Luciano Alves Rossato

DIREITO DE PESSOAL

Aspectos da Ordem Jurídica do Estado de São Paulo

2018

EDITORA JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

2

SERVIDORES PÚBLICOS

2.1. O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO SERVIDOR PÚBLICO

São **servidores públicos** "as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos".[1] Como tais, estão compreendidos: i) os servidores estatutários; ii) os empregados públicos; iii) os servidores temporários.

2.2. SERVIDORES ESTATUTÁRIOS

Como a própria designação indica, os primeiros estão sujeitos a um estatuto próprio, aprovado pelo legislador de cada unidade federativa. No âmbito federal, tem-se a Lei nº 8.112/1990. No Estado de São Paulo, por sua vez, tem-se a Lei Estadual nº 10.261/1968, sem prejuízo das leis específicas de determinados cargos (as chamadas leis orgânicas, como ocorre por exemplo, com a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Lei Complementar Estadual nº 1.270/2015).

As regras previstas nos respectivos estatutos **poderão ser modificadas unilateralmente** pela Administração Pública e encampam **expectativa de direito**, preservando-se, obviamente, o direito adquirido.

---

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Gen Forense, 2017, p. 681.

2.3. EMPREGADOS PÚBLICOS

2.3.1. Quem são os empregados públicos?

Compõem os servidores públicos, ainda, os **empregados públicos**, que são **contratados** sob a regência da legislação trabalhista.

Não obstante estejam sujeitos à Consolidação das Leis Trabalhistas, os empregados públicos sujeitam-se às normas constitucionais referentes à investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.[2]

A propósito, Suzana Soo Sun Lee, bem registrou que:

> Necessário, pois, a submissão prévia ao **concurso público** para o provimento desses empregos (art. 37, II), sob pena de nulidade da contratação, conforme jurisprudência remansosa dos Tribunais Superiores, impondo-se à Administração, em contrapartida, o dever de indenizar (**Súmula 363 do TST**: "A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores aos depósitos do FGTS").[3]

Também seguem a legislação trabalhista os empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado[4], que compõem as chamadas **estatais.**

Aliás, já se lembrou que o próprio conceito de *empregado público* não é utilizado com consenso, pois existem "autores que consideram empregados públicos todos aqueles agentes que prestam serviços ao Estado sob a égide trabalhista"[5], enquanto outros atribuem "o qualita-

---

2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Gen Forense, 2017, p. 529.
3. LEE, Suzana Soo Sun. *Servidores públicos: espécies, cargo, emprego e função. Provimento e vacância à luz do Estatuto Paulista*. ROSSATO, Luciano Alves (org.). *Regime jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 13.
4. Soo, p. 14.
5. SANCHES, Vinícius Teles. *O regime trabalhista na administração pública estadual*. ROSSATO, Luciano Alves (org.). *Regime jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.* Salvador: Juspodivm, 2012, p. 53.

tivo *público* para os empregados dos entes estatais com personalidade jurídica de direito público".[6]

Ao contrário do que já foi realizado em outro momento[7], será utilizada a expressão *empregado público* para designar os celetistas contratados por pessoas jurídicas de direito público, englobando a Administração Pública direta e indireta, e *empregado estatal* em relação aos admitidos pelas pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública indireta.

2.3.2. Exigência de concurso público

O art. 37, II da Constituição Federal e art. 19, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encampou o princípio da exigência do concurso público para efetivação de contratação sob o regime de emprego público.

2.3.3. Impossibilidade de acumulação indevida de empregos públicos

Segundo o art. 37, XVI da Constituição Federal, a acumulação de cargo, emprego e funções públicas somente será admitida em determinadas situações, conforme será visto adiante.

2.3.4. Justiça Competente

As lides decorrentes do exercício do emprego público, já que se discutem direitos e deveres previstos pela lei trabalhista, consoante o art. 114 da Constituição Federal, serão julgados pela Justiça do Trabalho.

Contudo, se a questão discutida for relacionada à seleção do candidato, impugnação do edital e mesmo à ordem de classificação, a demanda será decidida pela Justiça Estadual, pois se discute um ato administrativo, regido pelo Direito de Pessoal.

---

6. SANCHES, Vinícius Teles. *O regime trabalhista na administração pública estadual*. ROSSATO, Luciano Alves (org.). *Regime jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.* Salvador: Juspodivm, 2012, p. 53.
7. SANCHES, Vinícius Teles. *O regime trabalhista na administração pública estadual*. ROSSATO, Luciano Alves (org.). *Regime jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.* Salvador: Juspodivm, 2012, p. 53.

2.4. SERVIDORES TEMPORÁRIOS

Por fim, há aqueles agentes que são contratados para o exercício de função em caráter temporário, submetidos a regime jurídico especial.[8]

O art. 37, IX da Constituição Federal, bem como o art. 115, X, da Constituição do Estado de São Paulo, servem de fundamento normativo para a contratação em regime especial de caráter temporário, remetendo à lei a missão de estabelecer os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.[9]

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afastar a contratação temporária para provimento de carreiras típicas de Estado, como, por exemplo, defensores públicos (ADI nº 2229/ES e ADI 3700/RN).

No âmbito federal, foi sancionada a Lei nº 8.745/1993, na qual foram estabelecidos diversos casos considerados de necessidade temporária de excepcional interesse público. Nesse sentido, "destacam-se, entre as citadas atividades, as de contratação em ocasião de calamidade pública, surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professor estrangeiro e algumas funções específicas das Forças Armadas".[10]

Sob a vigência da Constituição anterior, o Estado de São Paulo adotou modelo de contratação que recrutava servidores administrativos em caráter temporário, os quais executavam funções técnicas.

---

8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Gen Forense, 2017, p. 682.
9. Merece registro a diferenciação doutrinária entre os interesses públicos primário e secundário. De forma clara, Barroso assim escreveu a respeito: "(...) deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (I) primário, isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, p. 376).
10. CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 648.

A propósito, já se registrou que havia, no Estado de São Paulo, o "regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário", instituído pela Lei Estadual nº 500, de 13/11/1974, com espírito absolutamente divorciado do conferido pela Lei Maior (...)".[11]

Muitos agentes públicos foram contratados segundo a Lei Estadual 500/1974, ocupando funções administrativas nos três Poderes do Estado.

Contudo, em 2009, o Estado de São Paulo vedou a admissão de pessoal sob o fundamento da Lei nº 500/1974, muito embora tenha preservado as contratações antes realizadas. A propósito, os artigos 24 e 25, entre outros, da Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009, alterada, pela última vez, pela LC Estadual nº 1.314/2017.

> Artigo 24 - Fica vedada, a partir da publicação desta lei complementar, a admissão de pessoal com fundamento na Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974.
>
> Parágrafo único - Ficam extintas as funções-atividades submetidas ao regime jurídico instituído pela lei de que trata o "caput" deste artigo, na seguinte conformidade:
>
> 1 - na vacância, as que se encontrarem preenchidas;
>
> 2 - na data da publicação desta lei complementar, as que estiverem vagas.
>
> Artigo 25 - As contratações de pessoal após o advento da Lei complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, sob o regime jurídico da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974, estarão automaticamente extintas:
>
> I - findo o prazo de contratação, quando a vigência tiver sido estipulada;
>
> II - após o decurso de 12 (doze) meses, contados da data da publicação desta lei complementar, quando o prazo da vigência da contratação não tiver sido definido.
>
> Parágrafo único - No caso de função docente, observado o § 1º do artigo 7º desta lei complementar e o artigo 11 da Lei comple-

11. LEE, Suzana Soo Sun. *Servidores públicos: espécies, cargo, emprego e função. Provimento e vacância à luz do Estatuto Paulista*. ROSSATO, Luciano Alves (org.). *Regime jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 14.

> mentar nº 836, de 30 de dezembro de 1997, as contratações a que se refere o "caput" deste artigo estarão automaticamente extintas após 2 (dois) anos letivos subsequentes ao que estiver em curso na data da publicação desta lei complementar.

Dessa maneira, no Estado de São Paulo, além do fundamento normativo já citado, constante da Constituição Federal e da Constituição do Estado, há também a Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009.

A Lei Complementar Estadual nº 1.093/2009 especificou as hipóteses de admissibilidade de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, que será formalizada mediante contrato e nas seguintes hipóteses (art. 1º):

> I - urgência e inadiabilidade de atendimento de situação que possa comprometer ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;
>
> II - necessidade de pessoal em área de prestação de serviços essenciais, em decorrência de:
>
> a) dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria;
>
> b) criação de novas unidades ou ampliação das já existentes;
>
> c) afastamentos que a lei considere como de efetivo exercício;
>
> d) licença para tratamento de saúde;
>
> III - necessidade justificada de execução de função eventual, transitória e determinada:
>
> a) relativa à consecução de projetos de informatização;
>
> b) de natureza técnica nas áreas de pesquisa científica, tecnológica, educacional e cultural;
>
> c) de natureza técnica especializada, no âmbito de projetos implementados mediante contratos de financiamento externo e acordos de cooperação internacional, desenvolvidos sob a subordinação de órgão público estadual;
>
> IV - para suprir atividade docente da rede de ensino público estadual, que poderá ser feita nas hipóteses previstas no inciso II deste artigo e, ainda, quando:
>
> a) o número reduzido de aulas não justificar a criação de cargo correspondente;

b) houver saldo de aulas disponíveis, até o provimento do cargo correspondente;

c) ocorrer impedimento do responsável pela regência de classe ou magistério das aulas.

Ainda no âmbito do Estado de São Paulo, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça declarou inconstitucional a Lei Estadual nº 11.064/2002, que institui o Serviço Auxiliar Voluntário na Polícia Militar do Estado. Contrariamente à regra geral constante da Lei Federal nº 10.029/2000, a lei estadual fez previsão de processo seletivo simplificado e impôs requisitos específicos para o ingresso no serviço auxiliar voluntário.

Diante dessas previsões, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que a aludida lei estadual tratou da contratação de servidor para atividade absolutamente previsível, permanente e ordinária, no âmbito da atividade-meio da instituição policial militar, com prejuízo à exigência de concurso público. Reconheceu-se, ainda, a existência de relação empregatícia com flagrante supressão de direitos sociais do trabalhador.[12]

Ainda sobre este tema, fixou-se a seguinte tese no **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0038758-92.2016.8.26.0000,** Turma Especial de Direito Público, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 30.06.2017, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei:

> **Aos Soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual n. 11.064, de 2002, no âmbito remuneratório, são devidos, além do salário pelos dias trabalhados, apenas o décimo terceiro salário e as férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional; e, para fins previdenciários, admite-se a averbação do tempo de serviço prestado, no regime geral**

12. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE LEI FEDERAL 10.029/2000 E LEI ESTADUAL 1 1.064/2002 QUE DISCIPLINAM A CONTRATAÇÃO DE VOLUNTÁRIOS TEMPORÁRIOS PARA AS POLÍCIAS MILITARES E CORPOS DE BOMBEIROS - INCONSTITUCIONALIDADES FLAGRANTES FORMA DE ADMISSÃO E DE REMUNERAÇÃO NÃO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ENTENDIMENTO - SUPRESSÃO DE DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR CONTRATAÇÃO QUE. ADEMAIS, DEVERIA OBSERVAR O PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, JÁ QUE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS POR POLICIAIS MILITARES SÃO PERMANENTES - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. (Incidente de Inconstitucionalidade de Lei n. 9221852-31.2009.8.26.0000 (175.199-0/0-00); Relator Desembargador A. C. Mathias Coltro, j. 05/08/2009).

de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados.

Há várias passagens importantes contidas no voto do Relator, em relação às verbas devidas ao soldado temporário:

> Vale dizer: não se cuidando de regime estatutário nem celetista, não é viável aplicar nem o estatuto legal da PM, nem a CLT, e, menos ainda, um regime híbrido, inexistente no ordenamento jurídico pátrio. Sem possível regime jurídico estatutário, sem possível amparo na CLT, por ausência de vínculo empregatício, sem possível ampliação dos critérios específicos da lei inconstitucional, a solução da causa, quanto às verbas remuneratórias reclamadas deve, de fato, pautar-se nos comandos maiores da Constituição Federal, em busca de solução justa, no respeito à boa-fé e à situação peculiar dos serviços prestados. Ademais, não se admite antinomia absoluta na Constituição da República, e, daí, a violação do art. 37 da CR/88, por si, não afasta as garantias elementares insertas nos arts. 5º e 7º, da mesma CR/88, especialmente em contexto no qual não se pode debitar aos contratados conduta desleal ou eivada de má-fé. Afinal, a Constituição assegura a todos a dignidade humana e os direitos trabalhistas elementares, a conferir-lhes, pois, um núcleo básico de direitos, em quadro de tutela mínima ou de piso vital trabalhista, para as relações duradouras, abstração ao regime jurídico enquadrado. É verdade que o art. 7º da CF/88 não pode ser integralmente aplicado aos soldados temporários em foco, mas dele é possível extrair um piso vital de direito do trabalho, genericamente reconhecido, em conformação à dignidade da pessoa humana, que autoriza tutelar juridicamente a situação peculiar deles. É que, mesmo nula a contratação, ante a declaração de inconstitucionalidade das normas que autorizaram ingresso enviesado deles no serviço público estadual, a natureza originária desta contratação não se desfigura, nem perde a sua natureza de contrato administrativo; mas, por outro lado, o longo tempo de permanência do vínculo de trabalho, em contexto administrativo, ante a lacuna de norma válida e aplicável, justifica beber naquela fonte constitucional, para extrair os direitos trabalhistas mínimos, genericamente considerados. (...) Portanto, no piso vital trabalhista, as únicas verbas que entendo sejam devidas e possíveis reconhecer ao Soldado PM Temporário, em leitura amarrada aos comandos constitucionais, são o décimo terceiro salário e as férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional.

E, ainda:

> O adicional de insalubridade é indevido, pois não é previsto no art. 39, § 3º, da CF/88. O Adicional de Local de Exercício e o RETP, também, destacando-se que são típicos das carreiras estatutárias de policiais do Estado de São Paulo. O adicional noturno, por sua vez, não é devido, ante a ausência de parâmetro legal para a remuneração superior pelo trabalho noturno, anotada a ausência de norma constitucional autoaplicável para tanto.

Em resumo:

a) Reconheceu-se ser direito do Soldado Temporário PM o décimo-terceiro salário e férias;

b) Reconheceu-se ser nula a contratação, em virtude da inconstitucionalidade da lei estadual que a rege, o que não afasta a natureza do ato como contrato administrativo; e,

c) Não são devidos os adicionais de insalubridade, de local de exercício, RETP e o adicional noturno, ante a ausência de parâmetro legal para a remuneração superior, bem como por não se tratar de servidor estatutário.

A tese defendida pelo Estado de São Paulo, porém, pautava-se no sentido de que o afastamento da Lei Federal nº 10.029/2000 e da Lei Estadual nº 11.064/2002, bem como no reconhecimento de direitos trabalhistas, como férias e décimo-terceiro salário a tais agentes, viola o art. 37, IX da Constituição, sendo que o caráter temporário e precário é amplamente conhecido por aqueles que ingressam em tal serviço. Ainda de acordo com o que é defendido pelo Estado, a contraprestação ofertada ao servidor auxiliar temporário – com base na Lei Estadual nº 11.064/2002 – possui caráter indenizatório, não se tratando de salário.