



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ¹

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: **SSP N.º 10.539/1989**

INTERESSADO: **JOSÉ WELLINGTON PEIXOTO DA SILVA**

ASSUNTO: **CONTAGEM DE TEMPO. AFASTAMENTO POR PRISÃO.**

DÚVIDA QUANTO À CONTAGEM DE PERÍODO DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE PRISÃO. AO FUNCIONÁRIO ABSOLVIDO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO É APLICÁVEL POR ANALOGIA, O DISPOSTO NO INCISO XIII, DO ART. 78, DA LEI ESTATUTÁRIA CIVIL. CONSEQÜENTEMENTE, O PERÍODO DE AFASTAMENTO É COMPUTÁVEL PARA OS FINS PREVISTOS EM LEI.

PARECER PA N.º 49/2004

Por solicitação da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública (fl. 147), vêm os autos a esta Procuradoria para exame e parecer (fl. 148) quanto à contagem do tempo relativo ao afastamento por motivo de prisão de servidor público. A questão aflorou em razão de pedido do interessado de concessão da sexta-parte (fl. 41), constatando-se em sua tramitação que o mesmo ficou afastado, com amparo no art. 70, da Lei 10.261, de 1968, no período de 27.1.2000 a 5.8.2000. Apurou-se que o interessado foi processado por infração ao art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, datando o delito que lhe foi imputado de 27.1.2000, tendo sido absolvido pelo Tribunal do Júri da Comarca da Praia Grande, neste Estado, com fundamento no art. 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal (fls. 64/79).

O órgão policial informou (fl. 98) que a norma estatutária (art. 70, § 1º) apenas considera a absolvição para efeito de restituição da diferença de vencimentos. Invocando parecer do órgão jurídico e o despacho normativo governamental de 30.3.1990 asseverou que "*a absolvição só terá relevância se a decisão judicial for fundamentada pela negativa de existência do fato ou de autoria*" (fl. 98). Embora tenha esse período de afastamento sido computado para efeito de promoção, a origem propôs a oitiva da



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO² PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública para esclarecer “se o referido período deverá ou não ser contado para efeito da sexta parte, assim como para as demais vantagens do cargo (adicionais, licença prêmio, férias promoção e aposentadoria), com base na decisão absolutória constante de fls. 64/76” (sic, fl. 98 verso).

Vieram para os autos o registro funcional do interessado (fls. 107/108) e cópias de peças do processo criminal (fls. 110/115), do Parecer 152/03 exarado pelo órgão jurídico da Pasta no Processo GS 203/02, em nome do interessado, opinando por sua absolvição em processo administrativo (fls. 116/117), da decisão secretarial que o absolveu (fl. 118), da resolução que o considerou afastado e da que declarou cessado o afastamento (fls. 119/120).

Ouvida, a Consultoria Jurídica da Pasta, reportando-se ao Parecer PA-3 n. 152/93 (cópia a fls. 123/138), entendeu que

“o período em que o interessado permaneceu preso e afastado do serviço público, nos termos do art. 70 da Lei 10.261/68, não deve ser considerado como tempo de serviço, sendo que, no que diz respeito às férias, conforme entendimento da PA3, deverá ser aplicado o art. 176, § 3º, do Estatuto” (fls. 140/141).

Referiu-se ao art. 78, inciso XIII, da lei estatutária, mas recusou sua aplicação analógica ao caso, porque, em tema de concessão de vantagens, a interpretação deve ser restritiva (fl. 141). Acentuou que a administração deve pautar-se pelo princípio da legalidade e que, na espécie, “*não há autorização expressa da lei para que se conte o tempo de afastamento por prisão como tempo de serviço para todos os efeitos, mesmo sendo o servidor absolvido a final*” (fl. 141). Dissentiu a chefia do órgão jurídico (fls. 142/145), propondo a oitiva da área de consultoria da Procuradoria Geral por não ter detectado qualquer precedente a respeito (entendeu ela que o Parecer PA-3 n. 152/93 examinou hipótese de servidor condenado e não absolvido) e pela repercussão que a exegese pode ter em casos similares.

É O RELATÓRIO. OPINO.

Deve ser consignado, desde logo, que o registro funcional do interessado consigna dois afastamentos, ambos com fundamento no art. 70 do estatuto funcional civil: um no período de 27.1.2000 a 5.8.2000, que é o debatido nestes autos, e outro no período de 25.2.2001 a 17.4.2001, que não foi objeto de consideração e a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ³ PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

respeito do qual nada consta nos autos. Portanto, sem prejuízo deste segundo afastamento vir a ser esclarecido e considerado para os devidos efeitos, a presente manifestação ater-se-á ao primeiro deles, à vista da documentação entranhada no feito.

Servidor público estatutário, o interessado, em decorrência de sua prisão, foi beneficiado pelo disposto no art. 70 da Lei 10.261, de 1968, que considera *“afastado do exercício do cargo até condenação ou absolvição passada em julgado”* o funcionário que for preso em flagrante, preventivamente, pronunciado ou condenado por crime inafiançável. Durante esse afastamento, ele *“perceberá apenas 2/3 (dois terços) do vencimento ou remuneração, tendo direito à diferença, se for, a final, absolvido”*.

A questão debatida nos autos refere-se à contagem desse tempo de afastamento para fins aposentadoria e vantagens pecuniárias (adicionais, sexta-parte) e licença-prêmio. Ao regular os efeitos administrativos da prisão do funcionário, a regra do art. 70 da lei estatutária contempla as hipóteses dela ser anterior à condenação (em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia) e subsequente ou em continuidade a ela, mas que não seja de natureza a determinar a demissão do funcionário (§ 2º). Para ambas, prevê o afastamento até a absolvição passada em julgado (caso de prisão em flagrante, preventiva ou por pronúncia) ou até o cumprimento total da pena (caso de condenação definitiva que não enseje a demissão), assegurando ao funcionário, em qualquer hipótese, a percepção de 2/3 (dois terços) do vencimento ou remuneração. No entanto, se absolvido da acusação, confere-lhe a lei o direito à percepção da diferença (1/3) do vencimento ou remuneração.

Essas disposições não servem, à evidência, para amparar a contagem de tempo para qualquer efeito que seja, porque regulam, apenas, a questão estipendiária. Prestam-se, no entanto, para remarcar a nítida distinção de efeitos que a lei estabelece para a hipótese de absolvição penal do funcionário, além de revelar, insofismavelmente, não ser a prisão fator suficiente para dissolver ou suspender o vínculo jurídico mantido com o Poder Público.

No capítulo que trata da contagem de tempo (art. 76 e seguintes), o legislador indicou os afastamentos que considerou como *“de efetivo exercício para todos os efeitos legais”* (art. 78), entre os quais não arrolou o afastamento motivado pela prisão do funcionário. Portanto, a interpretação literal das disposições relativas à contagem de tempo conduz o intérprete à inferência de que o período de afastamento por motivo de prisão não se conta como de efetivo exercício.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ⁴ PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

No entanto, para hipótese fática extremamente similar à do art. 70, o estatuto considera como “*de efetivo exercício, para todos os efeitos legais, os dias em que o funcionário estiver afastado do serviço em virtude de afastamento por processo administrativo, se o funcionário for declarado inocente*” (art. 78, XIII). Ou seja, ainda que afastado do exercício de suas funções por decisão da autoridade administrativa competente encarregada do processo administrativo disciplinar, a absolvição do funcionário nesse processo transforma em exercício ficto o período de afastamento e, portanto, computável como tal para todos os efeitos previstos em lei.

A semelhança das situações fáticas é incontraditável. Na hipótese do art. 70 há afastamento por ato de autoridade judicial que ordena a prisão, situação impeditiva do exercício funcional; no caso do art. 78, inciso XIII, ocorre o afastamento por ato de autoridade administrativa por considerá-lo necessário à apuração das faltas cometidas, situação igualmente obstativa do exercício; no afastamento por motivo de prisão, o funcionário fica privado de 1/3 (um terço) da remuneração, mas a absolvição assegura-lhe o direito à percepção da parte suprimida; na suspensão preventiva, também ele deixa de receber idêntica parcela de sua remuneração, mas, se inocentado, terá direito à diferença não paga (art. 267).

Ao mesmo fato - afastamento do exercício funcional - a lei confere efeitos idênticos: supressão de 1/3 (um terço) da remuneração; a outro fato idêntico - a absolvição - também ela outorga o mesmo direito: a percepção da diferença remuneratória não paga. Resta a contagem do tempo decorrente da situação de afastamento: enquanto os arts. 70 e 78 nada dispõem sobre o que emerge da prisão, o inciso XIII, do art. 78, e o inciso I, do art. 267, do mesmo estatuto, concedem ao funcionário suspenso preventivamente, se inocentado, o direito ao cômputo do respectivo período.

Apesar do parecer de fls. 139/141 haver sustentado a inaplicabilidade do estatuído pelo inciso XIII, do art. 78, à situação fática retratada pelo art. 70, fincado no princípio de legalidade, sou de opinião que sua aplicação é perfeitamente viável.

Penso caracterizada a lacuna legislativa. Como sustentei no Parecer PA-3 n. 3/1994, quando examinada hipótese de prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar, impõe-se não olvidar os preceitos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 e o art. 126 do Código de Processo Civil. Aquele estatuinto que, omissa a lei, “*o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”; este vedando se exonere o magistrado de sentenciar ou despachar sob alegação



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ⁵ PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

de lacuna ou obscuridade da lei, caso em que, no julgamento da lide, “recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES (Curso de Direito Civil, 6ª ed., 1988, vol. I, p. 150) ensina que “o fundamento da analogia repousa neste antigo adágio romano: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*”, acrescentando:

“A sua base não se encontra na identidade dos fatos jurídicos, senão na da ratio legis. Por isso, a sua fonte não é a vontade do legislador, senão os supremos princípios da igualdade jurídica, exigindo a regulamentação de casos semelhantes por normas semelhantes, consoante as exigências íntimas do Direito positivo”.

A interpretação analógica, na hipótese examinada, não encontraria óbice no princípio da legalidade que norteia a administração pública. CARLOS MEDEIROS DA SILVA, ancorado em autores de escol, considerou-a possível no campo do direito administrativo (RDA 3/301 e 6/239) e HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., 1992, p. 40) também a admite, *verbis*:

“A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista, mas compreendida em seu espírito.”

A aplicação analógica do art. 78, inciso XIII, da lei estatutária, afasta a incidência, no caso, do despacho governamental de 30.3.1990, que se refere a situação diversa regulada por outras disposições legais.

Assim, o referido período de afastamento é computável para fins de aposentadoria. É certo que o art. 40 da Constituição da República, na redação que lhe foi dada pela Emenda 20, de 15.12.1998, ou seja, anterior ao afastamento, alterou o regime previdenciário estatal, que passou a ser contributivo. A partir de então, para efeito de inatividade, não mais se considera o tempo de serviço mas sim o de contribuição para o sistema previdenciário. Ocorre que a norma constitucional dependia para sua integral aplicação de legislação ordinária que, efetivamente, instituisse o regime contributivo, a qual, no Estado de São Paulo, apenas recentemente foi editada. Daí atuar o art. 4º da referida emenda prescritor de que “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**”. Por conseqüência, desde a referida emenda até o



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO⁶ PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

advento da legislação infraconstitucional que instituiu a contribuição previdenciária, o tempo de serviço, que a legislação de cada ente público reputa computável para a inatividade, passou a ser contado como de contribuição. De outra parte, se o legislador estadual houvesse, logo após a alteração constitucional, criado essa contribuição, certamente teria o interessado contribuído para o sistema previdenciário estatal mediante seu desconto do valor da remuneração por ele então percebida nos termos do art. 70 da lei estatutária estadual. Por qualquer desses enfoques, aquele período de afastamento deve ser contado para a inatividade.

Também o é para efeito de adicionais por tempo de serviço, inclusive o da sexta-parte, à vista do estatuído pela Constituição do Estado, que outorga a vantagem a quem perfaça 20 (vinte) anos de efetivo exercício. A aplicação analógica do art. 78, inciso XIII, da lei estatutária, considera aquele afastamento como tal, *em razão da absolvição* do interessado.

Como tempo de efetivo exercício é o mesmo período computável para fins de promoção, finalidade para a qual a origem já o considerou. Da mesma forma para fins de licença-prêmio, tendo em vista que na esfera administrativa o interessado foi inocentado no processo administrativo a que respondeu, sem prejuízo da observância do estatuído pela parte final do art. 215 da Lei 10.261, de 1968.

Para efeito de férias ele também é computável, respeitada a norma do art. 176, § 3º, da lei estatutária, que as reduz a 20 (vinte) dias na hipótese por ela contemplada, para a qual são consideradas, inclusive, as faltas justificadas. Note-se que a aplicação dessa disposição estatutária foi endossada pelo Procurador-Geral mesmo em caso de servidor condenado por decisão definitiva (Parecer PA-3 n. 152/93 - fls. 123/138).

É o parecer, sub censura.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2004.

ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO

PROCURADOR DO ESTADO NÍVEL V

OAB/SP 24.975



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo: SSP/DGP nº 10539/89

Interessado: JOSÉ WELLINGTON PEIXOTO DA SILVA

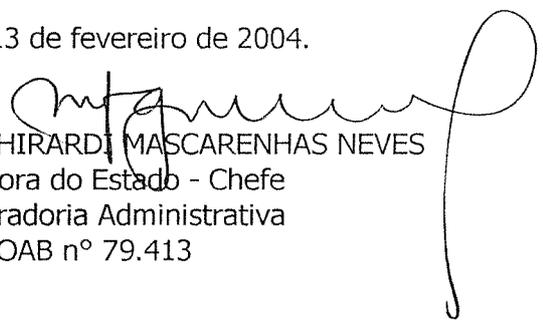
PARECER PA nº 49/2004

De acordo com o Parecer PA nº 49/2004.

Deve-se salientar o Despacho Normativo do Governador, de 30.3.90, não se aplica às hipóteses de *afastamento* de servidores públicos.

Transmitam-se os autos à elevada consideração da Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria.

PA, em 13 de fevereiro de 2004.


MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES
Procuradora do Estado - Chefe
da Procuradoria Administrativa
OAB nº 79.413



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PROCESSO: SSP Nº 10.539/1989
INTERESSADO: JOSÉ WELLINGTON PEIXOTO DA SILVA
ASSUNTO: CONTAGEM DE TEMPO

Ron
mpo

O tema em debate diz respeito à possibilidade de contagem de período de afastamento por motivo de prisão de servidor público, posteriormente absolvido por decisão judicial transitada em julgado, para fins de aposentadoria, vantagens pecuniárias (adicionais e sexta-parte) e licença-prêmio.

O Parecer PA n.º 049/2004, devidamente aprovado pela Chefia da Especializada, ao invocar interpretação analógica em face da lacuna legislativa defende a aplicação do artigo 78, inciso XIII, da Lei Estadual n 10.261/68 ao caso em exame, afastando a incidência do Despacho Governamental de 30.03.1990. Conclui, assim, em razão da absolvição do interessado, que o mencionado período de afastamento deve ser contado para a inatividade, para efeito de vantagens pecuniárias e promoção. Acrescentou, por fim, ser o período computável também para efeito de férias, respeitada a regra prevista no artigo 176, § 3º, da Lei nº 10.261/68, que reduz o período para 20 (vinte) dias na hipótese contemplada pela norma.

Com essas considerações, concordando com o Parecer PA n.º 049/2004, submeto a matéria à elevada consideração do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação.

Subg/Cons., 03 de março de 2004.

Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi

ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DE CONSULTORIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

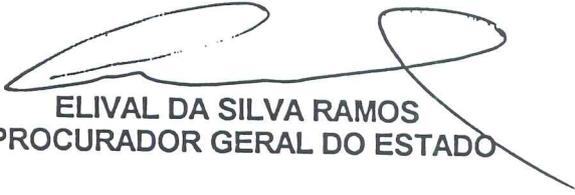
PROCESSO: SSP Nº 10.539/1989
INTERESSADO: JOSÉ WELLINGTON PEIXOTO DA SILVA
ASSUNTO: CONTAGEM DE TEMPO

RP
inpe.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado – Área de Consultoria, aprovo o Parecer PA n.º 049/2004.

Devolva-se o processo à Secretaria da Segurança Pública, por intermédio de sua D. Consultoria Jurídica, para ciência do parecer e adoção das providências necessárias.

GPG, de março de 2004.


ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO