



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: FUNDAP n.º 1740/2009 (SF n.º 12091-666539/2009)

PARECER: PA n.º 108/2010

INTERESSADA: Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Empregado público. Admissão decorrente de aprovação em concurso público. Investidura primária. Fenômeno de vinculação. Formação de novo contrato de trabalho, correspondente à relação jurídico-funcional inaugurada entre o agente e o Estado. Impossibilidade de aditamento de contrato de trabalho anterior. Administrador que não pode impor ao Erário um ônus maior que aquele suficiente ao perfeito desempenho da função pública. Princípio da eficiência. Necessidade de cessação do contrato de trabalho a pedido do atual empregado que, aprovado no concurso público e convocado à posse, deseje aceder ao emprego oferecido no certame.

Primária a investidura do servidor público admitido sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, não há falar-se de aditamento de contrato de trabalho anterior, porquanto a relação jurídico-funcional é originária e, pois, não provém de vínculo empregatício pretérito.

1. Em processo tendente à autorização governamental para a realização de concurso público para a admissão de pessoal pela Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP, indagou o Diretor Executivo da entidade sobre a possibilidade de manter o vínculo de emprego dos atuais servidores que venham a ser aprovados no certame e “implementar as novas condições de trabalho decorrentes do concurso” mediante aditamento dos respectivos contratos de trabalho (fls. 126/127).

2. A Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública, pasta a que se vincula a fundação, emitiu o Parecer CJ/SGP n.º 117/2010 (fls.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

136/151) pela viabilidade da medida. Para suportar essa conclusão, a parecerista discorreu sobre o regime jurídico dos servidores da FUNDAP e a natureza jurídica da entidade, afastando a incidência da Lei Complementar n.º 180, de 12 de maio de 1978, que não prevê o aditamento contratual como forma de provimento de cargo ou emprego. Observou, nesse passo, que, “fora do rigor das hipóteses estritas de vacância da LC 180, nada impede que, por ato da autoridade competente (eventualmente do diretor do departamento de recursos humanos) o posto de trabalho original seja simplesmente declarado vago em razão da assunção das novas funções”. Ainda, acrescentou que a solução é benéfica para a empregadora, pois a desobriga do pagamento de verbas rescisórias decorrentes da extinção dos antigos contratos de trabalho dos empregados que ingressarem no novo emprego. Propôs, de qualquer modo, o encaminhamento dos autos às instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado, tendo em vista o interesse de outras entidades da Administração Indireta.

3. Remetidos os autos à Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas da Secretaria da Fazenda, de onde haviam provindo (fls. 134), foram redirecionados à respectiva Consultoria Jurídica (fls. 154/155), que os enviou à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria (fls. 156/157) para o final encaminhamento a esta Especializada (fls. 158).

É o relatório. Opino.

4. Malgrado a eloquência do parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria de Gestão Pública, penso que o caso está a merecer solução diversa.

5. A Constituição da República trata da acessibilidade aos cargos e empregos públicos como *investidura*, que se condiciona, em regra, à prévia aprovação do servidor em concurso público (art. 37, II) e a cujos requisitos atrela-se a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor (art. 39, par. 1º, II).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

6. A investidura é o nome que se dá ao fenômeno da vinculação do servidor a uma unidade de competência ou de atribuições desenhada pelo Estado para atender a necessidades de organização do serviço público. Decorre de atos os mais variados, como nomeação, admissão (contratação), promoção, reversão, reintegração etc., que constituem formas de provimento originário ou derivado pelas quais o servidor é designado para ocupar o cargo, o emprego ou a função¹.

7. Como fenômeno de vinculação, a investidura implica que entre o servidor e o Estado instaure-se uma relação jurídica com determinado conteúdo, que varia de acordo com a natureza do cargo, do emprego ou da função a serem providos². Nas hipóteses em que o ordenamento exige a prévia aprovação em concurso público³, essa relação jurídica é inteiramente nova, porque não deriva de relação jurídico-funcional estabelecida anteriormente entre o agente e a entidade estatal.

8. O contrato de trabalho, no regime do emprego público, exprime essa relação jurídico-funcional, na medida em que corresponde, nos termos do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, à própria relação de emprego⁴. Natural, portanto, que a investidura *primária* (i.e. aquela que em geral decorre da aprovação em concurso aberto à participação de todos aqueles que atendam determinados requisitos estabelecidos em lei), signifique invariavelmente a formação de um novo contrato de trabalho.

¹ É esta a acepção de *provimento* defendida por Maria Sylvia Zanella di Pietro, que não o reserva apenas aos cargos públicos (*Direito Administrativo*, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 603).

² Se a Constituição demanda investidura, é porque não admite que as unidades de competência ou de atribuição desloquem-se sob os pés do servidor: é o servidor quem se movimenta entre esses núcleos mais ou menos estáveis de funções públicas, submetendo-se a relações jurídicas cujo conteúdo o próprio Estado de antemão define.

³ Como assevera CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “a investidura para a qual se exige a aprovação prévia em concurso público é aquela que se refere ao cargo ou ao emprego público inicial da carreira ou àquele que se ponha isoladamente no quadro administrativo, pois as sucessivas promoções para cargos daquela mesma carreira na qual se tenha ingressado o agente pela via do concurso são cuidadas na forma de investidura secundada pela primária” (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 205).

⁴ *Verbis*: “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

9. Eis, a propósito, um ponto em que o regime do emprego público difere, por imposição constitucional, do regime trabalhista privado: enquanto este admite, em certas hipóteses, a passagem do servidor de uma função a outra na vigência de um mesmo contrato de trabalho⁵, aquele não a tolera, salvo nos casos de investidura secundária, em que se dispensa o concurso público (v.g. a promoção do empregado a emprego que compõe a mesma carreira). **Primária a investidura, não há falar-se de aditamento de contrato de trabalho anterior, porquanto a relação jurídico-funcional é originária e, pois, não provém de vínculo empregatício pretérito.**

10. Na hipótese dos autos, o aditamento do contrato de trabalho dos atuais empregados da FUNDAP⁶ para fins de admissão aos empregos para os quais porventura venham a ser aprovados afronta essa concepção de investidura primária. Não só isso: ao menos em tese pode conferir a esses empregados, de modo arbitrário (porque sem respaldo na lei⁷), vantagens a que não fariam jus se, como os demais aprovados e admitidos, houvessem inaugurado novos contratos de trabalho.

11. Considere-se, por exemplo, o injustificável incremento das verbas rescisórias que a fundação teria de desembolsar em caso de

⁵ A isso a doutrina denomina *alteração funcional do contrato de trabalho*, entendida a função como o “conjunto sistemático de atividades, atribuições e poderes laborativos, integrados entre si, formando um todo unitário no contexto da divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa” (MAURICIO GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 6ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2007, p. 1012).

⁶ O artigo 8º da Lei n.º 435, de 24 de dezembro de 1974, que autorizou o Estado de São Paulo a instituir a Fundação do Desenvolvimento Administrativo, estabeleceu que o regime jurídico do pessoal do ente a ser criado seria, “obrigatoriamente, o da legislação trabalhista”. Esse regime afasta a aplicação da legislação estadual estatutária aos servidores da FUNDAP, como observou a Procuradora do Estado preopinante ao cotejar precedentes desta Procuradoria Administrativa (Pareceres PA n.º 348/94 e n.º 183/2006, a que acrescento o mais recente Parecer PA n.º 222/2007, aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 29 de outubro de 2007). Devem ser respeitados, como se tem dito, os direitos e vantagens que a Consolidação das Leis do Trabalho garante aos empregados, com a condição de observância das normas da Constituição da República que se aplicam aos servidores públicos em geral.

⁷ O artigo 19 da Lei Complementar n.º 180, de 12 de maio de 1978, que prevê forma denominada “transposição” para a mobilidade funcional do servidor, aplica-se apenas ao preenchimento de funções-atividades da “Administração Centralizada e da Autarquia do Estado” (artigo 1º). De qualquer modo, a transposição, tal como disciplinada nos artigos 22 a 28 da mesma lei, deixou de existir com a Constituição de 1988, não me parecendo possível o aproveitamento de apenas parte do instituto para criar, *praeter legem*, nova forma de mobilidade funcional do servidor admitido sob o regime da CLT.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA


futura dispensa sem justa causa daqueles empregados cujos contratos antigos fossem mantidos e aditados. Por certo não é dado ao administrador público, à vista dos princípios constitucionais do Direito Administrativo, especialmente o princípio da eficiência ou da boa administração, impor ao Erário um ônus maior que aquele suficiente ao perfeito desempenho da função pública⁸.

12. Demais, ao contrário do que se aventou na consulta que partiu da FUNDAP (fls. 126), a questão não pode ser colocada em termos de manutenção dos “direitos adquiridos” dos atuais empregados da fundação. Se, aprovados estes no concurso público e convocados à posse, desejarem aceder aos empregos públicos oferecidos no certame, terão de pedir a demissão dos atuais postos de trabalho (em não se cogitando de cumulação), assistindo-lhes os direitos previstos na legislação trabalhista para essa cessação do contrato por decisão do trabalhador. A relação jurídica iniciada a partir da nova admissão é, como se procurou demonstrar, absolutamente distinta, donde o tratamento funcional desses empregados terá de dar-se de forma isonômica em relação aos demais recém-admitidos.

Esse, a meu ver, o desate da questão.

À consideração superior.

São Paulo, 3 de agosto de 2010.


DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado
OAB/SP n.º 245.540

⁸ Com o devido respeito, o argumento de que a manutenção dos atuais contratos de trabalho seria benéfica para a FUNDAP, que ficaria desobrigada do pagamento das verbas rescisórias aos empregados deixassem seus atuais postos para ingressarem no novo emprego (fls. 150), não justifica a medida pretendida pela fundação, que nem por isso deixaria de ser antijurídica. Como adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o princípio da eficiência não pode ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência” (*Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo:

FUNDAP Nº 1740/2009 SF 12091-666539/2009.

Interessado:


FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO
ADMINISTRATIVO - FUNDAP.

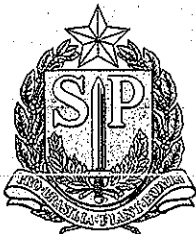
PARECER PA nº 108/2010

De acordo com o Parecer PA nº 108/2010.

Transmitam-se os autos à consideração da d. Subprocuradora
Geral da área da Consultoria.

PA, 16 de agosto de 2010.


MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES
Procuradora do Estado - Chefe
da Procuradoria Administrativa
OAB nº 79.413



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Processo: 12091-666539-2009
Interessado: FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO - FUNDAP
Assunto: Parecer PA 108/2010

Por seus próprios e jurídicos fundamentos, opino favoravelmente à aprovação do Parecer PA n. 108/2010.

Encaminhe-se este expediente ao Procurador Geral do Estado.

Subg. Cons., 28 de setembro de 2010.

**ROSINA MARIA EUZEBIO STERN
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Processo: 12091-666539-2009

Interessado: FUNDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ADMINISTRATIVO
- FUNDAP

Assunto: Parecer PA 108/2010

1. O Parecer PA 108/2010 respondeu **negativamente** à indagação do Diretor Executivo da Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP sobre a possibilidade de serem mantidos os vínculos de emprego dos atuais servidores daquela Fundação que venham a ser aprovados em concurso público, implementando-se as “*novas condições de trabalho decorrentes do concurso*” mediante o aditamento dos respectivos contratos de trabalho.

2. O consistente parecer ora analisado, que contou com a concordância da Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa e da Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria, concluiu que, por ser primária a investidura do servidor público admitido sob o regime da CLT, “*não há falar-se de aditamento do contrato de trabalho anterior, porquanto a relação jurídico-funcional é originária e, pois, não provém de vínculo empregatício pretérito*”.

3. Com muita propriedade, observou o parecerista que “*a questão não pode ser colocada em termos de manutenção dos ‘direitos adquiridos’ dos atuais empregados da fundação. Se, aprovados estes no concurso público e convocados à posse, desejarem aceder aos empregos públicos oferecidos no certame, terão de pedir a demissão dos atuais postos de trabalho (em não se cogitando de cumulação), assistindo-lhes os direitos previstos na legislação trabalhista para essa cessação do contrato por decisão do trabalhador*”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

4. Por seus próprios e jurídicos fundamentos, aprovo o Parecer PA 108/2010.

5. Devolva-se este expediente à Secretaria de Gestão Pública, por meio da Consultoria Jurídica que serve aquela Pasta, a fim de que seja posteriormente encaminhado à FUNDAP para ciência.

6. Expeçam-se ofícios com cópia integral deste Parecer ao Conselho de Defesa dos Capitais do Estado – CODEC e à Coordenadoria de Entidades Descentralizadas e de Contratações Eletrônicas da Secretaria da Fazenda para ciência.

GPG, 29 de setembro de 2010.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma linha decorativa horizontal à direita.

MARCELO DE AQUINO
PROCURADOR GERAL DO ESTADO ADJUNTO
RESPONDENDO PELO EXPEDIENTE DA PGE