
REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

69/70

JANEIRO/DEZEMBRO 2009

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 - 4º andar
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7020 - Fax: (11) 3286-7028
Home page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: pgecestudos@pge.sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos:

Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria:

João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Coordenador:

José Luiz Souza de Moraes

Comissão Editorial

Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Carlos José Teixeira de Toledo, Celso Luiz Bini Fernandes, José Luiz Souza de Moraes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Patricia Ulson Pizarro Werner, Maria Marcia Formoso Delsin, Tatiana Capochin Paes Leme.

Revista

José Luiz Souza de Moraes (Coordenação Editorial) Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 1.800 exemplares

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971-.

(semestral)

1971-2009 (1-70)

1998 (n. especial)

2003 (n. especial)

CDD-340.05

CDU-34(05)

Servidores temporários – Lei n. 500/1974. Inclusão no Regime Próprio de Previdência do Servidor Público

PARECER

Interessado: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Assunto: Servidores admitidos sob o regime da Lei n. 500, de 13.11.1974. Inclusão no Regime Próprio de Previdência do Servidor Público instituído pela Lei n. 1010, de 01.06.2007.

O Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado de São Paulo honra-me com consulta a respeito do regime previdenciário dos chamados servidores temporários admitidos sob o regime da Lei n. 500, de 13.11.1974.

A consulta vem formulada nos termos a seguir transcritos.

1 Da consulta

A Lei Complementar n. 1.010, de 01.06.2007, que instituiu o Regime Próprio de Previdência do Servidor Público (RPPS) e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM) dispôs no parágrafo 2º de seu artigo 2º:

“§ 2º - Por terem sido admitidos para o exercício de função permanente, inclusive de natureza técnica, e nos termos do disposto no inciso I deste artigo, são titulares de cargos efetivos os servidores ativos e inativos que, até a data da publicação desta Lei, tenham sido admitidos com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974.”

Admitidos para o exercício de funções de natureza permanente depois de aprovação em concurso público (art. 9º), os servidores regidos pela Lei n. 500/74 sempre recolheram contribuição em favor do IPESP, na alíquota de 6% (seis por cento) sobre o total dos vencimentos, com fundamento na Lei Complementar n. 180/78. A partir de 25.09.2003, passaram a contribuir com mais 5% (cinco por cento), com fundamento na Lei Complementar estadual n. 943, de 23.06.2003.

Acrescente-se ainda que os dependentes de servidores falecidos admitidos pela Lei n. 500/74 recebem pensão mensal do IPESP, sobre a qual vem incidindo a contribuição previdenciária, com fundamento na Lei Complementar estadual n. 954, de 21.12.2003.

Por outro lado, muitos servidores em atividade admitidos pela Lei n. 500/74 alcançaram a estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal. Vários outros contavam com mais de três anos no exercício da função de natureza permanente, quando entrou em vigor a Lei Complementar n. 1.010/2007.

Diante do exposto, por meio de sua Procuradoria Geral, o Estado de São Paulo consulta Vossa Excelência:

a) À luz da Constituição Federal de 1988, os servidores admitidos pela Lei n. 500/74 podem ser havidos como temporários ou empregados públicos?

b) Até o advento da Lei Complementar n. 1.010/2007, havia distinção entre o regime jurídico dos servidores ocupantes de cargos públicos e dos servidores contratados para funções de natureza permanente, com fundamento na Lei n. 500/74?

c) A norma contida no parágrafo 13 do artigo 37 da Constituição Federal, dispositivo incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, é aplicável indistintamente a todos os servidores da Lei n. 500/74 admitidos até a entrada em vigor da Lei Complementar estadual n. 1.010/2007?

d) Os pensionistas, os aposentados e os servidores cujos vínculos com o Estado têm por fundamento a Lei n. 500/74 encontram-se salvaguardados contra eventual exigência que venha a ser imposta por órgãos da União Federal ao Estado de São Paulo de transferi-los para o Regime Geral de Previdência Social?

2 Parecer

2.1 Dos servidores temporários no Estado de São Paulo

A categoria de servidores que no Estado de São Paulo é chamada de temporários não tem qualquer semelhança com os servidores temporários contratados com base no artigo 37, IX, da Constituição Federal.

Esse dispositivo constitucional determina que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Pela redação do dispositivo, são requisitos para a contratação:

- a) que haja lei indicando os casos de contratação;
- b) que a contratação se dê por tempo determinado;
- c) que ela se destine a atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Ocorre que os servidores temporários do Estado de São Paulo, cuja situação, no que diz respeito aos direitos previdenciários, deu margem à consulta, têm seu regime jurídico estabelecido pela Lei n. 500, de 13.11.1974, promulgada na vigência da Constituição de 1967.

Com efeito, o artigo 106 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, previa um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada.

Assim estabelecia o dispositivo:

“Artigo 106 - O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

Norma idêntica constava do artigo 95 da Constituição do Estado de São Paulo.

Com base em tais dispositivos, o regime do servidor temporário foi instituído pela Lei n. 500/74 que, segundo sempre entendemos, acabou por desvirtuar parcialmente a norma constitucional, ao estabelecer, para os servidores “temporários”, uma hipótese de regime jurídico praticamente igual

ao do funcionário público, com o agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente, quando a norma constitucional expressamente fazia referência a serviços de caráter temporário. É parcial o desvirtuamento porque a lei previu três hipóteses de admissão de servidores temporários, sendo que uma delas atendia inteiramente às exigências constitucionais.

Essa lei, conforme consta do preâmbulo, “institui o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e dá providências correlatas”

Em seu artigo 1º, são previstas três hipóteses de servidores admitidos em caráter temporário, nos seguintes termos:

“Artigo 1º - Além dos funcionários públicos poderá haver na Administração estadual servidores admitidos em caráter temporário:

I - para o exercício de função-atividade correspondente a função de serviço público de natureza permanente;

II - para o desempenho de função-atividade de natureza técnica, mediante contrato bilateral, por prazo certo e determinado;

III - para a execução de determinada obra, serviços de campo ou trabalhos rurais, todos de natureza transitória, ou ainda, a critério da Administração, para execução de serviços decorrentes de convênios.”

Nos termos do artigo 3º, *caput*, “os servidores de que tratam os incisos I e II do artigo 1º reger-se-ão pelas normas desta lei, aplicando-se aos de que trata o inciso III as normas da legislação trabalhista”

O mesmo regime da legislação trabalhista pode ser aplicado também para o “desempenho das funções a que se referem os incisos I e II do artigo 1º, na forma a ser disciplinada em decreto”, é o que estabelece o parágrafo 1º do artigo 3º.

O inciso III estava em consonância com o preceito contido nos artigos 106 da Constituição Federal e 95 da Constituição Paulista então vigentes, uma vez que consagrava modalidade de contratação efetivamente temporária, já que feita para serviços de natureza transitória.

No entanto, a hipótese prevista no inciso I – precisamente a mais utilizada – se destina ao preenchimento de função de natureza permanente,

quando a normas constitucionais falavam expressamente em “serviços de caráter temporário”.

A norma nunca foi impugnada por infringência aos artigos 106 da Constituição de 1967 ou 95 da Constituição do Estado.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o artigo 39 impôs a adoção de regime jurídico único para os servidores da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas. Esse regime jamais foi instituído no Estado de São Paulo, continuando a aplicarem-se as normas da Lei n. 500/74, também sem qualquer impugnação quanto à sua constitucionalidade, seja por contrariar a norma do artigo 39 da Constituição, seja por infringir a norma do artigo 37, IX, que só admite a contratação de servidores temporários *para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*.

Em decorrência disso, o Estado de São Paulo possui em seu Quadro de Pessoal as seguintes categorias de servidores: *estatutários*, ocupantes de cargos públicos efetivos; *celetistas*, ocupantes de empregos públicos; e os chamados *temporários* admitidos com base na Lei n. 500/74.

2.2. Regime jurídico dos servidores temporários

Diante do exposto no item anterior, resta analisar a natureza jurídica do vínculo dos servidores temporários com o Estado.

É evidente que, com relação aos contratados sob o regime da legislação trabalhista (inc. III do art. 1º da Lei n. 500/74), não há dúvida, seja quanto à natureza do vínculo, sujeito ao regime da CLT, seja quanto à sua inclusão no Regime Geral de Previdência Social, instituído pela Emenda Constitucional n. 20/98 (que acrescentou o § 13 ao art. 40 da CF, a ser analisado adiante).

A dúvida que pode existir quanto à natureza do vínculo diz respeito aos que não foram contratados pelo regime da legislação trabalhista, especialmente aos que foram admitidos com base no inciso I do artigo 1º da Lei n. 500/74. Eles se submetem ao regime de trabalho instituído por essa Lei, e não ao regime da CLT ou ao Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (instituído pela Lei n. 10.261, de 28.10.1968, ainda em vigor, com algumas alterações).

Na realidade, o vínculo dos servidores públicos em geral com o Poder Público se dá de duas maneiras:

- a) por um vínculo de natureza contratual, submetido à legislação trabalhista;
- b) por um vínculo de natureza estatutária.

No vínculo de natureza contratual, o servidor fica sujeito à CLT, porém com as derrogações impostas pela Constituição, tais como as referentes aos requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII do Título III da Constituição Federal.

Os servidores estatutários, como o próprio nome indica, submetem-se a um estatuto, estabelecido por lei de competência de cada uma das unidades da federação. Sendo estabelecido por lei, ele é modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

Embora se fale em regime estatutário, dando a impressão de que ele é igual para todos os servidores, na realidade convivem, em cada unidade federativa, vários regimes estatutários, tendo em vista que muitas categorias de servidores possuem regime estatutário próprio, definido em lei específica, ainda que possam aplicar-se subsidiariamente dispositivos do chamado Estatuto dos Servidores Públicos. É o caso dos membros da magistratura e do Ministério Público, dos advogados da União, dos procuradores do Estado, dos defensores públicos, dos agentes fiscais de rendas, dos delegados de polícia, dos militares, dos diplomatas e de tantas outras carreiras disciplinadas por leis específicas. Todos estão sujeitos a regimes estatutários próprios.

É o caso também dos servidores temporários admitidos no regime da Lei n. 500/74 (salvo os que a mesma lei determina sejam submetidos à legislação trabalhista). Eles não têm vínculo contratual com o Estado de São Paulo, o seu vínculo é estabelecido por lei a que eles se submetem desde o momento da posse.

E esse regime é muito semelhante ao estabelecido pela Lei n. 10.168/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) para os ocupantes de cargos efetivos.

É oportuno lembrar que a Lei Complementar n. 180, de 12.05.1978, que instituiu o Sistema de Administração de Pessoal relativo aos Funcionários Públicos Civis e Servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do Estado (também promulgada na vigência da Constituição anterior) deixou muito clara a semelhança entre os dois regimes: o do *funcionário público*, ocupante de cargo público (assim denominado, na época, aquele que hoje a Constituição chama de servidor público) e o *servidor*, ocupante de função-atividade.

Ficaram sendo dois regimes estatutários paralelos, decorrentes da mesma lei. O artigo 5º deu alguns conceitos básicos para os fins daquela Lei Complementar:

a) no inciso I, definiu “função de serviço público” como “o conjunto de atribuições cometidas a *funcionário público* ou a *servidor*”;

b) no inciso II, definiu “cargo público” como o “conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a *funcionário público*”;

c) no inciso III definiu “função-atividade”, de forma semelhante, como “o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a *servidor*”;

d) no inciso IV, definiu “*funcionário público*” como “pessoa legalmente investida em cargo público”;

e) no inciso V, definiu “*servidor público*” como “pessoa admitida para exercer função-atividade”.

Além disso, a lei criou, dentro do Quadro das Secretarias de Estado e das Autarquias, dois Subquadros: o Subquadro de Cargos Públicos e o Subquadro de Funções-Atividades (art. 7º).

Veja-se o que consta da justificativa que acompanhou o projeto de lei complementar que resultou na Lei Complementar n. 180, a respeito da criação dos dois regimes paralelos:

“Dos conceitos básicos

Dando trato mais adequado à situação existente, o projeto altera conceitos atuais e introduz outros, necessários à implantação das medidas que propõe.

Entre as situações que necessitam de melhor e mais justo equationamento no âmbito da legislação existente, destacam-se:

a) A situação dos servidores

A criação do conceito de função-atividade surgiu como decorrência da necessidade de integrar os 150.000 servidores, de forma normal e justa na força de trabalho do Estado, pois não se pode deixar de reconhecer a realidade atual Ou seja, existência de *funções de natureza permanente além de cargos*.

O projeto *põe fim às discriminações* ainda remanescentes, *assegurando ao servidor uma situação funcional regular, oportunidade de promoção salarial, evolução funcional, acesso e virtualmente todas as demais vantagens asseguradas ao funcionário* de conformidade com a legislação e dispositivos constitucionais vigentes ou instituídos por este projeto de lei complementar.” (grifo nosso).

Não há dúvida que houve o reconhecimento de que os servidores da Lei n. 500/74 exercem função de natureza permanente e a intenção de aproximar e igualar, em muitos aspectos, o seu regime jurídico daquele previsto para os funcionários ocupantes de cargo efetivo.

Note-se que até mesmo a exigência para ingresso era praticamente a mesma, ainda que a terminologia fosse diversa: para o funcionário, exigiu-se concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 8º), enquanto para os ocupantes de função-atividade exigia-se processo seletivo. Só que esse processo seletivo obedecia às normas referentes a concurso público. É o que estabelecia o artigo 12, nos seguintes termos:

“Artigo 12 - Os processos seletivos para admissão de servidor para funções-atividades de natureza permanente serão realizados com observância das disposições referentes a concursos públicos.”

Tanto assim que, embora nem a Lei n. 500 nem a Lei Complementar n. 180 tenham dado estabilidade aos servidores admitidos por processo seletivo, muitos deles obtiveram o reconhecimento desse direito perante o Poder Judiciário. É que, além de terem regime estatutário em tudo semelhante ao estabelecido para o funcionário, ainda eram admitidos por processo seletivo aplicado segundo as mesmas regras que regem os concursos públicos.

Além disso, muitos desses servidores adquiriram a estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988. Note-se que, quando entrou em vigor a Constituição de 1988, a Lei n. 500 já tinha catorze anos de vigência. Hoje muitos deles já estão aposentados e com a situação inteiramente consolidada.

Fazendo um paralelo entre a situação do servidor efetivo e do chamado servidor temporário, podem ser apontadas inúmeras outras semelhanças:

- a) igualdade de vencimentos (art. 63 da LC n. 180/78);
- b) igualdade de jornadas de trabalho (art. 70 da LC n. 180/78);
- c) identidade de normas sobre promoção na carreira, evolução funcional por avaliação de desempenho, acesso e transposição (arts. 84, 97, 119 e 120, respectivamente, da LC n. 180/78);
- d) enquadramento no mesmo sistema previdenciário e de assistência médica (arts. 132 a 165 da LC n. 180/78), com normas iguais sobre contribuição, benefícios e beneficiários;
- e) mesmas modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária (art. 27 da Lei n. 500, com a redação dada pelo art. 203 da LC n. 180).

Além disso, a Lei n. 500/74 contém normas expressas que mandam aplicar ao servidor temporário disposições vigentes para os funcionários públicos civis do Estado. É o caso do artigo 18, referente a horário e ponto; do artigo 22, referente a serviço extraordinário, representação, participação em órgão legal de deliberação coletiva, diárias, ajuda de custo, salário-família, salário-esposa e auxílio-funeral; do artigo 24, referente à aquisição e gozo de férias; dos artigos 25 e 26, pertinentes à licença para servidor acidentado no serviço ou acometido de doença profissional, para tratamento de saúde, por motivo de doença em pessoa da família, para cumprimento de obrigações concernentes ao serviço militar, como medida profilática, para a servidora gestante, para tratar de interesses particulares.

Fossem realmente servidores temporários, como poderiam ser beneficiados com todos esses direitos, especialmente com a licença para tratar de interesses particulares?

Não há dúvida, portanto, que o regime estabelecido pela Lei n. 500/74 é de natureza estatutária, com inúmeros pontos de semelhança com o regime estatutário a que se submete o funcionário ocupante de cargo efetivo.

O chamado servidor admitido no regime previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 500, de temporário só tem o nome.

2.3 Do regime previdenciário do servidor admitido no regime da Lei n. 500/74

Conforme assinalado, a Lei Complementar n. 180/78 previu regime previdenciário para os *funcionários e servidores*. Todos contribuíam igualmente para o sistema previdenciário; o benefício era também igual para todos, correspondendo à pensão mensal devida aos dependentes do servidor falecido, tal como definidos na referida lei complementar.

Como é sabido, a Emenda Constitucional n. 20/98 implantou a chamada reforma previdenciária, alterando a redação do artigo 40 da Constituição, para assegurar aos *servidores ocupantes de cargo efetivo* regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Por essa Emenda, o regime previdenciário foi previsto para todas as categorias de servidores, porém com duas modalidades um pouco diversas: alguns estão sujeitos ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), estabelecido no artigo 201 e seguintes da Constituição, em tudo igual ao do trabalhador privado, enquanto outros estão sujeitos ao Regime Previdenciário Próprio do servidor (RPPS), previsto no artigo 40 da Constituição.

Pelo sistema instituído por essa Emenda, a vinculação dos servidores públicos ao regime previdenciário é feita da seguinte maneira:

a) os ocupantes de *cargos efetivos* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como suas autarquias e fundações, submetem-se ao artigo 40, ou seja, ao Regime Previdenciário Próprio do Servidor Público, e não ao Regime Geral de Previdência previsto nos artigos 201 e seguintes, embora o parágrafo 12 do mesmo artigo 40 determine que aos servidores se aplicam “no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social”;

b) para o *servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão*, bem como de outro *cargo temporário* ou de emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social (§ 13 do art. 40). A referência a *servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão* teve por objetivo distinguir essa situação daquela em que o servidor ocupa cargo em comissão, mas é titular efetivo; esse se enquadra no regime próprio do servidor.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 20/98 não alterou o artigo 149, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”.

Vale dizer que a instituição do regime previdenciário de natureza contributiva, para fins de aposentadoria, tal como previsto na referida Emenda, não era obrigatória para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por isso mesmo, em grande parte dos Estados e Municípios, não foi instituído regime previdenciário para os servidores, a não ser, em alguns deles, para custear a pensão dos dependentes do servidor falecido. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, em que se continuou a adotar o regime contributivo para a pensão, nos termos da Lei Complementar n. 180, de 12.05.1978. Só com a Lei Complementar n. 943, de 23.06.2003, é que foi prevista a contribuição para fins de aposentadoria.

Com a Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, foi alterada a redação do artigo 149, parágrafo único (alterado para § 1º), para determinar que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o artigo 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.

Vale dizer que o regime previdenciário de caráter contributivo, para fins de aposentadoria, tornou-se obrigatório para Estados e Municípios.

O que interessa, para os fins da consulta que foi formulada pela Procuradoria Geral do Estado, é saber se o servidor admitido no regime da Lei n. 500/74 (art. 1º, inc. I) deve ser enquadrado no Regime de Previdência Próprio do Servidor (RPPS) ou no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Desde a 11ª edição da nossa obra *Direito administrativo* (São Paulo: Atlas, 1999, p. 449-450), editada após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, sustentamos que o servidor admitido para *função-atividade* de *natureza permanente*, com base na Lei n. 500/74, tem que ser enquadrado no regime próprio do servidor. E mantivemos esse entendimento nas edições posteriores, inclusive na última, editada em 2008 (21ª edição, p. 528-529).

Eis o que temos sustentado:

“Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada *função-atividade*, com base na Lei n. 500, de 13.11.1974, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante *processo seletivo*. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o *caput* do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no parágrafo 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante à dos servidores efetivos, à medida que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e de precariedade da forma de provimento e exoneração, presente nos casos previstos no parágrafo 13, não existe com relação a esses servidores. A eles deve aplicar-se, por analogia, o *caput* do artigo 40.”

Realmente, os servidores admitidos com base na Lei n. 500/74 (art. 1º, inc. I) não foram abrangidos por nenhuma das três hipóteses previstas no parágrafo 13 do artigo 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98. E é natural que isso tenha ocorrido. A Emenda, ao especificar o regime previdenciário – RGPS ou RPPS – a que se submetiam os servidores públicos, levou em consideração as categorias possíveis perante a própria Constituição:

- a) os servidores efetivos ocupantes de cargos públicos;
- b) os servidores ocupantes de emprego público, sob regime da legislação trabalhista;

- c) os servidores ocupantes de cargos em comissão;
- d) os servidores temporários referidos no artigo 37, IX, da Constituição Federal.

Em nenhuma dessas categorias se enquadra o servidor admitido no regime da Lei n. 500: eles não ocupam cargo efetivo; não ocupam emprego público sob regime da legislação trabalhista (salvo nas hipóteses previstas na própria Lei n. 500, situação em que ficam sujeitos ao RGPS); eles não são ocupantes de cargos em comissão; e não são temporários, nos termos previstos no artigo 37, IX, da Constituição. Realmente, o caráter de temporariedade ou de precariedade da forma de provimento e de exoneração, previsto no parágrafo 13 do artigo 40, não existe com relação aos servidores admitidos no regime da Lei n. 500/74.

Isso ocorre pela peculiaridade da legislação do Estado de São Paulo, que não instituiu o regime jurídico único e manteve o regime da Lei n. 500/74 como regime estatutário existente, para o ocupante de função-atividade, paralelamente ao regime estatutário do servidor ocupante de cargo efetivo.

Não é o caso de cogitar-se, para os fins deste parecer, da validade jurídico-constitucional da opção do legislador paulista, que criou essa situação por lei de 1974, perdurando, portanto, há trinta e quatro anos. Até porque a opção do legislador federal também é de constitucionalidade bastante duvidosa, tendo em vista que, ao instituir o regime jurídico único, pela Lei n. 8.112, de 11.12.1990, nele incluiu praticamente todos os servidores federais, transformando empregos em cargos. Não tivesse havido essa transformação, todos aqueles servidores que tinham o regime celetista estariam hoje enquadrados no Regime Geral da Previdência, e não no Regime Próprio do Servidor Público. Hoje todos estão no regime próprio do servidor público.

Tanto a opção federal como a estadual são criticáveis, quando confrontadas com as normas constitucionais vigentes. Mas ambas se consolidaram com o decurso do tempo e devem ser respeitadas, até por aplicação do princípio da segurança jurídica, que exige estabilidade das relações jurídicas e respeito ao princípio da confiança legítima, ou seja, à boa-fé dos servidores que acreditaram na validade dos atos praticados pelo Poder Público.

Se fosse hoje impugnada a validade da Lei n. 8.112/90, na parte em que transformou empregos em cargos e deu estabilidade a quem não tinha esse direito perante a Constituição, certamente o Supremo Tribunal Federal negaria efeito retroativo à sua decisão, como o permite o artigo 27 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo permite que esse tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha efeito a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Há que se realçar também que, como os servidores admitidos pela Lei n. 500/74 não se enquadram especificamente em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 40, *caput* e parágrafo 13, cabe ao intérprete encontrar a solução que melhor se aproxime de seu regime jurídico. E é incontestável que essa semelhança existe muito mais com a situação do servidor estatutário ocupante de cargo efetivo (prevista no *caput* do art. 40) do que com as hipóteses mencionadas no parágrafo 13 do mesmo dispositivo. E a aproximação decorre da semelhança de regimes jurídicos estabelecida pela Lei Complementar n. 180/78: ingresso mediante concurso público ou processo de seleção (sujeitos às mesmas normas), exercício das mesmas atribuições, exercício de funções de natureza permanente, enquadramento em subquadros dos mesmos quadros das Secretarias de Estado e autarquias, igual escalonamento na carreira, iguais modalidades de aposentadoria, iguais vencimentos, além de outras semelhanças apontadas no item 2.2 deste parecer.

Note-se que a própria dispensa do servidor por falta disciplinar é sujeita a procedimento muito semelhante ao processo administrativo disciplinar, conforme estabelecido nos artigos 38 a 40 da Lei n. 500, exigindo notificação ao servidor para que exerça o direito de defesa, possibilidade de juntada de documentos pelo indiciado, possibilidade de adoção de diligências pela autoridade competente, obrigatoriedade de vista ao interessado sobre os fatos apurados, apresentação de relatório pela autoridade competente e submissão ao secretário de estado para julgamento.

Não existe a previsão de dispensa sem justa causa, como no caso dos empregados sujeitos à CLT, nem a possibilidade de dispensa a critério da Administração, como existe para os cargos em comissão. Isso porque o artigo 35 da Lei n. 500 indica as hipóteses em que a dispensa é cabível:

“I - a pedido;

II - no caso de criação do cargo correspondente, a partir da data do exercício de seu titular;

III - a critério da Administração, independentemente da criação do cargo correspondente, no caso de cessão da necessidade do serviço;

IV - quando o servidor não corresponder ou incorrer em responsabilidade disciplinar.”

Vale dizer que o servidor, nessa situação, se não tem estabilidade idêntica à prevista no artigo 41 da Constituição para os ocupantes de cargos efetivos, usufrui de estabilidade relativa, na medida que sua dispensa somente pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas em lei.

As semelhanças são tão grandes que a adoção de regras diversas no que diz respeito aos direitos de natureza previdenciária poderia caracterizar infringência ao princípio da isonomia. Essa semelhança de regimes jurídicos estatutários leva à aplicação do princípio geral de direito, aplicável à interpretação das leis, segundo o qual *ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (onde existe a mesma razão, deve aplicar-se o mesmo dispositivo). Esse princípio justifica a aplicação da lei por analogia. No caso da consulta, ele serve de fundamento para a aplicação do artigo 40, *caput*, da Constituição Federal aos servidores admitidos com fundamento no artigo 1º da Lei n. 500/74, salvo os contratados no regime da CLT.

Por essa razão, está juridicamente correta a norma contida no artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei Complementar n. 1.010, de 01.06.2007, que dispõe sobre a criação da São Paulo Previdência (SPPREV), entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM). Referido dispositivo assim determina:

“§ 2º - Por terem sido admitidos para o exercício de função permanente, inclusive de natureza técnica, e nos termos do disposto no inciso I deste artigo, são titulares de cargos efetivos os servidores

ativos e inativos que, até a data da publicação desta Lei, tenham sido admitidos com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei n. 500, de 13 de novembro de 1974.”

Apesar da redação infeliz do dispositivo, o seu intuito evidente foi o de equiparar os ocupantes de função-atividade de natureza permanente, sujeitos ao regime da Lei n. 500/74, aos ocupantes de cargos efetivos, para fins de aplicação do artigo 40, *caput*, da Constituição Federal. Se a Constituição não estabeleceu norma que abarcasse com precisão a situação de referidos servidores (nem poderia fazê-lo, dada a peculiaridade da legislação paulista quanto a esse aspecto), cabe ao Estado de São Paulo, no uso de sua competência para legislar em matéria previdenciária, estabelecer norma a respeito. Trata-se de competência suplementar, que decorre do artigo 24, inciso XII, combinado com parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Por todas essas razões, é juridicamente correta a opção do legislador estadual de preservar a situação previdenciária dos servidores ativos e inativos admitidos até a data da publicação da Lei Complementar n. 1.010, de 01.06.2007.

3 Resposta aos quesitos

Diante do exposto, é possível responder da seguinte forma aos quesitos formulados:

a) À luz da Constituição Federal de 1988, os servidores admitidos no regime instituído pela Lei n. 500/74 não podem ser considerados como temporários ou empregados públicos.

b) Até o advento da Lei n. 1.010/2007, era idêntico, no que diz respeito à previdência social, o regime jurídico dos servidores ocupantes de cargos públicos e dos servidores admitidos para funções de natureza permanente, com fundamento na Lei n. 500/74.

c) A norma contida no parágrafo 13 do artigo 37 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, não pode ser aplicada indistintamente a todos os servidores admitidos com base na Lei n. 500/74, admitidos até a entrada em vigor da Lei Complementar estadual n. 1.010/2007, mas apenas aos contratados no regime da legislação trabalhista.

d) Os pensionistas, os aposentados e os servidores cujos vínculos com o Estado têm por fundamento a Lei n. 500/74 encontram-se salvaguardados contra eventual exigência que venha a ser imposta por órgãos da União Federal ao Estado de São Paulo de transferi-los para o Regime Geral de Previdência Social.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2008.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Professora Titular da USP