



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo nº: IPESP – 52526/2007 (PGE 23752-552212/2007)

Parecer: PA nº 233/2008

Interessado: Paulo Barreto Barboza

Assunto: **FÉRIAS. PROCURADOR AUTÁRQUICO, SOB REGIME TRABALHISTA. AFASTAMENTO PARA CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO POSTERIOR. BENEFÍCIO NÃO INTEGRALMENTE USUFRUÍDO. INDENIZAÇÃO.**

O servidor celetista que, afastado para o exercício de cargo em comissão, retornar ao vínculo laboral uma vez exonerado daquele, faz jus à verba indenizatória correspondente às férias, ou parte das mesmas, a que tinha direito quando submetido ao regime estatutário, caso ainda não as tenha usufruído integralmente.

1 - O interessado em epígrafe, Procurador Autárquico com vínculo laboral em face do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP, mas ocupando provisoriamente cargo em comissão (Chefia) até 12 de abril de 2007, requereu à fl. 3 dos autos a percepção, em forma de pecúnia, de 27 (vinte e sete) dias de férias não gozadas ao longo daquele ano, em virtude de sua exoneração do referido cargo, razão pela qual retornou ao regime celetista a que anteriormente estivera sujeito.

2 – A autarquia, por sua Orientação Previdenciária, manifesta-se à fl. 6, informando que o requerente é Procurador Autárquico, pelo regime da CLT, foi Chefe (em cargo de comissão) de 6/6/2003 a 12/4/2007, e tem a seu favor, como



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

2

estatutário, um saldo de 26 dias de férias não usufruídas. O valor líquido do saldo foi apresentado à fl. 10: R\$ 5.872,16. Manifestação mais completa a respeito, à fl. 11.

3 – Às fls. 13/15, o Departamento de Atividades Complementares do IPESP expõe o contexto legal da matéria, invocando o art. 176 da Lei Estadual 10.261/68, o Decreto 39.907, de 3/1/95 e o Decreto 48.750/2004. Lembra também a orientação do Curso de Legislação de Recursos Humanos – Módulo 13, segundo a qual *“o servidor ocupante de cargo em comissão, com férias vencidas e não usufruídas, se exonerado a critério da administração, poderá pleitear o pagamento de férias em pecúnia, a título de indenização.”* Entende que o servidor tem direito à postulada indenização. Igualmente, o setor jurídico do IPESP considera procedente o pedido do interessado (fls. 16/18).

4 – Encaminhado o feito à Secretaria da Fazenda, o DDPE prestou a informação de fl. 22, declarando haver parecer da Consultoria Jurídica daquela Pasta no sentido de a competência para decidir sobre esses casos (não se tratando de servidor da Administração Centralizada) ser do Sr. Governador. A CJ, ouvida às fls. 23/27, reitera esse entendimento, o que veio a ser acatado pelo Titular da Pasta, que encaminhou o feito ao Sr. Governador (fl. 32).

5 – Na peça opinativa de fls. 36/37, da Assessoria Jurídica do Governo, solicitam-se determinadas diligências. A d. Chefia daquele órgão, todavia, às fls. 39/39, as considerou desnecessárias, aduzindo, por outro lado, que não se aplica à



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

3

espécie, em função da heterogeneidade dos regimes, o art. 178, Par. Único do Estatuto Funcional, e que, por conseguinte, o requerente faz jus ao que pleiteou, ou seja, à indenização em pecúnia pelas férias não gozadas: *“Em síntese, não se me afigura possível, do ângulo jurídico, que o benefício adquirido na constância do vínculo estatutário seja usufruído no âmbito da relação de emprego”*. Julga conveniente a oitiva da Procuradoria Administrativa.

6 – Remetido o feito à PGE (fl. 40), a Sra. Subprocuradora Geral para a Área de Consultoria, por fim, o encaminha a esta Especializada, para análise e parecer.

É o relatório. Opino.

7 – Algumas das questões relativas à situação de um servidor celetista que se afasta provisoriamente do vínculo laboral para exercer cargo submetido ao regime estatutário chegaram a ser enfrentadas pela Procuradoria Administrativa, a exemplo da examinada no Parecer PA nº 249/2006. Ali, especificamente, o que se pretendia esclarecer era se a nomeação de um empregado pertencente à Administração Indireta para o exercício de cargo público em comissão, na Administração Direta, implicaria suspensão ou interrupção do contrato de trabalho.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

4

8 – A d. prolatora da mencionada peça opinativa efetuou um minucioso exame da matéria, e permito-me, neste átimo, trazer à colação o seguinte texto de seu bem lançado parecer:

8. Com a vinda do presente Expediente Administrativo a esta Procuradoria Administrativa, a Assessoria Jurídica do Governo pretende que seja respondida a seguinte questão: a nomeação de servidor público submetido ao regime jurídico da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, pertencente à Administração Indireta, para o exercício de cargo público, em comissão, da Administração Direta, implica em suspensão ou interrupção de seu contrato de trabalho?

9. Segundo **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, *“São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”*. Compreendem: os servidores estatutários, os servidores trabalhistas e os servidores temporários.

10. Os servidores estatutários são os ocupantes de cargos públicos, que podem ser de provimentos vitalício, efetivo e em comissão, sujeitos ao regime jurídico estatutário, previamente implantado pela Administração para a qual prestam serviços.

11. No regime jurídico trabalhista, as relações jurídicas que se estabelecem entre os empregados públicos e a Administração Pública são disciplinadas pela CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, com as alterações decorrentes da Constituição Federal (Capítulo VII, do Título III). Nesse regime, o vínculo empregatício é de natureza contratual, comum, equiparando-se a Administração ao empregador particular, sem quaisquer prerrogativas especiais.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

5

Quando a Administração Pública Direta ou Indireta contrata seus servidores (em sentido amplo) pelas normas da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, despe-se de seu manto de império e equipara-se ao empregador privado, se obrigando às normas que regem os contratos de trabalho (TRT - 2ª R. - 4ª T. - RO n. 02980315332 - Rel. Afonso Arthur Neves Baptista - DOE 18/06/99).

12. Ainda, segundo **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, *“A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos **cargo**, **emprego** e **função** para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpre, pois, distingui-las.*

(...)

*Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de **cargos** criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração. Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao **cargo** e era atribuída ao **funcionário** público sob regime estatutário. Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão **emprego público** passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma **unidade de atribuições**, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos (...)”* que, no Estado de São Paulo, está contido na Lei nº 10.261/68, com redação alterada pela LC nº 942/03.

13. A investidura em **cargo** ou **emprego público**, no entanto, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração** (artigo 37, inciso II, da CF).

14. Isto porque, como afirma **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**: *“O cargo em comissão, ou de provimento em comissão, é aquele predisposto, ou vocacionado, a*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

6

ser preenchido por um ocupante transitório, da confiança da autoridade que o nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar. Por isso, diz-se que tais cargos são de livre provimento. Isto significa que a autoridade com poderes para preenchê-los pode nomear pessoa de sua escolha. Não há, pois, concurso para provimento de cargo em comissão. Assim como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, que tem poder para preencher o cargo, também o possui para, à sua vontade, desligar dele o ocupante. O fato de o cargo ser em comissão – atente-se bem – quer unicamente dizer que é predisposto a receber ocupante que nele não obterá fixidez. Sua permanência será sempre instável. Em consequência, é possível que alguém continue indefinidamente em um cargo em comissão – bastando para tanto que nunca seja desligado dele pela autoridade superior a cuja confiança deva responder – sem que com isto ganhe qualquer direito à persistência no cargo. Juridicamente, o cargo em comissão não comporta qualquer garantia de permanência porque é de confiança. (...) Os ocupantes do cargo em comissão são exoneráveis ad nutum.”.

15. Assim sendo, em tese, inexistente óbice jurídico à nomeação de servidor, ocupante de emprego público, da Administração Indireta, para o exercício de cargo em comissão, na Administração Direta.

16. Não obstante referido ato administrativo implique na modificação do vínculo jurídico por meio do qual o servidor nomeado se liga ao Estado (contratual para estatutário), cabe concluir que - praticado em prol do interesse público - não deve ser causa de extinção do contrato de trabalho, mas apenas de paralisação das atividades laborais.

17. A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho cuida da matéria referente à paralisação - momentânea ou prolongada - da prestação de serviços, pelo empregado, no seu Capítulo IV, intitulado “DA SUSPENSÃO E DA INTERRUPTÃO” (artigos 471 a 476).

18. A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho não define o que é suspensão e interrupção do contrato de trabalho. É a doutrina que o faz. Entre os doutrinadores pátrios, **AMAURI MASCARO NASCIMENTO** aponta a diferença existente nessas duas



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

7

figuras, na seguinte conformidade: "(...). *Suspensão do contrato de trabalho é a paralisação temporária dos seus principais efeitos, e interrupção do contrato é a paralisação durante a qual a empresa paga salários e conta o tempo de serviço do empregado. Embora autores estrangeiros, como Juan Pozzo, Paulo Pic, Paul Durand, Mário de La Cueva, Rivero e Savatier, não se preocupem em distinguir suspensão de interrupção do contrato de trabalho, a lei brasileira estabelece diferença no Capítulo IV do Título IV da CLT, denominação "Da Suspensão e da Interrupção". Se bem que utilize os dois vocábulos, a lei não define essas figuras. Segundo a doutrina, há suspensão quando a empresa não está obrigada a pagar salários e contar o tempo de serviço, e interrupção quando há o dever legal de remunerar o afastamento do trabalhador e continuar, normalmente, a correr a sua antiguidade. (...) Preferimos sustentar que melhor seria uma figura, a suspensão, em vez de duas figuras, suspensão e interrupção. Não há validade científica nessa distinção. Seus efeitos são apenas didáticos. Não é correto também dizer "suspensão do contrato", expressão que mantivemos porque assim é na doutrina preponderante. O contrato não se suspende. Suspende-se sempre o trabalho, tanto nas denominadas suspensões como nas interrupções. **Suspensa o trabalho, haverá alguns efeitos jurídicos. Esses efeitos são variáveis. Referem-se ao salário em algumas hipóteses mantido e em outras não, ao recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia, à contagem do tempo de serviço para fins de indenização, à contagem dos períodos aquisitivos de férias etc.**"*

19. Mas não é só. O mesmo autor observa, ainda, que: "*A CLT estaria atendendo a melhor critério se reunisse num só dispositivo todas as hipóteses de suspensão e interrupção e respectivos efeitos. Ficaria facilitada a sua aplicação e seriam afastadas divergência de interpretação, mesmo porque há hipóteses não previstas e outras insuficientemente disciplinadas, das quais faremos uma enumeração. Primeira, (...). Segunda, o exercício, pelo empregado, de cargos públicos, eletivos ou não, uma vez que a lei nada dispõe a respeito dos efeitos decorrentes dessa situação. É possível sustentar, em doutrina, que não deve ser imputado ao empregador o ônus desse afastamento, uma vez que resulta de motivos pertinentes à esfera de interesse do empregado com implicações em interesses públicos.(...) Outras hipóteses poderiam ser arroladas, tudo indicando a necessidade de uma revisão pelo legislador do sistema legal vigente.*"

20. VALENTIM CARRION, ao comentar a disposição do artigo 471, da CLT, também enquadra "o exercício de cargo público não obrigatório" como hipótese de suspensão das principais obrigações do contrato.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

8

21. Consoante se depreende dos textos doutrinários acima mencionados, a situação exposta neste Expediente Administrativo, embora não prevista em Lei, consubstancia hipótese de suspensão do contrato de trabalho, já que não se pode imputar ao empregador (entes da Administração Indireta) o ônus do afastamento (pagamento de salários e contagem de tempo de serviço).

22. Isto porque, no caso em exame, os empregadores são entes da Administração Indireta, todos com personalidade jurídica própria, dotados de autonomia administrativa e financeira. Se um servidor trabalhista é afastado das funções de seu emprego, na Administração Indireta, para ocupar um cargo, em comissão, num dos órgãos da Administração Direta, passa a prestar serviços à outra pessoa jurídica, ou seja, a outro "empregador", cujos atos não podem criar obrigações para o empregador original. Em conseqüência, não existe para o empregador original o dever legal de remunerar o afastamento.

23. A inexistência do dever legal de remunerar o afastamento na espécie, não autoriza, no entanto, a celebração de acordo entre o empregado (servidor trabalhista) e o empregador (entes da Administração Indireta) objetivando a interrupção do contrato de trabalho, com o fim precípua de auferir os benefícios dela decorrentes, sob pena de afronta aos princípios: a) da supremacia do interesse público sobre o privado; b) da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos e c) da legalidade.

24. Com efeito, a nomeação do servidor trabalhista, da Administração Indireta, para ocupar cargo em comissão, na Administração Direta, como acima exposto, implica necessariamente na alteração do seu regime jurídico, que de contratual passa a ser estatutário. No entanto, não decorrendo referido ato de investidura de imposição administrativa, mas sim de aceitação pessoal do servidor trabalhista, não pode o mesmo pretender assegurar, em detrimento do interesse público, por meio de acordo não previsto em lei, irredutibilidade de remuneração.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

9

25. De outra parte, como acima exposto, a lei ao criar o cargo público, estabelece sua denominação, suas atribuições e fixa o seu padrão de vencimentos ou remuneração, assim como faz com o emprego público. Não é permitido, portanto, que o exercício de cargo público seja remunerado – sem motivação legal – com remuneração fixada para emprego público, pois isto implica em transposição de direitos de um sistema (contratual) para outro (estatutário), ensejando o surgimento de um terceiro regime – um regime híbrido – contendo conjuntamente direitos estatutários e trabalhistas, por vezes conflitantes.

25.1. Como ensina **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**: *“(...) na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela. Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei. (...) Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; (...). A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. (...) A expressão “legalidade” deve, pois, ser entendida como “conformidade à lei, e sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção”, adquirindo então um sentido mais extenso.”.*

26. Em face destas razões, mostra-se forçoso concluir pela suspensão do contrato de trabalho, na hipótese objeto da presente consulta, com os efeitos previstos no artigo 471, da CLT, a exemplo do que ocorre em relação ao



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

10

empregado eleito para o cargo de direção, nos termos da Súmula nº 269 do TST.

27. Anote-se, ademais, que esta posição sempre foi adotada por esta Especializada nos Pareceres emitidos na matéria (PA-3 nº 139/96, PA nº 19/99 e PA nº 07/2006, pendente de aprovação), com respaldo na jurisprudência dos nossos Tribunais, dentre outras, como a colacionada, neste Expediente Administrativo, pela consulente.

9 – É forçoso reconhecer que o Parecer PA nº 249/2006 não chegou a ser aprovado superiormente. Tal circunstância, porém, não implicou tenha sido ele desaprovado. Deveras, mesmo obtendo o aval das Chefias imediata e mediata, o Sr. Procurador Geral do Estado houve por bem concluir que a questão específica suscitada no processo onde emitido aquele parecer já havia sido solucionada pela AJG, além do que entendeu não existirem elementos nos autos suficientes para que se firmasse uma orientação geral, tal como a propugnada na peça em questão. Sendo assim, creio que, s.m.j., as conclusões avançadas no PA nº 249/2006, longe de repelidas, poderiam servir de esteio futuramente para o fim de se equacionarem os problemas acarretados pelo afastamento de celetistas em cargos de comissão, como sucede na hipótese dos autos. No mesmo diapasão, adianto que estou plenamente de acordo com a indigitada peça opinativa, por seus próprios fundamentos.

11 – Ora, a conclusão no sentido de importarem tais afastamentos temporários em suspensão do vínculo laboral lastreia-se na completa heterogeneidade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA


11

de regimes (o trabalhista e o estatutário), de sorte que se o interessado em epígrafe voltou a submeter-se ao primeiro, eventuais benefícios que tenha auferido no segundo (e este é o caso das férias não totalmente usufruídas) não têm como ser suportadas por aquele, sob pena de se propiciar uma inaceitável confusão entre os dois sistemas. Ainda mais, implicaria – caso se admita que o interessado possa gozar suas férias estatutárias, ou o resto das mesmas, já dentro do período após o qual retornou ao regime celetista –, a necessidade de se ter por novamente suspenso o contrato de emprego, algo sem o menor amparo legal.

12 – Conseqüentemente, considero correta a ponderação apresentada na manifestação da d. Chefia da AJG, donde incontornável a conclusão de que procede o pleito indenizatório do interessado.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 30 de dezembro de 2008


MAURO DE MEDEIROS KELLER
Procurador do Estado
OAB/SP nº 104.885-B



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: DDPE-G Nº 443/05 - GDOC 1000101 -622869/05
EXP PB Nº 37.773/2005

PARECER: 249/2006

INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE DESPESA DE PESSOAL DO ESTADO

ASSUNTO: CARGO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO. SERVIDOR TRABALHISTA. A nomeação de servidor público submetido ao regime jurídico da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, pertencente à Administração Indireta, para o exercício de cargo público, em comissão, da Administração Direta, implica em suspensão ou interrupção de seu contrato de trabalho? Consulta formulada pela Assessoria Jurídica do Governo. Distinção doutrinária entre suspensão e interrupção do contrato de trabalho. Hipótese que se configura como de suspensão do contrato de trabalho, posto que inexistente o dever legal do empregador de arcar com o ônus do afastamento do servidor trabalhista do exercício das funções de seu emprego. Inviabilidade jurídica da realização, na espécie, de acordo entre empregado e empregador objetivando a interrupção do contrato de trabalho, com vistas a auferir os benefícios dela decorrentes, sob pena de afronta aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado; da indisponibilidade do interesse público e da legalidade. Posição com respaldo em manifestações administrativas e judiciais. Submissão da matéria à deliberação das Chefias Superiores da Instituição, para as providências cabíveis.



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1. Por meio do Ofício DDPE/G nº 443/2005, datado de 13/09/05, o Diretor do Departamento de Despesa de Pessoal do Estado formula consulta ao Procurador do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda do Estado, afirmando que servidores da Administração Descentralizada (Empresas - Fundações - Universidades), no exercício de cargos em comissão na Secretaria da Fazenda do Estado, que tenham optado pelos vencimentos da Administração Centralizada, recebem o PIQ - Prêmio de Incentivo à Qualidade, instituído pela LC nº 804, de 21/12/95, além da Gratificação de Representação (76%) e da Gratificação de Gestão e Controle do Erário Estadual (GECE).

1.1. Não obstante, como a LC nº 804/95 e alterações posteriores não contemplaram o cargo de Coordenador da Fazenda Estadual e outros de igual ou superior hierarquia, os servidores acima citados que vierem a substituir, nos impedimentos legal e temporário, os ocupantes desses mesmos cargos, não farão jus ao pagamento do PIQ - Prêmio de Incentivo à Qualidade, mas tão-somente ao pagamento da Gratificação de Representação (110%) e da Gratificação de Gestão e Controle do Erário Estadual (GECE).

1.2. O consulente afirma, outrossim, que, conforme orientação fixada no aditamento ao Parecer PA-3 nº 55/01, aprovado pela então Procuradora Geral do Estado, emitido em caso similar, a opção pelos vencimentos do cargo efetivo - em outra Secretaria - não retira do servidor o direito à percepção do PIQ - Prêmio de Incentivo à Qualidade, instituído pela LC nº 804/95, uma vez que solução inversa implicaria em punição do funcionário, por exercer, em substituição, cargo superior, obrigando-o até mesmo à devolução ao Erário do referido prêmio, auferido no período de substituição.

1.3. Assim sendo, o consulente ressalta que, em face das disposições dos artigos 23 e 24 e §§§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 10.261/68, a eventual



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

substituição do cargo de Coordenador da Fazenda Estadual por servidor que optou pelos vencimentos da Administração Descentralizada, no presente caso Diretor Técnico de Departamento da Fazenda Estadual, não importaria no pagamento de diferenças, mas sim na reposição do PIQ - Prêmio de Incentivo à Qualidade, no período de substituição, uma vez que o substituto, no referido interregno, perderá o vencimento ou a remuneração e demais vantagens pecuniárias inerentes ao seu cargo, representando, portanto, um ressarcimento ao erário estadual na ordem de R\$ 801, 13 (oitocentos e um reais e treze centavos), referente ao mês de julho de 2005.

1.4. Segundo o consultente, em princípio, o procedimento acima descrito configura-se injusto, posto que, como exemplificado, um Diretor Técnico de Departamento da Fazenda Estadual ao ser afastado para exercer as funções do cargo de Coordenador, que tem sob sua responsabilidade outras Diretorias Técnicas de Departamento, acaba sendo, por isto, prejudicado.

1.5. Solicita, assim, o consultente a indispensável orientação jurídica do competente órgão jurídico da Pasta da Fazenda do Estado, para o deslinde desta questão (fls. 2/4 e Parecer PA nº 55/2001, às fls. 5 a 22).

2. A Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda do Estado emitiu o Parecer nº 1.303/2005, com as seguintes conclusões:

"(...)".

4. O PRÊMIO DE INCENTIVO À QUALIDADE (PIQ), privativo dos servidores pertencentes ao quadro da SECRETARIA DA FAZENDA, foi instituído pela Lei Complementar nº 804, de 21 de dezembro de 1995, alterada pelas LC 831/97 e 887/2000. (...).

(...).

5. Note-se que o artigo 5º da Lei Complementar Estadual 804/95, acima transcrita, remete ao artigo 32 da Lei Complementar estadual 700/92, a indicação das



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

hipóteses de afastamento do servidor, sem prejuízo do recebimento do PIQ. Da mesma forma, o art. 9º, do Decreto Regulamentar 40.787, de 19 de abril de 1996, assim estabelece:

(...)

6. Do teor dos transcritos dispositivos normativos, podem ser extraídos os pressupostos indispensáveis ao recebimento da vantagem pecuniária denominada "Prêmio de Incentivo à Qualidade - PIQ", que aqui se cogita. São eles: pertencer o servidor a uma das classes indicadas no Anexo de Lei Complementar 804/95 (artigo 1º); estar o servidor em exercício nas unidades da Secretaria da Fazenda (artigo 1º); submeter-se o servidor a avaliação do resultado das atividades por ele desenvolvidas, já que é com base nessa avaliação que o prêmio é atribuído (artigo 4º)

7. Bem se vê que a função de Coordenador ou corretata, mesmo que no âmbito desta Secretaria, não integra o rol daqueles com direito à percepção do Prêmio de Incentivo à Qualidade, previstos na Lei 804/95 bem como, o afastamento para exercer tal função não integra o rol taxativo constante do art. 32 da LC 700/92.

8. Somada aos outros dois fatores, a ausência de avaliação do servidor, hábil à atribuição do "PIQ" pertinente ao período de sua designação junto à Coordenadoria, constitui óbice ao recebimento da respectiva vantagem pecuniária.

9. Estando, portanto, a situação hipotética apresentada ao desabrigo da lei, é defeso ao Administrador atribuir-lhe, mesmo que no percentual mínimo, o prêmio instituído pela Lei Complementar 804/95.

10. É evidente, que o servidor designado para exercer as funções de Coordenador junto a esta Pasta NÃO tem direito ao Prêmio de Incentivo à Qualidade (PIQ). Em contrapartida, terá direito a receber as vantagens próprias da função de Coordenador.

11. Apesar das conclusões retro me parecerem as mais acertadas, para evitar dissonância em relação a eventual posicionamento adotado no Estado, no que tange a recebimento de benefícios decorrentes de vínculo funcional, em hipóteses de afastamentos de cargos para exercício de funções não retribuídas com o PIQ, proponho a oitiva da "Unidade Central de Recursos Humanos" da Casa Civil do Estado de São Paulo, acerca da matéria versada no expediente."

(fls. 23/ 28, dos autos).



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

3. A Unidade Central de Recursos Humanos prestou a Informação nº 030/06, esclarecendo, preliminarmente, o seguinte: "(...) que a questão relativa à substituição é prevista nos artigos 7º, § 3º, e 80 a 83 da Lei Complementar nº 180, de 12/5/78, e no artigo 17 da Lei Complementar nº 700, de 15/12/92.

No tocante à opção pelos vencimentos, o artigo 19 da Lei Complementar nº 700/92, assim estabelece:

"Artigo 19 - O servidor ocupante de cargo ou função-atividade abrangido pelo Plano de Cargos, Vencimentos e Salários, que estiver ocupando ou que vier a ocupar cargo em comissão, remunerado nos termos do sistema retributório ora instituído, ou de sistema retributório da Lei Complementar nº 556, de 15 de julho de 1988, poderá optar pelos vencimentos ou salários correspondentes ao cargo efetivo ou à função-atividade de que é ocupante." (g.n.).

E quanto à questão do Prêmio de Incentivo à Qualidade, por força do artigo 21 da Lei Complementar nº 975, de 6 de outubro de 2005, as classes de Chefe de Gabinete, Coordenador da Fazenda Estadual e Diretor Técnico de Divisão de Saúde ficaram incluídas no Subanexo 3, do Anexo a que se refere o artigo 4º da Lei Complementar nº 831, de 17/10/97, no Grupo V, ou seja, somente a partir de 1º de setembro de 2005, passaram a fazer jus ao PIQ."

3.1. Posto isto, referido Órgão prosseguiu na análise da matéria em debate, ponderando o seguinte:

"(...)

Ocorre que a questão principal deste expediente refere-se às vantagens pecuniárias que um empregado de empresa ou fundação, afastado, "sem prejuízo de salários e demais vantagens", para o exercício de cargo em comissão junto a órgão da administração direta, faz jus, uma vez que a opção pelo salário da entidade de origem lhe é facultada por liberalidade da Administração.

Vale transcrever os artigos 450 e 471 da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim estabelecem:



PROCURADURIA ADMINISTRATIVA

"Art. 450 - Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior .

...

Art. 471 - Ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa."

Até então, era do nosso conhecimento que nas situações da espécie - empregado de empresa/fundação nomeado para cargo em comissão - é concedido gratificação de representação, em consonância com o disposto no artigo 135, inciso III, da Lei 10.261/68, e Decreto nº 34.666/92, com alterações posteriores.

Tal concessão parece-me razoável, se considerarmos que o exercício de cargos de gabinete ou de coordenação ou direção impõem despesas extraordinárias para o servidor e que essa vantagem se destina à cobertura desse dispêndio.

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles - "Direito Administrativo Brasileiro" - 29ª edição - a gratificação de representação de gabinete pertencente à categoria gratificação de serviço (propter laborem) - "aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida ou saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor."

Se considerarmos que o ilustre administrativista identificou duas modalidades de gratificações, quais sejam: gratificação de serviço e (propter laborem) e gratificação pessoal (propter personam), por certo, a Gratificação de Gestão e Controle do Erário Estadual - GECE também pertenceria à primeira categoria.

Ocorre que, em decorrência da política salarial adotada, tanto a GECE quanto o Prêmio de Incentivo à Qualidade - PIQ (embora este seja concedido por prazo certo e determinado) integram a remuneração dos servidores regidos pela Lei Complementar nº 700/92, em exercício na Secretaria da Fazenda, assim como a dos inativos, na forma prevista no artigo 3º da Lei



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Complementar nº 804/95, alterada pelas Leis Complementares nºs 831/97 e 952/03, o que nos leva a concluir que não se aplicam àqueles que, embora exerçam cargo em comissão regido pela referida lei complementar, tenham optado pelos salários de empresa ou fundação, pois sua remuneração não é regida pelas normas estaduais que prevêem a possibilidade de opção pelos vencimentos do cargo efetivo ou da função-atividade de que é ocupante.

O pagamento de vantagens pecuniárias àqueles que tenham efetuado opção por salários de empresa/fundação, além de pouco recomendável, dada a inexistência de previsão legal, parece-nos de todo injusta, posto que acentua as desigualdades salariais para os que exercem o mesmo cargo, desestimulando aqueles que percebem seus vencimentos de acordo com os planos de cargos e salários vigentes.

Vale lembrar, ainda, a prática adotada na Administração de não efetuar pagamento de substituição, nos casos em que os vencimentos do substituto, em razão de vantagens incorporadas aos seus vencimentos, são maiores do que o do cargo substituído, ou seja, quando não existe diferença a ser paga, a substituição é exercida sem qualquer acréscimo nos vencimentos do substituto.

Assim, diante das conclusões contidas no Parecer nº 1303/200, da Consultoria Jurídica, da Secretaria da Fazenda e das questões abordadas por esta Unidade, propomos o encaminhamento do presente à douta Assessoria Jurídica do Governo.”

(fls. 29/34, 35 e 36, dos autos).

4. A Assessoria Jurídica do Governo emitiu, primeiramente, o Parecer nº 1071/2006, aduzindo às manifestações precedentes o seguinte:

“(…)”

a) o precedente (PA-3 nº 55/2001 - fls. 5/22) trazido à colação pelo órgão consulente não é idêntico nem tão similar ao caso sobre o qual se consulta, em tese e em termos gerais, às fls. 2/4, uma vez que nele se trata de funcionária pública efetiva, regime estatutário, ocupante do cargo de Executivo Público I, da COESPE, pertencente ao Quadro da Secretaria da



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Administração Penitenciária, afastada e nomeada em comissão, para exercer o cargo de Auditor, da Secretaria da Fazenda.

Ou seja, cargos do mesmo regime (estatutário), e da mesma pessoa jurídica (Estado de São Paulo), ao contrário da consulta (regimes jurídicos diferentes - CLT e estatutário; diferentes pessoas jurídicas - Estado e entidades descentralizadas com personalidade jurídica própria).

b) A consulta é formulada em tese à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, possivelmente para orientação aplicável, em geral, a toda a Administração nos casos que menciona. Essa atividade está mais afeita à Procuradoria Geral do Estado, quer pela Constituição Estadual (artigo 99, inciso II), quer pela Lei Complementar n° 478, de 18 de julho de 1986 (artigos 2°, inciso III, e 21, inciso I), como função institucional de consultoria e assessoria jurídica do Poder Executivo e da Administração em geral. É verdade, no entanto, que a consulta foi formulada à Consultoria Jurídica da origem, e não a esta Assessoria, que se manifesta incidentalmente a pedido do órgão da Casa Civil.

(...)

d) Por outro lado, sabe-se que a CLT não prevê a figura do "afastamento", como disciplinado nas leis estatutárias, como os artigos 64 e seguintes da Lei n° 10.261, de 28 de outubro de 1968. Também é outro o regime de gratificações na CLT.

De acordo com a orientação fixada pela Procuradoria Geral do Estado, dentre outros no Parecer PA n° 268/2002, na mesma linha e por solicitação formulada no Parecer AJG n° 1.028/2002, sobre este particular aspecto, "o afastamento desses servidores para a assunção de cargo público acarretou a cessação temporária do contrato de trabalho por eles mantido com os respectivos empregadores."

Diferenciando (conforme Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Saraiva, 2000, p. 238) suspensão (quando não há nem trabalho nem remuneração) de interrupção (quando não há trabalho mas o empregado continua a receber o salário) do contrato de trabalho, no caso acima referido pelos pareceres PA e AJG os interessados continuaram a receber salários da origem percebendo da Administração Centralizada apenas gratificação de representação.



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Entretanto, como se apontou no Parecer AJG nº 1.028/2002, o vínculo entre os interessados e o Estado era (e é) exclusivamente estatutário, enquanto suspenso ou interrompido o contrato de trabalho, e se assim não fosse, não poderia a eles ser atribuída nem mesmo gratificação de representação ou outra de origem estatutária: não há norma que possibilite aos celetistas enquanto tal o recebimento dessa vantagem (o mesmo se diga de outras gratificações próprias do regime estatutário), conforme vários precedentes da PGE (p. ex. os PA-3 36/91, 190/93, 126/96) e desta própria Assessoria (AJG 110/98 e 169/99).

Em suma, para que possamos emitir eventualmente parecer conclusivo sobre a matéria (é bem verdade que a consulta originariamente foi dirigida à Consultoria Jurídica da Pasta e não a esta Assessoria Jurídica), se envolver casos concretos, é necessária a complementação da instrução pela origem, como referido no subitem "c" deste item 6, sem embargo sugerimos, como se fez no Parecer AJG nº 1.028/2002, aprovado pela Chefia desta Assessoria, a submissão do expediente à Procuradoria Geral do Estado, por se tratar, também como lá, de matéria de interesse geral da Administração, e ainda por já haver aquela entidade se manifestado sobre casos similares ou correlatos como os supracitados PA-3 nº 55/2001 e PA nº 268/2002."

(fls. 39/45 e cópias dos Pareceres AJG nº 136/98 - fls. 46/58 e 59/60; nº 1.028/2002 - fls. 61/70 e 71; Pareceres PA nº 268/2002 - fls. 72/79, 80, 81/85 e 86, dos autos).

5. Ainda, no âmbito da Assessoria Jurídica do Governo, foi emitido, conforme determinação contida à fl. 87, o Parecer nº 1.369/2006, que concordou com as conclusões apresentadas, pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda do Estado, após a análise do tema específico objeto da consulta formulada pelo Diretor Técnico de Departamento da Fazenda do Estado, no sentido de que o servidor que vier a substituir ocupante de cargo de chefia ou direção somente fará jus ao PIC - Prêmio de Incentivo à Produtividade se o cargo do substituído estiver mencionado no Anexo de que cuida a LC nº 804/95, alterada pelas LC nº 831/97, nº 887/2000 e nº 975/2005, que esteja em exercício nas unidades da Secretaria da Fazenda, já que aquele é atribuído com base na avaliação dos resultados das atividades do servidor. Incidindo, na hipótese, a regra contida no § 2º do artigo 23 da Lei nº 10.261/68.



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

5.1. De outra parte, referido Parecer citou - para dela discordar - a afirmação da Unidade Central de Recursos Humanos de que: "(...) a questão principal deste expediente refere-se às vantagens pecuniárias que um empregado de empresa ou fundação, afastado, "sem prejuízo de salários e demais vantagens", para o exercício de cargo em comissão junto a órgão da administração direta, faz jus, uma vez que a opção pelo salário da entidade de origem lhe é facultada por liberalidade da Administração." (fl. 32, 2º parágrafo).

5.2. A mencionada divergência encontra-se consignada, no Parecer nº 1.369/2002, nos seguintes termos:

"(...), ousamos divergir da Unidade Central de Recursos Humanos quando afirma que a opção do servidor da Administração Descentralizada pela remuneração da origem constitui mera liberalidade da Administração. A Administração Pública deve atuar, entre outros princípios, com respaldo no princípio da legalidade, inscrito no artigo 111 da Carta Paulista. E, em relação ao assunto em questão, a norma de opção inserida no arcabouço legal do Estado se encontra no artigo 8º da Lei Complementar nº 209/79 que alterou a Lei Complementar nº 180/78 e apenas assegurou essa possibilidade de opção ao funcionário de cargo efetivo, ou em disponibilidade, ou ao servidor ocupante de função-atividade de natureza permanente, quando vier a exercer cargo de provimento em comissão na Administração paulista. No caso dos empregados da Administração Centralizada, regidos pelo regime da CLT, a condição de servidor público não lhe confere iguais aos do funcionário público. Nesse sentido, o disposto no artigo 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos, especialmente em seu parágrafo único, ao estabelecer que: os direitos, vantagens e regalias dos funcionários públicos só poderão ser estendidos aos empregados das entidades da Administração Centralizada na forma que a lei estabelecer. Assim, haveria que se buscar fundamento na legislação que rege o vínculo trabalhista daqueles servidores, ou seja, a CLT.

21. A CLT prevê duas formas de afastamento dos empregados, que se encontram nos artigos 471 a 476, denominadas suspensão e interrupção do contrato de trabalho. Permitimo-nos quanto a essas distinções fazer remissão à análise doutrinária, elaborada no bojo do Parecer PA nº 268/2002, especialmente a fls. 76/78. E, como ressaltado naquela manifestação, em ambas o contrato continua vigente mas as obrigações principais das partes ou não são exigíveis (suspensão), ou são exigíveis parcialmente (interrupção). Concluiu-se naquele parecer que, embora o autor ali mencionado, Valentim Carrion, classificasse como de suspensão o caso de afastamento para exercício de cargo público não obrigatório (onde as obrigações não são exigíveis), as partes haviam afastado a



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

interrupção do liame trabalhista ao lidar com as hipóteses de afastamento de empregados da Administração Descentralizada para exercerem cargos em comissão na Administração Direta, pois que os salários e eventuais outras verbas continuavam a ser pagos pela empresa ou fundação de origem, sendo que da Administração Centralizada esses servidores vinham percebendo apenas (naquele caso) a gratificação de representação. O parecer de fls. 72/80 foi devidamente aprovado pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 81/83).

22. Parece-nos, no entanto, que se a empresa privada, em relação a seus empregados, possa admitir outras hipóteses de interrupção de contrato de trabalho além daquelas que obrigatoriamente deve aceitar pois que derivam da lei que rege as relações trabalhistas, e que isto constitui ato de liberalidade, no caso das fundações ou empresas públicas, que lidam com recursos públicos, essa liberalidade não pode existir pois que estão adstritas a atuar dentro dos termos da lei, visto que os princípios estabelecidos pelo artigo 37 da Constituição Federal são de observância obrigatória da Administração Pública Direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

23. Assim, a nosso ver, as partes em questão - Administração Direta e a fundação ou empresa pública (Administração Indireta), não poderiam ajustar a interrupção do liame trabalhista do servidor que é afastado para exercício de cargo público, em comissão, junto à Administração Direta.

24. Convém acrescentar que o Tribunal Superior do Trabalho, ao analisar hipótese de afastamento de servidora do Tribunal Regional do Trabalho da Sétima Região para assumir cargo comissionado em outra repartição, embora estivesse a examinar naquele caso, a concessão ou não de licença-prêmio por assiduidade, destacou, referendando a decisão do Tribunal Regional, que "o período celetista de afastamento para assunção de cargo comissionado em outra repartição, importa em suspensão do contrato de trabalho, com imediata repercussão de seus efeitos jurídicos;" Citou, no bojo da mencionada decisão lições de Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho Delgado no tocante às conseqüências da suspensão do contrato de trabalho. E entre elas, a ausência de pagamento dos salários. Tal entendimento foi manifestado no julgamento do processo RMA-2885/2004-000-07-00, sendo a decisão publicada no DJ de 30 de setembro de 2005 (cópia anexa).

25. Assim sendo, e afastada desde logo a hipótese de liberalidade da Administração quanto à possibilidade de o servidor originado da Administração Descentralizada (regime celetista) poder optar pela remuneração de seu cargo de origem, o que é



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

facultado apenas aos funcionários públicos (regime estatutário), como corolário do princípio da legalidade, a nosso ver o assunto estaria a merecer nova análise da Procuradoria Administrativa quanto a se tornar de hipótese de interrupção do liame trabalhista, tendo em vista a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho, o que nos leva a, desde já, propormos o encaminhamento dos autos à Procuradoria Geral do Estado."

(fls. 89/97 e cópia de jurisprudência às fls. 98/103).

6. Com a aprovação da Chefia da Assessoria Jurídica do Governo (fl. 104) e após a ciência da Unidade Central de Recursos Humanos (fls. 105/106), os presentes autos, por determinação do Assessor Chefe da Assessoria Técnica do Governo, foram encaminhados à Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 21, inciso I, da LC nº 478, de 18/07/86 (fl. 107).

7. Assim sendo, conforme determinação da Subprocuradora Geral do Estado - Área da Consultoria, os presentes autos vêm a esta Procuradoria Administrativa, para exame e parecer (fl. 108).

É o relatório, opinamos.

8. Com a vinda do presente Expediente Administrativo a esta Procuradoria Administrativa, a Assessoria Jurídica do Governo pretende que seja respondida a seguinte questão: a nomeação de servidor público submetido ao regime jurídico da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, pertencente à Administração Indireta, para o exercício de cargo público, em comissão, da Administração Direta, implica em suspensão ou interrupção de seu contrato de trabalho?

9. Segundo **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, *"São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração*



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

paga pelos cofres públicos".¹ Compreendem: os servidores estatutários, os servidores trabalhistas e os servidores temporários.

10. Os servidores estatutários são os ocupantes de cargos públicos, que podem ser de provimentos vitalício, efetivo e em comissão, sujeitos ao regime jurídico estatutário, previamente implantado pela Administração para a qual prestam serviços.

11. No regime jurídico trabalhista, as relações jurídicas que se estabelecem entre os empregados públicos e a Administração Pública são disciplinadas pela CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, com as alterações decorrentes da Constituição Federal (Capítulo VII, do Título III). Nesse regime, o vínculo empregatício é de natureza contratual, comum, equiparando-se a Administração ao empregador particular, sem quaisquer prerrogativas especiais. Quando a Administração Pública Direta ou Indireta contrata seus servidores (em sentido amplo) pelas normas da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, despe-se de seu manto de império e equipara-se ao empregador privado, se obrigando às normas que regem os contratos de trabalho (TRT - 2ª R. - 4ª T. - RO n. 02980315332 - Rel. Afonso Arthur Neves Baptista - DOE 18/06/99).

12. Ainda, segundo **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, "*A Constituição federal, em vários dispositivos, emprega os vocábulos cargo, emprego e função para designar realidades diversas, porém que existem paralelamente na Administração. Cumpra, pois, distingui-las.*

(...)

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo

¹ *Direito Administrativo, 15ª edição, ano, 2003, Editora Atlas S/A, p. 433, grifei.*



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

de determinado número de cargos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração.

Durante muito tempo, essa unidade de atribuições correspondia ao cargo e era atribuída ao funcionário público sob regime estatutário.

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão **emprego público** passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos (...)”² que, no Estado de São Paulo, está contido na Lei nº 10.261/68, com redação alterada pela LC nº 942/03.

13. A investidura em cargo ou emprego público, no entanto, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (artigo 37, inciso II, da CF).

14. Isto porque, como afirma **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**: “O cargo em comissão, ou de provimento em comissão, é aquele predisposto, ou vocacionado, a ser preenchido por um ocupante transitório, da confiança da autoridade que o nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar. Por isso, diz-se que tais cargos são de livre provimento. Isto significa que a autoridade com poderes para preenchê-los pode nomear pessoa de sua escolha. Não há, pois, concurso para provimento de cargo em comissão. Assim como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, que tem poder para preencher o cargo, também o possui para, à sua vontade, desligar dele o ocupante.

O fato de o cargo ser em comissão – atente-se bem – quer unicamente dizer que é predisposto a receber ocupante que nele não obterá fixidez. Sua permanência será sempre instável. Em conseqüência, é possível que alguém continue indefinidamente em um cargo em

² Obra citada, p. 437/438.



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

*comissão – bastando para tanto que nunca seja desligado dele pela autoridade superior a cuja confiança deva responder – sem que com isto ganhe qualquer direito à persistência no cargo. Juridicamente, o cargo em comissão não comporta qualquer garantia de permanência porque é de confiança. (...) Os ocupantes do cargo em comissão são exoneráveis ad nutum.”*³

15. Assim sendo, em tese, inexistente óbice jurídico à nomeação de servidor, ocupante de emprego público, da Administração Indireta, para o exercício de cargo em comissão, na Administração Direta.

16. Não obstante referido ato administrativo implique na modificação do vínculo jurídico por meio do qual o servidor nomeado se liga ao Estado (contratual para estatutário), cabe concluir que - praticado em prol do interesse público - não deve ser causa de extinção do contrato de trabalho, mas apenas de paralisação das atividades laborais.

17. A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho cuida da matéria referente à paralisação - momentânea ou prolongada - da prestação de serviços, pelo empregado, no seu Capítulo IV, intitulado “DA SUSPENSÃO E DA INTERRUPTÃO” (artigos 471 a 476).

18. A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho não define o que é suspensão e interrupção do contrato de trabalho. É a doutrina que o faz. Entre os doutrinadores pátrios, **AMAURI MASCARO NASCIMENTO** aponta a diferença existente nessas duas figuras, na seguinte conformidade:

“(...). Suspensão do contrato de trabalho e a paralisação temporária dos seus principais efeitos, e interrupção do contrato é a paralisação durante a qual a empresa paga salários e conta o tempo de serviço do empregado.

Embora autores estrangeiros, como Juan Pozzo, Paulo Pic.

³ *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. Editora RT, 1987, pp. 21 e 22, grifei.*



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Paul Durand, Mário de La Cueva, Rivero e Savatier, não se preocupem em distinguir suspensão de interrupção do contrato de trabalho, a lei brasileira estabelece diferença no Capítulo IV do Título IV da CLT, denominação "Da Suspensão e da Interrupção". Se bem que utilize os dois vocábulos, a lei não define essas figuras. Segundo a doutrina, há suspensão quando a empresa não está obrigada a pagar salários e contar o tempo de serviço, e interrupção quando há o dever legal de remunerar o afastamento do trabalhador e continuar, normalmente, a correr a sua antiguidade.

(...)

Preferimos sustentar que melhor seria uma figura, a suspensão, em vez de duas figuras, suspensão e interrupção. Não há validade científica nessa distinção. Seus efeitos são apenas didáticos. Não é correto também dizer "suspensão do contrato", expressão que mantivemos porque assim é na doutrina preponderante. O contrato não se suspende. Suspende-se sempre o trabalho, tanto nas denominadas suspensões como nas interrupções. Suspendo o trabalho, haverá alguns efeitos jurídicos. Esses efeitos são variáveis. Referem-se ao salário em algumas hipóteses mantido e em outras não, ao recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia, à contagem do tempo de serviço para fins de indenização, à contagem dos períodos aquisitivos de férias etc."⁴

19. Mas não é só. O mesmo autor observa, ainda, que: "A CLT estaria atendendo a melhor critério se reunisse num só dispositivo todas as hipóteses de suspensão e interrupção e respectivos efeitos. Ficaria facilitada a sua aplicação e seriam afastadas divergências de interpretação, mesmo porque há hipóteses não previstas e outras insuficientemente disciplinadas, das quais faremos uma enumeração.

Primeira, (...).

Segunda, o exercício, pelo empregado, de cargos públicos, eletivos ou não, uma vez que a lei nada dispõe a respeito dos efeitos decorrentes dessa situação. É possível sustentar, em doutrina, que não deve ser imputado ao empregador o ônus desse afastamento, uma vez que resulta de motivos pertinentes à esfera de interesse do empregado com implicações em interesses públicos.

(...).

⁴ Iniciação ao Direito do Trabalho, 29ª edição, 2003, Editora LTr, p 250/251, grifei.



*Outras hipóteses poderiam ser arroladas, tudo indicando a necessidade de uma revisão pelo legislador do sistema legal vigente.*⁵

20. VALENTIM CARRION, ao comentar a disposição do artigo 471, da CLT, também enquadra "o exercício de cargo público não obrigatório" como hipótese de suspensão das principais obrigações do contrato.⁶

21. Consoante se depreende dos textos doutrinários acima mencionados, a situação exposta neste Expediente Administrativo, embora não prevista em Lei, consubstancia hipótese de suspensão do contrato de trabalho, já que não se pode imputar ao empregador (entes da Administração Indireta) o ônus do afastamento (pagamento de salários e contagem de tempo de serviço).

22. Isto porque, no caso em exame, os empregadores são entes da Administração Indireta, todos com personalidade jurídica própria, dotados de autonomia administrativa e financeira. Se um servidor trabalhista é afastado das funções de seu emprego, na Administração Indireta, para ocupar um cargo, em comissão, num dos órgãos da Administração Direta, passa a prestar serviços à outra pessoa jurídica, ou seja, a outro "empregador", cujos atos não podem criar obrigações para o empregador original. Em consequência, não existe para o empregador original o dever legal de remunerar o afastamento.

23. A inexistência do dever legal de remunerar o afastamento na espécie, não autoriza, no entanto, a celebração de acordo entre o empregado (servidor trabalhista) e o empregador (entes da Administração Indireta) objetivando a interrupção do contrato de trabalho, com o fim precípua de auferir os benefícios dela decorrentes, sob pena de afronta aos princípios: a) da supremacia do interesse público sobre o privado; b) da indisponibilidade, pela Administração, dos

⁵ *Obra citada p. 253/255, grifei.*

⁶ *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Editora Saraiva, 1998, p.345.*



interesses públicos e c) da legalidade.

24. Com efeito, a nomeação do servidor trabalhista, da Administração Indireta, para ocupar cargo em comissão, na Administração Direta, como acima exposto, implica necessariamente na alteração do seu regime jurídico, que de contratual passa a ser estatutário. No entanto, não decorrendo referido ato de investidura de imposição administrativa, mas sim de aceitação pessoal do servidor trabalhista, não pode o mesmo pretender assegurar, em detrimento do interesse público, por meio de acordo não previsto em lei, irredutibilidade de remuneração.

25. De outra parte, como acima exposto, a lei ao criar o cargo público, estabelece sua denominação, suas atribuições e fixa o seu padrão de vencimentos ou remuneração, assim como faz com o emprego público. Não é permitido, portanto, que o exercício de cargo público seja remunerado – sem motivação legal – com remuneração fixada para emprego público, pois isto implica em transposição de direitos de um sistema (contratual) para outro (estatutário), ensejando o surgimento de um terceiro regime – um regime híbrido – contendo conjuntamente direitos estatutários e trabalhistas, por vezes conflitantes.

25.1. Como ensina **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**: "(...) na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei.

(...)

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios:

a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado;

(...).

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. (...).

(...). A expressão "legalidade" deve, pois, ser entendida como "conformidade à lei, e sucessivamente, às subseqüentes normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricão", adquirindo então um sentido mais extenso."⁷

26. Em face destas razões, mostra-se forçoso concluir pela suspensão do contrato de trabalho, na hipótese objeto da presente consulta, com os efeitos previstos no artigo 471, da CLT, a exemplo do que ocorre em relação ao empregado eleito para o cargo de direção, nos termos da Súmula nº 269 do TST.

27. Anote-se, ademais, que esta posição sempre foi adotada por esta Especializada nos Pareceres emitidos na matéria (PA-3 nº 139/96, PA nº 19/99 e PA nº 07/2006, pendente de aprovação), com respaldo na jurisprudência dos nossos Tribunais, dentre outras, como a colacionada, neste Expediente Administrativo, pela consulente.

27.1. No Parecer PA nº 268/2002, não se enfrentou propriamente a presente questão, como presumido pela consulente, mas sim questão

⁷ *Curso de Direito Administrativo, 15ª edição, ano 2003, Malheiros Editores, p.65 e 67, grifei.*



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

dela decorrente. Ali, simplesmente foi reconhecido que - não obstante VALENTIN CARRION considere "o exercício de cargo público não obrigatório" como hipótese de suspensão do contrato de trabalho - os elementos dos autos indicavam que as partes haviam ajustado a interrupção do liame trabalhista. Com base nesse dado, posto que não contestado pela origem - foi respondida a consulta especificamente formulada referente ao recolhimento de contribuições para o fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) e de contribuições previdenciárias para o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), tendo por base os valores de gratificação de representação pagos a servidores públicos ocupantes de cargos em comissão, que se afastaram de seus empregos em empresas paraestatais (fls. 72/79).

28. Considerando respondida a questão formulada pela Assessoria Jurídica do Governo, submetemos as presentes considerações à deliberação das Chefias Superiores da Instituição, para as providências cabíveis.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 31 de outubro de 2006.


MARIA-LÚCIA PEREIRA MOTOLI

Procuradora do Estado Nível V

OAB/SP nº 55.881

Processo: SF - GDOC 1000101 - 622869/2005
(protocolo nº DDPE-G-443/2005)

Parecer: PA nº 249/2006

Interessada: Departamento de Despesa de Pessoal do Estado

O expediente teve início em 13 de setembro de 2005. O Departamento de Despesa de Pessoal do Estado, indicando situação específica, questiona "quanto aos procedimentos a serem adotados no caso de servidores exercentes de cargos em comissão que tenham optado pelos vencimentos da Administração Descentralizada (Empresas-Fundações-Universidades) e que venham a substituir cargos de nível hierárquico igual ou superior a Coordenador da Fazenda Estadual", cujos ganhos, sem a concessão do PIQ, não previsto para o cargo, seriam menores que o do próprio cargo exercido, gerando injustiça (fls. 2/22).

A Consultoria Jurídica concluiu pela impossibilidade de concessão do Prêmio ao Coordenador, por falta de amparo legal, mas entendeu conveniente a manifestação da Unidade Central de Recursos Humanos da Casa Civil do Estado (fls. 23/28). Diante da situação, o citado órgão esclareceu que o direito ao PIQ foi concedido aos Coordenadores da Fazenda Estadual a partir de 01/09/05, por força da LCE nº 975, de 06/10/05, e invocou, mencionando-a como "questão principal deste expediente", a constatação de possível ilegalidade consistente no afastamento de empregados de empresas e fundações, sem prejuízo de salários e vantagens (fls. 29/35).

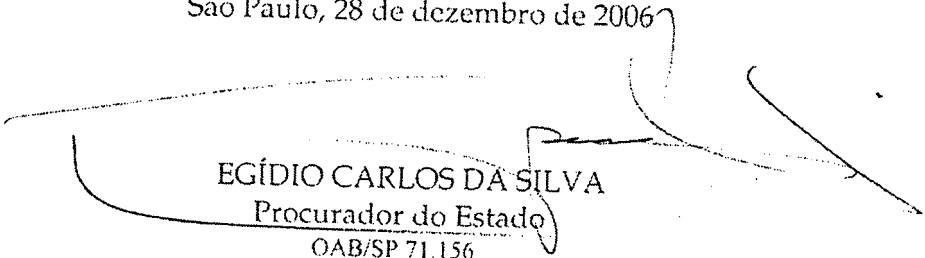
A Assessoria Jurídica do Governo enfrentou as questões agitadas, concluindo pela inviabilidade do pagamento do Prêmio e, quanto ao segundo tema, levantado pela UCRH, pela impossibilidade do afastamento na

situação proposta, sugerindo a manifestação da Procuradoria Administrativa "quanto a se tratar de hipótese de interrupção do liame trabalhista", tendo a Chefia daquela Assessoria aprovado a primeira conclusão e condicionado o exame da segunda à manifestação da Procuradoria Administrativa, que reconheceu a hipótese de suspensão do contrato de trabalho.

Nesse quadro, assim delimitado o motivo que deu ensejo ao envio do expediente e que não envolve a questão original que desencadeou a consulta, tida como solucionada, aprovo o Parecer nº 249/06.

À Subprocuradoria Geral do Estado - Consultoria.

São Paulo, 28 de dezembro de 2006


EGÍDIO CARLOS DA SILVA
Procurador do Estado
OAB/SP 71.156

PROCESSO DDPE-G 443/05 (GDOC 1000101-622869/05)
INTERESSADO DEPARTAMENTO DE DESPESA DE PESSOAL DO
ESTADO
ASSUNTO CARGO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO. SERVIDOR
TRABALHISTA.

Endosso a conclusão do Parecer PA nº 249/2006, no sentido de que o afastamento de servidor público submetido à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pertencente à Administração Indireta, para o exercício de cargo em comissão na Administração Direta implica na suspensão do seu contrato de trabalho. Nesse sentido, precedente do Tribunal Superior do Trabalho¹ e diretriz fixada por esta Instituição (Pareceres PA-3 nº 139/96, PA-3 nº 19/99 e PA nº 007/2006).

Saliente-se que sempre que houver afastamento sem prejuízo de salários e vantagens deverá haver ressarcimento pelo cessionário, nos termos da determinação contida no Ofício Circular nº 004/2007 expedido pela Casa Civil, ora anexado.

Submeto a matéria ao Sr. Procurador Geral do Estado, a quem compete a decisão.

Subg., 20 de fevereiro de 2008.

Maria Christina Tibiriçá Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA

¹ RMA 2885/2004-000-07-00, publicado no DJ de 30/09/2005 (fls.98/103)

São Paulo, 03 de abril de 2007

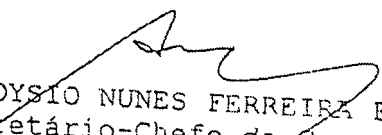
Senhor Procurador-Geral,

Com meus cumprimentos, transmito a Vossa Excelência para conhecimento e devida observância de seus termos, cópia do parecer CODEC nº 71/2007, que aborda a questão do ressarcimento de despesas resultantes do pagamento de salários e encargos de empregados afastados.

Como se vê do citado trabalho, as empresas controladas e as fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, deverão condicionar a cessão de seus empregados, sem prejuízo dos salários e demais vantagens, para outros órgãos ou entidades, inclusive da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios e demais Poderes, ao ressarcimento das despesas resultantes dos encargos e salários.

E, ainda, por outro lado, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos na normatização aplicável, tendo presente o interesse público e manifestado sua aquiescência com as condições impostas pela empresa ou fundação cedente, após a aprovação da autoridade competente para o afastamento e em havendo recursos orçamentários que o suportem, o órgão da Administração Pública Direta do Estado deverá proceder ao ressarcimento correspondente.

Ao ensejo, reitero meus protestos de consideração e apreço.


ALOYSIO NUNES FERREIRA FILHO
Secretário-Chefe da Casa Civil

A Sua Excelência o Senhor
Doutor MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador-Geral do Estado
SÃO PAULO - SP
ATG/NP/namn

CODEC, em 26 de março de 2007

PARECER CODEC N.º 071/2007

INTERESSADA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

ASSUNTO : Afastamento de empregados e servidores junto à Administração Pública Direta e ressarcimento de vencimentos ou remuneração e encargos sociais.

Este Colegiado, nos termos do Parecer CODEC 214/91, já posicionou-se em relação aos procedimentos a serem adotados por sociedade controlada pelo Estado, objetivando o ressarcimento de despesas relativas ao pagamento de salários de seus empregados, quando afastados sem prejuízo de seus vencimentos e demais vantagens de seus cargos, pelas entidades cessionárias.

Remanesce, entretanto, para liberação, a questão da viabilidade do ressarcimento em relação aos empregados e servidores afastados, igualmente sem prejuízo de seus vencimentos ou remuneração e demais vantagens, junto à Administração Pública Direta.

Situação específica relacionada a servidor pertencente a outra esfera de governo foi apreciada recentemente pela douta Procuradoria Geral do Estado, no Parecer Subg. Cons. nº 124/2004, aprovado pela Subprocuradoria Geral do Estado - Área da Consultoria, e pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado, em 19 de outubro de 2004.

Em apertada síntese, a consulta mereceu posicionamento no sentido de ser viável o reembolso, posto que "quem reembolsa repõe valor, indeniza, como bem apontou a Chefia da Assessoria Jurídica do Governo. E é sob este último título que se fará a devolução pleiteada...". Exatamente em razão do exposto, as empresas, em observância aos preceitos estabelecidos pela legislação societária, assim como também as fundações instituídas e mantidas pelo Estado, devem condicionar os afastamentos de seus empregados ao devido ressarcimento.

Merece destaque a manifestação da Junta Subprocuradora Geral do Estado - Área da Consultoria, no citado caso, que, ao elencar elementos embasadores da concordância com possibilidade de ressarcimento, aduz que há rubrica na lei orçamentária estadual que comporta ressarcimento de despesas de pessoal requisitado, reportando-se aos instrumentos disciplinadores da matéria.

O procedimento para a formalização das solicitações de afastamentos encontra-se implantado por meio eletrônico, sendo que o órgão, empresa ou fundação cedente, quando consultada quanto à viabilidade de sua concretização e consideradas as condições propostas (com ou sem prejuízo de vencimentos ou remuneração e demais vantagens) e sua viabilidade interna, manifesta-se. Em sendo pela concordância, estabelece em quais condições: se mediante o ressarcimento das despesas com vencimentos ou remuneração e encargos sociais ou com a dispensa deste.

CODEC, em 26 de março de 2007

PARECER CODEC N.º 071/2007

Fl.03

Efetivamente, conforme anteriormente acentuado pela Procuradoria Geral do Estado, existe na lei orçamentária estadual que comporta o ressarcimento de despesas de pessoal requisitado, nos termos da Portaria CPO 1/05 (publicada em 06/01/2005), com as alterações das Instruções DPDO 13 (publicada em 02/07/2005), 23 (publicada em 06/09/2005), 27 (publicada em 20/10/2005), 7 (publicada em 17/03/2006), 10 (publicada em 25/04/2006), 19 (publicada em 28/10/2006); e Portaria CO - 3 (publicada em 22/10/2005), CO - 1 (publicada em 11/05/2006) e CO - 1, de 23/03/2007 (publicada em 24/03/2007), em especial " 96 - Ressarcimento de Despesas de Pessoal Requisitado - Ressarcimento das despesas realizada pelo órgão ou entidade de origem quando o servidor pertencer a outras esferas de governo, a empresas estatais ou a fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e optar pela remuneração do cargo efetivo, nos termos das normas vigentes."

Isto posto, por um lado, as empresas controladas e as fundações instituídas e mantidas pelo Estado, deverão condicionar a cessão de seus empregados e servidores, sem prejuízo de seus vencimentos ou remuneração e demais vantagens, para outros órgãos ou entidades, inclusive da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios e demais Poderes, ao ressarcimento das despesas com vencimentos ou remuneração e encargos sociais.

E, por outro lado, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos na normatização aplicável, o órgão da Administração Pública Direta do Estado de São Paulo, tendo presente o interesse público e manifestando sua aquiescência com as condições impostas pela empresa ou fundação cedente, após a autorização, pela autoridade competente, para o afastamento, e em havendo recursos orçamentários que o suportem, deverá proceder ao ressarcimento correspondente.

CODEC, em 26 de março de 2007

PARECER CODEC N.º 071/2007

f1.04

É o parecer.

Conceição Aparecida Fileti Fraga. Relatado pela Conselheira

CODEC, em 26 de março de 2007

CLAUDIA POLTO DA CUNHA
Secretária do CODEC


De acordo.

in ressadas.

Dê-se ciência às entidades

CODEC, em 26 de março de 2007

~~MAURO RICARDO MACHADO COSTA
Secretário da Fazenda
Presidente do CODEC
GEORGE H.R. TORMIN
Secretário Adjunto~~



PROCESSO: DDPE-G 443/05 (GDOC 1000101-622869-05)
INTERESSADO: Departamento de Despesas de Pessoal do Estado
ASSUNTO: Substituição Eventual

A questão específica, suscitada no ofício de 13.9.2005 do Departamento de Despesas de Pessoal do Estado, foi resolvida pela Assessoria Jurídica do Governo, que emitiu o Parecer 1369/2005, aprovado pela Chefia respectiva.

Contudo, vieram os autos a esta Procuradoria Geral do Estado para análise e manifestação sobre afirmações contidas nos itens 20 a 25 do Parecer da Assessoria Jurídica do Governo, por se tratar de assunto de interesse geral da Administração.

Entendo que não há elementos nos autos suficientes para que possa ser firmada a orientação geral à Administração sobre as afirmações lançadas no referido parecer da Assessoria Jurídica do Governo, que foram muito além da dúvida específica suscitada pelo DDPE.


A análise e a manifestação sobre questão geral impõem o amplo conhecimento de todas as peculiares envolvendo os fatos, razão pela qual essa matéria eventualmente poderá ser apreciada em expediente iniciado para essa finalidade específica, instruído com manifestações dos diversos órgãos públicos envolvidos.

Ressalto, ainda, que a Lei Complementar n. 804, de 21.12.1995, sofreu alteração posteriormente à aprovação do Parecer acima referido da Assessoria Jurídica do Governo.

Diante do exposto, deixo de aprovar o Parecer 249/2006.

Devolva-se este expediente à Secretaria da Fazenda, por meio da Consultoria Jurídica da Pasta.

GPG, 24 de março de 2008.


MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

MdA

PROCESSO: IPESP n. 52.526/2007 (GDOC n. 23752-552212/2007)

PARECER: PA 4/2009

INTERESSADO: PAULO BARRETTO BARBOZA

ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS. Servidor celetista nomeado para cargo em comissão no regime estatutário. Exoneração. Pedido de indenização do período de férias não gozado. Discussão sobre a viabilidade de fruição do direito de férias adquirido num regime quando no exercício de vínculo regido por outro regime. Precedente Parecer PA n. 139/1996, aprovado pelo Procurador Geral do Estado, admitindo a fruição do direito nessas condições. Questão apreciada sob outro enfoque no Parecer PA n. 7/2006. Proposta de manutenção da diretriz emanada dos despachos que apreciaram o Parecer PA n. 139/1996: pela possibilidade de fruição de férias adquiridas num regime quando no exercício de cargo ou função regulado por regime jurídico diverso, desde que haja identidade de empregador. Direito constitucional à fruição de férias que decorre do artigo 7º, inciso XVII, e artigo 39, § 3º, da Constituição Federal. Necessidade de conciliação dos regimes jurídicos de forma a preservar o direito ao descanso. Indenização que não se mostra cabível porque não há impedimento oposto pela Administração ao exercício do direito.

1. Após a edição do Parecer PA n. 233/2008, de fls. 43/53, entendeu a Senhora Procuradora do Estado Chefe desta Procuradoria Administrativa ser

conveniente a edição de novo parecer sobre a matéria, dada a complexidade do tema e a conveniência de que a questão seja mais longamente debatida.

2. O tema em debate envolve o exame da situação funcional do interessado, titular da função-atividade de Procurador de Autarquia, regida pela CLT, desde 17 de novembro de 1980, e que ocupou no período de 6.6.2003 a 12.4.2007 o cargo em comissão de Procurador de Autarquia Chefe, de caráter estatutário. O interessado entrou em férias no dia 9 de abril de 2007, quando ainda ocupava o cargo em comissão, tendo dele sido exonerado em 12 de abril de 2007, retornando ao exercício da função-atividade. Ocorre que, tendo sido exonerado do cargo em comissão quando em gozo de férias, pretende ser indenizado pelo período restante das férias não fruídas.

3. A AJG, previamente instada a opinar, pelo Despacho de sua Procuradora do Estado Chefe no Parecer AJG n. 576/2008, propôs a oitiva da Procuradoria Geral do Estado deixando assentado seu entendimento de que entende proceder o pleito indenizatório. Afirma que entende não ser possível “do ângulo jurídico, que o benefício adquirido na constância do vínculo estatutário seja usufruído no âmbito da relação de emprego. Daí por que (...) remanesce apenas a indenização para a satisfação do direito a férias”.

4. O Parecer PA n. 233/2008, citando o precedente Parecer PA n. 249/2006, entendeu que, estando suspenso o contrato de trabalho, não pode o interessado fruir no regime celetista as férias adquiridas no regime estatutário, razão pela qual entende deva ser deferido o pagamento indenizatório requerido.

5. Assentou-se no parecer Parecer PA n. 233/2008 que eventuais benefícios auferidos pelo interessado no regime estatutário não podem ser fruídos no regime celetista porque isso propiciaria “uma inaceitável confusão entre os dois sistemas” e “implicaria – caso se admita que o interessado possa gozar suas férias

estatutárias, ou o resto das mesmas, já dentro do período após o qual retornou ao regime celetista -, a necessidade de se ter por novamente suspenso o contrato de emprego, algo sem o menor amparo legal”.

É o relatório do que pareceu essencial.

6. A despeito das ponderáveis razões que embasam o Parecer PA nº 233/2008, entendo que a questão merece ser tratada sob enfoque diverso.

7. O precedente desta Procuradoria Administrativa que mais se mostra adequado ao caso em exame é o Parecer PA n. 7/2006, de autoria da ilustre Procuradora do Estado Maria Lúcia Pereira Moióli. No caso por ela examinado, servidor titular de função-atividade celetista foi nomeado para ocupar cargo em comissão. No curso de férias regularmente adquiridas sob o regime estatutário, foi exonerado do cargo em comissão e concomitantemente nomeado para outro cargo comissionado, no qual só veio a entrar em exercício ao final do período de férias. A questão que ali se pôs, então, é que o servidor não poderia ter usufruído parte de suas férias adquiridas no regime estatutário quando já exonerado do cargo em comissão e no exercício da função-atividade celetista (para a qual retornou no período que mediou entre a exoneração de um cargo e a posse e exercício do outro cargo em comissão).

8. Entendeu-se nessa peça opinativa, subscrita pela Procuradora Maria Lúcia Pereira Moióli e referendada pela Chefia deste órgão, que não cabe fruir férias adquiridas em um regime jurídico quando no exercício de cargo/função de regime jurídico diverso.

9. Ficou consignado no parecer:

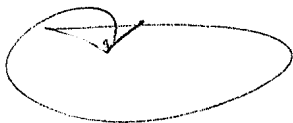
“A simples existência de outro vínculo funcional com a Administração, no entanto, com a devida vênia, não se configura motivo

suficiente para indeferir o pedido de indenização de férias nas hipóteses acima mencionadas (item 40). A par dela impõe-se averiguar, à luz do ordenamento jurídico, sobre a possibilidade do servidor vir a usufruir, nesse outro vínculo funcional com o Estado, o direito de férias que lhe foi obstado. Pois, se o mesmo não puder fazê-lo, nos termo da lei, sua situação funcional se igualará à daqueles servidores que não mantêm outro vínculo com a Administração e que, portanto, fazem jus à pretendida indenização.

No caso concreto, o interessado tinha – e ainda tem – outro vínculo funcional com a Administração, consistente o exercício da função de Médico, sob o regime da CLT. Entretanto, cumpre reconhecer que é como não tivesse, uma vez que, como já explicitado, os regimes jurídicos estatutários e celetista, para efeito de aquisição e gozo de férias, não se comunicam. Assim, em princípio, seria de se concluir pelo pagamento da indenização de férias, pleiteada pelo interessado, se não fosse pelo fato do mesmo ter sido nomeado para o cargo em comissão ...”.

10. Sustenta a ilustre parecerista, então, que a unicidade do empregador não é “motivo jurídico suficiente” para que as férias de um regime sejam usufruídas em outro regime, na medida em que o cargo de natureza estatutária é regido pela Lei Estadual n. 10.261/1968, enquanto a função de natureza contratual é disciplinada pela CLT. E esses “regimes jurídicos disciplinam de forma diferente a aquisição e o gozo de férias anuais”. Assim, “assegurar que férias adquiridas sob o regime estatutário sejam usufruídas sob o regime da CLT implica em violação aos princípios da indisponibilidade dos interesses públicos e da legalidade, uma vez que altera as condições de exercício de funções públicas previamente estabelecidas na lei e regulamentos”.

11. Referido parecer foi aprovado no âmbito desta Procuradoria Administrativa, não se tendo notícia de sua apreciação pelas instâncias superiores desta Instituição.



12. Apesar da excelência dos argumentos colacionados no parecer precedente, creio que a solução concreta que advém da aplicação de suas conclusões não se amolda com excelência às situações de fato subjacentes. Propõe-se, então, a adoção de outro enfoque jurídico.

13. A Constituição Federal prevê no artigo 7º, inciso XVII, ser direito do trabalhador urbano e rural “o gozo de férias anuais remuneradas”. Igual direito é garantido também aos *servidores ocupantes de cargo público*, nos termos previstos no artigo 39, § 3º, da Constituição Federal. O ordenamento jurídico, portanto, assegura o direito a um período de descanso remunerado no transcurso de uma relação de trabalho. Destaque-se que o texto constitucional prevê o gozo de férias, constituindo a indenização solução que se põe na hipótese de impossibilidade absoluta de fruição do direito.

14. Nos casos em foco, embora haja mudança de regime jurídico, o empregador continua sendo o mesmo. Com o devido respeito às posições divergentes, a unicidade do empregador tem efetiva influência na solução do problema, na medida em que há uma continuidade na relação do trabalho, ainda que com distinção do regime jurídico. Existindo o mesmo direito nos dois sistemas, não se vislumbra óbice jurídico intransponível para que as férias adquiridas no regime jurídico estatutário sejam usufruídas no regime celetista perante o mesmo empregador.

15. Com efeito. Não há dúvida que as condições de aquisição e gozo de férias são diferentes em cada um dos regimes que regulam as relações com o Estado de empregados e funcionários públicos. Essas diferenças devem ser observadas e preservadas, regendo a aquisição das férias do servidor, de acordo com o regime jurídico a que ele se submete. Também não se questiona a conclusão a que chegou o Parecer PA n. 233/2008, endossando diretriz já assentada neste órgão opinativo, de que há suspensão do contrato de trabalho quando o servidor celetista é nomeado para o

exercício de cargo em comissão. Nenhuma dessas objeções, porém, significa afronta aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade se adotado o entendimento de que é possível que férias adquiridas sob regime estatutário sejam usufruídas sob regime celetista quando mantida a identidade de empregador.

16. Esse entendimento já foi outrora referendado no seio desta Procuradoria Administrativa, no âmbito do despacho das chefias que aprovaram parcialmente o Parecer PA n. 139/1996. No aditamento do Procurador do Estado Antônio Joaquim Ferreira Custódio ficou consignado que “não pode o empregador, ainda que revestido da condição de pessoa jurídica de direito público, obstar a fruição de direito dessa natureza. Nem mesmo em decorrência da mutação do regime jurídico a que submetido o servidor, pois esta também não é razão suficiente para obstar o exercício e gozo de direito regularmente adquirido”. O caso concreto então em exame envolvia a análise de situação em que o servidor pretendia fruir no cargo em comissão para o qual estava nomeado - submetido a regime estatutário, portanto - férias adquiridas enquanto no exercício de função-atividade sob regime da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho.

17. Também na Assessoria Jurídica do Governo o Parecer AJG n.1.774/2004, devidamente aprovado no seio daquele órgão, concluiu favoravelmente à possibilidade de que férias adquiridas num regime sejam usufruídas em outro. No mesmo sentido a orientação fixada no Despacho da Chefia da AJG que apreciou o Parecer AJG n. 427/2003 (cópias anexas).

18. O óbice inteligentemente oposto no Parecer PA n. 7/2006, da Dra. Maria Lúcia Pereira Moióli, é de que a suspensão do contrato de trabalho impede o exercício dos direitos inerentes à relação de emprego, nos termos da abalizada doutrina que cita. Esse entendimento, no entanto, a rigor, impediria apenas que as férias adquiridas no regime celetista sejam fruídas sob regime estatutário. Não impede, no entanto, a situação inversa, em que as férias do regime estatutário sejam fruídas sob o

regime celetista. Isso porque o titular de função-atividade celetista, ao ser nomeado para cargo em comissão estatutário, tem o seu contrato de trabalho suspenso, com todas as consequências de direito daí decorrentes, mas o servidor comissionado, ao ser exonerado do cargo, tem rompido o vínculo estatutário que então mantinha com o Estado, não se podendo falar de suspensão de qualquer espécie.

19. Esse raciocínio permitiria concluir que o servidor pode fruir férias de estatutário no regime celetista, mas não pode fruir férias de celetista no regime estatutário. Avançando na análise do problema, na busca de uma solução uniforme para as duas situações, pode-se construir uma alternativa em que também no segundo caso seja possível admitir a fruição do direito, na linha do que sustentado e aprovado no precedente Parecer PA n. 139/1996, na medida em que se cuida de direito com lastro constitucional.

20. A extensão dos efeitos da suspensão do contrato de trabalho é uma questão doutrinária. Parece oportuna a lição de Eduardo Gabriel Saad, citada no item 51 do Parecer PA n. 7/2006, de que “um contrato de trabalho se acha suspenso quando todos os direitos e deveres dele decorrentes para as duas partes ficam paralisados”. A cessação do contrato de trabalho, no entanto, é temporária. Os direitos e deveres decorrentes da relação de emprego subsistem e podem ser exercidos a qualquer tempo. A suspensão do contrato de trabalho não significa óbice absoluto a que, presente a conveniência e oportunidade das partes contratantes, permita-se o exercício do direito às férias. Admitir o contrário seria permitir que sucessivas alterações do regime de trabalho do servidor criassem óbice absoluto ao exercício do sagrado direito ao descanso, ou ao “gozo das férias”, tal como expresso na norma constitucional de regência.

21. Não procede a afirmação de que essa solução carece de base legal. O fundamento jurídico para o exercício do direito às férias está assentado no artigo 7º, inciso XVII, e artigo 39, § 3º, da Constituição Federal. Assim, da relação de

trabalho entre empregado (expressão tomada em sentido amplo) e o empregador resulta o direito às férias. Não faz o texto constitucional restrição ao exercício do direito de acordo com o regime jurídico dessa relação de trabalho. Assim, impedir o exercício do direito com base nas diferenças de regime jurídico soa artificial, com o respeito de sempre aos que pensam de forma diferente.

22. Essa conclusão não significa que se está a advogar a absoluta confusão entre os regimes jurídicos no que se refere às férias. Reitere-se a afirmação contida no item 15 deste parecer: a forma de aquisição e exercício do direito devem ser preservadas de acordo com o regime jurídico que rege a relação de trabalho mantida com o Estado. Assim, exemplificando, o celetista que passa a ocupar cargo em comissão, apenas após o primeiro ano de exercício no regime estatutário fará jus às férias desse regime, nos termos definidos no artigo 178 da Lei Estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Da mesma forma, nomeado para o cargo em comissão, suspende-se o curso do período aquisitivo das férias celetistas. Isso não significa, no entanto, nos termos do que aqui se advoga, que esteja impedido de fruir períodos de férias relativas ao regime celetista.

23. A indenização relativa às férias não fruídas por força da exoneração de ocupantes de cargos em comissão é admitida sempre que a Administração opuser óbice ao exercício do direito ao descanso. Assim, exonerado o servidor sem que tenha oportunidade de fruir as férias do período, deve a Administração indenizá-lo. Por óbvio essa situação ocorre nas hipóteses em que o ex-servidor não mantém vínculo preexistente com a Administração (hipótese do celetista com contrato de trabalho suspenso), ou não venha a ocupar outro cargo público no período de dez dias, na forma fixada no artigo 178, parágrafo único, da Lei Estadual n. 10.261/1968.

24. Nas hipóteses em que o servidor mantém o vínculo com a Administração não cabe falar em óbice ao exercício do direito de férias, razão pela qual não se deve falar em indenização. Essa hipótese, por óbvio, não se confunde com a

situação em que o servidor mantenha vínculo em acumulação remunerada constitucionalmente admitida. Nessa hipótese, a absoluta peculiaridade de cada um dos vínculos não admite a fruição de direitos de um vínculo em outro.

25. A conclusão é também diferente nas hipóteses em que o servidor celetista tem seu contrato de trabalho rescindido para tomar posse em cargo público (regime estatutário, portanto). Nessa hipótese a indenização é de rigor, nos termos de norma expressa da CLT (artigo 146¹) porque há desfazimento do vínculo celetista para assunção de novo vínculo.

26. Na exoneração do cargo em comissão a situação é diversa por falta de previsão legal de indenização nessa hipótese. O que há é uma construção pela via exegética, em nome do princípio que veda o enriquecimento sem causa, conforme os precedentes Pareceres PA ns. 302/2003 e 312/2003. Por óbvio que essa construção não se aplica se não há óbice ao exercício do direito.

27. Como ensina a doutrina trabalhista, o gozo de férias interrompe o contrato de trabalho. A suspensão difere da interrupção nos efeitos que dela decorrem. Observa Georgenor de Sousa Franco Filho que “na suspensão do trabalho os efeitos contratuais deixam, temporariamente de existir. O trabalhador deixa de executar suas tarefas habituais, e, conseqüentemente, fica impossibilitado de receber a contraprestação pecuniária. Na interrupção, continua a existir a provisoriedade da cessação de atividades, mas seus efeitos são apenas parciais, eis que, agora, subsiste a obrigação patronal de remunerar o trabalhador”².

¹ “Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido.”

² Suspensão do trabalho – suspensão e interrupção, in Duarte, Bento Herculano, *Manual de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998, p.326.

28. Assim, ao fruir as férias adquiridas durante o vínculo estatutário no regime celetista, terá o servidor interrompido seu contrato de trabalho, continuando a perceber sua remuneração e a computar seu tempo de serviço, com fundamento na norma constitucional que lhe garante o gozo de férias.


29. Por todo o exposto, conclui-se não existir o direito à indenização das férias, na forma pleiteada, restando o direito à fruição do período.

30. Observo, ainda, que na hipótese de se concluir pela possibilidade em tese de indenização das férias, como requerido, seria necessário complementar a instrução dos autos para que se possa decidir o caso concreto. Não se encontra no processo informação detalhada do setor de pessoal noticiando o histórico de férias do interessado, de forma a se averiguar tanto quando da assunção do vínculo estatutário, quanto agora, ao seu término, quais os períodos adquiridos e quais os usufruídos. Sem essa informação, com a devida vênia, não há como concluir pela indenizabilidade das férias pretendidas, porque não se sabe, por exemplo, se observado o interstício legal na aquisição do primeiro bloco de férias no regime estatutário.

31. Por fim, resta assinalar que por força do disposto no artigo 2º do Decreto Estadual n. 53.349, de 25 de agosto de 2008, a competência para decidir a questão é do Superintendente do IPESP.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 12 de janeiro de 2009.


DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado

OAB/SP-78.260



PROCESSO SS-001-0008/000.192/2000
PARECER 1774/2004
INTERESSADO HÉLIO TABAJARA PATELLI
ASSUNTO FÉRIAS. EXONERAÇÃO. Servidor que ocupava cargo em comissão questiona desconto no pagamento de férias, quando do retorno à função celetista original. Diante da possibilidade de gozo, das férias adquiridas no cargo em comissão, na função de origem, a remuneração destas deve corresponder à remuneração do respectivo cargo. Posicionamento mantendo o entendimento dado pela Administração quando do desconto.

1. Tratam os autos de requerimento formulado por Hélio Tabajara Patelli, portador da cédula de identidade sob o RG nº 5.471.359, no sentido de que fosse esclarecida sua situação funcional, em a razão dos descontos efetuados em seu salário. O requerente foi nomeado, em 17.08.95, para o exercício de cargo em comissão de Diretor Técnico de Saúde, tendo seu contrato de trabalho suspenso em 21.08.95, e sobrevivendo sua exoneração a critério da Administração em 03.12.99, quando estava no gozo de férias deferidas para fruição de 1º a 30.12.99. Foi nomeado para o cargo em comissão de Assistente Técnico de Planejamento de Ações de Saúde I, por Decreto de 02, publicado no DOE de 03.12.1999, tomado posse em 09.12.99 e entrado em exercício em 31.12.99.

2. Por este órgão jurídico foi emitido o Parecer AJG nº 621/2004, quando se indicou que o interessado tinha direito às férias do exercício de



1999 como Diretor Técnico (fls. 83/90). No entanto, a Chefia deste órgão levantou as questões abaixo, para elucidação, antes de se manifestar sobre a matéria:

“a) o interessado fruiu integralmente as férias referentes ao exercício de 1999, no mês de dezembro, conforme escala aprovada, ou retornou à atividade, na função de médico celetista, após a exoneração do cargo em comissão de Diretor Técnico de Divisão?

b) em caso negativo, quando foram as referidas férias fruídas e em que cargo ou função?

c) quando o requerente tomou posse e quando entrou em exercício no cargo em comissão de Assistente Técnico de Planejamento de Ações de Saúde I, para o qual foi nomeado por Decreto de 02, publicado no DOE de 03.12.1999 (fl. 64)?

d) o pagamento efetuado ao servidor observou as disposições estabelecidas a respeito pelo Decreto nº 29.439, de 28 de dezembro de 1988?

3. Os autos retornam a esta Assessoria Jurídica com as respostas às questões levantadas, nos seguintes termos:

“a) O interessado fruiu integralmente as férias referentes ao exercício de 1999 de 01 a 30 de dezembro de 1999, mas em desacordo com a escala de férias aprovada no período, em virtude de ter sido exonerado a critério da administração do cargo em comissão de Diretor Técnico de Divisão de Saúde, em



03/12/1999, retornando portanto ao cargo de Médico, regime da CLT até 30/12/1999.

c) Foi publicado em 03/12/1999, sua nomeação por ato do Governador, conforme Decreto de 02/12/99, para ocupar o cargo em comissão de Assistente Técnico de Planejamento de Ações de Saúde I. Tomou posse em 09/12/99, tendo iniciado o exercício em 31/12/99.

d) O pagamento do servidor foi efetuado de acordo com o Decreto nº 29.439 de 29/12/88 no cargo de Diretor Técnico de Divisão de Planejamento, sendo estornado 3 (três) parcelas no valor de R\$ 603,96 cada uma conforme fls. 12 do referido processo como celetista, devido a exoneração do cargo de Diretor de Divisão.”

4. É o breve relatório que pedimos vênia para ser complementado com o constante do citado Parecer AJG nº 621/2004. Opinamos.

5. Conforme se infere dos autos, o interessado foi admitido no serviço público na função de Médico, a partir de 21.12.87, e teve seu contrato suspenso em de 21.08.95, quando nomeado para o cargo de Diretor Técnico de Divisão de Saúde, do qual foi exonerado a partir de 03.12.99, a critério da Administração. Novamente em 31.12.99 ocorreu outra suspensão do contrato de trabalho para o exercício do cargo de ATPAS-I, conforme publicação no DOE de 13.01.2000.

6. Segundo o Serviço de Pessoal, “o interessado entrou em gozo de férias regulamentares no período 01 a 30/12/99, quando ainda ocupava o cargo de Diretor Técnico de Divisão. Em 03/12/99 foi publicada sua



exoneração a critério, e, em virtude de ter recebido seus vencimentos no cargo de Diretor Técnico de Divisão, teve este valor estornado, pois com a publicação da exoneração o mesmo retornou automaticamente para sua função de origem" (fl. 14).

7. Em razão do estorno ocorrido, o servidor questiona a regularidade do ato procedido pela Administração, uma vez entender que as férias gozadas referem-se ao período aquisitivo trabalhado como Diretor Técnico de Divisão.

8. Inicialmente observamos que, conforme os posicionamentos exarados nos autos, a situação em exame não se amolda a tratada no Despacho Normativo do Governador do Estado, de 25 de julho de 1986, publicado no DOE dia subsequente. Vejamos:

"Diante dos elementos que instruem estes autos, especialmente as manifestações da Procuradoria Geral do Estado, aprovadas pelo Secretário da Justiça e o Parecer 1.052-86, da Assessoria Jurídica do Governo, decido, em caráter normativo, que assiste ao funcionário exonerado ou ao servidor dispensado, a pedido ou "ex officio", o direito de receber uma indenização pecuniária do valor correspondente ao dos respectivos vencimentos ou salários, sempre que estes não tenham podido gozar de suas férias regulamentares, nas ocasiões próprias, em razão de absoluta necessidade de serviço."

9. Citado Despacho Normativo, fruto de extensão administrativa em razão de reiterado entendimento jurisprudencial, cuida de situação em que o servidor se viu obstado do gozo de um direito em razão de ato da Administração, motivado pela necessidade do serviço. Esta Assessoria Jurídica também já se posicionou em igual sentido, indicando a viabilidade da indenização das férias, ainda quando não



tenha ocorrido um ato obstativo da Administração quanto ao direito ao gozo, ou seja, não tenha havido indeferimento por absoluta necessidade do serviço (Parecer AJG nº 1039/1996), mas que o servidor tenha sido exonerado *ex officio*. No aludido parecer, foi fixado o entendimento de que, excetuadas as férias relativas ao exercício em que se deu o ingresso do funcionário e que devem ser usufruídas quando decorrido o primeiro ano (Lei nº 10.261/68, art. 178), as demais, podem ser fruídas a partir do mês de janeiro de cada exercício, conforme escala de férias fixada previamente (Lei nº 10.261/68, art. 179).

10. Aliás, conforme a fundamentação externada no item 14, do Parecer AJG nº 1.278/1999: “a partir (...) do Parecer AJG nº 1.039/1996, pacificou-se, no âmbito desta Assessoria Jurídica, o entendimento de que as mesmas razões que embasaram a prolação do (...) despacho governamental autorizavam o deferimento de pedidos (de indenização) de férias relativas ao exercício em que ocorrera a exoneração *ex officio* do servidor”, com o acréscimo de que, por se tratar de “aplicação excepcional de despacho normativo, lastreada na interpretação extensiva de seu texto”, deveria ser o assunto, caso a caso, submetido à elevada apreciação do Senhor Governador do Estado.

11. Observe-se, no entanto, que esta Assessoria Jurídica vem decidindo caber direito à indenização nas duas situações acima mencionadas, desde que o servidor não mantenha outro vínculo com a Administração. É o que se infere do aditamento da Chefia ao Parecer AJG nº 427/2003, quando se indicou a impossibilidade do pagamento em pecúnia de férias, *in verbis*:

“(...) ao contrário da situação dos ex-servidores ocupantes de cargos em comissão, precedentemente indicados, a indiciada possui vínculo funcional com o Estado, já que ocupa função-atividade junto ao FUSSESP e, nesse sentido, o período remanescente de férias poderá ser usufruído no referido órgão,



pouco importando, para tais efeitos, e sob o aspecto jurídico, a suspensão de seu contrato de trabalho, para que pudesse prover cargo em comissão, em face da unicidade do empregador, ou seja, a Administração Pública Estadual.”

12. Portanto, de acordo com este entendimento, o servidor que possuir outro vínculo com a Administração e vier a ser exonerado, seja antes do gozo das férias ou no seu curso, poderá vir a fluir referido benefício no órgão de origem.

13. Se assim o é, no caso em exame, uma vez que a Administração não impediu o servidor de gozar o direito constitucional às férias, porém no curso destas o exonerou do cargo em comissão, a continuação da fruição do aludido direito deu-se na função de médico. Desta forma, o servidor acabou por gozar o direito às férias por apenas dois dias no cargo em comissão e o restante na função de origem.

14. Discute, por conseguinte, se o pagamento das férias deveria ser feito levando-se em conta a remuneração do cargo em comissão ou da função de celetista.

15. Conforme observamos acima, no momento em que o servidor entrou em férias ainda estava submetido ao regime jurídico do cargo em comissão, entretanto sua exoneração ocorreu dois dias depois, tendo continuado o gozo das férias, porém na função de médico. Nesta linha de pensamento, se as férias adquiridas em um vínculo podem ser fruídas em outro, em razão da unicidade de empregador, não há que se travar discussão sobre o período aquisitivo, devendo a remuneração das férias corresponder a do cargo ou função a qual o servidor está vinculado e efetivamente gozou o direito.



16. De acordo com as considerações acima formuladas, a Administração agiu acertadamente ao proceder ao estorno dos valores pagos em razão da remuneração do cargo em comissão, pois neste cargo o servidor gozou de férias por apenas dois dias. Não há, portanto, direito do servidor a qualquer indenização em razão deste fato, com que somos obrigados a discordar da conclusão emitida no precedente parecer deste órgão jurídico.

À consideração superior.

dezembro de 2004.

ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 1º de

MARIA LUISA DE OLIVEIRA GRIECO
Procuradora do Estado Assessora

P1774/2004/MLOG



PROCESSO SS-001-0008/000.192/2000
INTERESSADO HÉLIO TABAJARA PATELLI
ASSUNTO FÉRIAS. EXONERAÇÃO.

O parecer retro, que aprovo, à vista dos elementos de instrução constantes dos autos, conclui que o posicionamento adotado pela Administração, no caso, obedeceu às normas de regência, já que o interessado foi exonerado do cargo de provimento em comissão que ocupava, *ad nutum*, quando transcorridos apenas 2 (dois) dias após ter entrado em gozo das férias do exercício de 1999, retornando, assim, ao seu cargo anterior, ou seja, Médico, submetido ao regime celetista, no qual usufruiu o período remanescente das férias em questão.

Restituam-se à origem, por intermédio da Chefia de Gabinete, com prévia ciência à UCRH.

ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 1º de
dezembro de 2004.

TERESA SERRA DA SILVA
Procuradora do Estado
Assessora Chefe

P1774/2004/LJST/deb



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO GG-210/2003
PARECER 0427/2003
INTERESSADO MARISA DE SOUSA SILVA
ASSUNTO CARGO PÚBLICO. EXONERAÇÃO. FÉRIAS. LICENÇA-PRÊMIO. Servidora. ocupante de cargo em comissão, exonerada por ato da Administração. Pedido de pagamento em pecúnia do período remanescente de férias e noventa dias de licença-prêmio. Proposta de parcial deferimento do pleito, para ressarcimento das férias. Competência decisória do Governador do Estado.

1. Tratam os autos de pedido de indenização do período remanescente de férias e noventa dias de licença-prêmio, apresentado às fls. 4, por Marisa de Souza Silva, RG nº 5.032.670, em razão da exoneração do cargo em comissão de Diretor de Departamento, que exercia junto à então Secretaria do Governo e Gestão Estratégica.

2. O expediente foi instruído com os seguintes documentos:

a) requerimento da interessada, endereçado à Diretora do CRH, de expedição de certidão para a contagem de tempo para fins de licença-prêmio, datado de 3/2/2003 (fls. 2);



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

b) requerimento de gozo de trinta dias de férias, a contar de 4/2/2003, apresentado em 3/2/2003 (fls. 3);

c) Certidão nº 0064/2003, de 11/2/2003, informando que a interessada faz jus a noventa dias de licença-prêmio (fls. 5);

d) Informação nº 86/2003, emitida pelo Diretor de Serviço do Núcleo de Cadastro, noticiando que a requerente foi admitida no FUSSESP em 13/11/79, sob o regime da CLT, sendo seu contrato de trabalho suspenso a partir de 5/9/97, quando tomou posse no cargo em comissão de Diretor de Departamento da então Secretaria do Governo Gestão Estratégica. Acrescenta que a exoneração do referido cargo ocorreu em 6/2/2003, estando a requerente em férias a contar de 4/2/2003, e que a concessão da licença-prêmio não chegou a ser publicada (fls. 6);

e) manifestação do CRH acolhendo o pedido de pagamento das férias, fundado em precedentes desta Assessoria Jurídica (fls. 19/20).

3. O tema foi inicialmente examinado no Parecer AJG nº 0218/2003, (fls. 24/26), no qual indicamos a devolução do protocolado à origem, a fim de que seja informado se a interessada mantém outro vínculo com a Administração Pública Estadual.

4. Em atendimento, a responsável pela Diretoria do Núcleo de Pessoal, às fls. 32, noticiou que a requerente é "funcionária deste FUSSESP desde 13/11/1979, exercendo a função-atividade de Assistente Social, admitida pelo regime jurídico da C.L.T., tendo seu contrato suspenso em 05/09/1997 e conforme solicitação da mesma (anexa), retornou às suas atividades junto a este Fundo Social de Solidariedade do Estado de São Paulo em 06/02/2003."



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

5. Os autos nos foram restituídos pela Diretora do Departamento de Administração.

É o relatório.

Opinamos.

6. O direito às férias, assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais, pelo artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal, foi estendido aos servidores públicos pelo seu artigo 39, § 2º.

7. A obstrução do exercício de tal direito pela Administração, fundada no bom andamento do serviço público, e não existindo para o servidor a possibilidade de sua fruição, poderá dar ensejo a pleitos indenizatórios.

8. Neste sentido, o Despacho Normativo do Governador do Estado de 25 de julho, publicado em 26.07.86, oriundo de extensão administrativa dos efeitos de reiterado entendimento jurisprudencial, reza que:

“Diante dos elementos que instruem estes autos, especialmente as manifestações da Procuradoria Geral do Estado, aprovadas pelo Secretário da Justiça e o Parecer 1.052-86, da Assessoria Jurídica do Governo, decido, em caráter normativo, que assiste ao funcionário exonerado ou ao servidor dispensado, a pedido ou *ex officio*, o direito de receber uma indenização pecuniária do valor correspondente ao dos respectivos vencimentos ou salários, sempre que estes não tenham podido gozar de suas férias regulamentares, nas ocasiões próprias, em razão de absoluta necessidade de serviço.”



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

9. No âmbito deste órgão, a partir do Parecer AJG nº 1.039/1996, firmou-se a orientação de que as mesmas razões que embasaram a expedição do despacho governamental, autorizam o deferimento de pedidos de indenização de férias relativas ao exercício em que ocorrera a exoneração *ex officio* do servidor, considerado o disposto nos artigos 178 e 179 do Estatuto.

10. Com maior razão, entendemos que tal proceder deva ser aplicado à situação exposta nos autos, qual seja, no caso em que a fruição das férias pelo ocupante de cargo em comissão foi interrompida pelo ato exoneratório, sendo, portanto de deferir-se, neste aspecto, o pedido em tela.

11. Acrescente-se que, em virtude do regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, que rege a relação empregatícia da interessada com o FUSSESP, não considerar como de efetivo exercício o tempo em que o contrato de trabalho esteve suspenso, inviável a fruição do período que lhe resta no cargo de origem.

12. No que concerne à licença-prêmio, regrada pelo artigo 209 e seguintes da Lei Estadual nº 10.261/68, não possui o referido benefício caráter pecuniário, conforme se constata do disposto no do Decreto nº 25.013/86, bem como da Lei Complementar nº 857/99.

13. Revogado pelo Decreto nº 39.540/94, e com a vigência restabelecida pelo Decreto nº 39.907/95, estabelece o mencionado Decreto nº 25.013/86, em seu artigo 5º, parágrafo único, que:

“Artigo 5º-.....”



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parágrafo único - Os períodos de licença-prêmio adquiridos a partir de 1º de janeiro de 1986 deverão, necessária e obrigatoriamente, ser usufruídos pelo funcionário ou servidor premiado, mediante apresentação de requerimento específico, sob pena de, não o fazendo, enquanto em atividade, ter o seu direito perempto.”

14. Em complementação a este comando, foi exarado o Despacho Normativo de 07.03.86, determinando que as licenças-prêmio concedidas aos funcionários e servidores dos órgãos da Administração centralizada e autarquias do Estado, deverão, obrigatoriamente, ser usufruídas em gozo, ficando vedado o indeferimento, por absoluta necessidade do serviço ou por qualquer outra justificativa.

15. Na mesma linha, a Lei Complementar nº 857/99 vedou, em seu artigo 1º, a conversão em pecúnia de períodos de licença-prêmio, alterando a redação do artigo 213 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, nos seguintes termos:

“Artigo 213 – A licença-prêmio deverá ser usufruída no prazo de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses, a contar do término do período aquisitivo.”

16. Assim, evidenciado não possuir a licença-prêmio natureza pecuniária, não reúne o pedido em pauta, nesse aspecto, condições de ser atendido.

17. Nesse sentido, as precedentes manifestações deste órgão jurídico (Pareceres AJG nº 0876/2001; 1188/2001; 0740/200, entre outros).

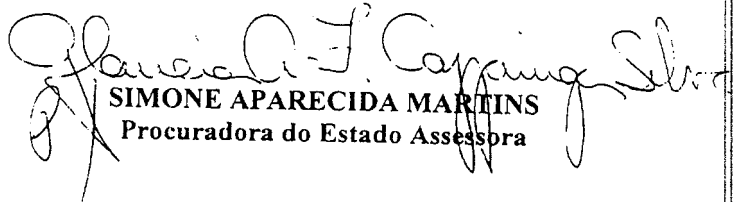


GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

18. À vista do exposto, propomos o deferimento parcial do pedido formulado pela interessada, apenas para o fim de lhe ser indenizado o período remanescente de férias, submetendo-se o protocolado ao Governador do Estado, autoridade competente para decidir, uma vez que se trata da aplicação excepcional de despacho normativo, lastreada na interpretação extensiva de seu texto.

É o parecer, s.m.j..

ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 7 de maio de 2003.


SIMONE APARECIDA MARTINS
Procuradora do Estado Assessora

P0427/2003/SAM/hm



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO GG-210/2003
INTERESSADO MARISA DE SOUSA SILVA
ASSUNTO CARGO PÚBLICO. EXONERAÇÃO. FÉRIAS. LICENÇA-PRÊMIO.

Aprovo, parcialmente, as conclusões lançadas no parecer retro, para do mesmo dissentir quando opina favoravelmente ao pagamento, em pecúnia, dos dias de férias não gozadas, em decorrência da exoneração *ad nutum* da interessada.

É que, ao contrário da situação dos ex-servidores, ocupantes de cargos em comissão, precedentemente indicados, a indiciada possui vínculo funcional com o Estado, já que ocupa função-atividade junto ao FUSSESP e, nesse sentido, o período remanescente das férias poderá ser usufruído no referido órgão, pouco importando, para tais efeitos, e sob o aspecto jurídico, a suspensão do seu contrato de trabalho, para que pudesse prover cargo em comissão, em face da unicidade do empregador, ou seja, a Administração Pública Estadual.

Assim, ambos os pedidos formulados pela interessada merecem indeferimento, por absoluta falta de amparo legal.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Encaminhem-se à decisão do Senhor Governador do Estado, por intermédio da Assessoria Técnica do Governo.

ASSESSORIA JURÍDICA DO GOVERNO, 7 de maio de 2003.

TERESA SERRA DA SILVA
Procuradora do Estado
Assessora Chefe

P0427/2003/LJST/mc



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO GG-210/2003
INTERESSADO MARISA DE SOUSA SILVA
ASSUNTO CARGO PÚBLICO. EXONERAÇÃO. FÉRIAS. LICENÇA-PRÊMIO.

À vista dos elementos de instrução constantes dos autos, destacando-se o Parecer nº 0427/2003, da Assessoria Jurídica do Governo, acrescido do aditamento lançado pela chefia do órgão, indefiro os pedidos formulados pela interessada Marisa de Souza Silva, RG nº 5.031.670, servidora admitida pelo regime da C.L.T. junto ao Fundo Social de Solidariedade do Estado de São Paulo - FUSSESP, por absoluta falta de amparo legal.

**PALÁCIO DOS BANDEIRANTES, DE
DE 2003.**


**GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO**

Decreto nº 53.349, de 25 de agosto de 2008

Atribui competência ao Secretário da Fazenda para decidir os pedidos de pagamento, a título de indenização, de férias e/ou de licença-prêmio não gozadas, e dá providências correlatas


ALBERTO GOLDMAN, VICE-GOVERNADOR, EM EXERCÍCIO NO CARGO DE GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições legais,

Decreta:

Artigo 1º - O "caput" do artigo 1º do Decreto nº 52.855, de 1º de abril de 2008 , passa a vigorar com a seguinte redação:

"Artigo 1º - Fica atribuída ao Secretário da Fazenda competência para decidir os pedidos formulados por servidores, ativos ou inativos, e ex-servidores da Administração Centralizada ou seus beneficiários e herdeiros, relativos ao pagamento, a título de indenização, de períodos de férias não gozadas e/ou de licença-prêmio não usufruídas ou não utilizadas para qualquer efeito legal, observada a orientação da Procuradoria Geral do Estado e ouvido, em cada caso, o Departamento de Despesa de Pessoal do Estado, vinculado à Coordenação da Administração Financeira da Secretaria da Fazenda.". (NR)

Artigo 2º - Os pedidos de indenização de que trata o artigo anterior, quando formulados no âmbito das Autarquias do Estado, serão decididos pelo Superintendente da respectiva entidade.


Artigo 3º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogado o artigo 4º do Decreto nº 53.325, de 15 de agosto de 2008 .

Palácio dos Bandeirantes, 25 de agosto de 2008

ALBERTO GOLDMAN

Publicado em: 26/08/2008
Atualizado em: 26/08/2008 10:33



53.349.doc  Download



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo: **IPESP Nº 52526/2007**
GDOC 23752-552212/2007.

Interessado: **PAULO BARRETTO BARBOZA.**

PARECER PA nº 233/2008
PARECER PA nº 4/2009

Estuda-se, neste processo, a melhor solução jurídica para situação de gozo de férias de servidor celetista, ocupante de cargo em comissão, que vem a ser deste último cargo exonerado, por ato da Administração, no curso da fruição do descanso e que, portanto, retoma automaticamente seu vínculo de emprego. A dúvida central diz com a possibilidade de gozo de direito adquirido no curso do vínculo estatutário (cargo em comissão) se dar na vigência do vínculo trabalhista (emprego).

A matéria, de fato, é polêmica e admite soluções diversas, todas embasadas em respeitáveis argumentos jurídicos.

Nesta Especializada – desde há muito – há aqueles que se inclinam pela possibilidade de gozo, no vínculo trabalhista, das férias adquiridas no vínculo estatutário – ou vice-versa - (aditamento ao parecer PA-3 nº 139/96; Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio e, nesta ocasião, o parecer PA nº 4/2009; Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos) e aqueles que entendem que as férias adquiridas e não gozadas no cargo em comissão não podem ser fruídas na relação trabalhista - ou vice-versa - resolvendo-se a pendência, como regra geral, pela via indenizatória (Parecer PA-3 nº 139/96; Dra. Dora Maria Vendramini Barreto; Parecer PA nº 7/2006; Dra. Maria Lucia Pereira Moióli – ainda não apreciado pela chefia da Instituição - e, nesta ocasião, o Parecer PA nº 233/2008; Dr. Mauro de Medeiros Keller).

Pessoalmente já alterei anteriormente minha posição. Em 1996 havia concordado com a tese exposta no aditamento lançado ao precedente Parecer PA-3 nº 139/96 e, depois, em 2006, debruçando-me novamente sobre o tema,



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

a partir do Parecer PA nº 7/2006 convenci-me do acerto da posição deste último, ocasião em que assim me manifestei:

“ Convencida pela judiciosa argumentação desenvolvida pela i. subscritora do parecer PA nº 7/2006 revejo posição jurídica adotada ao apreciar o precedente parecer PA-3 nº 139/96 para acompanhar integralmente, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a peça opinativa ora oferecida.

Altero meu entendimento para afirmar que, uma vez suspenso o contrato de trabalho de servidor celetista que assume cargo em comissão, não cabe o gozo do período de férias já adquirido na relação laboral no novo vínculo estatutário estabelecido a partir do exercício do cargo em comissão. A diferença substancial dos dois regimes de regência das relações mantidas com o Estado não autoriza que sejam levados de um para outro regime os períodos de aquisição e gozo de férias, como superiormente demonstrado no Parecer PA nº 7/2006.

Se é certo que o gozo de férias é direito constitucionalmente assegurado, também é certo que tal direito integra a classe dos disponíveis. Assim sendo, penso que o servidor celetista que, nomeado para determinado cargo em comissão, aceita tomar posse em tal posto, aceita também, livremente, a suspensão de seu contrato de trabalho e, via de consequência, renuncia ao gozo imediato do período de férias já adquirido na relação laboral. Observe-se que a posse em cargos públicos, diferentemente do que ocorre com meras designações para funções de comando feitas pela Administração, depende expressamente da manifestação de vontade do nomeado e, sendo assim, legítimo presumir-se que o servidor celetista que aceita tomar posse em cargo em comissão tenha sopesado todas as consequências de sua decisão, assumindo pessoalmente a responsabilidade pelos efeitos jurídicos de sua escolha“

Estudando agora novamente o tema, sob as luzes trazidas pela judiciosa peça da Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos (Parecer PA nº 4/2009), ainda não consigo me convencer da tese ali sustentada. Com a devida vênia, entendo que a solução proposta no precedente Parecer PA nº 7/2006, e agora reafirmada pelo



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Parecer PA nº 233/2008, supera, com vantagem, aquela proposta no parecer de 4/2009 de sorte que aquela merece ser prestigiada pela Administração.

Observo que a solução que admite a possibilidade de gozo de férias adquiridas num regime (estatutário ou celetista) em outro (celetista ou estatutário), em razão da unicidade de empregador, parece que não equaciona satisfatoriamente, por exemplo, a questão do pagamento devido pelo Estado no período. Assim, apenas para argumentar, considerada tal possibilidade, haveria de ser respondida a seguinte questão: o pagamento do salário acrescido do terço de férias, constitucionalmente previsto, neste caso concreto, deve levar em conta a remuneração do cargo em comissão (onde adquirido o benefício) ou da função celetista (onde se efetivou o gozo)? Deve o mesmo ser pago de forma proporcional? Se é pacífico o fato de que quando exonerado do cargo em comissão o celetista retoma de imediato o exercício do contrato de trabalho que estava suspenso, como justificar que ele venha a receber remuneração integral do cargo em comissão enquanto no exercício de função celetista? Pagamento assim feito, smj, feriria o princípio da legalidade que norteia a atividade Administrativa. Isto somado ao argumento de que o exercício de cargo em comissão **não é impositivo**, depende da anuência do nomeado, como já sustentei em 2006, faz com que eu me incline pela solução indenizatória, como regra geral, nos casos da espécie, com a devida vênua dos ilustres colegas que sustentam solução diversa.


Com tais considerações,

a) deixo de aprovar o Parecer PA nº 4/2009, endossando apenas com as considerações apresentadas nos itens 30 e 31 daquela peça opinativa no que toca (i) à necessidade de cabal comprovação, na origem, do direito pleiteado pelo interessado e (ii) à competência para decisão do caso concreto que é do Superintendente do IPESP, *ex vi* do Decreto Estadual nº 53.349, de 25 de agosto de 2008 e

b) aprovo o Parecer PA nº 233/2008, reafirmando a posição que adotei por ocasião da análise do precedente Parecer PA nº 7/2006.

Transmitam-se os autos à consideração da d. Subprocuradora Geral do Estado da área da Consultoria.

PA, 21 de janeiro de 2009.


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

PROCESSO IPESP nº 52526/2007 (GDOC 23752-552212/2007)
INTERESSADO PAULO BARRETTO BARBOZA.
ASSUNTO SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS.

Com os incluídos subsídios da Chefia da Procuradoria Administrativa, endosso integralmente os fundamentos do Parecer PA nº 233/2008 e, apenas parcialmente, as conclusões do Parecer PA nº 04/2009, em que pese as judiciosas e alentadas razões apresentadas nesta peça.

O direito às férias adquirido no exercício de cargo em comissão, sob o regime estatutário, não pode ser usufruído na vigência de contrato de trabalho regido pela C.L.T., em face das diferenças existentes nos dois regimes.

No caso em exame, com a exoneração do interessado, por ato da Administração, do cargo em comissão que exercia durante o gozo de férias, impõe-se o deferimento do pleito indenizatório por ele formulado, desde que comprovado pela origem o direito ao benefício, com a complementação da instrução dos autos, nos termos do item 30 do Parecer PA nº 04/2009, competindo ao Superintendente do IPESP a decisão¹.

Com estas considerações, submeto a matéria ao Sr. Procurador Geral do Estado.

Subg., 20 de fevereiro de 2009.

Maria Cristina Tibiriçá Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA

¹ Decreto nº 53.349, de 25/08/2008.

PROCESSO IPESP nº 52526/2007 (GDOC 23752-552212/2007)
INTERESSADO PAULO BARRETTO BARBOZA.
ASSUNTO SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS.

Nos termos das manifestações da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria e da Chefia da Procuradoria Administrativa, aprovo o Parecer PA nº 233/2008 e deixo de endossar o Parecer PA nº 04/2009, com exceção das conclusões constantes dos itens 30 e 31 desta peça, que ora ratifico.

Expeçam-se ofícios às Consultorias Jurídicas da Secretaria da Fazenda e da Secretaria da Gestão Pública e à Assessoria Jurídica do Governo, encaminhando-se cópias dos pareceres, para ciência.

Devolva-se este expediente à Superintendência do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (IPESP).

GPG., 20 de fevereiro de 2009.


MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

PROCURADOR GERAL DO ESTADO