

Nomeação em cargo comissionado de empregado público celetista cedido: suspensão do contrato individual de trabalho e consequências para regime de férias*.

ADMINISTRATIVO. DIREITO DE PESSOAL. CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO EM CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. FÉRIAS. AQUISIÇÃO.

1. A nomeação de empregado público cedido em cargo de provimento em comissão importa em suspensão do contrato individual de trabalho do empregado, e conseqüente mutação do vínculo de emprego: de celetista para estatutário. Jurisprudência.

2. Há que se diferenciar a aquisição de um direito – que se dá pelo preenchimento, no mundo dos fatos, dos requisitos postos na hipótese normativa pertinente –, do momento em que seu titular decide exercê-lo. Inteligência da Súmula 359 do STF.

3. Caso em que o Interessado preencheu os requisitos para a concessão de férias, postos nos arts. 129 e 130, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, apresentando, na empresa pública cedente, requerimento de gozo de férias no mesmo dia em que publicado seu ato de nomeação em cargo comissionado neste Tribunal de Contas do Estado.

I

01. Cuida-se de Requerimento Administrativo (ff. 1-2) protocolado por José**, em 30 de janeiro de 2018, no qual solicita o gozo de férias de 1º de março de 2018 até 15 de março de 2018 e a fruição de 3 (três) folgas por assiduidade para os dias 26, 27 e

28 de fevereiro de 2018.

02. Na Petição, o Interessado se apresenta como empregado da Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará – ETICE, cedido a este Tribunal de Contas do Estado. Informa que, inicialmente, foi cedido para o extinto TCM em 19 de setembro de 2016, vindo a atuar na Diretoria de Tecnologia da Informação – Ditec. Em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a PEC que extinguiu o TCM, o Requerente não solicitou férias ao TCM quando completou o período aquisitivo, em setembro de 2017. Prossegue alegando que, extinto o TCM, passou a laborar na Secretaria de Tecnologia da Informação do TCE, já no final de outubro de 2017. Aduz que, em janeiro de 2018, foi nomeado em cargo em comissão – TCE-06¹ –, a fim de viabilizar o pedido de cessão ao Executivo Estadual.

03. Anuncia que o procedimento praticado na ETICE para os empregados cedidos é o preenchimento de formulário pelo empregado e a entrega na empresa para o recebimento do terço constitucional em folha. Quanto à fixação do período para usufruto, é negociada entre o empregado e o órgão de lotação. Por outro lado, adverte que, salvo engano, o procedimento no TCE segue balizas diversas: o cedido combina o período de férias com o órgão de origem e, então, encaminha documento que formalize as férias, com ciência da chefia imediata e setor de gestão de pessoas no TCE.

04. Assim, o Requerente acredita que já integrou ao seu patrimônio jurídico o período aquisitivo necessário para o deferimento das férias, com o segundo se completando em maio de 2018. Noticia que já foi combinado, com a chefia imediata no TCE, que em 24 de janeiro de 2018 solicitaria férias para a Etice para fruição de 1º de março de 2018 até 15 de março de 2018, perfazendo 15 dias de férias e restando 15 dias de saldo.

1 Consoante cópia do Diário Oficial Eletrônico do TCE/CE (fl. 16), o cargo em comissão que o Interessado ocupa é o de simbologia TCM-06.

05. Inteira que nunca utilizou saldos de tempo adquirido na Etice nas Instituições onde prestou serviços como cedido. Destaca que o contexto da extinção do TCM e da cessão é peculiar, de sorte que não vislumbra os dispositivos regentes da matéria, restando a analogia, a discricionariedade e o senso de Justiça. Em fechamento, solicita “férias de 01/03/2018 até 15/03/2018” e “uso de 03 folgas assiduidade para os dias 26, 27 e 28/02/2018”.

06. Integram os fólios: solicitação (f. 3) de férias² e terço constitucional do Interessado perante a Etice; declaração da ETICE (f. 4) certificando que o Interessado é seu empregado e se encontra com férias vencidas a partir de 01/06/2016 a 31/05/2017 e que o aludido obreiro dispõe de 22 (vinte e dois) dias de licença prêmio e 09 (nove) dias de folgas assiduidades, sendo: 06 (seis) folgas antigas e 03 (três) atuais, nos termos da cláusula oitava do acordo coletivo de trabalho dos trabalhadores da ETICE; acordo coletivo de trabalho 2016/2017 (ff. 5-12), entabulado entre o Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados, Serviços de Informática e Similares do Estado do Ceará e a Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará – ETICE, cuja CLÁUSULA OITAVA – DO PRÊMIO ASSIDUIDADE dá direito a 01 (um) dia de abono por mês trabalhado, não podendo acumular mais que 03 (três) dias; despachos de encaminhamento (ff. 13-14) da Secretaria de Administração à Diretoria Administrativa e Financeira (Remuneração e Benefícios) e da Diretoria Administrativa e Financeira (Remuneração e Benefícios) para a Gerência de Atos Funcionais; declaração (f. 15) que o Interessado é servidor da Etice cedido ao TCE, havendo tomado posse no cargo em comissão símbolo TCM-06 e que recebe um valor bruto de R\$ 8.309,28 (oito mil, trezentos e nove reais e vinte e oito centavos); cópia dos Diários Oficiais (ff. 16-20) em que publicados os atos e corrigendas, todos referentes ao Interessado, dos atos de nomeação em cargo em comissão símbolo TCM-06 e autorização de cessão para prestar serviços no extinto TCM.

07. Em sequência, a Gerência de Atos Funcionais lavrou Despacho (f. 21) informando que:

a) a cessão do referido servidor está em conformidade com o Decreto nº 32.185, de 04 de abril de 2017, publicado no D.O.E. de mesma data, porquanto este permite, em seu art. 7º, inciso IV, alínea “c”, a cessão de empregados da Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará – ETICE, para outros Poderes do Estado do Ceará, desde que seja para o exercício de cargo de direção e assessoramento de provimento em comissão, de valor equivalente ou superior ao símbolo DNS-02. No caso, o interessado atualmente ocupa um cargo de provimento de comissão de símbolo TCM-06, que possui remuneração total bruta superior à do símbolo DNS-2 (fl. 15), havendo sua nomeação ocorrido por determinação do Ato da Presidência desta Corte nº 29/2018, publicado no D.O.E/TCE-CE de 24/01/2018, com corrigenda publicada no D.O.E/TCE-CE de 01/02/2018 (vide fls. 16/17);

08. Compõem também os autos em questão: recibo de pagamento do interessado (f. 22); cópias do Parecer nº. 1444/2017, desta Procuradoria Jurídica, e do Despacho da Presidência acolhendo o entendimento encartado naquele (ff. 23/31); ficha financeira – janeiro e fevereiro de 2018 (f. 32).

09. Para instruir o feito, a Diretoria Administrativa e Financeira elaborou a Informação nº. 016/2018 (f. 33), na qual, ao fim, questiona:

1. O servidor possui o direito ao usufruto das férias, ou seja, considera-se para tanto o exercício desde 19/09/2016?
2. Caso tenha direito ao usufruto, o mesmo faz jus ao recebimento do terço de férias sobre a remuneração atual, composta da Representação e Gratificação de Dedicção Exclusiva (devidas em decorrência do cargo em comissão ocupado), bem como da GIAP fixa e variável?
3. Ademais, considerando que o regime de

origem do servidor cedido é o celetista, é direito do mesmo o gozo das folgas (prêmio) previstas na cláusula 8º da Convenção Coletiva de Trabalho (Sindpd) (fls. 05/12), por ele solicitadas, neste órgão?

10. Em desfecho, a Presidência lavrou Despacho de Encaminhamento (f. 34) para análise e pronunciamento desta Procuradoria Jurídica, tanto nos honrando com a colheita da nossa *opinio*.

É o Relatório.

II

Passo a opinar.

11. Os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Jurídica para análise do Requerimento Administrativo (ff. 1-2) e resposta aos questionamento encartados na Informação 016/2018, da Diretoria Administrativa e Financeira.

12. Acerca da cessão, vale destacar os principais requisitos e balizas entabulados no Decreto Estadual 32.185/2017, pertinentes à espécie:

(i) a cessão ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará será com ressarcimento à origem (art. 6º, inc. II, a, 4, do Decreto Estadual nº. 32.185/2017);

(ii) no âmbito de outros Poderes do Estado do Ceará, em relação aos empregados da Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará – ETICE, a cessão poderá ocorrer para o exercício de cargo de direção e assessoramento de provimento em comissão, de valor equivalente ou superior ao símbolo DNS-2 (art. 7º, inc. III, c, do Decreto

Estadual 32.185/2017).

13. Vale destacar que não há diploma que minudencie as consequências jurídicas do ato de cessão quanto ao regime jurídico do empregado cedido. Sabe-se que, em geral, ao empregado público aplica-se o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, até por mandamento constitucional (art. 173, §1º, inc. II, CF/88). **A questão, contudo, ganha em complexidade quando adentramos a temática das férias em questão, uma vez que, no mesmo dia de seu requerimento, sobreveio nomeação em cargo em comissão no âmbito desde TCE.**

14. Isso porque, reza o **§1º do art. 24, da Lei Estadual 10.416/1980** (consideradas as alterações prescritas pela Lei Estadual 10.536/1981), **o exercício de cargo em comissão importa em suspensão do contrato individual de trabalho:**

Art. 24 – Salvo para o desempenho de cargos em comissão e outros expressamente autorizados em lei ou para o desempenho de atividades resultantes de convênios, acordos ou ajustes celebrados com o Estado, ficam vedadas disposições, cessão e designação de pessoal, com ônus para origem, para ter exercício em outras repartições.

§ 1º – Exceto para o exercício de cargo em comissão, os contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho não poderão ser postos à disposição de outros órgãos sem a suspensão do vínculo contratual.

§ 2º – Os servidores afastados de suas repartições e que não se enquadram nas exceções estabelecidas neste artigo, deverão retornar à origem até 31 de dezembro de 1980, sob pena de sua exclusão automática em folha de pagamento.

15. Cristalino, portanto, que o vínculo contratual do Interessado está **suspenso** tão logo iniciou-se o exercício do cargo em comissão, de modo que o regime que passou a reger as relações laborais do interessado, a partir do início do exercício em cargo comissionado, foi o **estatutário**. Assim a jurisprudência em casos

similares, *mutatis mutandis*:

RECURSO ORDINÁRIO. CODERTE E ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CESSÃO DE EMPREGADO. CONSEQUÊNCIAS. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. **A cessão de empregado a órgão da Administração Pública direta, para o exercício de cargo ou função pública, impõe a suspensão do contrato de trabalho, porque transferida a esfera de proteção do trabalhador para o regime estatutário.** Nesse passo, verbas pagas pelo cessionário, porque originariamente administrativas, não repercutem na gama remuneratória, ainda que custeadas pelo cedente. Recurso Ordinário do reclamante conhecido e não provido.

(TRT/1ª Região, **Recurso Ordinário nº. 00268005620095010015**, Rel. Desembargadora Márcia Leite Nery, 5ª Turma, Publicação em 16 de fevereiro de 2012)

ADMINISTRATIVO. FGTS. ART. 20, VIII, DA LEI 8.036/90. **CESSÃO DE EMPREGADO CELETISTA PARA ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA SEM ÔNUS PARA A EMPRESA CEDENTE.** LEVANTAMENTO DO SALDO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 20, VIII, da Lei 8.036/90, ao exigir que o empregado permaneça “fora do regime do FGTS”, por três anos ininterruptos, como condição para o levantamento do saldo do FGTS, referiu-se à ruptura do vínculo celetista, e não às hipóteses de mera suspensão do contrato de trabalho, que não maculam o vínculo laboral, nem retiram o trabalhador do regime próprio do FGTS.

2. A recorrente não deixou de ser empregada celetista, nem teve seu vínculo rompido com o FGTS, apenas teve suspenso o seu contrato de trabalho por força de cessão, sem ônus para a empresa cedente, a órgão da administração pública direta.

3. Recurso especial não provido.

(STJ, **REsp 1.160.695/PE**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010)

16. Inaugurada uma nova relação jurídica, agora estatutária, quer isso significar, então, que o exercício do período de férias precisa observar novo período aquisitivo, desta feita no exercício do cargo em comissão? Quer nos parecer que não. A questão passa pela correta consideração do peso normativo do instituto do direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI, CF/88). Celso Bastos nos aproxima do cerne da questão:

“(…) Entretanto, se em princípio não há o direito adquirido em virtude de estar-se diante de uma relação estatutária, há dois aspectos nesta relação que gera direito adquirido. Primeiramente, **há o direito adquirido com relação àquelas situações jurídicas consolidadas em favor do funcionário, em razão de ter ele implementado as condições previstas na hipótese legal para sua concessão.** Assim, **se por exemplo, a lei determinar que todo aquele que preste serviço durante um ano tem direito a 30 dias de férias, aquele que cumprir o prazo estipulado tem direito ao gozo dessas férias, mesmo que, posteriormente, lei nova elimine essa vantagem. O funcionário já houvera adquirido o direito pela concretização, a seu favor, da hipótese legal. Trata-se, agora, de simples exercício do direito. A lei nova não pode abolir situações consolidadas em favor do funcionário, visto ter ele implementado as condições legais para sua concessão.**”³ (destacamos).

17. A lição de Celso de Bastos é inteiramente aplicável ao caso em debate. Se no exemplo narrado, no excerto acima, a lei muda o plexo normativo aplicável, aqui tal alteração se deu pela mudança do regime jurídico celetista para o estatutário, em virtude da comissão. Em ambas situações, contudo, deve-se consagrar e reconhecer o direito adquirido incidente à espécie (art. 5º, inc. XXXVI, CF/88).

3 BASTOS, Celso. “O Funcionário público natureza estatutária do seu regime”. In: *Revista de Direito Público*. Vol. 5, n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 155-156.

18. Tais linhas mostram-se inteiramente em harmonia com o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que diferencia a **aquisição de direito** do **exercício de direito**. Efetivamente, a primeira redação da **Súmula 359 do STF** assim rezava:

Súmula 359 – Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária.

19. Posteriormente – mas no já distante ano de 1973 – o STF conferiu nova redação ao enunciado, suprimindo a expressão final “inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”:

Súmula 359 – Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

20. Tal modificação no enunciado 359 da Súmula do STF consagrou tese jurídica de notável consequência: **uma coisa é a aquisição de um direito, que se dá pelo preenchimento, no mundo dos fatos, dos requisitos postos na hipótese normativa pertinente, outra coisa é o momento em que aquele que adquiriu o direito decide exercê-lo**. Posicionamento que tem sido exaustivamente repetido pelo **Supremo Tribunal Federal** em casos que versam sobre a aplicabilidade da garantia do direito adquirido em face de mudança legislativa superveniente:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA EM TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98.

I. - Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço: direito adquirido na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a

conversão. Precedentes do STF.

II. - Agravo não provido

(AgRg no RE 394.661/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 14/10/2005).

21. De modo análogo, é razoável entender que a mesma proteção dispensada ao direito adquirido, na hipótese de modificação legislativa, deve ser dada quando se cogita de mudança temporária de regime jurídico laboral: do celetista para o estatutário.

22. Em atenção aos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial pertinentes ao tema, acima declinados, devemos convir que as situações jurídicas que preencheram os requisitos demarcados pelos art. 129⁴ e art. 130, *caput*⁵, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, estão perfeitas e acabadas, passando a figurar no patrimônio jurídico do Interessado e sendo de possível usufruto no corrente ano.

23. Portanto, considerando que o Interessado, antes do exercício no cargo comissionado, já havia adquirido o direito às férias⁶, opina-se pelo deferimento do pleito encartado no Requerimento Administrativo de fls. 1/2, no que atine ao direito às férias.

24. Quanto ao Prêmio Assiduidade, não se vislumbra nos autos prova que demonstre que este tenha sido adquirido em período anterior ao exercício no cargo em comissão. Essa prova é importante, pois, como visto, o contrato individual de trabalho do Interessado foi suspenso após a ocupação de cargo comissionado;

4 Art. 129 – Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

5 Art. 130 – Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

6 Tal informação se extrai da Declaração da ETICE (fl. 4), cujo teor reza o seguinte: “Declaramos para os devidos fins que, JOSÉ, [...] é empregado desta Empresa de Tecnologia da Informação do Ceará – ETICE, no emprego de Analista Assistente de Tecnologia da Informação, regido pela C.L.T, e encontra-se com seu período de férias vencidas a partir de 01/06/2016 a 31/05/2017”.

restando, por isso, inviável a aquisição de direitos decorrentes de Acordo Coletivo de Trabalho após tal marco.

25. Não obstante, uma vez comprovada a aquisição pregressa ao exercício no cargo em comissão, há que se reconhecer o direito do Interessado gozar o Prêmio Assiduidade.

26. Feitas essas considerações, passa-se a responder os questionamentos levantados pela Diretoria Administrativa e Financeira, que, em benefício da clareza, colaciona-se novamente:

1. O servidor possui o direito ao usufruto das férias, ou seja, considera-se para tanto o exercício desde 19/09/2016?

2. Caso tenha direito ao usufruto, o mesmo faz jus ao recebimento do terço de férias sobre a remuneração atual, composta da Representação e Gratificação de Dedicção Exclusiva (devidas em decorrência do cargo em comissão ocupado), bem como da GIAP fixa e variável?

3. Ademais, considerando que o regime de origem do servidor cedido é o celetista, é direito do mesmo o gozo das folgas (prêmio) previstas na cláusula 8º da Convenção Coletiva de Trabalho (Sindpd) (ff. 05-12), por ele solicitadas, neste órgão?

27. Acerca da **primeira pergunta**, a resposta é afirmativa: o servidor possui direito ao usufruto das férias; contudo, a aquisição, consoante consta em solicitação de f. 3, é referente ao período de 1º de junho de 2016 a 31 de maio de 2017.

28. Resta abordar o quanto indagado na **segunda pergunta**: como se deve calcular o montante de terço constitucional? Utiliza-se o regime prescrito pela CLT (art. 142⁷) ou pelo plexo de normas estatutárias, com destaque ao art. 11, *caput* e § 2º, da Resolução

7 Art. 142 – O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão.

1.418/2007⁸ deste TCE?

29. Considerando que o contrato de trabalho do Interessado está suspenso e que este se submete, atualmente, ao regimento estatutário, para o cálculo do terço constitucional de férias, faz-se mister lançar mão das regras do regime estatutário. Entendimento contrário levaria ao reconhecimento de direito adquirido a regime jurídico, o que é reiteradamente vedado na jurisprudência⁹ do Supremo Tribunal Federal.

30. Finalmente, quanto à **terceira pergunta**, não pode ser vedado ao Interessado Cedido o gozo de direito adquirido previamente à ocupação do cargo em comissão. Todavia, é imprescindível comprovar que a aquisição foi aperfeiçoada anteriormente ao início do

8 Art. 11. O adicional de férias, correspondente a 1/3 (um terço) da remuneração do servidor, será pago independentemente de solicitação, de acordo com a escala anual de férias. [...].

§ 2º. No caso de o servidor ocupar cargo em comissão ou exercer função gratificada, a respectiva vantagem será considerada no cálculo do adicional de que trata este artigo, observado o disposto no caput deste artigo.

9 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 8.3.2016. DIREITO ADMINISTRATIVO. INCORPORAÇÃO DE HORAS EXTRAS. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO PARA ESTATUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. 1. Nos termos da orientação firmada nesta Corte, inexistente direito adquirido a regime jurídico. A mudança de regime celetista para estatutário enseja a extinção do contrato de trabalho. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no ARE 932.761, Rel. Min. Edson Fachin, 2ª Turma, julgado em 11/09/2017, DJE 237, de 17/10/2017)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. REDUÇÃO DO PERÍODO DE FÉRIAS. DIREITO ADQUIRIDO. 1. O vínculo entre o servidor e a Administração é de direito público, definido em lei, por isso, **não há que se invocar direito adquirido para tornar imutável o regime jurídico. Jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal.** 2. É vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, estender a servidores públicos prerrogativas que não lhes foram deferidas em lei, com base no princípio da isonomia. Aplicação do enunciado da Súmula STF nº 339. 3. Impertinência da alegação de ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. O abono de férias é parcela acessória que deve ser paga quando o trabalhador goza o seu período de descanso anual. Suprimidas as férias, desaparece o dever de pagar este abono. 4. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

(RE 345.458, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 01/02/2005, DJ de 11/03/2005)

exercício comissionado. Quando os autos retornarem à Secretaria de Administração, tal comprovação poderá ser feita e, em caso positivo, as consequências financeiras do direito podem ser irradiadas, sendo desnecessário retorno dos autos à Procuradoria Jurídica.

31. Não por último, insta asseverar que as opiniões acima lançadas têm como limite as informações colacionadas nos autos. Eventuais aspectos não abordados na consulta podem levar a conclusões distintas.

III

Ante todo o exposto, é de parecer que o Requerimento Administrativo de ff. 1-2 deve ser conhecido para, no mérito:

- a) deferir o gozo das férias requeridas;
- b) prover a fruição do prêmio assiduidade requestado, desde que comprovado, formalmente nos autos, no âmbito da Secretaria de Administração, que a aquisição se deu anteriormente ao exercício no cargo em comissão.

É o que nos parece, salvo melhor juízo. *Sub censura.*
À consideração superior.

Fortaleza/CE, de março de 2018.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral

Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará