



22

Processo n° 001.0705.000.286/2012
Interessado: VERA LUCIA GOULART DIAS
Parecer n° 364/2012
Assunto:

SERVIDOR PÚBLICO. NULIDADE DA NOMEAÇÃO. EXERCÍCIO DE FATO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS OS SEUS REQUISITOS. NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO E REALIZAÇÃO DO CÁLCULO DO VALOR DEVIDO. POSTERIOR REMESSA À AJG, PARA OS FINS DO DISPOSTO NO ART. 26, I, DO DECRETO 52.833/2008.

1. Trata-se de autos formados em razão de pleito da Sra. VERA LUCIA GOULART DIAS de pagamento pelos dias trabalhados como AUXILIAR DE ENFERMAGEM, correspondentes ao período de 04/08/2011 a 31/10/2011 (fl. 3).

2. Consoante publicação no DOE de 29/04/2011 (fls. 4/5), a Sra. VERA LÚCIA GOULART DIAS foi nomeada para exercer o cargo de auxiliar de enfermagem em caráter efetivo no Instituto “Dante Pazzanese” de Cardiologia. E segundo o Título de fl. 6, a interessada teria entrado em exercício no dia 04/08/2011, tendo apresentado declaração de que não exercia cargo ou função na Administração Pública (fl. 7).

3. Segundo a documentação constante dos autos, ainda lhe foram concedidas a GEA - Gratificação Especial de Atividade (fl. 8) e a Gratificação Especial por Atividade Hospitalar – GEAH (fl. 9), posteriormente tornadas sem efeito (fl. 12).

4. Por sua vez, a Declaração 816/2011 indica que a interessada exerceu suas atividades no Pronto Socorro, das 13hs00 às 19hs00, no período de 04/08 a 31/10/2011 (fl. 11).



5. A informação de fl. 13 esclarece que não houve a averbação do Título de Nomeação, pois teria sido apontado pela SPPREV o vínculo de aposentada da interessada, a qual teria sido desligada do serviço público a partir de 01/11/2011..

6. O Atestado de Frequência de fls. 15 e 15-verso indica que não houve falta no período correspondente a 04/08/2011 a 31/10/2011.

7. Ulteriormente adveio manifestação do Centro de Orientação de Normas que entendeu que a servidora não poderia acumular seus proventos com vencimentos e que para a configuração do exercício de fato deveriam estar presentes a efetiva prestação de serviços, a boa fé, a existência legal do cargo/função e o ato formal de designação com característica de regularidade (fls. 16/18).

8. E por recomendação do Centro de Orientação e Normas, os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica (fl. 20) e a mim distribuídos (fl. 21).

É a síntese do necessário. Passo a opinar.

9. A questão aqui apresentada diz respeito tão somente à hipótese de restar caracterizado, ou não, o aludido exercício de fato, para fins de indenização.

10. **Maria Sílvia Zanella Di Pietro**, in “Pressupostos do Ato Administrativo – Vícios, Anulação, Revogação e Convalidação em face das leis de processo administrativo”, in “Seminário de Direito Administrativo – TCMSP”, esclarece que:

“O exercício de fato (que permite falar em funcionário de fato, em oposição ao funcionário de direito) seria a prática do ato por pessoa que está investida em cargo, função ou emprego público, mas existe uma irregularidade na sua investidura. Por exemplo, o servidor precisava ter nível superior e não tem; ou foi nomeado para cargo



W

inexistente; ou continua a trabalhar após completar 70 anos de idade. Em todos esses casos, existiu o ato de investidura, porém de alguma forma a situação contraria a lei”.

11. A **jurisprudência** entende que o servidor que trabalhou, exerceu de fato um cargo ou função pública, faz jus à contraprestação pelo exercício do encargo.

“Ainda que deficiente o ato de designação de servidor público ao exercício de função de confiança, verificado o efetivo desempenho dessa, impõe-se o pagamento da remuneração a si correspondente”
(TRF da 4ª Região - APELRE 2003.72.00.012219-8, Relator Des. Federal AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, vu, DJ 25/01/2006).

“Provado o exercício de fato de função comissionada, embora o ato formal de designação seja deficiente, o servidor faz jus à contraprestação pelo exercício do encargo.”
(TRF da 4ª Região – 4ª Turma - APELCIV 2005.72.00.008985-4, Rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, vu).

12. O **Código Civil** dispõe em seu **artigo 1214** que

*“Art. 1.214 - O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.
Parágrafo Único – Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio; devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação.”*

4



25

13. Pelo disposto no Código Civil, verifica-se que aquele que tiver a posse de boa fé, terá direito aos frutos percebidos. A mesma interpretação pode ser aplicada de forma analógica extensiva àqueles que exercem cargo público.

14. E o art. 884 do mesmo Código Civil trata da questão do enriquecimento sem causa.

“Art. 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

15. Verifica-se daí que não seria lícito à administração locupletar-se em detrimento de trabalho alheio não remunerado, o que caracterizaria, via transversa, numa espécie de exploração de trabalho escravo.

16. E para dirimir dúvidas, a AJG já emitiu diversos Pareceres a respeito do direito à remuneração por aquele que exerce de fato função ou cargo público. Um requisito imprescindível seria a boa fé. O primeiro Parecer que sedimentou a abordagem do tema é o de nº 1252/70, que inclusive teria dado origem ao Despacho Normativo do Sr. Governador, a ser tratado mais à frente.

“Penso que a quantia recebida pelo interessado a título remuneratório não comporta devolução aos cofres públicos, ante o exercício de fato da função pública, podendo desde logo ser dispensada a reposição pelo Chefe do Poder Executivo”.

(manifestação da D. Procuradora do Estado Chefe da AJG ao apreciar o Parecer 0471/2008)

1



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

CONSULTORIA JURÍDICA

“O pedido em exame pode ser acolhido, com respaldo no princípio de direito que veda o enriquecimento sem causa. Esse princípio, que já era agasalhado pela Administração, está, agora, estampado no artigo 884 do Código Civil.”

(AJG – Parecer 0105/2009)

“Quanto ao período efetivamente trabalhado, de fato, com base em inúmeros precedentes desta Assessoria, inclusive aquele em que se baseou a Consultoria Jurídica da pasta de origem, não se cogita em reposição”.

(AJG – Parecer 0576/2011)

“A figura jurídica do assim chamado “exercício de fato” caracteriza-se, dentre outras notas distintivas, pela aparência de legalidade, vale dizer, exerce-se função pública de boa-fé, em situação aparentemente agasalhada pela legislação de regência, concluindo a Administração, em momento ulterior, que se dá o inverso. Nesse sentido, o “exercício de fato” se contrapõe ao “exercício de direito”.

(AJG – Parecer 1005/2009)

17. Não localizei **legislação** estadual que trate do tema, a não ser o **Decreto 28.118/1988**, que previa o cômputo do tempo de **exercício de fato** para fins de transformação de cargos ou funções-atividades, o que hoje em dia é vedado pela Constituição de 05/10/1988.

18. Consoante citação no Parecer AJG 1005/2009, o **Despacho Normativo do Governador nº 16, de 19/11/1970**, orienta a Administração para o pagamento em situações de exercício de fato, baseada no princípio que veda o enriquecimento sem causa, desde que estejam preenchidos os seguintes requisitos:



27

- "a) existência legal do cargo ou função;*
- b) ato formal de designação;*
- c) prestação real e efetiva do trabalho a ser remunerado;*
- d) boa fé do servidor".*

19. Verifica-se dos autos que:

- a) O cargo de auxiliar de enfermagem existe nos quadros da Secretaria de Estado da Saúde;
- b) Houve o ato formal de nomeação (fls. 4/5);
- c) Teria havido prestação real e efetiva do trabalho a ser remunerado (fls. 15 e 15-verso);
- d) Não teria havido má fé do servidor, o qual, inclusive, teria prestado concurso público para o cargo, quando não poderia fazê-lo por estar aposentado desde 2010, segundo entendimento manifestado pela administração.

20. Assim, em princípio estariam preenchidos os requisitos para a indenização pelo exercício de fato de função pública, correspondente ao período de 04/08/2011 a 31/10/2011. Observo que cabe à origem verificar se já não foi procedido qualquer pagamento a esse título.

21. Observo que a decisão final caberá ao **Exmo. Sr. Secretário da Casa Civil do Governo**, após manifestação da D. Assessoria Jurídica do Governo, consoante o disposto no **art. 26, inciso I, do Decreto 52.833, de 24/03/2008**, que assim dispõe:

Artigo 26 - Ao Secretário-Chefe da Casa Civil compete, ainda, em relação ao Sistema de Administração de Pessoal, em nível central, além do disposto no inciso I do artigo 85 do Decreto nº 51.991, de 18 de julho de 2007:

27



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

CONSULTORIA JURÍDICA

28

I - autorizar ou indeferir pagamento a título de exercício de fato, após manifestação do órgão de assessoramento jurídico do Governador;

22. Porém, para que se possa caracterizar exercício de fato, é necessário que haja a anulação do ato que nomeou e deu posse à interessada.

23. Isto posto, proponho a devolução dos autos à origem para que, consoante o seu próprio entendimento, dê início aos trâmites para a anulação da nomeação e posse da interessada, bem como efetue o cálculo dos valores eventualmente devidos à interessada, para que em seguida, em trâmite direto, remetam os autos à **D. Assessoria Jurídica do Governo**, para os fins do disposto no **art. 26, I, do Decreto 52.833/2008**.

É o meu parecer.

C.J., 28 de março de 2012.

Cyro Saadeh

Procurador do Estado



SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

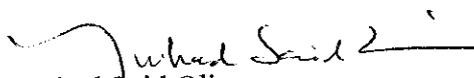
CONSULTORIA JURÍDICA

Processo nº 001.0705.000.286/2012

Interessado: VERA LUCIA GOULART DIAS

1. De acordo com o teor do Parecer CJ/SS nº 364/2012.
2. Restituam-se os autos à origem, por intermédio da ilustre Chefia de Gabinete, para ciência do entendimento deste Órgão Jurídico.

C.J., em 29 de março de 2012.


Nuhad Saïd Oliver
Procuradora do Estado Chefe
da Consultoria Jurídica