



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

Processo: Ofício DEI N. 00471/2007
Interessado: Secretaria da Fazenda
Assunto: Afastamento de servidor público estadual para exercer cargo de Secretário de Estado

Parecer CJ/SGP n. 65/2007

Ementa: **SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL** nomeado **SECRETÁRIO DE ESTADO**. Questões relativas à situação funcional do servidor, quando do retorno ao cargo efetivo. Férias: não fruídas por necessidade de serviço e até o máximo de dois anos da acumulação (Lei n. 10.261/68, art. 176, § 2º.), serão passíveis de indenização, a critério do Governador. Licença-prêmio: cômputo do tempo do cargo político para fins de composição do período aquisitivo, desde que haja efetivo controle da frequência pela respectiva Secretaria. Incorporação: arts. 133 da CE e 39, § 4º., da CF (diferença de um décimo por ano, até dez décimos, da remuneração superior a do cargo de que é titular). Aposentadoria: cômputo do tempo do cargo político, com o recolhimento da contribuição previdenciária do período, nos termos do art. 38, V, da CF.

1. Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Despesa da Secretaria da Fazenda à Unidade Central de Recursos Humanos desta Secretaria acerca do procedimento adequado para anotação no registro de frequência de servidor público estadual nomeado para exercer o cargo de Secretário de Estado (fls. 1).

2. A Unidade Central de Recursos Humanos desta Pasta traça, inicialmente, um paralelo entre o regime jurídico do agente político (Secretário de Estado) e do funcionário público estadual; enquanto, o primeiro é constitucional, o segundo é infraconstitucional, sendo previsto na Lei n. 10.261/68.



-08-
B

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

Sugere, porém, a aplicação analógica do artigo 38 da Constituição Federal, tratando o afastamento para o exercício do cargo de Secretário de Estado da mesma forma que é tratado o afastamento para o exercício de cargo eletivo, computando-se o tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento, além de ser providenciado o recolhimento da contribuição previdenciária como se em exercício estivesse.

Indaga, por fim, quanto ao tratamento a ser dado ao servidor ocupante de cargo efetivo, quando deixa de exercer o cargo de Secretário de Estado e retorna ao seu cargo de origem, com relação a:

- “1. férias – há possibilidade de fruição posterior?
2. licença-prêmio – tempo de exercício no cargo de Secretário de Estado – poderá ser considerado para composição de período aquisitivo?
3. incorporação de gratificação de representação – em caso de recebimento de gratificação pelo servidor, durante o exercício no cargo de Secretário de Estado – esse período poderá ser considerado para incorporação dessa gratificação?
4. aposentadoria – período de exercício no cargo de Secretário de Estado – poderá ser contado para fins de aposentadoria? Haverá contribuição previdenciária nesse período?”.

3. Chegam os autos a esta Consultoria Jurídica, enviados pela Chefia de Gabinete desta Secretaria, para exame das questões propostas pela Unidade Central de Recursos Humanos.

É o relatório. Passamos a opinar.

4. O presente expediente busca saber se o servidor público estadual ocupante de cargo efetivo, após o exercer o cargo de Secretário de Estado,



-09-
R

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

ao retornar ao cargo de origem terá direito aos benefícios mencionados e em que condições.

5. Importa, portanto, analisar se o afastamento para exercício de cargo político impede ou restringe o gozo dos benefícios em questão, dado que o servidor público efetivo não perde sua condição, a qual só pode ser subtraída por exoneração a pedido, ou demissão decorrente de sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo.

6. O afastamento para exercício de mandato eletivo é expressamente previsto no artigo 38 “caput” da Constituição Federal, que confere ao servidor da administração direta, autárquica e fundacional o cômputo do tempo de serviço pra todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (CF, art. 38, IV) e determina o recolhimento, como se no exercício do cargo efetivo estivesse, para fins de benefício previdenciário (CF, art. 38, V).

7. Silente é a lei, contudo, quanto ao afastamento para exercício do cargo de Secretário de Estado, de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado (CE, art. 47, II).

8. Embora o Secretário de Estado não seja um agente político por força do voto, uma vez que não exerce cargo eletivo; é um agente político, por pertencer a estrutura do governo por vontade daquele que foi eleito.

Para a doutrina, agentes políticos são:

“Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos o Presidente da República, os



-10-
B

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

governadores, os prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (ministros e secretários das diversas pastas), os senadores, os deputados e os vereadores. Todos estes se ligam ao Estado por um liame não profissional. A relação que os vincula aos órgãos do poder é de natureza política. Desempenham um munus público. Para o exercício de tão elevadas funções não comparecem como profissionais. O que potencialmente os qualifica ao seu exercício é a qualidade de cidadãos, de membros da sociedade política; em consequência, titulares de direitos e responsabilidades na condução de res publica. A função que lhes corresponde não é de caráter técnico, mas a de traçar a orientação superior a ser cumprida, por meios técnicos, pelos demais agentes¹.”

HELY LOPES MEIRELLES acrescenta²:

“**Agentes políticos** são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Os **agentes políticos** exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área

¹ Celso Antonio Bandeira de Mello, “Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos”, 1ª. Ed. – 5ª. tiragem, SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 7.

² In “Direito Administrativo Brasileiro”, 33ª.ed., SP, Malheiros Ed., 2007, pp. 75/78.



- 11 -
R

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

de atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. (...)

.....

Nesta categoria encontram-se os *Chefes de Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus *auxiliares imediatos* (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os *membros das Corporações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores); os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes diplomáticos* e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público”.

9. Antes de responder se o Secretário de Estado terá direito a férias num momento posterior, há que se estabelecer se o servidor nomeado Secretário de Estado, cargo de livre nomeação do Chefe do Executivo, fará jus às férias anuais regulamentares durante o cargo político.

As férias constituem direito constitucional do servidor público, a teor do artigo 39, § 3º., da Constituição Federal. Conseqüentemente, quando o servidor, em virtude de afastamento e nomeação para cargo de Secretário de Estado, passa a condição de agente político, suas férias têm tratamento especial, pois ficam submetidas a critério do Governador (Constituição Estadual, art. 47, VI). Devem, assim, ser apreciadas pelo Chefe do Executivo, devendo ser gozadas no curso do ano em exercício, salvo absoluta necessidade de serviço (Lei n. 10.261/68, art. 176, § 2º.). Tal importa dizer que sendo o Secretário de Estado servidor público estadual, ele terá direito a férias anuais regulamentares, desde que acompanhadas da anuência do Senhor Governador.

Goza, assim, o Secretário de Estado as férias pela condição de servidor; porque se não o fosse, os períodos de ausência dar-se-iam a título de



-12-
SB

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

afastamento para cuidar de interesse particular, autorizado pelo Governador do Estado.

A diferença entre as férias e os afastamentos para tratar de assuntos pessoais consistem nos seguintes aspectos: a) o primeiro instituto se dá com remuneração e acréscimo de 1/3 (um terço), o segundo ocorre sem contraprestação pecuniária; b) o primeiro está delimitado a 30 (trinta) dias, podendo ser parcelado uma só vez em períodos iguais; enquanto o segundo não está delimitado temporalmente, ficando a critério exclusivo do Governador, a extensão e frequência.

Como o instituto das férias tem a sua fruição atrelada ao ano civil em curso, após o primeiro ano de exercício no serviço público (Lei n. 10.261/68, art. 178), é vedada a acumulação de férias, exceto por absoluta necessidade de serviço e pelo máximo de dois anos consecutivos, consoante o disposto no art. 176, § 2º, da Lei n. 10.261/68. Logo, não gozadas as férias durante o exercício do cargo político, no período autorizado pela Lei supracitada, não poderá o servidor fazê-lo por ocasião do retorno ao vínculo de origem. Vale dizer, o indeferimento das férias pelo Senhor Governador, sem autorização para gozo nos dois anos consecutivos, implica o reconhecimento da absoluta necessidade de serviço e, por conseguinte, será passível de indenização pelo Chefe do Executivo, que houve por bem indeferi-las, porque não pôde dispor de seu auxiliar naquele momento nem nos dois anos subsequentes. Diversamente, caso não seja submetido ao Governador o competente pedido de férias, há de ser reconhecida a renúncia ao direito.

10. Quanto ao cômputo de tempo de serviço no cargo político para fins de licença-prêmio, é importante recordar que o benefício da licença-prêmio está intimamente ligado ao exercício efetivo, cuja conferência é determinada pelo registro de frequência. Logo, para aproveitamento do tempo no cargo político, é mister o controle da assiduidade do agente político pela competente Pasta.

Subtrair-lhe tal direito, seria caminhar contrariamente ao disposto no artigo 38, IV, da Constituição Federal, que autoriza expressamente a contagem do tempo de serviço para todos efeitos legais, exceto para promoção por merecimento, ao



- 13 -
S

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

servidor eleito. Ora, não obstante, o Secretário de Estado não tenha sido eleito, ele só passa a compor a estrutura estatal pela vontade de um Chefe do Executivo eleito. Tal permite dizer que se um servidor pode contar com a garantia do artigo 38 da Carta Republicana ao ser eleito, pode também fazer uso analogicamente dela quando for erigido a condição de agente político por nomeação.

Em suma, o tempo de serviço do cargo político pode ser utilizado para composição de período aquisitivo para fins de licença-prêmio.

11. No tocante à possibilidade de incorporação de gratificação de representação pelo exercício do cargo político, há que se considerar o disposto no artigo 133 da Constituição Estadual:

“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 disposição constitucional é clara ao estabelecer que para fazer jus à incorporação o servidor deverá ter mais de cinco anos de efetivo exercício.

Outro aspecto diz respeito ao disposto no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, que reforça a figura do Secretário de Estado como agente político:

“O membro de Poder, detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.” (g.n)



-14-

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

Da conjugação das disposições legais acima previstas, podemos concluir que caso o servidor venha a perceber subsídio superior à remuneração do cargo de que é titular, fará jus a incorporação da diferença, no percentual de um décimo por ano, até o limite de dez décimos.

12. Para fins de aposentadoria, o período de exercício do cargo de Secretário de Estado não poderá ser desprezado, vez que se trata de cumprimento de *munus publico*, cuja frequência deve ser controlada na respectiva Pasta. Da mesma forma que não se desconsidera o tempo de serviço do servidor público eleito (CF, art. 38, IV), não se poderia ignorar o tempo de serviço daquele que auxilia o Chefe do Executivo, na direção superior da administração estadual (CE, art. 47, II).

Em contrapartida, para fins previdenciários, o período de afastamento do servidor demanda o recolhimento regular da contribuição, como se no exercício estivesse (CF, art. 38, V).

13. Respondidas as questões propostas, sugerimos a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Estado, a fim de ser ouvida a Procuradoria Administrativa, nos termos do art. 21, I, da Lei Complementar n. 478, de 18.7.1986, por se tratar de matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral.

É o parecer, *sub censura*.

CJ, 25 de setembro de 2007.


Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen
Procuradora do Estado



-15-
✍

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

Processo: Ofício DEI nº. 00471/2007
Interessado: Secretaria da Fazenda
Assunto: Afastamento de servidor público estadual para exercer cargo de Secretário de Estado

Aprovo, com ressalvas, o Parecer CJ/SGP-65 /2007, que analisa a possibilidade do servidor público, titular de cargo efetivo, contar o tempo de serviço que prestou na condição de Secretário de Estado, para aquisição do direito à licença-prêmio e à aposentadoria, bem assim quanto a possibilidade de incorporação de diferença de remuneração.

Nos termos do artigo 76 da Lei nº 10.261, de 28/11/1968, o “tempo de serviço público prestado ao Estado” por titular de cargo, de provimento efetivo, em comissão ou vitalício, “será contado singelamente para todos os fins”.

O servidor titular de cargo efetivo, enquanto no exercício das atribuições de Secretário de Estado encontra-se prestando serviço público ao Estado, de sorte que a contagem desse tempo é legalmente viável, “para todos os fins de direito”, portanto, inclusive para aquisição de licença de 90 (noventa) dias, como prêmio de assiduidade, se preenchidos os requisitos estabelecidos no enunciado do artigo 209 da Lei nº 10.261/68; bem assim para aposentadoria.

Nessa última hipótese, contudo, o tempo só poderá ser computado se o servidor recolher a contribuição previdenciária ⁽¹⁾

¹ *Constituição Federal: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”*



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

mensal destinada ao custeio de aposentadoria ou reforma, nos termos da Lei Complementar nº 943, de 23/06/2003.

Se o servidor afastou-se do cargo efetivo de que é titular para exercer o “munus” de Secretário de Estado sem prejuízo dos vencimentos, o recolhimento da contribuição continuará a ser realizada mediante desconto mensal na folha de pagamento, ao teor do artigo 5º da supra mencionada lei complementar.

Se, todavia, o servidor optar pela remuneração decorrente do exercício das atribuições de Secretário de Estado, o recolhimento da contribuição deverá ser feita diretamente ao IPESP, nos precisos termos do item 1 do §1º do artigo 5º da Lei Complementar nº 943, de 22/06/2003:

“Artigo 5º - A contribuição de que trata esta lei complementar será recolhida da data do pagamento dos vencimentos ou salários, mediante desconto mensal em folha de pagamento.

§1º - O contribuinte deverá recolher diretamente a contribuição quando:

1 - deixar, por qualquer motivo, temporariamente, de perceber vencimentos ou salários;”.

O aspecto relativo à fruição posterior de férias não gozadas pelo servidor quando no exercício das atribuições de Secretário de Estado foi examinado reiteradamente pela Assessoria Jurídica do Governo, mantida sempre a mesma orientação.

Não vislumbrando motivos razoáveis para dela divergir, limito-se a transcrevê-la, mediante destaque o Parecer AJG nº 53, de 16/01/1998, acrescido do despacho da Chefia que o aprovou:

“(…)

3. O assunto já foi examinado, à saciedade, por parte desta Assessoria Jurídica, consoante se infere dos pareceres anexados



-17-

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

ao expediente, entre os quais o de fls. 20/24, por mim prolatado, a cujos termos, 'brevitatis causa', me reporto.

4. Nada obstante, os vigorosos argumentos sustentados no parecer de fls. 26/36, do qual dissenteu a douta Chefia (fls. 37/39), a concessão de férias aos agentes políticos, na verdade, seria viável desde que houvesse dispositivo legal que a tanto autorizasse.

Se justo ou injusto o critério em vigor, a situação somente poderá ser modificada por via legislativa.

Tampouco poderão ser indeferidas as férias em comento, a despeito da interessada ser funcionária pública estadual, eis que existe norma legal em sentido diametralmente oposto.

(...)."

Despacho do Procurador do Estado Assessor

Chefe:

"De acordo com o parecer retro que, invocando os precedentes na matéria, propõe o indeferimento do pedido, à mingua de amparo legal.

Particularmente, quanto ao pretendido indeferimento das férias para futuro aproveitamento, em face de se tratar de autoridade requerente que detém cargo público, devo acrescentar as conclusões do parecer, no sentido da impossibilidade de atendimento do pedido por contrariar norma de regência (Decreto nº 25.013/86) que, no caso, por estar a requerente no ofício de atividades próprias do agente político, durante o exercício desse 'múnus' público aparta-se do regime comum dos trabalhadores, dentre os quais se incluem os funcionários, no que diz com o direito a férias.

Em consequência, ausente o direito, não há como postergar sua fruição para futuro.

Por fim, a incorporação de diferença de remuneração é juridicamente inviável. Realmente, Secretário de Estado não é cargo público, razão pela qual não está o Titular submetido aos deveres e



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA

obrigações estatutárias, nem se lhe aproveita os direitos e vantagens que conformam o regime jurídico dos servidores.

A possibilidade de incorporação da diferença de remuneração pressupõe, nos termos do artigo 133 da Constituição do Estado, a existência de dois cargos ou funções, ou seja, a preexistência de dois vínculos funcionais.

Com essas considerações, retornem os autos ao Departamento de Despesa de Pessoal do Estado, da Secretaria da Fazenda, por intermédio da Unidade Central de Recursos Humanos, desta Secretaria de Gestão Pública.

Consultoria Jurídica, 27 de novembro de 2007.


Maria Emilia Pacheco
Procuradora do Estado Chefe.