



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

NUP 00100.000617/2024-82
PROA 23/1956-0001121-4

PARECER Nº 21.016/24

Procuradoria de Pessoal

EMENTA:

FUNDAÇÃO ESCOLA TÉCNICA LIBERATO SALZANO. DESIGNAÇÃO RETROATIVA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO EM COMISSÃO. PARECER PGE Nº 12.677/2000. (IN)VIABILIDADE JURÍDICA. INDENIZAÇÃO POR EXERCÍCIO DE FATO QUANDO HÁ VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. PRECEDENTES DA CASA.

Reveste-se de caráter excepcional a retroatividade de atos de designação para o exercício de função em comissão, sendo necessário o preenchimento dos requisitos apostos no Parecer n.º 12.677/00, aplicáveis, inclusive, quando se trata de vínculo celetista, o que não restou atendido no caso em tela.

Não obstante, em face da necessidade de observância do princípio da primazia da realidade, que pauta as relações trabalhistas, é devida a indenização por exercício de fato relativa a períodos cabalmente comprovados e certificados pelo superior hierárquico, o que deverá ser apurado pelo setor jurídico da Fundação.

AUTORA: JANAINA BARBIER GONCALVES

Aprovado em 17 de dezembro de 2024.

Documento assinado eletronicamente de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5171853 e chave de acesso d75044c2 no endereço eletrônico <https://supp.pge.rs.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PATRÍCIA FORMENTIN DOS SANTOS. Data e Hora: 17-12-2024 17:17. Número de Série: 695622822818465985318900911. Emissor: Autoridade Certificadora

SERPRORFBv5.

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000617202482 e da chave de acesso d75044c2



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER

FUNDAÇÃO ESCOLA TÉCNICA LIBERATO SALZANO. DESIGNAÇÃO RETROATIVA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO EM COMISSÃO. PARECER PGE Nº 12.677/2000. (IN)VIABILIDADE JURÍDICA. INDENIZAÇÃO POR EXERCÍCIO DE FATO QUANDO HÁ VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. PRECEDENTES DA CASA.

Reveste-se de caráter excepcional a retroatividade de atos de designação para o exercício de função em comissão, sendo necessário o preenchimento dos requisitos apostos no Parecer n.º 12.677/00, aplicáveis, inclusive, quando se trata de vínculo celetista, o que não restou atendido no caso em tela.

Não obstante, em face da necessidade de observância do princípio da primazia da realidade, que pauta as relações trabalhistas, é devida a indenização por exercício de fato relativa a períodos cabalmente comprovados e certificados pelo superior hierárquico, o que deverá ser apurado pelo setor jurídico da Fundação.

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Secretaria de Educação – SEDUC e que se originou de solicitação da Fundação Escola Técnica Liberato Salzano Vieira da Cunha – FETLSVC a respeito da publicação com efeitos retroativos à contar de 19/12/23 de atos de dispensa e de designação de empregados para funções em comissão, nos termos do Of. GAB/DEX/FETLSVC nº 003/2024 (fls. 02-05).

A Procuradoria Setorial pontua que já havia se manifestado e concluído, com assento nas orientações exaradas por essa Casa, que:

“...

inviabilidade jurídica da designação dos empregados públicos para o exercício de função de confiança com efeitos retroativos, tendo em vista a ausência dos requisitos elencados no Parecer nº 12.677/00, ratificado pelo Parecer nº 19.883/23 e Parecer nº 20.607/24, quais sejam:

a) a prova do efetivo exercício de fato do cargo e/ou funções respectivas e

declaração do superior imediato nesse sentido, que justifique extrema necessidade da continuidade das atividades exercidas de fato pelo servidor e o prejuízo de eventual solução de tal continuidade; e,

b) a função gratificada deve estar vaga a partir da data em que foi reconhecida a prestação do serviço de fato e não apenas a partir da data da publicação do ato;

c) lapso temporal máximo de 30 (trinta) dias para que o servidor tome, conjuntamente com o órgão estatal competente, as medidas necessárias à sua regular designação" (fls. 254/255 – grifos no original)."

Ainda, havia observado "a viabilidade jurídica do efeito retroativo atribuído aos atos de dispensa, porém, foi ressalvada, haja vista terem os empregados deixado de exercer as funções", e destacado que, inconformado, o Diretor Executivo da Fundação, postulou a revisão do entendimento, defendendo que foram atendidos os requisitos necessários à designação retroativa, eis que a partir de 19/12/23 os cargos restaram vagos pela dispensa de fato dos antigos ocupantes, sendo indispensável a retroação dos efeitos da publicação dos atos de designação com o intuito de assegurar a continuidade das atividades exercidas de fato pelos empregados públicos e pelo prejuízo advindo da interrupção, aduzindo, ainda, que desencadeou os atos necessários às publicações em 10/01/24, ou seja, dentro do prazo de 30 (trinta) exigido nos Pareceres desta Procuradoria-Geral do Estado.

Por fim, afirmando estar amparada nas diretrizes dos Pareceres n.º 12.677/00, n.º 13.280/02, n.º 18.733/21, n.º 18.769/21, n.º 19.733/22, n.º 19.883/23, e n.º 20.607/24, a Procuradoria Setorial concluiu que as funções não estavam regularmente vagas em 19/12/23, de forma que não estava presente a necessidade urgente de substituição de função que justificaria a publicação retroativa, tratando-se de uma escolha do gestor não aguardar a publicação em Diário Oficial, bem como que a Fundação deixou de impulsionar o processo de forma célere, eis que foi inaugurado em 20/12/23, mas aportou na SEDUC apenas em 10/01/24 (no 21º dia do lapso temporal de 30 (trinta) dias fixado no Parecer nº 12.677/00). Nessa senda, entendeu ser pertinente o envio de consulta, em face da divergência de entendimentos, encaminhando os seguintes questionamentos:

- a) Existe a possibilidade de, neste caso concreto, haver a publicação de ato com efeitos retroativos de designação de função em comissão?*
- b) Como deve ocorrer a restituição dos valores, em decorrência dos atos praticados pelos empregados públicos, ora comprovados nos autos?*

A sugestão foi acolhida pela Coordenadora Setorial e, após a chancela da Titular da Pasta, o expediente foi enviado a esta Casa, onde, no âmbito da Equipe de Consultoria, foi a mim distribuído para exame e manifestação.

É o relatório.

2. De início, deve-se pontuar que a situação do caso concreto amolda-se à orientação vertida nos Pareceres nº 16.927/17 e nº 19.337/22, uma vez que se está a tratar de designação de empregados públicos para exercício de função de confiança, de forma que

se pede vênia para transcrever o mais moderno:

FASE. VACÂNCIA DE CARGO DE CHEFIA. DESIGNAÇÃO RETROATIVA DO NOVO TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DE FATO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. PAGAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE.

- 1. Os critérios gerais para a excepcional designação retroativa de servidor público para ocupar função de confiança são aqueles elencados no PARECER n.º 12.677/00, não sendo possível a utilização, para tal fim, da Informação n.º 002/17/CS, que veiculou orientação jurídica à luz das particularidades do caso concreto analisado.*
- 2. A hipótese ora trazida à baila não desafia a aplicação da excepcional medida de retroação da designação do empregado para titular cargo de chefia, pois, além de não preenchidos os requisitos indicados pelo Parecer n.º 12.677/00, não houve justificativa para a inexistência de servidor substituto.*
- 3. À vista de se tratar de relação laboral, deve o empregado público ser remunerado pelo exercício de fato da função de confiança, em atenção ao princípio da primazia da realidade.*

A presente consulta vem inaugurada a partir de solicitação apresentada por empregada da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Estado (FASE), requerendo o pagamento correspondente ao exercício de fato da Função em Comissão de Coordenadora da Coordenação de Formação Permanente, atinente ao período de 17.11.2020 a 25.01.2021, visto que somente em 26.01.2021 sua designação para a função restou oficializada (fl. 55) com o ato publicado no Diário Oficial do Estado, a contar da data publicação. A requerente instruiu o pedido com documentos (fls. 03-54), no intuito de embasar sua pretensão.

A Assessoria Jurídica da FASE manifestou-se pela possibilidade de deferimento do pleito (fls. 73-75), citando as conclusões da Informação n.º 002/17/CS e do PARECER n.º 16.171/13, ambos desta Procuradoria-Geral do Estado. Consignou que os documentos acostados com o pedido demonstram que a requerente exerceu a função no período e submeteu o feito à consideração superior.

Na sequência, o expediente foi encaminhado à Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos que, em prosseguimento, remeteu o Proa à Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão para análise do ato.

Sobreveio, então, a Informação ASJUR/SPGG n.º 222/2021, por meio da qual a Assessoria Jurídica abordou o entendimento da Procuradoria-Geral do Estado sobre o tema, destacando o PARECER n.º 12.677/00, que concluiu pela viabilidade de retroação de designações para cargos em comissão e funções gratificadas - diante de situações excepcionais e desde que constatado o preenchimento de requisitos determinados -, mas com limitação temporal de 30 dias de eficácia retroativa. Citou também o

Parecer n.º 16.171/13, que estendeu às relações empregatícias mantidas pela Administração Pública a orientação emanada do Parecer n.º 12.677/00, estritamente no que se refere às hipóteses nele retratadas. Destacou que a Informação n.º 002/17/CS possibilitou a retroação a prazo superior a trinta dias, todavia, aparentemente restrita às peculiaridades do caso concreto, porquanto vinculou a possibilidade de pagamento integral do período retroativo à excepcionalidade das circunstâncias verificadas naquele caso.

Por fim, a Assessoria Jurídica considerou pertinente remeter o expediente ao exame da PGE para que seja esclarecido sobre a possibilidade de aplicação da orientação traçada na Informação n.º 002/17/CS a outras designações de cargos/funções em comissão - desde que se verifique a justificativa da extrema necessidade da referida designação para a continuidade da prestação do serviço, bem como a comprovação do efetivo exercício de fato e a prévia vacância do cargo/função comissionada a ser provida. Na hipótese de resposta positiva ao primeiro questionamento, indagou, ainda, se os requisitos seriam somente os acima listados.

A Coordenadora Setorial do Sistema de Advocacia do Estado atuante na Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão anuiu com a sugestão de remessa da consulta e, após o aval do titular da Pasta, os autos foram remetidos a esta Procuradoria-Geral, onde, no âmbito da Equipe de Consultoria, foram a mim distribuídos para exame e manifestação.

É o relatório.

A Informação n.º 002/17/CS, ancorada no paradigma trazido no PARECER n.º 12.677/00, autorizou, analisando as peculiaridades do caso concreto apresentado na ocasião, a retroação da designação de empregada pública para exercício de Função Gratificada.

Para tanto, aferiu a presença dos requisitos excepcionais elencados pelo PARECER n.º 12.677/00 e que autorizam a concessão retroativa da designação/nomeação do servidor para o exercício de Função Gratificada, o que levou à conclusão de estar configurada a situação especial franquadora, conforme os termos predefinidos no Parecer suso, sendo ocorrência preponderando ao deslinde favorável à retroação do ato o fato de a empregada até então detentora da função gratificada ter pedido demissão com dispensa do respectivo aviso prévio, como bem se denota do seguinte excerto da Informação em testilha:

(...)

Conforme documentado no expediente nº 000165-21.48/15-6 (fl. 13), a empregada que detinha a função de Chefe de Núcleo de Prestação de Contas apresentou pedido de demissão, datado de 25 de junho de 2014, com pedido de dispensa de cumprimento de aviso prévio, ou seja, fato presumivelmente imprevisível para a Administração, de vez que sujeito exclusivamente à potestatividade da empregada.

(...)Diante do exposto, é possível concluir, no caso concreto e diante das especificidades do efetivo exercício de fato da função, pela possibilidade

da designação em caráter retroativo para a função em comissão de Chefe do Núcleo de Prestação de Contas, uma vez caracterizada situação excepcional, na linha do PARECER n° 12.677/2000.

Vale lembrar, ainda, que os parâmetros franqueadores da concessão retroativa de FG estão expressamente indicados no item 6 do PARECER n.º 12.677/00, a saber:

6. Necessário enfatizar, uma vez mais, que a retroatividade tem lugar em circunstâncias excepcionais, sendo, portanto, conveniente que se estabeleçam alguns limites de modo a evitar a perpetuação de sua utilização ou mesmo sua utilização indevida. Mesmo considerando as dificuldades enfrentadas no início de cada administração, é certo que o prazo de 30 dias é mais do que suficiente para que o servidor tome, conjuntamente com o órgão estatal competente, todas as medidas necessárias a sua regular nomeação ou designação.

Este prazo, cumpre lembrar, é o estabelecido na lei como limite para que o servidor nomeado tome posse (15 dias prorrogáveis por mais 15).

Outrossim, as solicitações de nomeações retroativas e/ou retificações dos atos respectivos devem ser instruídas com prova do efetivo exercício de fato do cargo e/ou funções respectivas, inclusive declaração do superior imediato nesse sentido, que justifique extrema necessidade da continuidade das atividades exercidas de fato pelo servidor e a prejuízo de eventual solução de tal continuidade.

Por óbvio, ainda, que os cargos e/ou funções gratificadas deverão estar vagos a partir da data em que foi reconhecida a prestação do serviço de fato e não apenas a partir da data da publicação do ato.

Concluo, pois, pela possibilidade da nomeação ou designação em caráter retroativo para cargos em comissão e/ou funções gratificadas, desde que caracterizadas situações excepcionais e observados os parâmetros expostos no item 6 supra.

Assim é que, a partir dos critérios estabelecidos no item 6 do PARECER n.º 12.677/00, deve a permissão de retroatividade do ato de designação para o exercício de função gratificada ser examinada caso a caso, o que já responde aos questionamentos formulados pelo consulente, já que a Informação n.º 002/17/CS não deve ser usada como esteio de per se para a prática do ato administrativo em questão, à medida que tal orientação não traz novos requisitos além daqueles assentados pelo Parecer sob lupa, tendo apenas realizado a subsunção do caso concreto apresentado aos parâmetros abstratos previstos no Parecer n.º 12.677/00.

Em outras palavras, a baliza para a análise da possibilidade ou não de retroação do ato concessivo de FG deve ser o PARECER n.º 12.677/00, pois é este que traça os requisitos autorizadores da excepcional retroatividade do ato em tela. As demais orientações jurídicas emanadas pela PGE no tema podem, porque examinam casos concretos, servir de precedentes a reforçar a decisão do Administrador diante da situação concreta que lhe é posta.

Com efeito, esclarecidas as dúvidas veiculadas neste expediente, passo à

análise do caso que originou a consulta.

De pronto, e dados os elementos próprios do caso trazido à apreciação, adianto que o entendimento é pela não nomeação retroativa da função gratificada em pauta.

Primeiro porque o prazo máximo de 30 dias entre o exercício de fato e a publicação do ato formal de designação foi ultrapassado, já que a pretensão é referente ao período compreendido entre 17.11.2020 a 25.01.2021.

Segundo porque a Administração não justifica o motivo pelo qual a função de confiança que se tenciona a designação retroativa, apontada como estratégica pelo ente fundacional, não tinha designação de servidor substituto, conforme prescreve, inclusive, o último Acordo Coletivo de Trabalho, em sua cláusula oitava, verbis:

CLAUSULA OITAVA – SUBSTITUIÇÃO DE CHEFIA

O empregado que for designado expressamente pela Diretoria da Fundação para substituir outro que exerça função de Chefia com gratificação, por período igual ou superior a 05 (cinco) dias consecutivos, fará jus ao recebimento desta gratificação, de forma proporcional aos dias de substituição, sem prejuízo para o substituído, desde que seu contrato de trabalho não esteja suspenso ou interrompido.

Assim é que inexistem nos autos justificativa de não haver servidor substituto para exercer a função até a designação de novo titular, situação que evitaria tanto a vacância da função de chefia de setor indispensável ao bom andamento do serviço público como o tolhimento de escolha, em um juízo de oportunidade e conveniência, pelo superior hierárquico de servidor que entenda melhor atenderá as demandas da Administração.

Nesse ponto, oportuno citar, pela pertinência, trecho do PARECER n.º 18.733/20:

Não é demasiado lembrar ainda que eventual demora nos trâmites administrativos não é bastante para justificar a subversão da hierarquia, tendo em vista competir ao Governador do Estado a designação para o exercício de função gratificada. Com efeito, não se há de admitir a imposição de uma situação ao superior hierárquico, decorrente do início de fato do exercício, impeditiva da realização do juízo de conveniência e oportunidade que lhe compete.

Além disso, o prazo máximo admitido para retroação dos atos de nomeação para cargos em comissão ou designação para funções gratificadas é de 30 dias, enquanto na hipótese em exame a pretensão envolve prazo de 75 dias (16 de maio de 2019 a 30 de julho de 2019), o que confirma a inviabilidade de retificação do ato, para conferir-lhe efeitos retroativos, como pretendido.

Deveras, salta aos olhos a necessidade de a Administração melhor organizar-se na definição tanto de servidores titulares quanto de substitutos para o desempenho das funções de chefia e de assessoramento, dada a previsibilidade de afastamentos, provisórios ou permanentes, dos ocupantes das funções de confiança.

Destarte, a necessidade de designação de substituto para o exercício de cargo de chefia já vem desde muito alertada por este Órgão Consultivo, consoante se colhe, ilustrativamente, da Informação n.º 004/07/PP na passagem que segue:

Digo isso porque a função de chefia ou direção relaciona-se diretamente com a organização e manutenção do serviço público. Assim, sempre que o serviço demandar chefia ou direção, necessária será a ocupação dessa função, seja sob a forma de cargo em comissão ou de função gratificada, razão pela qual, em nome da continuidade administrativa, seu titular deverá ser substituído nos afastamentos legais. E o entendimento supra foi não só repisado como também alargado para abarcar as outras formas de função de confiança pelo PARECER n.º 16.750/16:

Com base em tais argumentos, a demonstrar que a "evolução" da matéria leva a uma "aproximação" efetiva entre as diversas espécies de cargos e funções revestidas do caráter de confiança, bem como da continuidade ínsita às práticas administrativas, a exigir a utilização de mecanismos para evitar-se quebra de continuidade na prestação de serviços públicos, está-se a indicar a necessidade de revisão da jurisprudência administrativa que colide com tal entendimento, até mesmo porque, considerando-se o caráter personalíssimo que parece revestir tal hipótese, a indicação de substituto não está a sugerir qualquer ruptura com tal característica, posto que o eventual substituto também terá o mesmo qualificativo de vinculação com aquele a quem compete tal indicação.

Com efeito, não existindo nos autos nenhuma justificativa para não ter havido a designação prévia de empregado substituto para a função de chefia em apreço, o que, gize-se, evitaria a descontinuidade da prestação do serviço público, bem como não alijaria o superior hierárquico na escolha do servidor a titular a vaga – que poderia ou não coincidir com aquele que assumiu a posição de fato -, não há como se franquear a designação retroativa da Função Gratificada telada.

De outro quadrante, em que pese não ser possível a nomeação retroativa como visto acima, no caso concreto, por se tratar de vínculo empregatício, é devida a contraprestação pecuniária pelo exercício de fato da FG, já que na ambiência das relações laborais vige o princípio da primazia da realidade, como bem plasmado pela jurisprudência trabalhista em hipóteses análogas:

FASE. DESIGNAÇÃO FORMAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE. Hipótese na qual firma-se convencimento no tocante ao exercício da função de Chefia pela reclamante que faz jus ao pagamento da respectiva função gratificada. A ausência de designação formal da autora para o exercício de função de confiança, não representa óbice ao reconhecimento do direito, observando-se e prevalecendo a primazia da realidade. Sentença mantida. (TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0020282- 08.2019.5.04.0018 ROT, em 22/03/2021, Desembargadora Maria Madalena Telesca)

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO ESPECIAL DO RIO GRANDE DO SUL. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA DE CHEFE DE NÚCLEO DE PATRIMÔNIO. AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO FORMAL. *Em respeito ao princípio da primazia da realidade, o não cumprimento da designação formal para o exercício da função de confiança (Chefe de Núcleo de Patrimônio) não impede o reconhecimento do exercício da atividade, mormente quando a demandada admite o desempenho da função sem a correspondente nomeação. Decisão em sentido contrário importaria em benefício daquele que infringiu o próprio regulamento de Plano de Cargos em detrimento do trabalhador. Sentença mantida. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020519-81.2015.5.04.0018 ROT, em 24/03/2017, Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso)*

FASE. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. CHEFE DE EQUIPE. *Comprovado o exercício da função de chefe de equipe pelo reclamante, é devida a gratificação de função. A irregularidade formal pela ausência de designação pelo Presidente da Fundação não impede o reconhecimento do direito do trabalhador, tendo em vista o princípio da primazia da realidade, que informa o Direito do Trabalho. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0021112-69.2017.5.04.0009 AP, em 16/08/2018, Desembargador Andre Reverbel Fernandes)*

E igual solução já foi delineada por esta equipe de Consultoria no bojo do PARECER n.º 16.927/17:

Caso ocorra o indevido exercício de fato de funções de confiança, no âmbito das fundações de direito privado, não se deverá publicar ato com efeitos retroativos, mas, sim, pagar o empregado pelo exercício de fato, apurando-se a responsabilidade da autoridade que permitiu tal situação em descompasso com a orientação jurídica e com a disciplina normativa.

Em face do exposto, alinhavo as seguintes conclusões:

Os critérios gerais para a excepcional designação retroativa de servidor público para ocupar função de confiança são aqueles elencados no PARECER n.º 12.677/00, não sendo possível a utilização, para tal fim, da Informação n.º 002/17/CS, que veiculou orientação jurídica à luz das particularidades do caso concreto analisado.

A hipótese trazida à baila não desafia a excepcional medida de retroação da designação do empregado para titular cargo de chefia, pois, além de não preenchidos os requisitos indicados pelo PARECER n.º 12.677/00, não houve justificativa para a inexistência de servidor substituto. À vista de se tratar de relação laboral, deve ser remunerado o empregado pelo exercício de fato da função de confiança, em atenção ao princípio da primazia da realidade.

É o parecer.

Conforme se verifica na sobredita diretriz, esta Casa já assentou há bastante tempo o entendimento de que os requisitos perfilados no Parecer nº 12.677/00, para possibilitar designações retroativas, aplicam-se também as relações cujo vínculo é celetista.

Dessa feita, é preciso verificar, sempre à luz do caso concreto, se foi observado o lapso temporal máximo de 30 (trinta) dias para que fossem regularizadas as designações; se o PROA foi instruído com prova do efetivo exercício de fato da função respectiva, inclusive com declaração do superior imediato nesse sentido, que justifique a extrema necessidade da continuidade das atividades exercidas de fato pelo servidor e eventual prejuízo decorrente, bem como se a função em comissão estava vaga a partir da data em que foi reconhecida a prestação do serviço de fato e não apenas a partir da data da publicação do ato no DOE.

E, ao exame do PROA, constata-se que em face da assunção de nova gestão da Fundação os empregados detentores de função em comissão designados pela gestão anterior foram dispensados do exercício das respectivas funções em 19/12/23, oportunidade na qual foi iniciado o exercício de fato dos empregados indicados pela nova Direção para lhes suceder.

Em 20/12/23 foi inaugurado o presente expediente, solicitando a publicação dos respectivos atos de dispensa e de designação, tendo sido encaminhado à SEDUC em 10/01/24. Iniciou-se, então, um período no qual a Pasta e a Fundação entabularam debates sobre a possibilidade ou não de publicação dos atos de dispensa e de designação de posições de fidúcia com efeitos retroativos, que culminou na publicação dos atos no DOE de 27/09/24, sendo que os empregados indicados foram dispensados das funções em comissão a contar de 19/12/23 e os novos ocupantes das respectivas funções foram designados a contar de 06/09/24.

Assim, durante o interregno de pouco mais de 09 (nove) meses, os empregados exerceram as funções sem que fossem ultimados os atos necessários para a regularização das designações, fato que era de conhecimento da Direção da Fundação e do Jurídico da SEDUC.

Destarte, verifica-se que no caso em exame não restaram preenchidos os requisitos apontados no Parecer nº 12.677/00 que autorizariam a publicação retroativa dos atos de designação para o exercício das funções. Primeiro porque, como visto, o prazo de 30 (trinta) dias foi em muito sobejado, eis que as publicações ocorreram, repisa-se, 09 (nove) meses após o início do exercício irregular. Gize-se que tal prazo, é o marco inicial para a publicação do ato de designação, não para que seja iniciado o processo.

Segundo, porque não havia ocorrido a regular vacância das funções quando foi iniciado o exercício de fato, visto que as dispensas só foram publicadas, ainda que em caráter retroativo, em setembro de 2024.

Outrossim, não restou demonstrada a urgência na substituição dos titulares das funções. Sabe-se que no início de uma nova gestão, costuma ser usual a troca de empregados que titulam cargos de confiança, entretanto, tal medida, na generalidade dos

casos, não se reveste de caráter urgente, sendo possível, e sobretudo recomendável, que os novos titulares somente assumam os novos postos após ser ultimada a regular designação.

Em relação ao alegado prejuízo operacional, em face de que *"a não designação retroativa para os cargos em questão acarreta prejuízo nas atividades administrativas da Fundação Liberato, uma vez que esses cargos são responsáveis pela gestão estratégica e operacional da Instituição"*, não foi demonstrado quais atos poderiam ser passíveis de eventual nulidade em virtude da não atribuição de efeitos retroativos às designações, de forma que também não constitui fundamento hábil a justificar a retroação pretendida.

Por derradeiro, com esteio na jurisprudência da Casa, restando cabalmente demonstrado que os empregados interessados exerceram de fato as respectivas funções a contar de 19/12/23, o que deverá ser certificado pelo superior hierárquico e pelo setor jurídico da Fundação, deverá ser observado o princípio da primazia da realidade, o qual pauta as relações celetistas e autoriza o pagamento da devida contraprestação pecuniária pelo exercício de fato. Nesse sentido, colaciona-se ainda as seguintes decisões, *verbis*:

EMENTA HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. Comprovado o exercício da função de chefe de grupo (supervisor) pelo reclamante, é devida a gratificação de função. A irregularidade formal pela ausência de designação pela diretoria do Hospital não impede o reconhecimento do direito do trabalhador, tendo em vista o princípio da primazia da realidade, que informa o Direito do Trabalho.

(TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020663-81.2021.5.04.0006 ROT, em 19/07/2023, Desembargador Andre Reverbel Fernandes - Relator)

EMENTA FUNÇÃO DE CHEFIA. A atuação em função de chefia para a qual é exigida maior responsabilidade e para a qual há previsão de pagamento diferenciado atrai o direito à percepção do acréscimo salarial, independente da formal nomeação, tendo em vista que a irregularidade foi promovida pela própria empregadora.

(TRT da 4ª Região, 6ª Turma, 0020681-68.2022.5.04.0103 ROT, em 28/09/2023, Desembargadora Beatriz Renck)

*"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA - DANO MORAL Para melhor exame da matéria, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO **O direito do trabalho é informado pelo princípio da primazia da realidade e, portanto, não se pode admitir que a ausência de designação formal para função de confiança acarrete prejuízos ao trabalhador que desempenhou as correlatas atividades, sem perceber gratificação de função.** Além disso, restou clara a afronta ao princípio da isonomia, porquanto, à exceção do Reclamante, os demais empregados lotados na mesma área*

para exercício de idênticas atribuições foram designados para exercer a Chefia e perceberam a gratificação a ela correspondente. Entendimento diverso demandaria o reexame fático dos autos, providência vedada em sede recursal extraordinária, nos termos da Súmula nº 126. DANO MORAL Na hipótese, ao invés de elucidar os motivos profissionais pelos quais o Reclamante não correspondia " às necessidades para a ocupação do cargo de chefia ", a Reclamada publicitou dúvidas sobre aspectos inerentes à personalidade e individualidade do Autor, causando-lhe dano de ordem extrapatrimonial. Quanto ao valor da indenização - correspondente a menos de três meses da remuneração do trabalhador -, afigura-se compatível e proporcional à lesão causada, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte Superior . Recurso de Revista não conhecido. III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, porquanto as questões expressamente suscitadas pelo Recorrente foram analisadas pelo Colegiado a quo , mas em sentido contrário à sua pretensão. Todavia, o mérito desfavorável, por si só, não pressupõe falta de fundamentação da decisão regional nem enseja a nulidade pretendida. RECONDUÇÃO - DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO Não há falar em recondução do Reclamante ao cargo de chefia, tendo em vista que o ato de destituição de cargo em comissão é discricionário e prescinde de motivação. De toda sorte, o Eg. TRT não registrou elementos que permitam concluir que a destituição decorreu de motivo ilícito. Recurso de Revista não conhecido" (RR-1009-62.2010.5.20.0002, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 15/04/2016).

3. Ante ao exposto, conclui-se que no caso ora examinado não restam atendidos os requisitos plasmados no Parecer nº 12.677/00, não sendo possível atribuir efeitos retroativos aos atos de designação de função em comissão publicados em 27/09/24, sendo, todavia, devida a indenização dos empregados interessados, desde que devidamente comprovado o exercício de fato no interregno de tempo certificado pelo superior hierárquico e ratificado pelo setor jurídico da Fundação.

É o parecer.

Porto Alegre, 04 de dezembro de 2024.

JANAINA BARBIER GONCALVES,
Procurador(a) do Estado.

NUP 00100.000617/2024-82
PROA 23/1956-0001121-4

Documento assinado eletronicamente de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1553635 e chave de acesso d75044c2 no endereço eletrônico <https://supp.pge.rs.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JANAINA BARBIER GONCALVES. Data e Hora: 05-12-2024 09:13. Número de Série: 695622822818465985318900911. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000617202482 e da chave de acesso d75044c2



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

NUP 00100.000617/2024-82
PROA 23/1956-0001121-4

PARECER JURÍDICO

O **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições, aprova o **PARECER** da **CONSULTORIA-GERAL/PROCURADORIA DE PESSOAL**, de autoria da Procuradora do Estado JANAINA BARBIER GONCALVES, cujas conclusões adota para responder a **CONSULTA** formulada pela **FUNDAÇÃO ESCOLA TÉCNICA LIBERATO SALZANO VIEIRA DA CUNHA – FETLSVC**.

Encaminhe-se cópia do presente parecer, para ciência, à Procuradoria Setorial junto à Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão.

Após, restitua-se à Procuradoria Setorial junto à Secretaria da Educação.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, em Porto Alegre.

EDUARDO CUNHA DA COSTA,
Procurador-Geral do Estado.

Documento assinado eletronicamente de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5171857 e chave de acesso d75044c2 no endereço eletrônico <https://supp.pge.rs.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): EDUARDO CUNHA DA COSTA. Data e Hora: 17-12-2024 15:59. Número de Série: 695622822818465985318900911. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

A consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supp.pge.rs.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00100000617202482 e da chave de acesso d75044c2