

PROCESSO: PGE nº 16847-1478253/2014 (PROCON nº 604/2014)

PARECER: PA nº 67/2015

INTERESSADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON

EMENTA: EMPREGADO PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. Servidora da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, admitida sob o regime celetista, que exerceu cargos ou funções com remuneração superior à do emprego público para o qual foi admitida. Pretensão à incorporação de décimos da diferença remuneratória, com fundamento no artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo. Inviabilidade. Dispositivo que não se aplica aos servidores regidos pela CLT. **Precedente: PA nº 216/91.** Distinção entre incorporação de décimos de diferença remuneratória referente a cargos e/ou funções ocupados, prevista no artigo 133 da Constituição do Estado, e a incorporação de gratificação, prevista em legislação específica. **Precedentes: PA nº 274/95, 80/2010, 07/2011.**

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Senhor Procurador do Estado Assessor respondendo pelo expediente da Subprocuradoria Geral do Estado – *área da Consultoria Geral*, acolhendo proposta oriunda da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

2. A dúvida jurídica foi submetida, inicialmente, pela Coordenadora de Recursos Humanos da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, tendo em vista requerimento apresentado por servidora celetista, admitida na Fundação PROCON em 15.10.1997, que pretende, com fundamento no artigo 133 da Constituição do Estado, a incorporação de décimos referentes à diferença remuneratória de cargos e funções que exerceu (fls. 4-6).

3. Os autos encontram-se instruídos com o requerimento apresentado pela interessada, acompanhado de cópias: (i) de certidões expedidas pela Coordenadoria de Recursos Humanos do PROCON; (ii) da Lei Complementar nº 924/2002; (iii) do Parecer CJ/SGP nº 034/2009; (iv) de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho da 2ª Região; (v) do Parecer PA nº 147/2009 (fls. 7-73).

4. A matéria foi previamente analisada pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, por meio do Parecer nº 633/2014¹, que concluiu pela inviabilidade da pretensão, argumentando que:

*“15. Contudo, ao que se depreende do requerimento da interessada, o que aqui ora se **pretende** não é a incorporação de gratificação de representação, mas a **incorporação de décimos em razão de haver ocupado distintos cargos e funções com remuneração superior.***

*16. Valendo-nos da distinção bem empreendida no bojo do citado Parecer PA nº 07/2011, entre incorporação de décimos (art. 133 da CE) e incorporação de gratificações diversas (art. 2º da Lei Complementar nº 1.001/2006), **o servidor público da Fundação PROCON, por não ocupar cargo ou função, mas emprego público, visto que admitido sob o regime da CLT (contrato de trabalho), não poderia fazer jus à incorporação de décimos, privativa que é dos servidores públicos strito sensu.***

17. Não há confundir-se, pois, vantagens distintas e as respectivas incorporações, a que só podem fazer jus, à luz do princípio da legalidade, os que preencham os requisitos necessários.

[...]” (grifei)

É o relatório. Passamos a opinar.

5. A dúvida diz com a aplicação, a servidores celetistas, da incorporação de décimos referentes à remuneração superior de cargo ou função ocupados temporariamente, de que trata o artigo 133 da Constituição do Estado de São Paulo, *verbis*:

“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.”²

6. Conforme apontou a Consultoria Jurídica preopinante, esta Especializada já analisou a questão proposta, exsurgindo firme o entendimento da não aplicação da incorporação de décimos de diferença remuneratória, prevista no artigo 133 da Constituição do Estado, aos empregados públicos. Oportuno trazer à colação as considerações da Procuradora do Estado Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, então Chefe da 3ª Subprocuradoria desta Procuradoria Ad-

¹ De lavra do Procurador do Estado DR. LUIZ FRANCISCO T. AVOLIO.

² A incorporação de que trata o art. 133 da Constituição do Estado é também objeto do Decreto nº 35.200/92 e da Lei Complementar nº 924/2002.

ministrativa, a respeito do citado dispositivo, por ocasião da análise do Parecer PA-3 n° 110/90³:

“Analisando-se literalmente o dispositivo, algumas conclusões podem dele ser extraídas.

Em primeiro lugar, o servidor deve ter cinco anos de efetivo exercício, contínuos ou não, já que a norma não faz qualquer distinção, não sendo dado ao intérprete fazê-la; aliás, quando a Constituição quis exigir tempo contínuo, ela o fez expressamente, como se verifica pelo artigo 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

*Além disso, o servidor deve ter exercido cargo ou função que lhe proporcione remuneração superior à do cargo ou função de que seja titular; **falando em cargo ou função, a norma deixou fora o servidor contratado pela CLT (que exerce emprego) e excluiu a possibilidade de contar vantagens recebidas em empregos regidos pela CLT.***

[...] Com efeito, a Constituição Federal quis fazer uma diferença, repetida na Constituição do Estado, entre cargo, emprego e função; é o que se deduz, dentre outros, do artigo 37, incisos I, II, IV, V, VIII, XVI e XVII; do artigo 38, I, II e III; do art. 61, § 1º, II, alínea ‘a’; e do art. 19, § 2º, das Disposições Transitórias. É preciso, pois, perquirir o sentido em que a Constituição empregou esses vocábulos, já que não se pode admitir que o constituinte tenha utilizado palavras inúteis.

[...]

Portanto, quando a Constituição fez referência a cargo ou função, somente abrangeu os funcionários públicos estatutários e os admitidos para as funções, nas duas hipóteses já referidas⁴. Excluiu os servidores ocupantes de emprego público, submetidos ao regime da CLT.

Poder-se-ia argumentar que não foi essa a intenção do constituinte estadual ao redigir o art. 133 e que a redação adotada seria atribuída a falta de técnica legislativa.

No entanto, essa conclusão não parece aceitável. Primeiro, porque outros dispositivos da Constituição parecem indicar certa precisão no uso dos vocábulos; é o caso do artigo 115, incisos I, II, V, VII, IX, XVIII, XIX, e § 5º; e dos artigos 18, § 2º, 22, 23 e 26 das Disposições Transitórias. Em segundo lugar,

3 De autoria da Procuradora do Estado Dra. FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA. Registro que não foi possível localizar despacho relativo à aprovação do Parecer PA-3 n° 110/90.

4 A referência foi às funções de chefia, assessoramento, direção e outras, mencionadas, por exemplo, no art. 37, V, da Constituição Federal, e à função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, do mesmo diploma.

porque os servidores contratados sob o regime da CLT estão sujeitos a normas próprias no que diz respeito à inalterabilidade dos contratos individuais de trabalho e ao próprio conceito de remuneração, em cujo cálculo se incorporam as vantagens percebidas em caráter não eventual, não podendo sofrer limitações referentes ao tempo de exercício como as que decorrem do art. 133 da Constituição do Estado. Esta não pode estabelecer normas que impliquem infringência à legislação trabalhista, em relação às quais os Estados não dispõem de competência para legislar nem mesmo supletivamente (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).” (grifei)

7. Em síntese, portanto, uma vez que o artigo 133 da Constituição do Estado fez menção expressa apenas aos servidores ocupantes de cargo ou função, não pretendeu alcançar os admitidos sob o regime da CLT, que ocupam emprego público. Lembre-se, ademais, que os empregados públicos são alcançados por regramento próprio, exatamente por força da aplicação da CLT, não dispondo o Estado de competência para legislar sobre a matéria (art. 22, I CF). *Tal entendimento também foi consignado no Parecer PA-3 nº 216/91⁵, aprovado nas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado.*

8. Conquanto me pareça que a referência aos precedentes citados desta Especializada, a cujos argumentos me reporto, seja suficiente para solucionar a dúvida submetida, entendo necessário, a título de complementação, a retomada da distinção entre a incorporação de diferença remuneratória, prevista no artigo 133 da Constituição do Estado, e a incorporação de gratificações diversas, dada a reincidente confusão entre tais situações. Observo que a própria servidora interessada anexou, com o intuito de corroborar seu pleito, cópia de pareceres e decisões judiciais que têm por objeto esta última hipótese de incorporação, e não aquela disciplinada no art. 133 da Carta Bandeirante, na qual fundamenta seu pedido. Nesse sentido, importante esclarecer que os Pareceres CJ/SGP nº 34/2009 e PA nº 147/2009 não tratam da matéria em análise no presente.

9. A distinção em comento foi abordada no Parecer PA-3 nº 274/95, de autoria da Procuradora do Estado Dra. Maria Luci Buff Migliori, do qual se extrai:

“8. O artigo 133 da Constituição do Estado dispõe:

‘Art. 133 - O servidor, com mais de 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 função para o qual foi admitido, incorporará um décimo desta diferença, por ano, até o limite de dez décimos’.

5 De autoria da Procuradora do Estado Dra. FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA.

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 decorrência 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 à do cargo de que seja titular ou função para a 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 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 recebimento 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 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.” (grifei)

10. A distinção entre incorporação de diferença remuneratória e incorporação de gratificação foi repisada no Parecer PA nº 80/2010, de lavra da Procuradora do Estado Dra. Marisa Fátima Gaieski, do qual destaco:

“[...] quanto ao mérito, verifica-se que a matéria em debate envolve, exclusivamente, o exame do artigo 133 da Constituição Estadual, e não, como mencionado em manifestações administrativas e jurídicas anteriores, do artigo 135, inciso III, da Lei nº 10.261/68, o qual versa sobre a possibilidade de concessão de gratificação de representação e sua posterior incorporação, diferentemente do primeiro, que disciplina, apenas e tão somente, a incorporação de décimos da diferença de adicional remuneratório advindo do exercício efetivo de cargo/função que proporciona vencimentos mais elevados, se estiverem presentes os requisitos normativos exigidos para tanto.

[...]

Assim, abordando este assunto apenas para fins de elucidação da questão, pois não é tema da matéria perquirida pelo órgão consulente, verifica-se que a incorporação da gratificação de representação, a que se refere o inciso III, do artigo 135, da Lei nº 10.261/68, será concedida ao servidor: (a) que contar com mais de cinco anos de efetivo exercício; (b) na proporção de 1/10 (um décimo) do valor da vantagem, por ano de sua percepção, até o limite de 10/10 (dez décimos); (c) havendo, no período de doze meses, o recebimento de gratificação de representação de valores diferentes, a incorporação será feita com base na vantagem percebida por mais tempo ou, se nenhuma delas atender a esse requisito, com base na vantagem de maior valor, conforme previsto no artigo 1º, da Lei Complementar nº 813/96 e, também, na Instrução CRHE/CAF nº 001/96, particularizando a hipótese de atribuição de gratificação por período inferior a cinco anos e, também, a possibilidade de concessão de gratificação de representação a servidores

admitidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, de acordo com a Lei Complementar nº 1001/06.

[...]"

11. Reporto-me, por fim, aos argumentos desenvolvidos no Parecer PA nº 07/2011, de autoria da Procuradora do Estado Dra. Célia Almendra Rodrigues, no qual se analisou situação análoga à ora submetida, envolvendo servidores celetistas da Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo – ITESP. A ementa do aludido opinativo consigna:

“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. [...]*”

12. Por todo o exposto, concluímos inaplicável à interessada, servidora celetista da Fundação PROCON, a incorporação de décimos de diferença remuneratória referente a cargo ou função ocupados, prevista no artigo 133 da Constituição do Estado.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 17 de agosto de 2015.

Luciana R. L. Saldanha Gasparini

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 120.706

PROCESSO: GDOC nº 16847-1478253/2014

PARECER: PA nº 67/2015

INTERESSADA: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

De acordo com o **Parecer PA nº 67/2015**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral.

P.A., em 19 de agosto de 2015.

Demerval Ferraz de Arruda Junior

Procurador do Estado respondendo pelo expediente

da Procuradoria Administrativa

OAB/SP nº 245.540

Processo: PROCON 604/2014 – GDOC 16847-1478253/2014

Interessada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Assunto: Empregado Público. Remuneração. Servidora da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON. Incorporação de décimos com base no artigo 133, CE.

Com amparo na Resolução PGE-11, de 09/02/2007, aprovo o Parecer PA nº 67/2015, acolhido pela i. Chefia da Procuradoria Administrativa (fl. 99).

Restituam-se os autos à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

São Paulo, 24 de agosto de 2015.

ADALBERTO ROBERT ALVES

Subprocurador Geral do Estado

Área da Consultoria Geral

