaração de invalidade dos diplomas tratados no momento oportuno (1996), que o tempo de serviço computado na forma dos dispositivos epigrafados deve ser considerado até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, conforme orientou, no ano de 2008, a MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 91/2008, aprovada pela DECISÃO PGE/GAB/Nº 754/2008, que concluiu, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, pela contagem do tempo de serviço fulcrado no art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, tendo em vista tratar-se de tempo de serviço considerado pela legislação então vigente, resguardado pelo art. 4º, da Emenda Constitucional nº 20/98.
2. Por fim, como parte do PARECER NORMATIVO PGE/nº 046/96- PAP/nº038/96 encontra-se superado e divergente do entendimento jurisprudencial hodierno, e que toda matéria nele tratada foi revisada pela MANIFESTAÇÃO PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 061/2013 e pela presente decisão, determino seja encaminhado o presente feito à Governadoria com a sugestão de que o Exmo. Governador do Estado torne sem efeito o PARECER NORMATIVO PGE/nº046/96- PAP/nº038/96, de modo que a orientação jurídica quanto à aposentadoria especial de professores passa a ser a constante da Manifestação em análise e a presente decisão.
3. Após o retorno dos autos a Assessoria Técnica do Gabinete deverá providenciar a ciência da presente decisão e da decisão do Governador do Estado à Secretaria de Estado de Educação, Secretaria de Estado de Administração, CJUR-SAD, CJUR-SED, AGEPREV, Procuradores lotados na Procuradoria de Pessoal e Regionais.

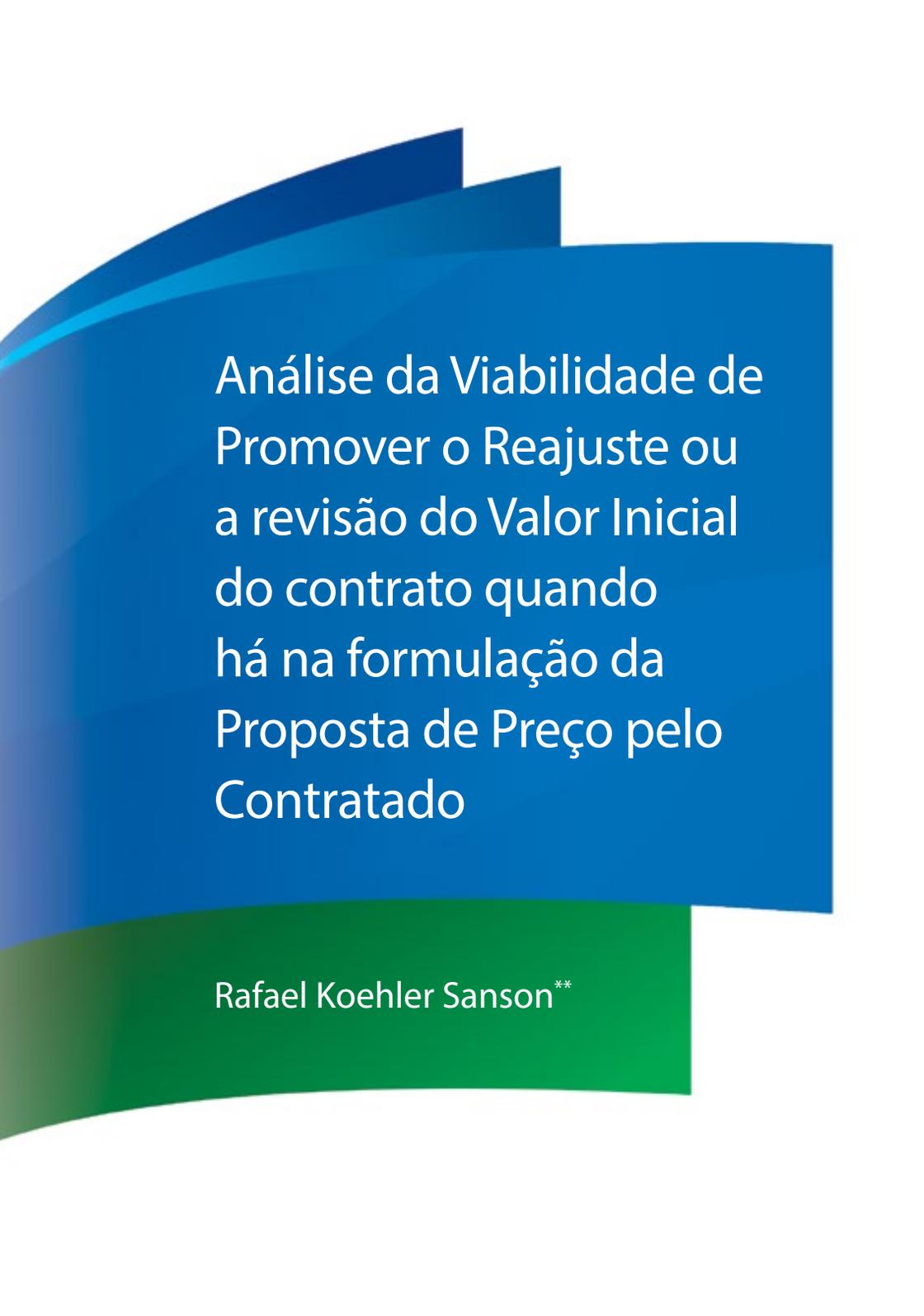
4. À Assessoria Técnica do Gabinete para:
- a) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado subscritora da manifestação e à chefe da CJUR-SAD;
 - b) dar ciência da presente decisão ao Governador do Estado conforme sugestão constante no item 2 supra.

Campo Grande (MS), 15 de outubro de 2013

Original Assinado

Rafael Coldibelli Francisco

Procurador-Geral do Estado

The background features several overlapping, curved shapes in shades of blue and green. A large blue shape is on the right, with a smaller blue shape above it. A green shape is at the bottom, partially overlapping the blue one. The text is centered within the blue shape.

Análise da Viabilidade de Promover o Reajuste ou a revisão do Valor Inicial do contrato quando há na formulação da Proposta de Preço pelo Contratado

Rafael Koehler Sanson**

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAA/Nº 121/2013

PROCESSO Nº

INTERESSADO:

ASSUNTO: Possibilidade de atender ao pleito da contratada, no sentido de reajustar o valor do contrato proposto em pregão presencial ao valor atual para diárias de refeição nos estabelecimentos prisionais civis do Estado fixado pelo Decreto Estadual nº 13.591/13, tendo em vista a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Autoridade estadual consulta a Procuradoria-Geral do Estado acerca do pedido de reajuste de preços em determinado Contrato Administrativo de Prestação de Serviços, celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e sociedade empresária para o fornecimento de alimentação dos presos sob custódia em uma das unidades prisional do Estado.

Referido contrato foi firmado em 05 de outubro de 2012, ajustando-se o seu valor de acordo com o pregão realizado no dia 24 de setembro de 2012 em duas sessões. Depois de uma disputa extremamente acirrada, totalizando 351 lances, ficou definido para o lote da unidade prisional em questão o valor de R\$ 248.976,00 (fls. 67/80), sendo o preço unitário da diária (café da manhã, almoço e jantar) no montante de R\$ 4,94¹.

E, diante do valor pago, a contratada alega que está ocorrendo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, formulando requerimento de revisão do preço da diária de refeição, ao argumento de que o valor por ela recebido está bem abaixo das necessidades reais de custo e considerando que o Decreto Estadua

^{**} Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2010; Pós Graduado em Direito “*Latu Sensu*” pela Escola da Magistratura do Paraná, 2006; Pós Graduado em Direito Público pelo curso LFG em parceria com a Unisul, 2009;

¹ O valor global máximo que o Estado se propunha a pagar para a prestação do serviço na unidade prisional em questão era R\$ 504.000,00, o que correspondia ao valor máximo por diária de R\$ 10,00, conforme estabelecido nas cláusulas 1.2 e 1.3 do edital, amparadas no Decreto Estadual nº 13.031/10.

nº 13.591/13 elevou de R\$ 10,00 para R\$ 10,70 o valor máximo a que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeições nas prisões civis do Estado.

Os autos então foram encaminhados à assessoria jurídica do órgão consulente para análise e parecer quanto ao pedido de revisão, tendo esta concluído pelo deferimento do reajuste do preço unitário para R\$ 10,70 por meio de apostilamento.

É o relato do essencial.

Passamos a opinar.

De início faz-se necessário diferenciar os conceitos jurídicos de revisão e reajuste, pois tanto no pedido da contratada como no parecer jurídico da assessoria jurídica do órgão consulente há uma certa confusão entre os institutos e os dispositivos legais que tratam de um e de outro.

A revisão de preços, na lição de Marçal Justen Filho, deve ser reservada “para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias.”²

Assim, a *revisão* tem lugar quando *circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis atingem o contrato causando o seu desequilíbrio econômico-financeiro*, devendo-se buscar soluções que devolvam ao contrato o equilíbrio nas obrigações das partes. Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão, diante da ocorrência de álea extraordinária, desvinculada de quaisquer índices de variação inflacionária, como dito acima³.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 790.

³ ARAÚJO, Kleber Martins de. *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais, Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3132>>. Acesso em: 22 out. 2010.

Já o reajuste “trata-se de alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias.”⁴ Em outras palavras, “se caracteriza por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratos dos efeitos de regime inflacionário.”⁵

Nessa linha, o reajuste aplica-se quando há previsíveis elevações nos preços dos bens, serviços e obras decorrentes da instabilidade econômica e da inflação. E, por ser previsível, não se aplica a teoria da imprevisão ao caso, devendo estar expressos no contrato os critérios de reajuste para manter-se o equilíbrio do contrato.⁶

Portanto, deve-se analisar se é possível implementar a revisão conforme pretendido pela contratada ou o reajuste conforme sugerido pela assessoria jurídica do órgão consulente.

1. E desde logo já se adianta que, diante dos fatos narrados e dos fundamentos trazidos no pedido da contratada, não há direito a revisão do contrato, com fundamento no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, verbis:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para *restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis,*

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 791.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 192.

⁶ ARAÚJO, Kleber Martins de. Op. cit.

ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."

Isso porque a revisão de preço, que justifica a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, exige a presença de álea econômica extracontratual e extraordinária, ou seja, *“ocorrência comprovada de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, que onerem o contrato de maneira a que a relação econômico-financeira inicial seja alterada em desfavor do particular contratado.”*⁷

E um dos fatos que justifica o pedido de revisão da contratada para alterar o valor pago pela Administração contratante é a impossibilidade de manutenção do preço ajustado porque estes não cobrem os seus custos.

Ocorre que a culpa na má formulação do preço é exclusiva da contratada. Se o Estado estava disposto a pagar até o máximo de R\$ 10,00 por diária de refeição à época da realização do pregão, conforme previsto no edital e amparado no Decreto 13.031/10, e a contratada na disputa com outros licitantes ofereceu o valor de R\$ 4,94 para sagrar-se vencedora não pode agora, durante a execução do contrato – que sequer completou um ano –, postular a revisão do valor que lhe é pago porque avaliou mal seus custos e formulou preço que lhe é prejudicial, sob pena de lhe dar benefício em detrimento dos demais licitantes que por serem mais cautelosos não ofereceram valor mais vantajoso para a Administração. Esse foi inclusive o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 744.446/DF:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A

⁷ AC 2716-16/09-2 do TCU

EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

[...]

5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estaria beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 744446/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008)

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“LICITAÇÃO. COBRANÇA DE PERDAS SOFRIDAS DURANTE EXECUÇÃO DE CONTRATO. TEORIA DA IMPREVISÃO AFASTADA.

Fatos imprevisíveis são aqueles que refogem a qualquer espécie de diligência, atingindo inesperadamente a execução da avença e causando sério desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como tal, não se podem considerar os prejuízos já constatados desde o primeiro mês de vigência do contrato o que demonstra, isso sim, a má previsão da autora na elaboração da proposta, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração.” (TJDFT, 2ª turma, Apelação Cível nº 2002.01.5.004827-0, relator Des. Mário-Zam Belmiro, revisora Des. Carmelita Brasil, publicado no DJU de 06/08/03, p.38).

E do voto da revisora retira-se a seguinte passagem que encaixa perfeitamente ao caso ora em exame:

“De certo que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser sempre observado, mas esse equilíbrio que representa a adequação entre o objeto e o preço do contrato, deve estar presente desde o momento em que se firma o ajuste. Ora, se as requeridas indicaram em sua proposta o preço “X” para a execução do contrato, é porque o achavam suficiente e adequado para tal. O fato de no primeiro mês já sofrerem perdas, indica que as proponentes não souberam calcular o preço justo para o contrato em questão.

Ademais, vale ressaltar que fatos imprevisíveis são aqueles inexistentes à época do pactuado e que atingem inesperadamente o contrato durante a execução, o que a meu ver, de acordo com o acima esposado, não foi, definitivamente, o caso dos autos.

Assim, creio que não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da aplicação da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estaria-se beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas não apresentaram valor mais atraente.”

Também assim se posicionou o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª região, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVISÃO CONTRATUAL. ART. 65, II, “d”, DA LEI DE LICITAÇÕES. EFEITOS. 1. A autora alega que, a partir de agosto de 2002 - no mês seguinte ao da apresentação da proposta para a concorrência pública - o preço do petróleo e de seus derivados subiu vertiginosamente, coisa que não podia prever, e efetivamente não previu, e que a variação representou quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A autora não tem razão. Dispõe o art. 65 da Lei 8.666/93 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações

e contratos da Administração Pública e dá outras providências”): Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço, ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. A autora relata que a elevação do valor dos derivados do petróleo teve início em agosto de 2002. Ainda assim, assinou o contrato administrativo em 27 de novembro do mesmo ano, meses depois da data que indica como marco para o “desequilíbrio” do mercado. Estava, portanto, ciente da variação dos insumos que seriam aplicados na execução da obra contratada. Sabia da variação quando assinou o contrato. Nesse ponto, é desnecessário provar que a empresa conhecia esses fatos, como mencionou a autora na réplica; a sucessão de fatos no tempo e a prova documental dos autos são suficientes para demonstrá-lo. *No caso concreto, não houve surpresa, ou circunstância imprevisível, ou fato extraordinário capaz de alterar a base objetiva do contrato. O que houve, como bem argumentou a ré na resposta, foi uma projeção totalmente equivocada da autora, supondo que o preço do petróleo (e derivados) permaneceria estável. Arriscou na formulação da proposta com intuito de vencer a concorrência, e teve sucesso.* A projeção revelou-se incorreta, daí o aumento do custo da contratada para executar os serviços. O contrato, por sua própria natureza, continha certa dose de risco: a fluidez do preço do petróleo é notória, e nada tem de imprevisível. O risco da licitante-contratada era estimar uma proposta fundada em preço abaixo do mercado ou no limite do preço de custo real e, como contrapartida, deparar-se com preço maior no momento da execução da obra, o que acabou acontecendo. Por outro lado, o preço do petróleo poderia cair (como hoje de fato está em baixa), o que resultaria em incremento financeiro para a licitante. Já o risco da Administração era contratar por preço maior do que o preço que poderia ser obtido na data da execução da obra. *Não é lícito à contratada*

(autora) transferir o risco do contrato, já conhecido, porém mal calculado, para a contratante (ré). Deveria, sim, procurar apurar responsabilidades pelo equívoco. Não se aplica à espécie, portanto, o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/93. Quanto à teoria da imprevisão invocada pela autora (cf. art. 65, II, d, da Lei de Licitações), não socorre a requerente. A teoria, segundo Odete Medauar, significa o seguinte: circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, se vêm a modificar profundamente sua economia, “dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado”, tem o contratado (o particular) o direito de rever suas condições, para superar as dificuldades, a fim de preservar a continuação do contrato e o equilíbrio econômico-financeiro da avença (Direito administrativo moderno, Revista dos Tribunais, 2004, p. 262). Tais circunstâncias imprevistas, além de serem supervenientes à celebração do contrato, devem ultrapassar a normalidade, ser excepcionais, extraordinárias, causando um desequilíbrio muito grande no contrato (cf. Maria Sylvania Di Pietro, Direito administrativo, Atlas, 2007, p. 264), o que não ocorre na situação concreta. Finalmente, são relevantes os argumentos da ré na contestação: “(...) se optou em firmar o contrato (ato jurídico perfeito) revalidando a sua proposta comercial, aquiescendo em executá-lo também nos moldes propostos (como efetuado), não pode a autora buscar o reequilíbrio (...) quando os fatos (...) já se faziam presentes em anterioridade ao próprio pacto (...). Sob ótica diversa, o acolhimento do pleito da autora acarretaria alteração na ordem de classificação das propostas da licitação, ensejando a sua nulidade acaso a INFRAERO assim o procedesse (...). Caso tal revisão fosse permitida, estar-se-ia beneficiando a autora em detrimento das demais licitantes que, agindo acauteladamente, apresentaram propostas com valores superiores aos daquela, porém condizentes com os praticados no mercado e, talvez por terem incluído nessas uma margem de segurança para fazer frente aos fatos alegados pela autora, terminaram por não apresentar proposta em valor mais atraente, não logrando vencer o certame por tal motivo” (fl. 225).” Realmente, não se verificaram na espécie os pressupostos da teoria da imprevisão. Ora, no caso dos autos não há sequer falar na imprevisão contratual, pois a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia

ou a execução do contrato , autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. Trata-se da aplicação da cláusula rebus sic stantibus, elaborada pelos pós-glosadores, que espousa a ideia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente. Tal ideia se inspirava num princípio de equidade, pois se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, já que haveria indevido enriquecimento de um e conseqüente empobrecimento do outro (...).

Todos os autores acima referidos admitem sob os mais variados fundamentos doutrinários, a aplicação da teoria da imprevisão, mas apenas em circunstâncias excepcionais, que não se verificam no caso dos autos, ou seja, somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação econômica estabelecida pelos contraentes justifica a revisão do contrato com base na cláusula rebus sic stantibus. Outro não é o entendimento adotado pela jurisprudência uniforme da Suprema Corte, em todas as oportunidades em que se manifestou sobre a tormentosa questão, como reflete o aresto relatado pelo eminente e saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, cuja cultura jurídica é por todos reconhecida, ao votar no RE nº 71.443-RJ, verbis: “Rebus sic stantibus - Pagamento total prévio. 1. A cláusula rebus sic stantibus tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio...” (in RTJ 68/95. No mesmo sentido RTJ: 35/597; 44/341; 46/133; 51/187; 55/92; 57/44; 60/774; 61/682; 63/ 551; 66/561; 96/667; 100/140; 109/153; 110/328 e 117/323). No caso concreto, contudo, é de todo estranho aos princípios de justiça a aplicação da teoria da imprevisão, que deve ser aplicada com cautela pelo magistrado, evitando que este interfira diretamente nos contratos celebrados, substituindo a vontade das partes, livremente pactuada, pela sua. (...)” (TRF4ª R. - AC 200871000116820 - 3ª T. - Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - DJ 02.06.2010)

Colocando uma pá de cal sobre o assunto, destacamos a seguinte decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que analisou caso semelhante a este e concluiu que a má formulação do preço pelo licitante é álea ordinária contratual não suportável pela Administração:

3945 - Contratação pública – Contrato – Equilíbrio econômico-financeiro – Álea ordinária – Conceito – TCE/MG

“A álea ordinária remete a eventos afetos ao comportamento do contratado, pelos quais não responde a Administração Pública. Trata-se do risco do próprio negócio, resultado da oscilação comum do mercado ou da má gestão empresarial do agente privado. Essas causas, que em geral estão relacionadas à busca do lucro, finalidade inerente à iniciativa privada de mercado, não autorizam a alteração do contrato administrativo, embora possam interferir no equilíbrio econômico financeiro da relação contratual. Um exemplo de evento que pode ser classificado como álea ordinária é o erro de cálculo do particular ao elaborar sua proposta na licitação. A falha no planejamento e na quantificação dos encargos relativos à execução do contrato não pode servir de argumento para se pleitear o aumento da remuneração devida pela Administração, que, como dito alhures, não responde por tal desídia do particular”. (TCE/MG, Consulta nº 811.939, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, j. em 26.05.2010.)⁸ (destacamos)

Portanto não é cabível a revisão contratual com fundamento no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/93, visto que o mau planejamento na elaboração do preço caracteriza álea ordinária que deve ser suportada exclusivamente pelo contratado.

2. O segundo fato alegado pela contratada para a revisão do valor pago pela Administração foi a edição do Decreto 13.591/13 que alterou o valor máximo a que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeições nas prisões.

⁸ MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 65, inc. II, alínea “d” categoria Tribunais de Contas. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

Mas aqui, embora a contratada tenha tratado impropriamente como fato gerador da revisão, a mudança promovida pelo referido Decreto está atrelada ao *reajuste* do contrato, conforme pode ser observado da cláusula décima, item 10.3, pois teve como objetivo corrigir o valor máximo que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeição nos seus estabelecimentos prisionais levando em conta a variação inflacionária.

Então é necessário analisar (i) se é possível conceder o reajuste em razão do Decreto nº 13.591/13, (ii) em que momento ele pode ser concedido e (iii) qual índice deve ser utilizado.

O contrato estabelece na cláusula décima (DO PAGAMENTO), item 10.3, que *“o reajustamento de preços fica condicionado às alterações do decreto Estadual nº 13.031 de 04/08/10. O valor constante da nota fiscal/fatura, quando da sua apresentação, não sofrerá qualquer atualização monetária até o efetivo pagamento.”*

Logo, de acordo com essa cláusula, o reajuste devido ao contratado está atrelado à alteração no Decreto Estadual nº 13.031/10. E como o Decreto em referência foi revogado pelo Decreto nº 13.591/13, que estabeleceu o novo teto do valor que o Estado está disposto a pagar por diária de refeições nos seus estabelecimentos penais, em tese, seria possível o reajuste do valor do contrato cujo objeto guarde referência ao tema do Decreto.

Resta saber, agora, se esse reajuste pode ser efetivado nesse momento.

O art. 40, XI, da Lei 8.666/93 estabelece que o edital deve obrigatoriamente prever o *critério de reajuste*, enquanto o art. 55, III, do mesmo diploma legal o elenca como cláusula necessária do contrato, nos seguintes termos:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos

envelopes, e indicará, *obrigatoriamente*, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;”

“*Art. 55. São cláusulas necessárias* em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os *critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços*, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;” (destacamos)

E, de acordo com o art. 2º, *caput* e § 1º e o art. 3º, § 1º, ambos da Lei 10.192/2001 *o reajuste somente pode ocorrer após 01 (um) ano, contado da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento, in verbis:*

“*Art. 2º É admitida estipulação* de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos *contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano*.

§ 1º *É nula* de pleno direito qualquer *estipulação de reajuste* ou correção monetária de *periodicidade inferior a um ano*.”

“*Art. 3º* Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º *A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento* a que essa se referir.” (destacamos)

Dessa forma, não obstante, em tese, possível o reajuste, este não se dá a qualquer tempo, somente podendo ser efetivado na data-base, considerada

esta como a data limite para o licitante apresentar a proposta de preço, pois é nesse momento que se vincula a ele.

No presente caso, como se trata de pregão, a data-base para efeito de reajuste do contrato é o dia em que foram realizados os lances – 24 (vinte e quatro) de setembro –, uma vez que nessa data o licitante vinculou-se definitivamente ao preço.

Essa é a interpretação que se extrai do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192/2001, sendo essa também a interpretação doutrinária, senão vejamos:

“A disciplina do reajuste foi objeto de modificações em virtude do Plano Real. Somente se admite reajuste após decorridos doze meses, com efeitos para o futuro. Segundo a nova sistemática, não se produz reajuste entre a data da proposta (ou do orçamento a que ela se refere) e a data da contratação. Computa-se sempre o prazo de doze meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que decorridos um ano da formulação da proposta.”⁹

Igualmente, o Tribunal de Contas da União, em consulta formulada pelo Ministério dos Transportes, manifestou-se de acordo com essa tese:

“22. As normas citadas quando da análise da primeira questão são claras ao *fixarem a data da apresentação da proposta ou da elaboração do orçamento como marco para os futuros reajustes contratuais* (§ 1º do art. 3º da Lei 10.192/2001 e art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93). Os já mencionados Acórdãos do Plenário (1703/2003 e 1563/2004) também apontam nesse sentido. Desta feita, seriam contra legem as interpretações que levem a fixar marco diverso.

[...]

29. *O procedimento correto, portanto, é aquele em que o reajuste seja referente à data em que se completou um ano daquela da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que ela se referir. Devendo os reajustes seguintes obedecer à mesma periodicidade anual,*

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002. p. 462.

tendo como referência sempre a mesma data-base. Assim, também manter-se-á o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido quando da realização do certame, respeitando-se o princípio da vinculação editalícia e a manutenção das condições originais da proposta (art. 55, inciso XI, da Lei 8.666/93).”¹⁰(destacamos)

Sendo assim, o reajuste pretendido pela contratada não pode ser implementado neste momento, mas apenas na data-base – 24 (vinte e quatro) de setembro –, que é o dia correspondente àquele em que realizou-se o pregão.

Falta definir então qual o índice de reajuste, vez que o contrato apenas vinculou o reajustamento à alteração do Decreto Estadual nº 13.031/10.

O reajuste no presente caso, para ser implementado, deve observar o disposto no art. 40, XI, da Lei 8.666/93 e no item 10.3 da cláusula décima do contrato.

E embora o item 10.3 da cláusula décima do contrato não tenha consignado expressamente qual índice deve ser adotado para reajustar o contrato, a sua leitura em conjunto com o citado dispositivo da lei geral de licitações leva à conclusão de que o índice do reajuste devido na data-base deve ser o mesmo que foi utilizado para atualizar o valor do Decreto nº 13.031/10. No caso, deve ser o mesmo índice adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto 13.591/13) o valor máximo que o Estado está disposto a pagar pela diária de refeição nos seus estabelecimentos penais.

Melhor dizendo, na data-base para o reajuste se aplicará sobre o valor do contrato o índice adotado para promover a alteração do valor da diária da alimentação através do Decreto nº 13.591/13 e assim se encontrará o valor devido ao contratado a partir de 24 de setembro de 2013.

¹⁰ Acórdão 474/2005-Plenário (AC-0474-14/05-P)



A título de exemplo, se o Estado paga R\$ 6,00 pela diária de refeição e o índice de reajuste adotado corresponde a 5%, este incidirá sobre aquele para se encontrar o valor reajustado que será, nesta exemplificação, de R\$ 6,30.

Dessa forma, manter-se-á o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conferindo ao contratado o devido reajuste, sem permitir que este obtenha indevida vantagem à custa do erário – como ocorreria se fosse adotada a tese do parecer de fl. 200/202.

A propósito, acerca dessa questão é preciso destacar que não está correta a orientação emanada do parecer da assessoria jurídica do órgão consulente, no qual se concluiu que o reajuste deve ser implementado para elevar o valor da diária paga atualmente (R\$ 4,94)¹¹ ao teto que o Estado se dispõe a pagar (R\$ 10,70), pois se estaria frustrando a finalidade da licitação realizada na modalidade pregão de alcançar o menor preço para a Administração (cf. consta no preâmbulo do edital – fl. 35).

Veja-se que não há vantajosidade para a Administração – princípio norteador da licitação e dos contratos – em realizar um certame em que se busca o menor preço, e que teve uma acirrada disputa em 351 lances, e menos de um ano depois de sua realização “reajustar” o valor do contrato para o máximo a que o Estado estaria disposto a pagar pelo serviço – concedendo, neste caso, um aumento para a contratada de mais de 100%.

Além disso, a alteração do valor do contrato na forma proposta no parecer viola o princípio da igualdade com os demais competidores na medida em que estes, por não preverem tamanha benesse, não ofereceram propostas mais vantajosas para a Administração.

A propósito, a conduta de elevar o valor da diária para o maior preço possível quando o certame realizado tinha como objetivo a contratação com

¹¹De acordo com a proposta vencedora da contratada.

aquele que ofereceu o menor valor pode ser enquadrada como infração administrativa, senão vejamos:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem *atos em desacordo com os preceitos desta Lei* ou visando a *frustrar os objetivos da licitação* sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Vale alertar ainda que, caso fosse implementado o reajuste na forma como orientado no parecer, se estaria conferindo à contratada um indevido privilégio que, em tese, poderia ensejar dano ao erário, sendo passível de ser enquadrada a conduta, se comprovada a existência de dolo, no tipo penal descrito no art. 92 da Lei 8.666/93¹², com as correspondentes sanções estabelecidas na mesma lei (arts. 83 e 84)¹³.

¹² “4. O tipo penal previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 exige do Administrador, ciente da ilegalidade, uma conduta no sentido de permitir ou dar causa à aferição de alguma vantagem indevida em relação a contrato pactuado com terceiro. [...]” (STJ, HC 202.937/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 17/09/2012)

“2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.” (STJ, APn .330/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2007, DJe 15/12/2008)

¹³ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1.º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2.º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.



Portanto, diante do exposto nesta manifestação, conclui-se que o reajuste – não a revisão – do valor do contrato, em tese, só será possível se e desde que vier a ser realizado em sua data base, fazendo incidir sobre o valor concreto do contrato o mesmo índice percentual adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto 13.591/13) o valor máximo pago pela diária de refeição nos estabelecimentos penais.

Outrossim, é necessário ressaltar que a adoção da conclusão externada parecer da assessoria jurídica do órgão consulente pode acarretar aos responsáveis pelo deferimento do reajuste naqueles termos a responsabilização nas esferas administrativa, criminal e civil, razão pela qual sugere-se que o órgão consulente seja orientado a observar o conteúdo desta manifestação nos reajustes a serem concedidos nos demais contratos com o mesmo objeto deste, originários do mesmo Pregão Presencial, e a rever os reajustes que eventualmente já tenham sido concedidos fora da data-base e/ou com a elevação pura e simples ao patamar máximo estabelecido no Decreto 13.591/13.

É a manifestação que submetemos à apreciação de Vossa Excelência.

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Rafael Koehler Sanson

Procurador do Estado

DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 268/2013

MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/PAA/Nº 121/2013

PROCESSO Nº

INTERESSADO:

ASSUNTO: Possibilidade de atender ao pleito da contratada no Contrato nº 68/2012, no sentido de reajustar o valor do contrato proposto em Pregão Presencial ao valor atual para diárias de refeição nos estabelecimentos prisionais civis do Estado fixado pelo Decreto Estadual nº 13.591/13, tendo em vista a alegada ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Vistos, etc.

1. Com fulcro no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, *aprovo* a MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAA/Nº 121/2013, de fls. 205-218, por mim vistada, da lavra do Procurador do Estado Rafael Koeller Sanson, para concluir o seguinte:
 - a) não é cabível a revisão contratual com fundamento no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, visto que o mau planejamento na elaboração do preço caracteriza álea ordinária que deve ser suportada exclusivamente pela contratada;
 - b) o reajuste – não a revisão – do valor do contrato, em tese, só será possível se e desde que for observada a periodicidade de 01 (um) ano, nos termos do art. 2º, caput e § 1º e do art. 3º, § 1º, ambos da Lei nº 10.192/2001;
 - c) o reajuste deverá ser efetivado em sua data base, a saber, a data limite para o licitante apresentar a proposta de preço, a qual no pregão coincide com o dia em que foram realizados os lances, em 24 de setembro; e
 - d) o índice de reajuste a incidir sobre o valor concreto do contrato deve ser o mesmo índice percentual que foi adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto nº 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto nº 13.591/13) o valor máximo pago pela diária de refeição nos estabelecimentos penais.

2. Cabe ainda salientar que a adoção da conclusão externada no parecer da assessoria jurídica do órgão consulente pode acarretar aos responsáveis pelo deferimento do reajuste naqueles termos a responsabilização nas esferas administrativa, criminal e civil (arts. 83, 84 e 92 da Lei nº 8.666/93), razão pela qual se sugere que o órgão consulente seja orientado a observar o conteúdo da manifestação ora aprovada e da presente decisão nos reajustes a serem concedidos nos demais contratos com o mesmo objeto deste, originários do mesmo Pregão Presencial, e a rever os reajustes que eventualmente já tenham sido concedidos fora da data-base e/ou com a elevação pura e simples ao patamar máximo estabelecido no Decreto nº 13.591/13.
3. À Assessoria do Gabinete para:
 - a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado acima referido e ao Procurador-Chefe da PAA;
 - b) dar ciência da manifestação analisada e da presente decisão à autoridade consulente, devolvendo-lhe os autos para as providências cabíveis.

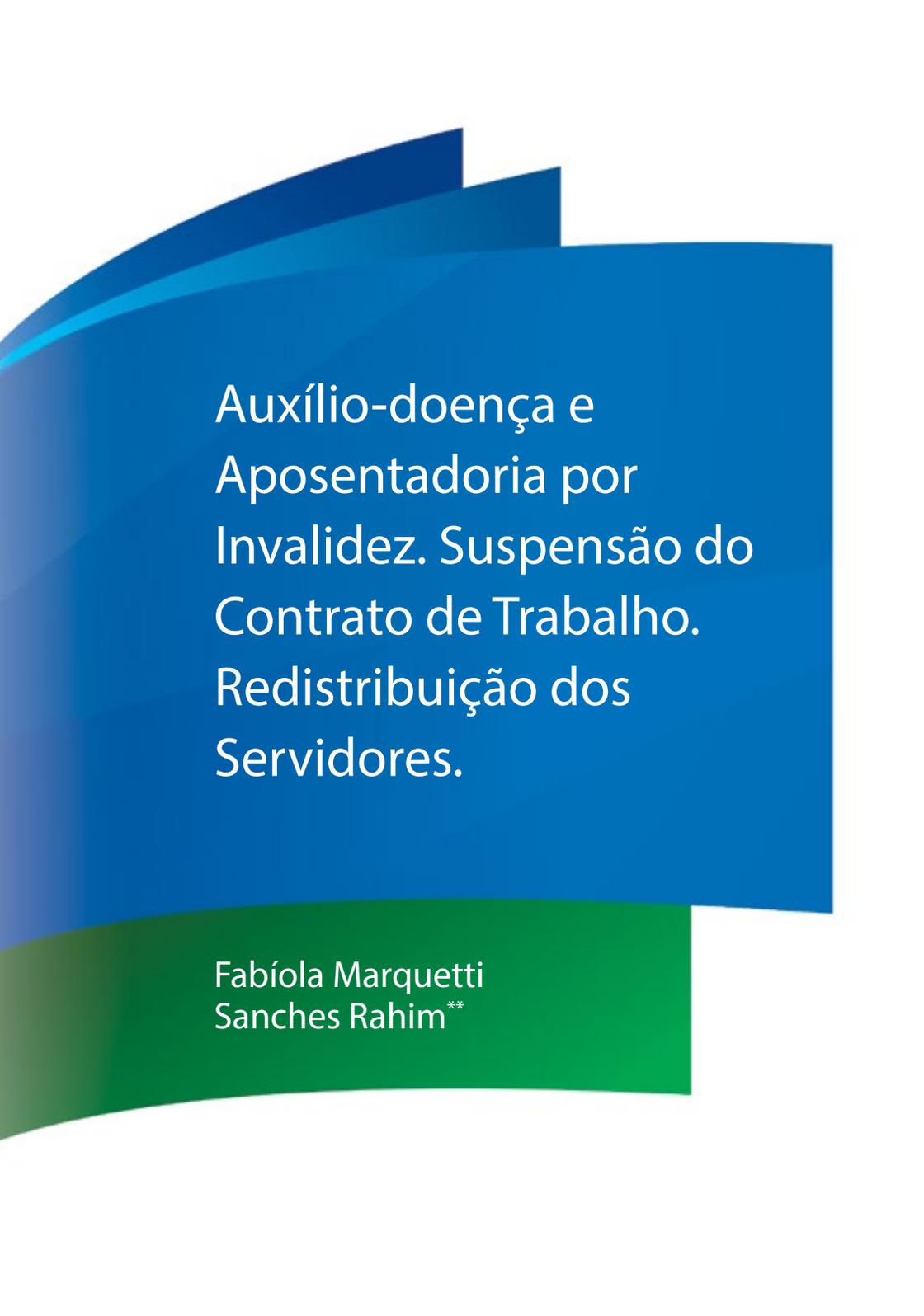
Campo Grande (MS), 01 de julho de 2013.

(original assinado)

Rafael Coldibelli Francisco

Procurador-Geral do Estado

Pareceres e Manifestações



Auxílio-doença e
Aposentadoria por
Invalidez. Suspensão do
Contrato de Trabalho.
Redistribuição dos
Servidores.

Fabíola Marquetti
Sanches Rahim^{**}

MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 051/2013

Processo nº xxxxxxxxx

Consultante: Secretária de Estado de Administração

Interessado: xxxxxxxxx

Assunto: Auxílio-doença e Aposentadoria por Invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Redistribuição dos servidores.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DE EMPREGADO PÚBLICO – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO INDETERMINADO – LIMITES INTERPRETATIVOS SÚMULA 160 TST – EMPRESA PÚBLICA SUCESSORA RESPONDE PELOS CONTRATOS DE TRABALHO SUSPENSOS.

A aposentadoria por invalidez não extingue o contrato de trabalho e é temporária nos termos da Súmula 160 TST.

Caso cesse a invalidez, o empregado público terá direito a retornar ao trabalho.

A Empresa Pública Sucessora responde pelos contratos de trabalho suspensos da antecessora.

Senhor Procurador-Geral do Estado

1. Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Secretária de Estado de Administração (f. 61 - verso) para orientação quanto à situação dos empregados públicos afastados de suas funções há mais de cinco anos em decorrência de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, ante a incerteza se estes seriam desligados ou teriam seus contratos suspensos, bem como sobre a possibilidade de redistribuição desses servidores lotados na Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio - EGRHD que fora transformada

** Ex-Promotora de Justiça no estado de Mato Grosso; Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2005; Coordenadora da Coordenadoria Jurídica da PGE na SAD.

(Lei [Estadual] nº 3.993/2010 que alterou a Lei [Estadual] nº 2.152/2000) em Empresa de Gestão de Recursos Minerais – MS-Mineral, a qual não possui quadro de pessoal, para a Secretaria de Gestão de Recursos Humanos - SEGRH, também criada pelas alterações introduzidas na Lei (Estadual) nº 2.152/2000.

Pois bem.

Os autos iniciam-se com a Comunicação Interna nº xxx/2010 – Unidade de Recursos Humanos - EGRHP (f. 02), que solicita determinação referente à vida funcional dos servidores em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez desde o ano de 1997.

Os autos foram encaminhados para a Assessoria Jurídica da EGRHP que através do PARECER/ASJUR/SEGRH nº 001/2011 (f. 12/13), entendeu que: a) no caso de aposentadoria por invalidez, o contrato de trabalho fica suspenso por cinco anos, conforme o artigo 475 da CLT c/c artigo 47, inciso I da Lei (Federal) nº 8.213/1991, Súmula 217 do STF e jurisprudências; b) que no caso de auxílio-doença o segurado será considerado como licenciado nos termos do artigo 476 da CLT, c/c os artigos 60, 62 e 63 da Lei (Federal) nº 8.213/1991 e de acordo com a jurisprudência; c) no que toca a rescisão de contrato do empregado falecido esta se dará na data do falecimento e; d) por fim, concluiu que em todos os casos citados na CI (f. 02) a rescisão indireta do contrato de trabalho está autorizada com base na legislação citada.

O assessor Jurídico da SEGRH concorda com o PARECER/ASJUR/SEGRH nº 001/2011 (f. 12/13), bem como acrescenta que a rescisão do contrato de trabalho em decorrência da aposentadoria por invalidez de empregado contratado sob o regime da CLT não possui posicionamento unânime nos Tribunais, porém, decisões recentes demonstrariam que o contrato de trabalho é rescindido após o transcurso de 05 (cinco) anos da data do início do benefício (f. 49).

Após, os autos foram encaminhados para a Secretária de Estado de Gestão de Recursos Humanos para deliberação (f. 50).



Ocorre que o RH/SEGRH em contato com a DIGERH, tomou conhecimento que haveria mais aposentadorias por invalidez com mais de cinco anos em outros órgãos do poder executivo, logo, encaminhou-se os autos para a Coordenadoria de Administração – SEGRH para análise e determinação (f. 51-53).

Assim, relacionados os servidores que estão aposentados por invalidez há mais de cinco anos (f. 54/55), os autos foram remetidos para a ASJUR/SEGRH (f. 56) para análise quanto à redistribuição dos servidores da EGRHD para SEGRH.

Por sua vez, a ASJUR/SEGRH exarou seu entendimento no sentido de que os órgãos que receberam as atribuições da EGRH, por força das alterações na Lei (Estadual) nº 2.152/2000 trazidas pela Lei (Estadual) nº 3.993/2010, podem receber por redistribuição os empregados daquela empresa, nos termos do art. 4º¹ da Lei (Estadual) nº 3.993/2010, bem como que os empregados não redistribuídos farão parte do quadro de pessoal da MS-Mineral em decorrência de sucessão natural, conforme dispõe o artigo 83, inciso II, d, da Lei (Estadual) nº 2.152/2000² (f. 57).

Destacou ainda que o artigo 4º da Lei (Estadual) nº 3.993/2010 estabeleceu o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a redistribuição de pessoal dos órgãos e das entidades que trata esta lei, o qual fora prorrogado por mais 120 (cento e vinte) dias, conforme Decreto (Estadual) nº 13.171 de 29 de abril de 2011.

¹ Art. 4º Os processos de transformação, alteração da denominação, a incorporação do patrimônio e a redistribuição de pessoal dos órgãos e das entidades de que trata esta Lei, deverão ser concluídos no prazo de 120 (cento e vinte) dias da vigência desta Lei, admitida a prorrogação por ato do Poder Executivo. (Obs: prazo prorrogado pelo Decreto nº 13.171, de 29 de abril de 2011)

Parágrafo único. O patrimônio da empresa pública transformada deverá ser incorporado, prioritariamente, aos órgãos ou às entidades que absorverem suas atribuições.

² Art. 83. Para a implantação da reorganização do Poder Executivo e visando atingir as metas de redução de despesa e o ajuste fiscal, ficam determinadas as seguintes medidas:

II - a transformação:

d) *da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul em Empresa de Gestão de Recursos Minerais, para a execução de atividades relacionadas à pesquisa, à assistência técnica, à preservação e à exploração de jazidas minerais do Estado; (acrescentada pela Lei nº 3.993, de 16 de dezembro de 2010)*

Foram os autos encaminhados à Diretoria Geral de Recursos Humanos/SAD para análise e orientação (f. 58), tendo em vista notícia de que foram identificados desligamentos em situações semelhantes, aparentemente em servidores da Fundação de Saúde, questionando qual procedimento deveria ser adotado, se desligamento ou redistribuição.

Por fim, fora exarada MANIFESTAÇÃO nº xxxxx/CJUR/DGRH/SAD (f. 59/60) que sugeriu encaminhamento do feito à PGE/CJUR/SAD para apreciação no que pertence às providências a serem adotadas, bem como se é possível redistribuir os servidores com contratos suspensos, em decorrência de gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, em data anterior à edição da Lei (Estadual) nº 3.993/2010.

É o relatório. Passamos à manifestação.

2. Desenvolvimento

A presente manifestação procurará responder à solicitação abordando os seguintes aspectos: (i) traçar o conceito de empregado público e o regime aplicável; (ii) conceituar auxílio-doença e aposentadoria por invalidez dos empregados públicos; (iii) suspensão do contrato de trabalho após a edição da Súmula 160 do TST, e o conseqüente desuso da Súmula 217 do STF; (iv) das hipóteses de extinção do contrato de trabalho do aposentado por invalidez; (v) da dispensa do empregado público após cessar a invalidez e; (vi) sobre a redistribuição desses empregados públicos.

2.1. Do empregado público e o Regime Geral de Previdência Social

Prima facie, convém conceituar que empregado público (no sentido amplo) é a pessoa física que mediante concurso público, presta serviços de forma pessoal e não eventual ao Estado e às entidades da Administração

Pública direta ou indireta (*autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista*), pelo regime celetista.

Registre-se que o artigo 12 da Lei (Federal) nº 8.213, de 24 de julho de 1991 dispõe que *“o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.”*

Logo, os empregados públicos vinculados à Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, que não estão inclusos no rol acima elencado – *empregados vinculados à empresas públicas e sociedades de economia mista* –, se filiam ao Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo INSS.

O empregado público, via de regra, trabalha nas Empresas Públicas, e nas Sociedades de Economia Mista - *Administração Pública Indireta*, mediante concurso, sem estabilidade.

Porém, os empregados públicos estão sujeitos aos princípios que norteiam a Administração Pública, são eles: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade, eficiência, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, todos constantes da Constituição Federal.

2.2. Do auxílio-doença do empregado público

O auxílio-doença é benefício previdenciário, constitucionalmente previsto no artigo 201 da Constituição Federal³, devido ao segurado-

³ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

empregado incapacitado para o trabalho ou para a sua atividade habitual, por mais de quinze dias consecutivos, nos termos do artigo 59 da Lei (Federal) nº 8.213/90, senão vejamos:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

De acordo com o §4º, do artigo 60, da Lei (Federal) nº 8.213/91⁴, se a incapacidade ultrapassar 15 dias consecutivos, o segurado-empregado será encaminhado à perícia médica do INSS para percepção do auxílio-doença.

O período em que o empregado se encontra afastado do trabalho em gozo de auxílio-doença é considerado como licença não remunerada pela empresa (artigo 476, da Consolidação das Leis do Trabalho⁵, e artigo 80, do Regulamento da Previdência Social – Decreto (Federal) nº 3.048/1999⁶).

Registre-se que existem dois tipos de auxílio-doença, o comum e o acidentário.

Para concessão do comum exige-se carência de doze contribuições. Já no caso da acidentária, o período de carência é isento.

⁴ Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

§ 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.

⁵ Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

⁶ Art. 80. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença é considerado pela empresa como licenciado.



O auxílio-doença comum ou previdenciário é aquele de origem traumática ou por exposição a agentes nocivos (físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes), que resulte em lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho.

Já o auxílio-doença acidentário é o que ocorre pelo exercício do trabalho, no caso do segurado empregado, exceto o doméstico, trabalhador avulso e segurado especial, e que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho ou a morte.

Além do acidente ocorrido nas instalações da empresa ou do ambiente do trabalho do segurado especial, é também considerado acidente do trabalho o ocorrido no trajeto residência-trabalho-residência; acidente ocorrido em outro local, inclusive viagem, desde que a serviço da empresa; doença profissional; doença do trabalho; doença por contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade, entre outros.

O segurado em gozo de auxílio-doença, quando considerado irrecuperável será aposentado por invalidez, nos termos do artigo 42 da Lei (Federal) nº 8.213/1990⁷.

⁷ Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

2.3. Da aposentadoria por invalidez do empregado público

A aposentadoria por invalidez, também constitucionalmente prevista no artigo 201 da Constituição Federal, é um benefício de prestação continuada de natureza previdenciária, restrita aos contribuintes, trabalhadores do sistema, o qual visa à proteção do trabalhador quando da impossibilidade de exercer trabalho por ter se tornado incapaz e insusceptível de reabilitação profissional para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, cujas regras para concessão foram instituídas pela Lei (Federal) nº 8.213/1991, regulamentada pelo Decreto (Federal) nº 3.048/1999, bem como pelo artigo 475 da CLT⁸.

Considera-se inválido aquele cujo estado físico ou mental o incapacita de prover seu sustento, à custa de seu trabalho.

Com efeito, a aposentadoria por invalidez somente é devida ao segurado quando este for considerado incapaz para a prática laborativa que garanta o sustento próprio ou familiar, estando ou não em gozo do benefício do auxílio-doença e que não seja suscetível de reabilitação laboral.

Duas são as espécies de aposentadoria por invalidez: a comum e a acidentária.

Para concessão da comum exige-se carência de doze contribuições. Já no caso da acidentária, o período de carência é isento.

⁸ Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

A incapacidade laboral deverá ser aferida mediante exames e inspeções a cargo do corpo médico do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, que expedirá laudo médico-pericial, facultando-se ao segurado, quando puder arcar com os custos, fazer-se acompanhar por médico de sua confiança.

Ressalte-se que o segurado, obrigatoriamente, a cada dois anos deverá submeter-se a exame médico a cargo do INSS com a finalidade de verificar a existência da aptidão para o trabalho, bem como a possibilidade de reabilitação laboral, nos termos do art. 46 do Decreto (Federal) nº 3.048/1999⁹.

Iniciada a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, surgem consequências relevantes perante o contrato de trabalho.

2.3.1. Da suspensão total do contrato de trabalho no curso da aposentadoria por invalidez

É sabido que a aposentadoria por invalidez deva ser considerada permanente, e, enquanto perdurar, o contrato permanece suspenso, porém há que se considerar a possibilidade de recuperação da capacidade laborativa, ou seja, ela não é definitiva e, portanto, caso o segurado recupere a capacidade laboral o benefício cessará, conforme dispõe o artigo 475 da CLT c/c art. 43 da Lei (Federal) nº 8.213/91, senão vejamos:

Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função

⁹ Art. 46. O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do Art. 497.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§ 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida:

- a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias;
- b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

§ 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário.

Assim, uma vez concedida a aposentadoria por invalidez, não há falar em extinção do contrato e do vínculo empregatício, mas na sua suspensão, compreendida a sustação total das obrigações recíprocas, até que sobrevenha a cessação dos motivos determinantes da incapacidade laboral que deu azo à aposentação.

Entrementes, embora haja divergência na jurisprudência, há que se considerar que o prazo de suspensão do contrato é igual ao da aposentadoria por invalidez, mesmo que superior a 5 (cinco) anos, nos termos da Súmula 160 do TST:

Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.

Logo, cancelada a aposentadoria, independente do tempo decorrido, o empregado tem direito a retornar ao emprego. Ao empregador, no entanto, é facultado indenizar o obreiro na forma da lei.

Portanto, a Súmula 160 do TST foi uma forma de proteger o trabalhador conservando o contrato de trabalho indefinidamente com a sua suspensão até que cesse a enfermidade ou ocorra o evento morte do segurado.

Havia corrente jurisprudencial no sentido de que a aposentadoria por invalidez suspendia o contrato pelo período máximo de 5 (cinco) anos, quando a aposentadoria se tornaria definitiva, rompendo o contrato de trabalho, nos termos da Súmula 217 do STF:

Tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos, a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.

Registre-se que a Súmula 217 do STF, editada em 1963, não foi revogada, nem substituída, porém após o enunciado da Súmula 160 do TST no ano de 2003, o seu uso não tem mais aceitação. Vejamos:

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO, MESMO SE ULTRAPASSADOS 5 ANOS. A Súmula 217 do C. STF foi editada em dezembro de 1963. Vigorava, então, a lei 3332/57, cujo artigo 4º, § 3º, previa que a aposentadoria por invalidez que completasse 5 anos convertia-se em definitiva. A situação foi alterada, com a vigência dos artigos 475 da CLT (com a redação de 1965) e 47 da Lei 8.213/91. Prevalece hoje a jurisprudência consolidada no C. TST, através de sua Súmula 160, fruto da Resolução nº121/2003, indicando que não se extingue o contrato suspenso pela aposentadoria por invalidez, mesmo após 5 anos. Processo: RECORD 3034200800902008 SP 03034-2008-009-02-00-8 Relator(a): MARIA DE LOURDES ANTONIO Julgamento: 21/07/2009 Órgão Julgador: 3ª TURMA Publicação: 07/08/2009

Parte(s) RECORRENTE(S): Maria de Souza Okamoto RECORRIDO(S): ASSOC BENEF E FILANT SAO CRISTÓVAO – HOS

Ora, a própria Previdência Social não considera definitiva a aposentadoria por invalidez após transcorridos 5 (cinco) anos, determinando o retorno do beneficiário ao trabalho. Por isso, a maioria dos julgados nos Tribunais adota o entendimento esposado pelo TST, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DISPENSA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RESTABELECIMENTO DAS VANTAGENS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.

Nos termos do caput do art. 475 da CLT, - o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício-. E, segundo se depreende do art. 47 da Lei 8.213/91, foram previstas duas situações distintas para retorno do empregado ao trabalho e para efeitos no pagamento do benefício previdenciário: I) quando a recuperação ocorrer dentro de cinco anos contados da data do início da aposentadoria por invalidez; II) quando a recuperação ocorrer após o período de cinco anos. Infere-se desses dispositivos legais, portanto, que o empregado não tem, pelo advento da aposentadoria por invalidez, seu contrato de trabalho extinto, mas suspenso. Nesse período, somente não são devidas obrigações incompatíveis com a ausência de prestação de trabalho, o que não ocorre, contudo, em relação à permanência do empregado no plano de saúde. Não sendo alterada a condição do empregado após cinco anos de percepção do benefício previdenciário - quando ainda pode retornar ao trabalho caso recupere sua capacidade laborativa, nos termos do art. 47, II, da Lei 8.213/91 -, não se justifica seja retirado dele o direito, por exemplo, de usufruir do plano de saúde, permanecendo a obrigação durante todo o tempo em que o obreiro se encontrar aposentado por invalidez. Ou seja, inexistente previsão legal de que a aposentadoria por invalidez converta-se em definitiva após cinco

anos, o que poderia afetar direitos devidos no curso do contrato de trabalho. Isso significa que o contrato de trabalho não se extingue com o decurso de cinco anos. Esse o entendimento que se depreende da Súmula 160/TST: -cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei-. Assim, irretocável a decisão proferida pela Corte de origem, que entendeu pelo restabelecimento das vantagens que eram concedidas aos economiários que atualmente encontravam-se aposentados por invalidez. Portanto, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido¹⁰. (grifamos)

Portanto, o empregador deve pautar sua conduta consoante entendimento majoritário, em especial, da Corte Superior, no sentido de que na legislação previdenciária atual, o decurso de cinco anos não torna definitivo o pagamento de aposentadoria por invalidez conforme artigo 42 da Lei (Federal) nº 8.213/91. Assim, enquanto perdurar a incapacidade e o consequente recebimento do benefício previdenciário, o contrato de trabalho do empregado estará suspenso nos termos do artigo 475 da CLT, bem como da Súmula 160 do TST.

Com efeito, vedado está o empregador de dispensar o empregado sem justa causa, não havendo como extinguir o contrato de trabalho durante a suspensão do mesmo, sob pena de pagamento da multa de 40% do FGTS.

¹⁰ Processo: AIRR 1123404220055050002 112340-42.2005.5.05.0002, Relator(a): Mauricio Godinho Delgado, Órgão Julgador: 3ª Turma, Julgamento: 29/08/2012, Publicação: DEJT 31/08/2012.

2.3.2. Das hipóteses de extinção do contrato de trabalho do aposentado por invalidez

No que pertine à extinção do contrato de trabalho dos aposentados por invalidez, em princípio só existem duas possibilidades.

A primeira forma de extinção ocorre quando o aposentado, ao fazer os exames periódicos a que é obrigado pelo INSS, obtém a recuperação da capacidade laborativa, podendo retornar ao emprego. Neste momento, o legislador no art. 475, §1º da CLT, bem como da Súmula 160 do TST, abre a possibilidade do empregador rescindir o contrato de trabalho mediante indenização ao trabalhador.

A segunda e última forma se dá apenas com a morte, quando o segurado não recupera a capacidade laborativa e vem a falecer.

Portanto, àquele que é inválido para o resto da vida, não há uma previsibilidade para o fim do contrato de trabalho, nos termos da Lei (Federal) nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Registre-se, ainda que, caso ocorra extinção da empresa ou da pessoa física empregadora (este último por falecimento), por óbvio que não há como o contrato de trabalho persistir, portanto extingue-se pela cessação da relação jurídica ante a ausência da parte contratante, conferindo direito ao segurado a todas as verbas rescisórias como se fosse dispensado sem justa causa.

2.4. Da dispensa do empregado público após cessar a invalidez

Os servidores públicos, nos termos da Constituição Federal, somente perdem os respectivos cargos diante das seguintes situações:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”

A constituinte de 1988 não incluiu os empregados públicos no art. 41, mas somente os servidores. A dúvida que remanesca era a respeito da aplicabilidade do instituto da estabilidade aos empregados públicos.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho assim sumulou seu entendimento a respeito da matéria:

“Súmula nº 390. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.”

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Assim, consoante este entendimento do col. TST, os empregados públicos podem ser divididos, para fins didáticos, em duas classes: de um lado os empregados que exercem atividades nos órgãos públicos da administração direta, autarquias e fundações e, de outro, aqueles que trabalham para empresas públicas e sociedades de economia mista.

O TST fixou interpretação de que os primeiros são estáveis, desde que atendam aos requisitos estabelecidos, ao passo que aos últimos a estabilidade é negada.

Pacificada pela mais alta corte trabalhista brasileira a falta de estabilidade do empregado público das entidades da Administração Indireta submetidas ao regime de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). A discussão que se apresenta é se o ato de demissão de tais empregados públicos necessita de fundamentação.

O entendimento do col. TST de que a demissão do empregado público não precisa de motivação, restou consignada na Orientação Jurisprudencial nº 247, da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I) que apregoa:

“Orientação Jurisprudencial nº 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; 2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.” Em princípio, a motivação é necessária para os atos vinculados e para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública.”

Destarte, o entendimento sedimentado nas Cortes Trabalhistas é no sentido da aplicação da Súmula nº 390 do eg. TST e da OJ nº 247 da SBDI-I.

Vejamos:



“RECURSO DE REVISTA. DESPEDIDA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 247 DA SBDI-1 DO TST. Segundo a diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 247, I, da SBDI-1 do TST, a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. Logo, a revista merece provimento, para adequar a decisão regional à jurisprudência desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.”

(Processo: RR - 958-25.2010.5.03.0002 Data de Julgamento: 31/08/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011).

Inicialmente o STF posicionou-se em consonância com o entendimento firmado pelo col. TST, no sentido de que é prescindível a motivação do administrador público na dispensa do empregado de sociedade de economia mista ou empresa pública exploradora de atividade econômica admitido previamente mediante concurso.

Porém, em 2010 a matéria foi submetida, vez mais, ao crivo da Corte Máxima, como objeto do recurso extraordinário interposto pela Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, sob a sistemática da repercussão geral, em face de acórdão prolatado pelo col. TST em que se discutia se a recorrente, ECT, empresa pública prestadora de serviço público, deveria ou não motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados.

Colhe-se do RE 589.998-PI que o colendo TST, reputara ser inválida a despedida de empregado da recorrente, ao fundamento de que “a validade do ato de despedida estaria condicionada à motivação, visto que a empresa goza das mesmas garantias atribuídas à Fazenda Pública”.

Ao aviar o recurso, a empresa pública mencionada suscitara afronta aos artigos 41 e 173, § 1º, da Constituição Federal, aduzindo que “a deliberação a respeito das demissões sem justa causa seria direito potestativo da empresa”, e que o acórdão do TST teria interferido “na liberdade existente no direito trabalhista, por incidir no direito das partes pactuarem livremente entre si”.

O relator do processo, Min. Ricardo Lewandowski, concluiu por negar provimento ao recurso da ECT, sustentando que *“o dever de motivar o ato de despedida de empregados públicos, admitidos por concurso, aplicar-se-ia a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, por não serem alcançadas pelo art. 173 da Lei Fundamental”*.

Recentemente julgado pelo eg. STF (20/3/2013), o mérito recursal, por maioria de votos, o Plenário da col. Corte deu provimento parcial ao recurso para assentar que *é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista tanto da União, quanto dos estados, do Distrito Federal e dos municípios*.

Inobstante, o Colendo STF reconheceu ser inaplicável o instituto da estabilidade no emprego aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, na esteira do entendimento propugnado pelo eg. TST.

Assim, a questão inerente à estabilidade é crucial quando do retorno do empregado público aposentado por invalidez.

Consoante a evolução jurisprudencial da matéria, em sendo o empregado público (também designado de servidor celetista) vinculado à Administração Direta ou às Autarquias e Fundações da Administração Indireta, estará protegido contra a despedida imotivada em função da garantia insculpida no art. 41, §1.º e incisos de I a III da Constituição Federal.

Assim, para estes, a perda do cargo se dará, a exemplo do que ocorre com os servidores de vinculação estatutária, se, e somente se (i) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (ii) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa e, finalmente, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”

Nesse caso, ao retornar da aposentadoria por invalidez, a estes fica assegurado o direito à função que ocupavam ao tempo da aposentadoria,

porém não se aplica à possibilidade do Estado ou ente estatal rescindir sem justa causa seu contrato mediante indenização.

Porém, os empregados públicos das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, exploradoras de atividade econômica, - *por se sujeitarem ao regime jurídico próprio das sociedades privadas* -, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, não são destinatários da estabilidade a que se refere o art. 41 da CF.

Nesse caso conforme a recentíssima orientação do pleno do STF, nos autos de (RE589.998-PI) ficou assentado, nos termos do voto do Ministro Relator, aplicar-se o dever de motivar formalmente os atos demissionários para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, por não serem alcançadas pelo art. 173 da Lei Fundamental.

2.5. Sobre a redistribuição dos empregados públicos da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio que fora transformada em Empresa de Gestão de Recursos Minerais (MS-Mineral) para a Secretaria de Estado de Gestão de Recursos Humanos

A questão ora posta em exame reside na consulta formulada, em tese, acerca da possibilidade ou necessidade de redistribuição dos empregados públicos – com contratos suspensos pela aposentadoria por invalidez – para a SEGRH.

Os empregados públicos da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio com contrato suspenso em decorrência de aposentadoria por

invalidez não foram redistribuídos para a Secretaria de Estado de Gestão de Recursos Humanos no prazo estabelecido pelo artigo 4º da Lei Estadual nº 3.993/2010 justamente porque não estavam em atividade.

Em decorrência da transformação da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio - EGRHP, na Empresa de Gestão de Recursos Minerais (MS-Mineral) esses servidores permaneceram vinculadas à empresa sucessora das obrigações da EGRHP (informação na fl. 58). O que está correto do ponto de vista legal.

Assim, tendo em vista que a empresa na qual os servidores estavam trabalhando à época da suspensão dos contratos não foi extinta (o que poderia dar causa à rescisão desses contratos de trabalho), mas tão somente transformada em outra empresa (ou seja, houve uma sucessão nas responsabilidades empresariais), tais empregados públicos devem continuar vinculados à MS-Mineral (empresa sucessora), não existindo razão, nem permissivo legal, que ampare uma redistribuição para Secretaria de Gestão de Pessoal, na administração direta do Estado.

O fato da empresa MS-Mineral não dispor de quadro de pessoal (f. 58) não a impede de manter esses contratos de emprego suspensos, pois não estão ativos.

Porém, acaso esses empregados públicos voltem a ter aptidão para o trabalho, poderá a administração da empresa MS-Mineral, ou quem seja responsável pela sua gestão, adotar uma das medidas indicadas alhures, quais sejam: assegurar o retorno ao posto de trabalho junto à empregadora ou terem seus contratos rescindidos, desde que devidamente motivados, com o pagamento das verbas rescisórias de direito (porque se trata de empresa pública e não há direito à estabilidade).

É a manifestação que submetemos a vossa apreciação.

Campo Grande, MS, 29 de julho de 2013.

Fabiola Marquetti Sanches Rahim

Procuradora do Estado

Coordenadora da CJUR-SAD

DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 323/2013

MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 051/2013

Processo nº xxxxxxxx

Consultante: Secretária de Estado de Administração

Interessados: xxxxxxxxx

Assunto: Auxílio-doença e Aposentadoria por Invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Redistribuição dos servidores.

Ementa: APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DE EMPREGADO PÚBLICO – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO INDETERMINADO – LIMITES INTERPRETATIVOS SÚMULA 160 TST – EMPRESA PÚBLICA SUCESSORA RESPONDE PELOS CONTRATOS DE TRABALHO SUSPENSOS.

A aposentadoria por invalidez não extingue o contrato de trabalho e é temporária nos termos da Súmula 160 TST.

Caso cesse a invalidez, o empregado público terá direito a retornar ao trabalho.

A Empresa Pública Sucessora responde pelos contratos de trabalho suspensos da antecessora.

Vistos, etc.

1. Com fulcro no 8º, XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, aprovo a Manifestação/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 051/2013, por mim vistada, de fls. 63-83, da lavra da Procuradora do Estado Fabiola Marquetti Sanches Rahim, que apresentou as seguintes conclusões relativas ao caso concreto:
 - a) uma vez concedida a aposentadoria por invalidez, não há se falar em extinção do contrato de trabalho e do vínculo empregatício, mas na sua suspensão, compreendida a sustação total das

- obrigações recíprocas, perdurando tal status até que sobrevenha a cessação dos motivos determinantes da incapacidade laboral que deu azo à aposentação;
- b) o decurso de cinco anos não torna definitivo o pagamento de aposentadoria por invalidez conforme artigo 42 da Lei (Federal) nº 8.213/91. Assim, enquanto perdurar a incapacidade e o consequente recebimento do benefício previdenciário, o contrato de trabalho do empregado estará suspenso nos termos do artigo 475 da CLT, bem como da Súmula 160 do TST;
 - c) a extinção do contrato de trabalho do aposentado por invalidez pode se dar: i) com o evento morte do segurado ou ii) com a rescisão contratual após a recuperação da capacidade laborativa e retorno ao emprego, desde que devidamente motivados, com o pagamento das verbas rescisórias de direito (porque se trata de empresa pública e não há direito à estabilidade);
 - d) os empregados públicos das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, exploradoras de atividade econômica, - por se sujeitarem ao regime jurídico próprio das sociedades privadas -, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, não são destinatários da estabilidade a que se refere o art. 41 da CF;
 - e) conforme a recentíssima orientação do pleno do STF, nos autos de (RE589.998-PI) ficou assentado, nos termos do voto do Ministro Relator, o dever de motivar formalmente os atos demissionários para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, por não serem alcançadas pelo art. 173 da Lei Fundamental;
 - f) tendo em vista que a empresa na qual os servidores estavam trabalhando à época da suspensão dos contratos não foi extinta (o que poderia dar causa à rescisão desses contratos de trabalho), mas tão somente transformada em outra empresa (ou seja, houve uma sucessão nas responsabilidades empresariais), tais empregados públicos devem continuar vinculados à MS-Mineral (empresa sucessora), não existindo razão, nem permissivo legal, que ampare uma redistribuição para Secretaria de Gestão de Pessoal, na administração direta do Estado;
 - g) o fato da empresa MS-Mineral não dispor de quadro de pessoal

- (f. 58) não a impede de manter esses contratos de emprego suspensos, pois não estão ativos;
- h) acaso esses empregados públicos voltem a ter aptidão para o trabalho, poderá a administração da empresa MS-Mineral, ou quem seja responsável pela sua gestão, adotar uma das medidas indicadas alhures, quais sejam: assegurar o retorno ao posto de trabalho junto à empregadora ou terem seus contratos rescindidos, desde que devidamente motivados, com o pagamento das verbas rescisórias de direito (porque se trata de empresa pública e não há direito à estabilidade).
2. *Acrescento* apenas que conforme constou na MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 055/2013, aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 321/2013, o alcance da idade limite para aposentadoria compulsória (70 anos para homem e 65 para mulher) determina a extinção do contrato de trabalho, conforme jurisprudência do Colendo TST (RR – 986/2006-008-15-40.5), não se podendo falar em dispensa imotivada para atrair o direito à parcela de 40% do FGTS e ao aviso-prévio.
3. À Assessoria do Gabinete para:
- a) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado manifestante na CJUR-SAD e à COPGE;
- b) dar ciência da manifestação apreciada e da presente decisão à autoridade consultente, devolvendo-lhe os autos para as providências cabíveis.

Campo Grande (MS), 6 de agosto de 2013.

Original Assinado

Rafael Coldibelli Francisco

Procurador-Geral do Estado