



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: ITESP nº 212/2007 – PGE nº 12091-179820/2009
(Volumes I e II)

PARECER: PA Nº 07/2011

INTERESSADO: FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ITESP

ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE DÉCIMOS. ARTIGO
133 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO.
SERVIDORES CELETISTAS DE FUNDAÇÃO.
Distinção entre incorporação de gratificação prevista
em legislação específica e a incorporação de
diferença remuneratória assegurada na norma
constitucional local. **Parecer PA-3 nº 274/95 e PA
nº 124/2010.** Questão atinente à concessão e
incorporação da gratificação de representação
resolvida no **Parecer PA nº 191/2007.** Incorporação
de décimos do artigo 133 da CE dirigida aos
servidores públicos com relação laboral estabelecida
puramente de acordo com o regime jurídico de
direito público, isto é, com observância estrita do
princípio da legalidade. Dispositivo da lei
instituidora da Fundação ITESP incompatível com a
natureza do ente mas que, ainda vigente, deve ser
observado (artigo 20 da Lei estadual nº 10.207/99).
Em razão disso, o servidor da Fundação ITESP não
pode ser identificado como *servidor público* para
fins de aplicação do artigo 133 da Constituição
Bandeirante.

1. Os presentes autos foram formados a partir de
pedidos de concessão de gratificação de representação, apresentados por empregados
públicos da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo “José Gomes da Silva”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

– ITESP, com fundamento na Lei Complementar estadual nº 1.001/2006¹ (fls. 03/73²).

2. Em análise dessa específica questão³, esta Especializada proferiu o Parecer PA nº 191/2007⁴ que, aprovado parcialmente pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado⁵, fixou orientação de acordo com os termos do despacho proferido pela então Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria, Dra. Maria Christina Tibiriçá Bahbouth, *in verbis*:

“Com relação à Fundação ITESP, esta Instituição já fixou a diretriz no sentido de considerá-la ‘pessoa jurídica de direito público no conceito de autarquia’⁶. Em face desta conclusão, entendo não haver dúvidas quanto à viabilidade de concessão da gratificação de representação aos servidores daquela fundação, admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em face das disposições da Lei Complementar nº 1001, de 24/11/2006.

A questão suscitada no Parecer PA nº 191/2007 cinge-se à necessidade (ou não) de autorização do Chefe do Poder Executivo, em face do estatuído no artigo 20 da Lei estadual nº 10.207, de 08/01/1999, que determina à fundação a obrigatoriedade de submeter ao ‘Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania, para aprovação do Governador, os planos e programa de trabalho, bem como os planos referentes à classificação de funções e salários, com os respectivos orçamentos, e a programação financeira anual relativa

¹Dispõe sobre a concessão de gratificação de representação aos servidores da administração direta e das autarquias do Estado, admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, e dá providências correlatas.

²Reunião de vários protocolos emitidos e processados pela Fundação ITESP.

³Após oitiva do órgão consultivo da Fundação ITESP (cópia a fls. 137/143) e da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania (Parecer CJ/SJDC nº 143/2007, original com aprovação a fls. 76/88 e cópia a fls. 145/157).

⁴Parecerista Procuradora do Estado Dra. Patrícia Ester Fryszman, fls. 186/202.

⁵Fls. 204/207.

⁶Parecer PA nº 438/2004 (cópia nestes autos a fls. 159/182).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

às despesas de investimentos, obedecidas as normas para desembolso de recursos fixadas pela Secretaria da Fazenda. '.

O parecer em análise interpretou o aludido dispositivo legal, concluindo que 'a remuneração dos empregados da Fundação só poderá ser majorada – inclusive por meio da outorga de gratificações – após a aprovação pelo Governador, do respectivo plano de funções e salários, com os respectivos orçamentos.' (fl. 70). Parece-me que esta asserção é a que melhor se coaduna com o interesse público, considerando-se que, apesar da Fundação ITESP ser pessoa jurídica de direito público, a lei que a instituiu permite que a remuneração de seu pessoal não seja fixada por lei (Lei nº 10.207/99, art. 20). Assim, a autorização governamental criaria um mecanismo de controle, impedindo a majoração da remuneração dos servidores unilateralmente. Denote-se que as gratificações 'são acréscimos aos vencimentos do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório'⁷ e na espécie em tela (gratificação de representação) pode ser incorporada à retribuição (LC nº 1001/2006, art. 2º), impactando, portanto, o orçamento.

Esse entendimento, entretanto, não abala a orientação fixada a partir do Parecer PA nº 438/2004, quanto à viabilidade de aplicação à Fundação ITESP das disposições constantes do Decreto nº 48.292, 02.12.2003, que dispõe sobre a concessão de diárias no âmbito estadual. (...)

(...) Com estas ponderações, submeto a matéria ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação parcial do Parecer nº 191/2007. ''.

3. A posterior manifestação do Chefe de Gabinete da

⁷Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 32ª edição, 2006, p. 486.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Fundação ITESP, fl. 214, traz a informação de que *“até o momento a Fundação ITESP nunca pagou gratificação de representação prevista na LC 1001/2006 a nenhum de seus servidores”* não havendo *“que se falar em incorporação da mesma.”*.

3.1. Não obstante, essa mesma manifestação noticia que o que ocorre na Fundação ITESP *“é o pagamento de gratificação a título de ‘complemento de cargo’ para servidores admitidos em cargos do quadro permanente (concursados) e que ocupam por determinado período, cargos do quadro de confiança.”*.

3.2. Invocando o artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo⁸, a autoridade suscita discussão diversa da inicialmente proposta, encaminhando os autos *“em trâmite direto, à Advocacia e Consultoria Jurídica para análise e parecer quanto à auto-aplicabilidade deste dispositivo legal.”*.

4. O órgão consultivo da Fundação ITESP conclui pela possibilidade de ser determinada a *“imediata”* (sic) implantação do artigo 133 da Constituição Estadual, desde que atendido o disposto no artigo 20 da Lei estadual nº 10.207/99⁹.

5. O Parecer CJ/SJDC nº 284/2008, aprovado pela respectiva chefia, propõe *“sejam convenientemente instruídos [os autos] no tocante ao suporte legal para o pagamento das gratificações concedidas a título de ‘complemento*

⁸Constituição do Estado de São Paulo – **Artigo 133** – *O servidor, com mais de cinco anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou função para a qual foi admitido, incorporará um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos.”*.

⁹Lei Estadual nº 10.207/99 – **Artigo 20** - *A Fundação submeterá ao Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, para aprovação pelo Governador, os planos e programa de trabalho, bem como os planos referentes à classificação de funções e salários, com os respectivos orçamentos, e a programação financeira anual relativa às despesas de investimentos, obedecidas as normas para desembolso de recursos fixadas pela Secretaria da Fazenda.”* (v. cópia juntada a fls. 480/490 bem assim cópia do Decreto estadual nº 44.294/99, fl. 491, que regulamenta a lei, e do Decreto estadual nº 44.944/2000, fls. 492/493, que aprova os estatutos da Fundação ITESP).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

de cargo', quando do exercício de cargos em comissão" (fls. 250/256).

6. Em atendimento, foram juntadas cópias da aprovação governamental do "Plano de Cargos, Carreiras e Salários – PCCS" da Fundação ITESP (fls. 264/265), do Decreto estadual nº 45.508/2000¹⁰ (fls. 266/268) e do manual do PCCS (fls. 269/310), destacando a Gerência de Recursos Humanos os itens 4.6 e 5.5 desse manual, que disciplinam, respectivamente, a gratificação de função¹¹ e a remuneração dos cargos de confiança¹².

7. Complementando a instrução, face à solicitação de fls. 313/315, foi juntada cópia do Regulamento Geral da Fundação ITESP (fls. 318/347), dos prontuários dos servidores pleiteantes (fls. 381/485)¹³, manifestação da Unidade Central de Recursos Humanos – UCRH¹⁴, que remete a competência para análise ao Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC (Informação UCRH nº

¹⁰Fixa o Quadro de Pessoal da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo "José Gomes da Silva" – ITESP.

¹¹"**Item 4.6. Gratificação de Função**

4.6.1. Para Exercício de Função de Responsável Técnico de Grupo

Ao salário do servidor do Quadro Permanente designado pelo Diretor Executivo para responder por Grupo Técnico, de acordo com o Regulamento Geral da Fundação e que seja composto de quatro ou mais servidores, inclusive o Responsável Técnico, será acrescido: o valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), para o Responsável Técnico do Grupo de Campo; o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), para o Responsável Técnico do Grupo de Sede.

4.6.2. Para Períodos de Substituição

O servidor do Quadro Permanente designado pelo Diretor Executivo para substituir Responsável Técnico, Gerente ou Assessor, por período igual ou superior a 15 (quinze) dias, perceberá proporcionalmente aos dias trabalhados na condição de substituto: o valor correspondente à Gratificação que percebe o Responsável Técnico substituído; ou o valor correspondente à diferença entre seu salário e aquele que percebe o Gerente ou Assessor Chefe substituído." (fls. 290/291).

¹²"**Item 5.5. Remuneração dos Cargos de Confiança**

(...) Os servidores do Quadro de Pessoal Permanente, que assumirem Cargo de Confiança, serão nomeados e designados através de portaria do Diretor Executivo, cujo ato será anotado em sua Carteira de Trabalho, na página de Anotações Gerais, sendo a diferença salarial entre o Cargo de Carreira e o Cargo de Confiança pago através da rubrica correspondente à diferença salarial pelo exercício de cargos em comissão e, em hipótese alguma, incorporará ao salário base. (...) (destaquei, fls. 296/297).

¹³Contratos de trabalho (todos regidos pela CLT), fichas de registro de empregado, publicações no DOE com as nomeações e dispensas (conforme informado a fls. 486/487).

¹⁴Atendendo a proposta exarada no Parecer CJ/SJDC nº 43/2009 (fls. 496/504).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

212/09, fls. 508/510) e cópia da Informação CEDC – GED nº 166/2009 (fls. 5323/529)¹⁵ que, corroborada pelo então Presidente do CODEC (fl. 530), conclui haver vedação expressa no PCCS vigente quanto ao pleiteado (fls. 523/529).

8. Nova análise encetada pela Assessoria Consultiva Jurídica da Fundação ITESP, fls. 539/541, opina no sentido de não se sobrepor a vedação imposta no PCCS à Constituição Estadual, sustentando-se, ali, que *“estando esta Fundação adstrita ao princípio da legalidade, o regulamento previsto no PCCS deveria, com base na hierarquia das normas, adequar-se à Constituição Bandeirante. Atendendo-se tal apontamento, pendente estaria, ainda, no caso ‘sub examine’ à aprovação de tal alteração pelo Sr. Governador do Estado, suprindo-se então à autorização prevista no artigo 20, da Lei estadual nº 10.207/99 para a incorporação sub examine (1/10 da gratificação de função por ano de exercício em função de confiança).”*.

9. O Diretor Executivo da Fundação ITESP, com fundamento nessa orientação, encaminha ao Secretário da Justiça e Defesa da Cidadania proposta de alteração do PCCS daquela entidade no item que, pela análise jurídica realizada, deverá coadunar-se com o artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo, solicitando, por fim, caso haja concordância daquela autoridade, sejam os autos encaminhados ao Governador do Estado para derradeira aprovação, com o que será *“possível o acolhimento da incorporação ao salário dos servidores da gratificação de um décimo a cada ano de exercício de função de confiança.”* (fls. 543/544).

10. Previamente, o Chefe de Gabinete da Pasta encaminhou os autos à Consultoria Jurídica (fl. 545) que, por sua vez, manifestou-se a respeito do novo pleito através do Parecer CJ/SJDC nº 428/2010¹⁶, concluindo que *“a vedação para a incorporação com base no artigo 133 não se encontra apenas no PCCS*

¹⁵ Atendendo a proposta exarada no Parecer CJ/SJDC nº 46/2009 (fls. 513/516).

¹⁶ Fls. 546/556, com aprovação da respectiva chefia a fl. 627.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

da Fundação ITESP, mas no teor do próprio dispositivo constitucional e da regulação vigente.”.

10.1. O parecerista fundamenta que, conforme Parecer PA nº 191/2007¹⁷, a Fundação ITESP é pessoa jurídica de direito público abrangida no conceito de autarquia, porém, em razão de sua específica legislação, a remuneração de seus servidores não é fixada por lei, mas aprovada pelo Governador, por proposta da Fundação¹⁸. Tomando o dispositivo constitucional, o decreto regulamentador¹⁹ e dispositivos da lei instituidora da Fundação ITESP²⁰, a peça opinativa sustenta que, não sendo os servidores celetistas “*detentores de cargos ou ocupantes de função-atividade, mas de empregos públicos, extrai-se, da regulamentação vigente, que apenas os servidores afastados da Administração direta e indireta do Estado, detentores de cargos ou ocupantes de função-atividade no órgão de origem, que passassem a ocupar cargos em comissão, é que poderiam pleitear a vantagem pecuniária objeto do artigo 133 da CF, preenchidos os demais requisitos legais.*”²¹.

¹⁷Menção feita no item 2 supra.

¹⁸V. nota de rodapé 8 supra.

¹⁹**Decreto estadual nº 35.200/92** – “**Artigo 1.º** - O servidor, com mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo de que seja titular, ou à função para a qual tenha sido admitido, terá incorporado um décimo dessa diferença, por ano, até o limite de dez décimos.

Artigo 2.º - Para os fins deste decreto, considera-se:

I – servidor: o titular de cargo ou o ocupante de função-atividade da administração direta e das autarquias do Estado;

II – ano: o período de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contínuos ou não, de efetivo exercício no serviço público estadual, inclusive o prestado anteriormente à data de promulgação da Constituição do Estado de São Paulo;

III – diferença de remuneração:

a) o valor pecuniário resultante da subtração entre vencimentos e/ou salários, de cargos ou funções distintos, ~~excluídas~~ quaisquer vantagens pecuniárias;

b) o valor pecuniário percebido a título de gratificação “pro labore”, disciplinada em legislação específica. (...)”.

²⁰**Lei estadual nº 10.207/99** – “**Artigo 18** – Os servidores da Fundação serão admitidos sob o regime da legislação trabalhista.

Artigo 19 – Poderão ser afastados junto à Fundação, com prejuízo de vencimentos e salários, servidores da Administração direta e indireta do Estado, para o exercício de função de confiança prevista no Quadro de Pessoal da referida entidade.”.

²¹V. item 17 do parecer.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

10.2. Com a juntada de cópia dos Pareceres PA n° 89/2008 (fls. 557/578), PA n° 120/2008 (fls. 579/592) e GPG/CONS. n° 95/2009 (fls. 593/608)²², que tratam de incorporação de “gratificação de representação”, a análise encerra-se com proposta de envio dos autos a esta Especializada, porquanto “a *diretriz administrativa vigente refere-se tão somente à gratificação de representação, não abrangendo o objeto da presente consulta, pertinente ao alcance do artigo 133 da CE.*”²³.

11. Para este fim, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Administrativa (fls. 630/631).

É o relatório. Opino.

12. Prévio saneamento das diferentes questões tratadas nestes autos deve ser realizado, sob pena de, inadvertidamente, mesclarem-se benefícios que não interferem no deslinde da matéria que, a esta altura, apresenta-se para análise e que se resume no direito (ou não) **do servidor da Fundação ITESP**, com mais de cinco anos de efetivo exercício, incorporar décimos da diferença existente entre o salário recebido quando atuando em função que lhe tenha proporcionado salário superior ao da função para a qual foi admitido, limitada a incorporação a dez décimos, sendo um décimo por ano (artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo).

13. Primeiramente, todos os pleitos de concessão de gratificação de representação²⁴, nos termos da Lei Complementar estadual n°

²² Acompanha, ainda, cópia das manifestações do Procurador do Estado Assistente Dr. Renato Kenji Higa (fls. 607/626), as quais ensejaram o parecer juntado por cópia a fls. 593/606.

²³ V. item 21 do parecer.

²⁴ Benefício originalmente conferido apenas aos servidores estatutários e que tem por fundamento o artigo 135, inciso III, do EFPEP:

“**Artigo 135** - Poderá ser concedida gratificação ao funcionário:

(...)III - a título de representação, quando em função de gabinete, missão ou estudo fora do Estado ou designação para função de confiança do Governador;”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1.001/2006²⁵, tiveram resposta no Parecer PA nº 191/2007²⁶ que, em síntese, entendeu **possível** a concessão do benefício e extensão dos dispositivos da lei mencionada (inclusive incorporação desta gratificação²⁷), **desde que** obtida a aprovação do Chefe do Poder Executivo, em razão de expressa exigência nesse sentido constante da legislação instituidora da Fundação ITESP (artigo 20 da Lei Estadual nº 10.207/99²⁸).

13.1. É esta a orientação vigente a respeito da possibilidade da concessão da gratificação de representação para os servidores da Fundação ITESP, cumprindo desconsiderar-se qualquer digressão feita posteriormente nos autos a respeito dessa matéria²⁹.

14. Benefícios diversos, e legitimamente concedidos aos servidores da Fundação ITESP, são os que constam do “Manual do Plano de Cargos, Carreiras e Salários” (fls. 269/310)³⁰.

14.1. Em seu item 4.6, consta a “gratificação de função”, nada mencionado ali quanto à sua incorporação³¹. Em seu item 5.5, o manual previu a “remuneração dos cargos de confiança”, neste expressamente afastada a incorporação da diferença de salário percebida em rubrica própria para os servidores do

²⁵Lei Complementar estadual nº 1.001/2006 – “Artigo 1º - A gratificação de representação de que trata o inciso III do artigo 135 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, poderá ser concedida ao servidor da administração pública direta e das autarquias admitido sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.”.

²⁶V. item 2 supra.

²⁷Lei Complementar estadual nº 1.001/2006 – “Artigo 2º - A gratificação a que se refere o artigo 1º desta lei complementar será incorporada à retribuição do servidor, nos termos e nas condições definidos nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 813, de 16 de julho de 1996.

Parágrafo único - Não se aplica o disposto no “caput” deste artigo ao servidor que tiver obtido vantagem da mesma natureza, por força de decisão judicial, nos termos da legislação trabalhista.” (sublinhei).

²⁸V. nota de rodapé 8 supra.

²⁹Inclusive em pareceres da Procuradoria Geral do Estado, mesmo que posteriores, pois nenhum deles chegou a alterar o posicionamento firmado.

³⁰V. item 6 supra.

³¹V. nota de rodapé 10 supra.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Quadro de Pessoal Permanente que assumirem cargos de confiança³².

14.2. Embora não seja o exato objeto apresentado para análise, ousou discorrer a respeito dessas disposições com o fito de, ao final, restar mais clara a questão que envolve o artigo 133 da Constituição Bandeirante.

14.3. Os servidores da Fundação ITESP, conforme previsto no artigo 18 da Lei estadual nº 10.207/99, “*serão admitidos sob o regime da legislação trabalhista*”, valendo, portanto, as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho que, em seu artigo 457, § 1º, prescreve a integração ao salário não só da importância fixa estipulada, como também, entre outras verbas, das “*gratificações ajustadas*”, sendo que, na lição de VALETIN CARRION, “*(...) Somente as não habituais deixam de ser consideradas como ajustadas; (...)*”, assinalado, porém, que “*(...) Também integram a remuneração, para todos os efeitos, as gratificações de função, que só poderão ser retiradas nas raríssimas hipóteses de retorno à função anterior (art. 450³³)*”³⁴.

14.4. Nas disposições da legislação laboral mencionadas encontra-se, portanto, o fundamento da não incorporação da “*gratificação de função*” (item 4.6 do Manual do PCCS) e da “*remuneração dos cargos de confiança*” (item 5.5 do mesmo manual) aos salários dos servidores da Fundação ITESP³⁵.

³²V. nota de rodapé 11 supra.

³³**Consolidação das Leis do Trabalho – “Artigo 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.”**

³⁴“*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*”, atualizado por Eduardo Carrion, 35ª edição, Editora Saraiva, 2010, p. 457.

³⁵Na relação laboral estabelecida, a incorporação da **integralidade** dessas vantagens aos salários pode ser reconhecida quando estas forem percebidas por dez ou mais anos, conforme assentado na Súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“**SUM-372 GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES** (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996);



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

15. A previsão contida no artigo 133 da Constituição do Estado não altera essa situação, seja porque a “incorporação de diferença” prevista na norma constitucional não se iguala a qualquer “incorporação de gratificação” (ou outro benefício) prevista na legislação trabalhista ou em normas específicas dirigidas aos servidores estaduais, seja porque não aplicável aos servidores celetistas ocupantes de **emprego público**, como assinalado no Parecer CJ/SJDC nº 428/2010.

16. Enquanto as “incorporações” de gratificações ou outras vantagens aderem à remuneração dos servidores em valor correspondente à integralidade ou percentual das vantagens concedidas, o direito previsto no dispositivo constitucional local toma por base apenas a diferença entre o valor da remuneração do cargo ou função efetiva do servidor e o cargo ou função que lhe tenha propiciado ou venha a propiciar remuneração superior àquela.

16.1. Quando da elaboração do Parecer PA nº 124/2010³⁶, tive oportunidade de lembrar que a distinção entre o benefício do artigo 133 da Carta Paulista e, naquele caso, a gratificação de representação já fora objeto de análise precisa desta Especializada no Parecer PA-3 nº 274/95 que, para afastar equivocadas interpretações verificadas em decisões judiciais³⁷, merece ser novamente aqui transcrito no seguinte trecho:

“(…) O artigo 133 da Constituição do Estado dispõe:

‘Artigo 133 – O servidor, com mais de cinco anos de

II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)”.

³⁶ Aprovado pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado.

³⁷ A título de exemplo, veja-se trecho da decisão proferida pela 12ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no Recurso Ordinário nº 00090.2006.073.02.00-1: “(…) No mérito, o artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo, regulamentado pela Lei Complementar nº 924/2002, estabelece o direito à incorporação de um décimo da gratificação de função por cada ano de trabalho.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

efetivo exercício, que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título³⁸, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior a do cargo de que seja titular, ou função para o qual foi admitido, incorporará um décimo desta diferença, por ano, até o limite de dez décimos.

De outra parte, preceitua o artigo 19 do ADCT da mesma Carta:

'Artigo 19 – Para os efeitos do disposto no artigo 133, é assegurado ao servidor o cômputo de tempo de serviço anterior à data da promulgação desta Constituição'.

A teleologia dessas regras é preservar a situação remuneratória do servidor, como decorrente do princípio da irredutibilidade dos vencimentos consagrada no artigo 37, inciso XV da CF, quando o servidor vem a exercer atribuições distintas do seu cargo ou função originários, em caráter transitório.

O dispositivo constitucional em tela condiciona o gozo do direito nele previsto a dois requisitos: contar o servidor com mais de cinco anos de efetivo exercício e ter exercido, por pelo menos um ano, cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior a do cargo de que seja titular ou função para o qual foi admitido.

O vocábulo 'remuneração' é utilizado pelo texto constitucional de forma abrangente, compreendendo os valores percebidos em espécie, a qualquer título, como se infere da letra do artigo 115, XII da Constituição Estadual, que reproduz a norma do artigo 33 XI da Constituição Federal.

Por outro lado, o inciso XIII do artigo 115 da Carta

³⁸ À época, a expressão "a qualquer título" ainda prevalecia.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Paulista, reportando-se aos limites estabelecidos no inciso anterior (XII), deixa nítido que a remuneração engloba não só os vencimentos e salários, mas também as vantagens auferidas pelo servidor.

Cuida, portanto, o artigo 133 da CE de incorporação de diferenças de remuneração que se estabelecem de acordo com o seguinte critério bem explicitado no Parecer PA-3 185/93:

‘Para o cálculo dessa diferença devem ser considerados: a) a remuneração efetivamente percebida pelo servidor enquanto ocupou o cargo; e b) a remuneração do cargo de que é titular.

***O que se incorpora é o direito ao recebimento da diferença, não o direito ao recebimento de certa quantia fixa em dinheiro.** Assim, se a remuneração do cargo de que é titular o servidor é elevada por lei, após a incorporação, diminuirá o valor a ser recebido por conta dessa incorporação’.*

9. A Lei Complementar nº 406, de 17.07.85 cuida da incorporação de quantia em dinheiro representada pela integralidade da gratificação recebida com fundamento no artigo 135, III do Estatuto, segundo previsão pecuniária constante atualmente do Decreto 38.388, de 23.02.94, mediante os requisitos previstos na aludida lei, dentre os quais avulta o seu percebimento durante pelo menos 5 (cinco) anos.

Cuida-se de diploma cujo objetivo é também manter a posição patrimonial do servidor que por prazo estipulado em lei reiteradamente exerceu funções de gabinete, premiando-o com a inclusão definitiva em sua remuneração da vantagem



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

integral recebida no período, sem distinguir qualquer proporcionalidade, em face do interesse do serviço público em estimular o exercício destas funções pela sua alta relevância e acentuado nível de dedicação e responsabilidade que implicam, considerado também o dinamismo das atividades das funções de gabinete.

O bem jurídico protegido é o mesmo – situação patrimonial do servidor – mas de servidor na condição particularíssima de colaborador em órgão de cúpula que enseja a percepção reiterada da vantagem, sendo outra a razão de ordem teleológica do diploma, conforme apontado.

Diferentes os pressupostos, a abrangência, os fins visados pela norma, a natureza da vantagem, a perenidade de um lado e o caráter oscilante e variável de outro, vez que se trata de direito ao recebimento de diferença.” (negrito no original e sublinhado nosso).

16.2. Importante que se fixe **definitivamente** essa distinção no âmbito da administração estadual, pois inúmeros questionamentos surgem a partir da confusão feita entre o benefício do artigo 133 da Constituição Bandeirante e possibilidades específicas de incorporação de vantagens, resultando, como visto (nota de rodapé 36 supra), em jurisprudência equivocada, contrária ao erário.

17. Feita a ressalva, há que se constatar que a leitura atenta do dispositivo constitucional local afasta a interpretação segundo a qual a norma inclui servidores celetistas indistintamente como beneficiários da incorporação de décimos prevista.

18. A expressão *servidor*, isoladamente considerada,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

traz a impressão de dispor a Constituição do Estado de forma ampla a respeito do sujeito ao qual se dirige. Lê-se ali, num primeiro momento, o que CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO chama de “*servidor estatal*”, designação que “*abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista), relação de trabalho de ‘natureza profissional’ e caráter não eventual ‘sob vínculo de dependência.’ (...)*”³⁹ (destaquei e sublinhei).

19. Não obstante, seguindo-se na leitura do artigo 133 da Carta Bandeirante nota-se a distinção intentada pelo legislador constituinte estadual, porquanto o dispositivo prevê que o *servidor* beneficiado é aquele que ocupa cargo ou função.

19.1. Na lição do ilustre professor “*cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo (...)*”⁴⁰, enquanto “*funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia e assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservados aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado por*

³⁹ “Curso de Direito Administrativo”, 17ª edição, Malheiros Editores, 2004, p. 230.

⁴⁰ Ob. cit. p. 233 (gs.ns.).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

lei.⁴¹.

20. Nessa seara, o “*servidor estatal*” detentor do direito previsto é apenas o “*servidor público*” não os “*servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*”.

20.1. Segundo a classificação do administrativista mencionado, “*servidores públicos*” e “*servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*” são espécies do gênero “*servidores estatais*”. Os primeiros titulares de cargo (estatutários) ou servidores empregados (celetistas⁴²) na Administração Direta, autarquias e fundações de Direito Público. Os segundos “*são empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob regime trabalhista.*”⁴³.

21. A legislação infraconstitucional local traz essa interpretação do artigo 133 da Constituição Estadual. O Decreto estadual nº 35.200/92⁴⁴ regula a aplicação da norma constitucional, compreendida a expressão “*servidor*” conforme a acepção aqui explanada de “*servidor público*”.

22. Não regula, porém, a situação dos “*servidores públicos*” da Fundação ITESP justamente pelo seu “*regime jurídico híbrido*”, já destacado no Parecer PA nº 191/2007:

“(…) *alguns dispositivos da lei instituidora do*

⁴¹Ob. cit. p. 234 (gs. ns.).

⁴²Indesejável, como diz o autor, mas existente vínculo de trabalho contratual – não estatutário – com as pessoas mencionadas

⁴³Ob. cit. p. 231/232.

⁴⁴Editado que antes mesmo da edição da Lei Complementar estadual nº 924/2002 já dispunha sobre a aplicação do artigo 133 da Constituição Estadual e, após, manteve-se vigente, pois com ela não conflitante.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

ITESP são conflitantes com o regime jurídico de direito público.

*Assim, por exemplo, o artigo 20 estabelece 'a **Fundamentação submeterá** ao Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, **para aprovação pelo Governador**, os planos e programa de trabalho, bem como os planos referentes à **classificação de funções e salários**, com os respectivos **orçamentos**, e a programação financeira anual relativa às despesas de investimentos, obedecidas as normas para desembolso de recursos fixadas pela Secretaria da Fazenda.'* (grifamos).

*11.3 – Os planos de funções e salários do pessoal do ITESP, portanto, são aprovados pelo Governador mediante proposta da Fundação – ou seja, **não são fixados por lei** – o que é nitidamente incompatível com o regime jurídico de direito público, que tem no princípio da legalidade um de seus pilares.*

(...)

13. De qualquer sorte, enquanto estiver vigente e eficaz, a Lei nº 10.207/99, que criou a Fundação ITESP, deve ser cumprida pela Administração.”.

23. Se, como antes demonstrado, a norma constitucional não determina a inclusão de servidores celetistas não regidos pelo direito público, isto é, aqueles que não mantêm com o Estado sua relação laboral estabelecida **em lei** no que concerne a funções e salários, exigida apenas a autorização do Chefe do Poder Executivo, não existe razão para que, apenas para esse fim, venha a ser desconsiderada a disposição da lei instituidora da Fundação ITESP (artigo 20) que, em todo o mais, aos seus servidores favorece.

24. Discordo, portanto, do entendimento segundo o



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

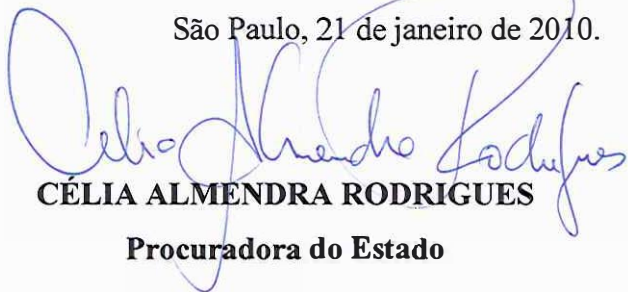
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

qual os servidores admitidos pela Fundação ITESP⁴⁵ possuem direito à incorporação de décimos de **diferença** de salários com fundamento no artigo 133 da Constituição Bandeirante.

É o parecer.

À consideração superior.

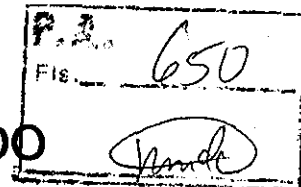
São Paulo, 21 de janeiro de 2010.


CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES
Procuradora do Estado

⁴⁵O servidor afastado da Administração direta ou indireta do Estado que presta serviços na Fundação ITESP está, por certo, excluído desta conclusão, porquanto a sua relação funcional enquanto efetivo se estabelece com o ente de origem.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Processo: **ITESP 212/2007 – 1º e 2º volumes SF 12091-179820/2009.**

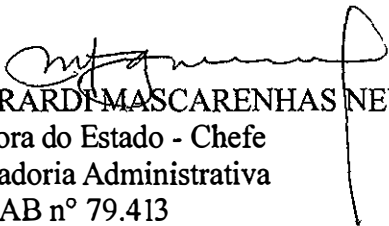
Interessado: **FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO
DE SÃO PAULO “JOSÉ GOMES DA SILVA” - ITESP.**

PARECER PA Nº 07/2011.

De acordo com o criterioso e bem elaborado Parecer PA nº 7/2010, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Transmita-se o expediente à consideração do Subprocurador Geral do Estado da área da Consultoria.

PA, em 27 de janeiro de 2011.


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

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL - CONSULTORIA

REL. REM. 16925-7606/2011

RECEBIDO 28/01/11

plamy
Assinatura



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

054

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Processo: ITESP nº 212/07 - GDOC 12091-179820/2009 –
2 volumes.

Interessado: FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ITESP

Assunto: Concessão de benefícios.

A pedido do Chefe de Gabinete da Fundação
Instituto de Terras do Estado de São Paulo – ITESP, restitua-se os autos
sem análise do Parecer PA nº 07/2010.

Subg, Cons., 17 de janeiro de 2012.


ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

Fundação ITESP
PROTOCOLO
 RECEBIDO EM 18/01/12
 HORÁRIO _____
 ASSINATURA Salgueira

Encaminhe-se Diretoria Executiva
 para prosseguimento.
 Protocolo, em 18/01/12
Salgueira

Fundação ITESP
Diretoria Executiva
 Data: 18/01/12 Horário: 15h

Encaminhe-se ACT
 para análise e elaboração de ato decorrente.
 Gabinete, em 18/01/2012
[Assinatura]
 Chefe de Gabinete

Recebido em 19/01/2012
Neusa
 Advocacia e Consultoria Jurídica

Encaminhe-se, para manifestação / Providências cabíveis, ao:

Grupo de Advocacia Contenciosa ()
 Grupo de Advocacia Consultiva ()
15h

BERNARDO A. R. MATTELO
 OAB/SP 71.691
 Assessor Chefe da Advocacia e Consultoria Jurídica

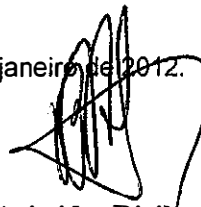
Expediente: ITESP/212/2007 Nº de volumes: 2

Interessado: FUNDAÇÃO ITESP

Assunto: CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS

Consultado o processo, transmita-se ao Gabinete da Diretoria Executiva para prosseguimento.

ACJ, 23 de janeiro de 2012.



Benedito Aristides Riciluca Matielo
OAB/SP nº 71.691
Assessor Chefe da
Advocacia e Consultoria Jurídica

Fundação ITESP	
Diretoria Executiva	
Data: 23/01/12	Horário: _____
Slema	

Expediente: ITESP/212/2007
Interessado: FUNDAÇÃO ITESP
Assunto: CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS.

Nº de volumes: 2

Cumpridas as finalidades para as quais foram solicitados os presentes autos, visando a conclusão do objeto debatido, remeta-se este processo à Procuradoria Geral do Estado, aos cuidados do eminente Subprocurador Geral do Estado da área da Consultoria para que possa efetuar sua análise ao Parecer PA nº 07/2010, como determinado a fls. 650, com meus cumprimentos.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2012.



MARCO PILLA
Diretor Executivo

COPIA PARA: [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

Procuradoria Geral do Estado
Protocolo

Recebido em 14/02/12

De horas. me 1760-ITESP.

[Assinatura]
Assinatura

[Assinatura]

[Assinatura]

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROTOCOLO

DISTRIBUIÇÃO
DA SEÇÃO DE PROTOCOLO
PARA _____
S.C.A.L. ____/____/20__

Sueli Gonçalves Araújo
Chefe da Seção
RG: 9.110.956-5

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL - CONSULTORIA
REL. REM. 16847-136930/12
RECEBIDO 15/02/12
[Assinatura]
Assinatura



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA - ÁREA DA CONSULTORIA GERAL
Rua Pamplona nº 227 - 5º andar

FLS. 654
2

PROCESSO: ITESP nº 212/2007 -- PGE nº 12091-179820/2009
(Volumes I e II)

INTERESSADO: FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ITESP

ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE DÉCIMOS. ARTIGO
133 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO.
SERVIDORES CELETISTAS DE FUNDAÇÃO.

Coloco-me de acordo com o entendimento trazido no **Parecer PA nº 7/2011** e aprovado pela chefia da Especializada, segundo o qual aos servidores admitidos pela Fundação ITESP¹ não se aplica o disposto no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo, vez que o benefício ali previsto é exclusivamente dirigido aos servidores públicos submetidos ao regime jurídico de direito público, que observa o princípio da legalidade na fixação de vencimentos e concessão de vantagens.

Encaminhe-se à consideração do Senhor Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação do **Parecer PA nº 7/2011**.

SubG.Consultoria, em 3/de agosto de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

¹Os planos de funções e salários são aprovados pelo Senhor Governador do Estado e não fixados por lei, conforme disposto no artigo 20 da Lei estadual nº 10.207/1999 (Parecer PA nº 191/2007).



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL**

FLS. 655
8

PROCESSO: ITESP nº 212/2007 – PGE nº 12091-179820/2009
(Volumes I e II)

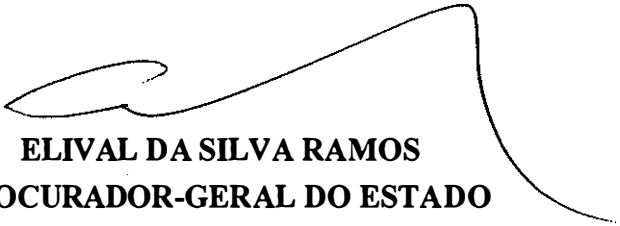
INTERESSADO: FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ITESP

ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE DÉCIMOS. ARTIGO
133 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO.
SERVIDORES CELETISTAS DE FUNDAÇÃO.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, aprovo o **Parecer PA nº 7/2011**.

Devolva-se à Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, para ciência e providências decorrentes.

GPG, em 3 de setembro de 2012.


**ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**