

**PARECER Nº : 096/2008**

Exmo. Sr. Conselheiro:

Tratam os autos de consulta formulada pelo Sr. **Astério Venceslau Gomes**, Diretor Executivo do Instituto de Previdência de Sinop, mediante a qual solicita deste Tribunal esclarecimento nos seguintes termos:

Estando, o prefeito municipal de nossa cidade, encerrando sua gestão neste município, no dia 31 de dezembro de 2008, os servidores públicos lotados no Instituto de Previdência dos Servidores Públicos de Sinop – PREVI/SINOP, deverão ser destituídos dos cargos com gratificação, para os quais foram nomeados, por esta gestão, e voltarão a exercer os cargos para os quais foram concursados.

Terão estes servidores públicos, direito em receber o pagamento das verbas de décimo terceiro salário, férias, estas acrescidas de um terço constitucional, referente ao valor da gratificação percebida até a data da destituição do cargo gratificado?

Não há documentos juntados aos autos.

Preliminarmente, constatamos que a presente consulta não preenche os requisitos de admissibilidade em sua integralidade, pois o conteúdo da questão formulada versa sobre caso concreto, não atendendo, portanto, aos dispositivos contidos no artigo 48 da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas) e no artigo 232 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas).

Foge, pois, a competência desta Corte de Contas a emissão de parecer da natureza que lhe foi solicitada, vez que, dessa forma, estaria se afastando da sua condição de órgão fiscalizador para assumir a tarefa de assessoramento direto, o que, indiscutivelmente, é incompatível com suas atribuições.

Todavia, considera-se a questão de relevante interesse público e necessária a título de orientações gerais, por isso, sugere-se que seja respondida a presente consulta de acordo com a seguinte tese:

**Servidores públicos ocupantes de cargos comissionados e/ou função de confiança, quando exonerados, tem direito a receber décimo terceiro salário proporcional e a indenização de férias vencidas ou proporcionais com adicional de um terço?**

Passa-se ao parecer.

### **\_Dos Cargos Comissionados e Funções de Confiança**

A Constituição da República estabeleceu como regra para ingresso no serviço público o concurso público, porém ressalvou para os cargos em comissão.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;** (grifos nossos)

A excepcionalidade trazida pelo texto constitucional deriva da natureza das atribuições destes cargos, quais sejam: as de direção, chefia e assessoramento, assim definidas no inciso V do supracitado artigo:

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;**

Diferentemente dos cargos providos mediante concurso público, os cargos em comissão e as funções de confiança são aqueles vocacionados para serem ocupados por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo admissíveis e exoneráveis *ad nutum*, ou seja, livremente através da discricionariedade do gestor.

Há uma diferença entre cargo comissionado e função de confiança. Enquanto aquele pode ser preenchido por pessoa estranha à Administração Pública, esta somente poderá ser por servidor efetivo. Não obstante essa pequena observação quanto ao preenchimento, são semelhantes nas atribuições e demais características peculiares.

É importante ressaltar a inconstitucionalidade presente na criação de cargos comissionados e/ou funções de confiança sem a definição precisa das atribuições, ou seja, baseado em funções genéricas, e ainda, cargos cujas atribuições são técnicas, burocráticas e de caráter permanente, já que estes devem ser precedidos de concurso público, pois não caracterizam como de direção, chefia ou assessoramento.

Os cargos comissionados e funções de confiança, que passaremos a chamar apenas de “cargos de confiança” - como são costumeiramente conhecidos - portanto, são aqueles de livre nomeação e

exoneração, ou seja, possuem um caráter transitório, pois o vínculo com a Administração Pública permanece enquanto a confiança perdurar.

## **Dos Direitos Sociais**

O décimo-terceiro salário e o adicional de férias são direitos sociais garantidos pela Constituição da República, vejamos;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

(...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

O texto do artigo acima faz referência a “trabalhadores”, levando-nos a cogitar que fariam *jus* aos mencionados direitos apenas os trabalhadores da iniciativa privada. Todavia o artigo 39, §3º da Constituição, estende expressamente aos servidores públicos.

Art.39 (...)

§ 3º Aplica-se aos servidores **ocupantes de cargo público** o disposto no art. 7º, IV, VII, **VIII**, IX, XII, XIII, XV, XVI, **XVII**, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (grifos nossos)

Dessa forma, os ocupantes de cargos comissionados e funções de confiança, também gozam de mencionados direitos, tendo em vista pertencerem ao rol dos ocupantes de cargos públicos.

Mencionados cargos possuem natureza administrativa, podendo ser admitidos e exonerados *ad nutum*, o que afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. Por ter esta natureza peculiar, os detentores de cargos comissionados não têm direito às seguintes verbas rescisórias: aviso prévio, FGTS, multa de 40% sobre o FGTS, e guias de seguro-desemprego.

Diferentemente, o décimo terceiro salário e o terço de férias têm natureza salarial e por isso devem ser pagas indistintamente aos ocupantes de cargo público, assim compreendidos também os cargos de confiança.

Este Tribunal possui prejulgados relacionados ao tema em apreço, vejamos:

**Acórdão nº 486/2003. Pessoal. Remuneração. Direito social. 13º salário e férias. Apuração.**

O valor devido para efeito de pagamento das férias, 1/3 de férias e 13º salário será apurado com base na remuneração integral do servidor, podendo ser o salário base + produtividade, se assim previsto na legislação municipal, fazendo incidir os descontos devidos nos termos das legislações específicas.

**Acórdão nº 658/2006. Pessoal. Direitos Sociais. Adicional de 1/3 de férias.**

**Pagamento no período de gozo.**

O adicional de 1/3 de férias, garantido constitucionalmente aos trabalhadores, deverá ser pago na época de gozo das respectivas férias.

**Acórdão nº 1.392/2005. Pessoal. Direito social. Férias devidas a servidor**

**falecido. Direito ao recebimento pelos sucessores.**

O direito ao gozo de férias anuais remuneradas, com acréscimo de um terço, deriva diretamente do texto constitucional, sendo assegurado aos sucessores os resíduos devidos, por se tratar de parcelas correspondentes ao trabalho efetivamente prestado pelo servidor.

Feitas essas breves considerações, volvemos ao questionamento do consulente:

**Servidores públicos ocupantes de cargos comissionados e/ou função de confiança, quando exonerados, tem direito a receber décimo terceiro salário proporcional e a indenização de férias vencidas ou proporcionais com adicional de um terço?**

No tocante à exoneração de servidor ocupante de cargo comissionado e/ou função de confiança, reproduzimos outra vez a impossibilidade de recebimento de verbas rescisórias, apenas sendo devido o décimo terceiro salário proporcional aos meses trabalhados, a indenização das férias não gozadas e as férias proporcionais. Quanto ao terço de férias, há que se fazer abrir um parênteses, pois é nele que reside as maiores divergências de posicionamentos:

A Constituição garantiu o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais que o salário normal” (inciso XVII, art.7º).

Uma interpretação extraída do texto constitucional seria a de que o legislador originário colocou como requisito para percepção do terço de férias, o gozo das mesmas, ou seja, seria necessário o servidor adquirir o direito de percepção das férias e usufruí-las para, então, fazer *jus* ao adicional. Dessa forma, o servidor comissionado ao ser exonerado, não poderia receber o terço de férias relativo a período aquisitivo de férias incompleto.

Exatamente este, foi o entendimento exposto no Decreto nº 1.317/2003 que regulamenta a concessão de férias dos servidores públicos

civis da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso, ou seja, restritivo quanto ao pagamento do terço de férias proporcional.

**Art. 14** O servidor, efetivo ou o exclusivamente comissionado, quando exonerado do cargo efetivo ou em comissão perceberá indenização integral das férias vencidas e proporcionais do período de férias incompleto.

§ 1º(...)

**§ 2º Só será devido pagamento do terço constitucional de período aquisitivo de férias completo.** (grifos nossos)

Posicionamento semelhante teve o Ministério Público junto ao TCE/RS:

*PARECER MPE/TCE/RS Nº 0497/2008.*

A indenização de férias deve se ater aos casos e condições previstos em lei.

O pagamento do terço constitucional relativo às férias pressupõe sua fruição, sendo indevido quando indenizadas.

Todavia, em sentido oposto, vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Menezes Direito, no Inquérito 2577/BA - 05/06/08, do qual extraímos alguns textos:

16. O 13º salário, as férias e o adicional de 1/3 de férias são direitos previstos na Constituição, devidos tanto ao trabalhador regido pela Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao servidor público ocupante de cargo efetivo ou não.

17. Portanto, **negar ao servidor comissionado o recebimento de tais parcelas quando de sua exoneração, lesiona direito fundamental do trabalhador**, infringe as normas estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e dá azo ao enriquecimento sem causa da Administração Pública.

**(grifos nossos)**

18. ... Não se pode confundir o pagamento de parcelas remuneratórias devidas na exoneração de ocupante de cargo comissionado [Férias não gozadas, férias proporcionais, adicional de 1/3 de férias, 13º salário proporcional, etc.] com as parcelas indenizatórias decorrentes da demissão sem justa causa de trabalhador (tal como a multa de 40% sobre o saldo do FGTS), as quais efetivamente são inaplicáveis aos cargos em comissão, dada a característica de livre nomeação e exoneração inerente a essas funções.

O Ministro cita, ainda, jurisprudência de outros Tribunais acerca da matéria:

Nesse sentido é a jurisprudência dos tribunais pátrios:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR COMISSIONADO. FÉRIAS. PAGAMENTO PROPORCIONAL. **1. Ao servidor exonerado do cargo em comissão é devido o pagamento relativo a férias proporcionais. 2. Servidor que ocupou cargo em comissão entre 13/01/93 e 26/09/95, e que gozou somente dois meses de férias, faz jus à indenização de 9/12 da remuneração, a título de férias proporcionais.** 3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 1 - AC 1999.01.00.085143-1/DF, Rel. Juiz Federal Flávio Dino de Castro E Costa (conv)**(grifos nossos)**)

Segunda Turma Suplementar, DJ de 17/03/2005, p.59) SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO. Férias integrais e proporcionais em pecúnia e décimo terceiro salário proporcional. Previsão em lei municipal somente para a hipótese de exoneração voluntária. **Irrelevância. Aplicação a todas as hipóteses de exoneração porque o direito decorre das correspondentes garantias constitucionais.** Recurso provido para julgar procedente a demanda. (TJSP - Apelação com Revisão 2524075000, Rel. Desembargador Edson Ferreira, 12ª Câmara de Direito Público, Publicado em 29/11/2007) **(grifos nossos)**

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE COBRANÇA - SERVIDOR - CARGO COMISSIONADO - EXONERAÇÃO - VERBAS RESCISÓRIAS - 13º SALÁRIO E FÉRIAS - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PAGAMENTO - CRÉDITO DEVIDO. **Constitui direito do servidor o recebimento das verbas rescisórias (13º salário e férias) relativas ao período por ele efetivamente trabalhado, as quais foram indevidamente retidas pelo Poder Público, sob pena de enriquecimento ilícito, pouco importando tenha o servidor ocupado cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.** (TJMG - Apelação 1.0134.02.032624-2/001, Rel. Desembargador Edilson Fernandes, publicado em 20/08/2004)

**(grifos nossos)**

Assim, compactuamos com a exegese de que é devido, ao servidor exonerado, a indenização do terço de férias proporcional, da mesma forma como ocorre com o décimo terceiro, férias vencidas e proporcionais, isto porque os direitos sociais do décimo terceiro e férias com adicional de um terço da remuneração são decorrentes da atividade laboral plena do servidor. Dessa forma, a não indenização desses direitos, quando da exoneração do servidor, infringe a garantia constitucional estabelecida no artigo 7º, incisos VIII e XVII.

Ademais, este Tribunal, através do Acórdão nº 1.392/2005, manifestou semelhantemente desse entendimento:

**Acórdão nº 1.392/2005. Pessoal. Direito social. Férias devidas a servidor**

**falecido. Direito ao recebimento pelos sucessores.**

O direito ao gozo de férias anuais remuneradas, com acréscimo de um terço, deriva diretamente do texto constitucional, sendo assegurado aos sucessores os resíduos devidos, por se tratar de parcelas correspondentes ao trabalho efetivamente prestado pelo servidor.

Por tais razões, respondendo de forma objetiva ao questionamento do consulente, entende-se que, ao servidor exonerado de cargo comissionado ou função comissionada, é devido além do saldo de salário, o pagamento do décimo terceiro proporcional aos meses trabalhados; a indenização das férias vencidas acrescidas do terço constitucional e a indenização das férias, acrescidas do terço constitucional, cujo período aquisitivo esteja incompleto.

Caso Vossa Excelência e o Colendo Tribunal Pleno coadune com este parecer, sugerimos a atualização da Consolidação do Entendimentos Técnicos desta Casa, com o seguinte verbete:

**Pessoal. Direitos Sociais. Servidor Exonerado. Direito ao recebimento do décimo terceiro salário proporcional e férias, vencidas e proporcionais, acrescidas de um terço da remuneração.**

Ao servidor exonerado é devido o pagamento do décimo terceiro salário proporcional, bem como a indenização das férias vencidas e proporcionais, ambas acrescidas do terço constitucional respectivo.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 26 de outubro de 2008.

**Volmar Bucco Junior**

Consultor Adjunto de  
Estudos, Normas e  
Avaliação

**Osiel Mendes de  
Oliveira**

Consultor de Estudos,  
Normas e Avaliação

**Carlos Eduardo Amorim  
França**

Secretário-Chefe da  
Consultoria Técnica