P.A. 83
Fls.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: 29776-286885/2019

INTERESSADO: DEPARTAMENTO REGIONAL DE SAUDE XIII - RIBEIRAO PRETO

PARECER: **PA n.º** 1/2020

EMENTA: SERVIDOR TRABALHISTA. FUNÇÃO-ATIVIDADE. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. INCORPORAÇÃO. Diferença Remuneratória. 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 admitidos sob o regime da legislação trabalhista, destinando-se exclusivamente aos ocupantes de cargo ou função-atividade jungidos à Administração sob regime de direito administrativo. Precedentes: PA-3 nº 216/1991, PA-3 nº 110/1990, PA 7/2011, PA 67/2015, PA 19/2018.

1. Vêm os autos a esta Procuradoria Administrativa por determinação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral para análise acerca da aplicabilidade da regra do artigo 133 da Constituição bandeirante aos ocupantes de função-atividade regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

2. O órgão de recursos humanos da Secretaria da Saúde manifestou entendimento no sentido de que a orientação veiculada no Parecer **PA nº 67/2015**[1] "não interfere na incorporação de décimos de servidores celetistas da administração direta" (fls. 38/39 e 65/66), com o qual dissentiu o Departamento de Despesa de Pessoal do Estado, órgão da Secretaria da Fazenda, o qual se recusou a averbar as apostilas de incorporação encaminhadas pela origem alicerçado em orientação firmada pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 68/69).

3. Ante a divergência de entendimento entre os órgãos técnicos, o expediente foi alçado à Coordenadoria de Recursos Humanos do Estado que, de seu turno, manifestou-se pela viabilidade de incorporação dos décimos, nos termos do artigo 133 da Constituição Estadual, considerando que: "(i) os servidores não ocupam emprego público, regido pela CLT; (ii) preenchem funções-atividades, regidas pela CLT, no âmbito da administração direta; (iii) estão enquadradas no conceito de servidor contido no artigo 2º, inciso I, do Decreto nº 35.200, de 26 de junho de 1992; (iv) exercem cargos/funções que lhe proporcionam remuneração superior ao das funções para as quais tenham sido admitidas, no âmbito da mesma pessoa jurídica – Secretaria da Saúde" (Informação CRHE nº 0613/2019, fls. 70/74).

4. Instado a se manifestar nos termos da Resolução PGE nº 2, de 10 de janeiro de 2018, o Núcleo de Direito de Pessoal ratificou orientação institucional já firmada sobre o tema no sentido da inaplicabilidade dos termos do artigo 133 da Constituição Estadual aos servidores admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho[2]. Considerando, contudo, alguns precedentes que teriam manifestado entendimento favorável à extensão da vantagem aos ocupantes de função-atividade com vínculo trabalhista, o i. Coordenador do órgão jurídico propôs a oitiva desta Procuradoria Administrativa "especialmente quanto à superação dos entendimentos dos Pareceres PA-3 nº 297/90, PA-3 nº 272/90 e PA-3 nº 229/90" (fls. 80).

[1] Cujo teor foi amplamente veiculado à Administração por meio do Comunicado UCRH nº 45/2017 (cópia às fls. 3/15 do expediente).

[2] Parecer NDP nº 256/2019, de autoria do Procurador do Estado LUCAS SOARES DE OLIVEIRA.

É o breve relato do essencial. Opino.

5. A orientação institucional concernente ao alcance da norma do artigo 133 da Constituição bandeirante[3] – no que toca aos seus destinatários – encontra-se arrimada no Parecer **PA-3 nº 216/1991**[4], precedente este aprovado em todas as escalas hierárquicas da Instituição, cuja ementa encontra-se vazada nos seguintes termos:

> VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Consulta acerca da aplicabilidade da regra do art. 133 da Constituição Estadual, que prevê vantagem pecuniária consistente na incorporação de diferença de remuneração, a servidores celetistas. Inviabilidade. Regra que se destina aos ocupantes de cargo ou função, submetidos a regime de direito administrativo. Vantagem, ademais, já garantida aos servidores celetistas pelo Estatuto laboral.

6. Muito embora se cuide de entendimento consolidado e revigorado ao longo de três décadas nesta Instituição[5], a opinião não foi unânime no sentido da inaplicabilidade dos termos do artigo 133 da Constituição Estadual aos servidores com vínculo empregatício. Com efeito, alguns pareceristas desta Casa emitiram opinião no sentido favorável, dentre eles o então Procurador do Estado Chefe da Unidade, Dr. PAULO DE MATTOS LOUZADA, o qual sustentou, no despacho aditivo ao

---

[3] Constituição Estadual de 1989: *"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."* (A expressão *"a qualquer título"*, que integrava a redação original, foi declarada inconstitucional no julgamento dos ED no RE nº 219.934-2/SP, STF, Pleno, j. 13/10/2004, e sua execução suspensa pela Resolução nº 51, de 13/7/2005, do Senado Federal).

[4] De autoria da Procuradora do Estado FÁTIMA FERNANDES DE SOUZA GARCIA.

[5] Vide a cadeia de precedentes citados pelo órgão jurídico preopinante na nota de rodapé nº 6 do parecer (fls. 77). Colhe-se, ainda, do "Informativo PA nº 2: Artigo 133 da CE", citado pelo órgão fazendário, a seguinte passagem: "Direito não estendido a servidores admitidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. PA 67/2015, PA 7/2011, PA-3 nº 216/1991, PA-3 nº 110/1990" (Disponível em : <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/normas/manual/InformativoPA2-Artigo133daCE.pdf>, acesso aos 07.01.2019)

Parecer **PA-3 nº 189/1990**[6], que "o contrato celebrado à égide da Consolidação das Leis do Trabalho também rende ensejo à incidência do artigo 133 da Constituição do Estado, desde que demonstrados os pressupostos fáticos consubstanciados no aludido preceito constitucional".

7. Prevaleceu, contudo, a exegese preconizada pela Procuradora do Estado Dra. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, então Chefe da 3ª Subprocuradoria desta Procuradoria Administrativa, a qual vinha sustentando desde o despacho aditivo lançado ao Parecer **PA-3 nº 110/1990** a leitura restritiva ao artigo 133 da Constituição bandeirante, dele extraindo a conclusão de que a norma excluiu a possibilidade de contar vantagens recebidas em vínculos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Na visão da prestigiada doutrinadora, razão não assistiria àqueles que sustentam entendimento contrário com amparo na falta de técnica legislativa do constituinte estadual ao redigir o artigo 133. Em suas palavras,

> *(...) 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, 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)

[6] Os despachos superiores não se encontram arquivados nesta Unidade.

8. Este o entendimento consignado pela i. parecerista ao aditar os Pareceres PA-3 nº 110/1990, PA-3 nº 229/1990, PA-3 nº 272/1990 e PA-3 nº 297/1990[7] – estes últimos, mencionados pelo órgão jurídico preopinante – cuja exegese foi finalmente prestigiada pela instância máxima da Instituição ao ensejo da aprovação ao Parecer **PA-3 nº 216-1991**. A propósito, este último opinativo, ao fazer alusão aos "remanescentes da ordem jurídica anterior" que poderiam estar regidos pela legislação trabalhista, deixa claro que o entendimento preconizado alcança qualquer vínculo regido pela legislação laboral. A valer,

> Como se vê, o servidor celetista incorpora automaticamente a diferença de remuneração pelo exercício de função diversa daquela para a qual foi contratado, enquanto tal não ocorre no regime estatutário, em que esse tipo de vantagem, considerada não fixa, não é passível de incorporação, só sendo percebida enquanto dura o exercício da função.
>
> Daí a regra do art. 133 da CE que, inspirada pelo princípio da irredutibilidade de salários, ora constante da Lei Maior, veio permitir a incorporação de tais diferenças de remuneração condicionando-a a que o servidor tenha mais de 5 anos de efetivo exercício e ao limite de 1/10 por ano de desempenho da função melhor remunerada.
>
> Ora, se o servidor celetista já goza de benefício superior e incondicionado, força é concluir que a ele não se aplica a regra do art. 133 da CE, **dirigida exclusivamente àqueles servidores ligados à Administração por vínculos de direito administrativo e não da legislação trabalhista.** (grifei)[8]

[7] Releva anotar que não se encontram arquivados nesta Unidade os despachos superiores dos referidos pareceres, não se sabendo a opinião da Subprocuradoria Geral do Estado como do Procurador Geral do Estado naqueles autos. Ainda, não logrei encontrar elementos conclusivos quanto à situação funcional dos interessados tratados nos Pareceres PA-3 nº 229/1990, PA-3 nº 272/1990 e PA-3 nº 297/1990, depreendendo-se dos relatórios tratar-se de funcionários contratados sob o regime da CLT e pertencentes ao quadro de pessoal do Fomento de Urbanização e Melhoria das Estâncias (FUMEST). Ainda que se cuidem de ocupantes de função-atividade, não é possível concluir, a partir dos dados do parecer, a que espécie de regime jurídico estariam jungidos.

9. Logo, esta é a diretriz institucional fixada há três décadas e que é ora reafirmada: a regra estatuída no artigo 133 da Constituição bandeirante não se aplica aos servidores admitidos sob o regime da legislação trabalhista, destinando-se exclusivamente aos ocupantes de cargo ou função-atividade jungidos à Administração sob regime de direito administrativo.

10. Dirimida a questão jurídica em tese suscitada no expediente, cumpre assinalar que não há nos autos elementos suficientes para a emissão de manifestação conclusiva para os casos concretos relatados. Com efeito, não é possível indicar com precisão o regime jurídico dos interessados por meio dos fragmentos das fichas funcionais juntada aos autos (fls. 17, 20, 23, 28, 31, 34).

11. A propósito, fossem de fato ocupantes de função-atividade regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 1º, III, da Lei nº 500/1974), sequer poderiam ser designados para o exercício de função de confiança, como parece ser o caso de alguns dos interessados, sob pena de violação ao artigo 37, inciso V, da Constituição da República[9], como já decorre de orientação institucional firmada desde a aprovação ao Parecer **PA-3 nº 82/2001**[10] – posteriormente reafirmada pelo Parecer PA nº 18/2012 – ressalvadas as hipóteses em que o quadro de pessoal do ente jurídico seja composto exclusivamente por empregados sujeitos ao regime jurídico trabalhista (Parecer PA nº 77/2013, item 22.1).

É o parecer, que submetemos à elevada consideração superior.

---

[8] Como é cediço, a matéria tratada no parecer sofreu substancial alteração com a Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), a qual modificou, dentre outros dispositivos, o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

[9] *Verbis: "Art. 37. [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento";*

[10] Vide, na sequência, o Parecer **PA-3 nº 265/2002**, emitido no mesmo Processo SS nº 001-0702-000224/99, no qual se ratificou entendimento no sentido de ser vedado ao ocupante de função-atividade admitido nos termos da legislação trabalhista a designação para o exercício de função de confiança em razão da vedação posta no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal.

São Paulo, 13 de janeiro de 2020.

SUZANA SOO SUN LEE
Procurador do Estado
OAB/SP n.º 227.865

P.A. 90
Fls.
fls. 1

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: **29776-286885/2019**

INTERESSADO: **DEPARTAMENTO REGIONAL DE SAUDE XIII - RIBEIRAO PRETO**

PARECER: **PA n.º 1/2020**

De acordo com o **Parecer PA n.º 1/2020**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.

P.A., em 17 de janeiro de 2020.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado respondendo pelo expediente
da Procuradoria Administrativa
OAB/SP n.º 245.540

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SUBPROCURADORIA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

PROCESSO: 29776-286885/2019

INTERESSADO: DEPARTAMENTO REGIONAL DE SAUDE XIII - RIBEIRAO PRETO

ASSUNTO: INCORPORAÇÃO DE DECIMOS DO ART. 133 CE/89 PARA SERVIDORES REGIDOS PELA CLT

PARECER: PA n.º 1/2020

1. Trata-se de expediente oriundo do Departamento Regional de Saúde XIII – Ribeirão Preto encaminhado para análise acerca da aplicabilidade do art. 133 da Constituição estadual aos ocupantes de função-atividade regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Os autos foram remetidos inicialmente ao Núcleo de Direito de Pessoal, ocasião em que foi proferido o **Parecer NDP n. 256/2019**, no qual houve ratificação da orientação institucional firmada no bojo do Parecer PA n. 67/2015 sobre a

92

inaplicabilidade do art. 133 da Constituição bandeirante aos servidores admitidos sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. No mais, considerou alguns precedentes em que haveria entendimento favorável à extensão da vantagem aos ocupantes de função-atividade com vínculo trabalhista, razão pela qual foi proposto o encaminhamento à Procuradoria Administrativa.

3. A Procuradoria Administrativa exarou o **Parecer PA n. 01/2020** no qual consignou que a orientação institucional acerca do alcance do art. 133 da Constituição estadual está consolidada desde a prolação do Parecer PA-3 n. 216/1991. Assim, o art. 133 aplica-se apenas aos servidores ligados à Administração por vínculos de direito administrativo e não da legislação trabalhista, o que abrange qualquer vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Superada a questão jurídica suscitada, pontuou que não constam dos autos elementos suficientes para identificar o regime jurídico dos interessados e, desse modo, possibilitar a análise definitiva dos casos concretos. Por fim, considerou que na hipótese de ocuparem função-atividade no regime da Consolidação das Leis do Trabalho sequer poderiam ser designados para o exercício de função de confiança, destinada aos ocupantes de cargo efetivo, nos termos do art. 37, V da Constituição Federal e conforme orientação firmada nos Pareceres PA n. 82/2001e n. 18/2012, com ressalva à hipótese do quadro de pessoal do ente jurídico ser composto apenas por empregados sujeitos ao regime trabalhista, nos termos do Parecer PA n. 77/2013.

4. Manifesto minha concordância com as conclusões lançadas **Parecer PA n. 01/2020**. Entretanto, é necessário destacar que posteriormente à sua prolação sobreveio a revogação do art. 133 da Constituição estadual, por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 49, de 06 de março de 2020. Assim, a vantagem da incorporação prevista no art. 133 da Constituição estadual não mais subsiste para quaisquer agentes públicos, independentemente do regime a que se submetem. Devem prevalecer, todavia, os entendimentos institucionais sobre a aplicação do dispositivo em relação às concessões de incorporações que, na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, tenham cumprido os requisitos temporais e normativos previstos na legislação então vigente, conforme previsto no art. 2º da Emenda Constitucional n. 49, de 06 de março de 2020.

93

5. Elevo os autos à apreciação da Senhora Procuradora Geral do Estado, com recomendação para aprovação da peça opinativa com os acréscimos da presente manifestação.

São Paulo, 8 de julho de 2021.

MARIA DE LOURDES D'ARCE PINHEIRO
SUBPROCURADORA GERAL ADJUNTA
RESPONDENDO PELO EXPEDIENTE DA
CONSULTORIA GERAL

94

PROCESSO: **29776-286885/2019**

INTERESSADO: DEPARTAMENTO REGIONAL DE SAUDE XIII - RIBEIRAO PRETO

ASSUNTO: **INCORPORAÇÃO DE DECIMOS DO ART. 133 CE/89 PARA SERVIDORES REGIDOS PELA CLT**

1. Aprovo o **Parecer PA nº 01/2020**, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do despacho da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 12 de julho de 2021.

MARIA LIA PINTO PORTO CORONA
PROCURADORA GERAL DO ESTADO