



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000488426

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0038758-92.2016.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é requerente JÉSSICA CARDOSO POMIN, é requerido FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Fixaram a tese jurídica: "Aos Soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 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 de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados" e deram provimento aos embargos infringentes para prevalência do voto vencido no julgamento da apelação, nos termos do voto do Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI, que fica com o acórdão, declarando votos vencidos o Relator sorteado COIMBRA SHMIDT e a Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA. Declara voto vencedor o Desembargador EDSON FERREIRA, e parcialmente divergente o Desembargador TORRES DE CARVALHO, que, na primeira etapa do julgamento, acompanhou o voto do Relator sorteado e na segunda, divergiu apenas em parte do voto vencedor, no que tange à contribuição previdenciária. Nesta última parte, foi acompanhado pelos Desembargadores Luiz Ganzerla e Luciana Bresciani.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI, vencedor, COIMBRA SCHMIDT, vencido, LUCIANA BRESCIANI (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, LUIS GANZERLA, RODRIGUES DE AGUIAR, ALDEMAR SILVA, TORRES DE CARVALHO, JOÃO NEGRINI FILHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, LEONEL COSTA, CARLOS EDUARDO PACHI, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR E FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 30 de junho de 2017.

Vicente de Abreu Amadei
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 15.169

IRDR Nº 0038758-92.2016.8.26.0000.

PROPONENTE: Des. Paulo Barcellos Gatti, relator dos Embargos Infringentes nºs. 1008985-34.2014.8.26.0071/50000.

PARTES INTERESSADAS:

Jéssica Cardoso Pomin (autora e embargante).

Fazenda do Estado de São Paulo (ré e embargada).

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) em EMBARGOS INFRINGENTES – Soldado PM Temporário contratado para o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, na forma da Lei Estadual nº 11.069/02 – Extensão dos direitos remuneratórios e previdenciários – Situação peculiar, sem equivalência com temas e teses fixados pelo STF, observado, ainda, o exame da lei local e a declaração de inconstitucionalidade da base normativa dessa contratação já pronunciada pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (Inc. de Inconst. nº 175.199-0/0) – Nulidade das contratações – Lacuna – Transposição de regimes jurídicos estatutário ou celetista, ou interpolação destes em regime híbrido, inadmissíveis – Solução pelos comandos maiores da Constituição Federal, à luz da lealdade, da boa-fé e da equidade, em quadro de tutela mínima ou de piso vital trabalhista – Interpretação sistemática e aplicação dos artigos 5º, 7º, 37, 39, 40, 194 e 201, todos da CR/88 – Fixação da tese jurídica: *“Aos Soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 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 de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados
– Provimento dos embargos infringentes, para prevalência do voto vencido no julgamento da apelação – TESE JURÍDICA FIXADA e PROVIMENTO DO RECURSO.

Trata-se de Incidente de Repetição de Demanda Repetitiva (IRDR) admitido em 26 de agosto de 2016, com o tema referente à extensão dos direitos remuneratórios e previdenciários do Soldado PM Temporário, contratado para o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, na forma da Lei Estadual nº 11.064/02.

Regularmente processado e discutido, o IRDR está em fase final de solução, no escopo de fixação da tese jurídica vinculante, bem como, por consequência, de julgamento do recurso correlato (Embargos Infringentes nº 1008985-34.2014.8.26.0071/50000, da 4ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça) pendente de exame e resultado.

É o relatório, em acréscimo ao anterior.

I. Da solução do IRDR.

Inicialmente, destaque-se que o IRDR já superou o juízo de admissibilidade em 26/08/2016, com o exame de satisfação dos pressupostos específicos do art. 976 do CPC (a incluir, também, a verificação da ausência de afetação de recurso de questão equivalente para definição da tese jurídica por um dos tribunais superiores - § 4º), não se justificando o retorno ao passo vencido do incidente, motivo pelo qual é superado o cotejo da matéria com teses e temas pendentes em tribunais superiores antecedentes à admissibilidade deste incidente (v.g. tema 551 do STF, questão, aliás, que já foi objeto de exame em Embargos de Declarações, rejeitados, por esta E. Turma Especial, em sessão de 11/11/2016: fls. 262/266).

Convém, entretanto, reforçar, ante a superveniência do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo, pelo STF, do tema 916, no RE 765320, em 15/09/2016, que a tese nele fixada (*"A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS"*), a rigor, não tem equivalência ao que aqui se discute, pois a matéria aqui enfrentada toca o exame de lei local (Lei Estadual nº 11.064/2002) do Estado de São Paulo, observando que recentes decisões do E. STF têm apontado nesta direção (v.g. ARE 997351 AgR, e ARE 969518 AgR, ambos do rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgados em 02/06/2017; ARE 898426 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016).

Acrescente-se, ainda, a distinção dos casos em exame com aqueles que, como precedentes, deram razão à tese fixada no tema 916 do E. STF, observando-se, de um lado, que, naqueles precedentes não se apontava a discussão acerca do direito ao 13º salário e às férias, com o acréscimo constitucional (diversamente do que ocorre aqui); e, de outro, que não há plena simetria entre a contratação forjada na Lei Federal nº 10.029/00 e na Lei Estadual nº 11.064/02 com aquela de pura feição temporária de excepcional interesse público (de que cuida o art. 37, IX, da CF, e de que cuidou, por exemplo, o RE 765.320), nada obstante ambas tenham o potencial de desvirtuamento e de afronta à lei maior.

Assim, não houve perda ulterior do interesse processual deste IRDR, não se encontrando, pois, prejudicado o seu julgamento ante a referida tese fixada em repercussão geral pelo E. STF, após a sua admissibilidade, comungando-se, por consequência, até aí, com os bons motivos do voto do eminente relator.

No exame de fundo deste IRDR, a solução do incidente é pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

interpretação sistemática da matéria, a partir do texto constitucional.

Com efeito, reconhecidas as quatro posições razoáveis desta Seção de Direito Público acerca da matéria (uma, restritiva, não indo além dos direitos insertos na Lei nº 11.064/2002; outra, ampliativa, absorvendo todos os direitos estatutários dos policiais militares; outras duas intermédias, acolhendo, em maior ou menor extensão, direitos que vão além dos constantes na Lei nº 11.064/2002, mas sem equiparação aos estatutários), aquela que, melhor atende à peculiar situação fática dos soldados temporários – que, a rigor, em boa medida, manteve relação de trabalho de longa duração com o ente público –, à luz da lei e do direito, é aquela que busca extrair o complexo dos direitos remuneratórios e previdenciários que lhes são devidos por justiça para além dos limites da lei local em pauta, em sua amarração constitucional, ou seja, via interpretação sistemática e de agregação às normas constitucionais de garantia elementar ou mínima ao trabalho, considerando as relações de trabalho em geral, segundo os comandos maiores da Constituição Federal.

Ora, os Soldados PM Temporários ingressaram nos quadros da Administração Pública, via processo de seleção pública, para a prestação de serviço voluntário, com supedâneo na Lei Federal nº 10.029/00 e na Lei Estadual nº 11.064/02, mas a base normativa dessa contratação foi declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI FEDERAL 10.029/2000 E LEI ESTADUAL 11.064/2002 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 nº 175.199-0/0, Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, rel. Des. Mathias Coltro, j. em 05/08/2009).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contudo, uma coisa é a inconstitucionalidade, outra os seus efeitos, especialmente os que se refletem no âmbito alimentar (remuneratório e previdenciário) de relação de trabalho de longo trato, que deve ter sua leitura plantada nos princípios constitucionais atinentes à matéria de fundo da norma inconstitucional, para, desta forma, não se afastar dos deveres elementares da coisa justa.

Tal assertiva, aliás, ecoa orientação da Excelsa Corte:

"Embora a lei inconstitucional pereça mesmo antes de nascer, os efeitos eventualmente por ela produzidos podem incorporar-se ao patrimônio dos administrados, em especial quando se considere o princípio da boa-fé." (RE 359.043-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-10-2006, Segunda Turma, DJ de 27-10-2006).

É fato que o serviço temporário voluntário tem, por pressuposto, o caráter precário de sua prestação à Administração Pública: serve para suprir lacunas específicas de necessidade de serviços essenciais, circunscritas em um determinado tempo curto de duração. De outra forma, a duração perene dessa prestação de serviço, é flagrante desrespeito à Constituição Federal, por burla à necessidade do concurso público como forma de provimento de cargo estatutário efetivo (súmula 685 do STF).

Entretanto, fora da excepcional contratação de serviço temporário, fora, ainda da exceção do provimento de cargo público em comissão (e esse, obviamente não era o caso), e, ainda, à vista da declaração de inconstitucionalidade dos normativos que baseavam os contratos de Soldado PM Temporário, a gerar a nulidade dos vínculos, é preciso resolver a questão alimentar (remuneratória e previdenciária) segundo os critérios da lealdade e da boa-fé, a reclamar, pois, avançar nos normativos constitucionais para deles extrair as linhas maiores de definição da equidade necessária ao caso.

A transposição de regimes jurídicos de trabalho seja por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

interpolação, justaposição, migração ou, até mesmo, confusão (no sentido jurídico do termo) de institutos, a fundir pretensos direitos de distintas naturezas, encontra óbices intransponíveis.

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

Assim, e também no art. 39 da Constituição Federal, encontra-se a possibilidade de aferição dos direitos em discussão, naquilo que couber, em desagravo à violação do art. 37, sem violar os princípios fundamentais dos arts. 5º e 7º de nossa Carta Magna:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

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.

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,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

E, por fim, para além do direito remuneratório, é possível resguardar, em tutela previdenciária mínima (na fonte constitucional do princípio da universalidade: art. 194, *caput* e parágrafo único, I, da CR/88), a possível averbação do tempo de serviço prestado para fins previdenciários, mas sob o regime geral de previdência social (art. 40, § 13, da CR/88), realizado o recolhimento das contribuições previdenciárias em forma proporcional, pelo contratante e pelos contratados, segundo os critérios próprios da legislação correlata, tal como se operam os recolhimentos de contribuições nas contratações feitas pela Administração Pública, com inscrição obrigatória no regime geral de previdência social. Nisso, então, resguarda-se o elementar previdenciário, sem afronta aos comandos da contrapartida econômica (contribuição previdenciária indispensável, com equidade na forma de participação no custeio – art. 194, parágrafo único, V e 201, ambos da CR/88), indispensável ao equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social e à leitura de garantia previdenciária mínima que se pode extrair das normas constitucionais em seu conjunto.

Pelo exposto, para a solução do IRDR em foco, fixa-se a seguinte tese jurídica: "*Aos Soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 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 de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados*".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

II. Da solução do recurso (art. 978, parágrafo único, do CPC/73).

Fixada a tese acima proposta, é o caso de conhecer os Embargos Infringentes (opostos em 03/03/2016, ou seja, ao tempo de vigência do CPC-73 e, portanto, inaplicável o novo CPC: fls. 197/200) e, então, dar-lhe provimento, considerando, no plano fático, que Jéssica Cardoso Pomin foi contratada para a prestação de serviço voluntário na qualidade de *"Soldado PM Temporário"*, com supedâneo na Lei Federal nº 10.029/00 e na Lei Estadual nº 11.064/02 e permaneceu no exercício dessa atividade por dois anos, de 14/02/2012 a 13/02/2014 (fls. 24/29), fazendo, assim, pelo já exposto e segundo a tese fixada, *jus* apenas ao recebimento do décimo terceiro salário e das férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional, reclamados, assegurando-lhe, ainda, a averbação do tempo de serviço prestado, no regime geral de previdência social, mediante contribuição previdenciária proporcional da ré e da autora, nos termos retro.

E, ainda, considerando que, deste modo, a demanda resulta procedente apenas em parte, em igual medida para as partes, bem como que a r. sentença foi proferida ao tempo de vigência do CPC-73 (e, assim, é inaplicável o novo CPC para a definição da verba honorária – cf. o enunciado administrativo nº 07 do STJ), cada parte arcará com a metade das despesas processuais e com a verba honorária de seu patrono, ressalvada a assistência judiciária já deferida (fls. 39).

III. Do dispositivo.

Pelo exposto, FIXA-SE A TESE JURÍDICA já indicada na solução deste IRDR, para os fins do art. 985 do CPC, com as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

determinações de comunicação, divulgação e publicidade na forma da legislação processual (art. 979 do CPC) e interna deste E. Tribunal de Justiça, e, julgando o recurso pendente (art. 978, parágrafo único, do CPC), DÁ-SE PROVIMENTO aos Embargos Infringentes, para os fins e nos termos retro, prevalecendo, deste modo, o voto vencido do Desembargador Osvaldo Magalhães (fls. 192/194).

VICENTE DE ABREU AMADEI
Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 34.337

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS nº 0038758-92.2016.8.26.0000 –BAURU
Interessados: JÉSSICA CARDOSO POMIN e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS em EMBARGOS INFRINGENTES. Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar. Soldado Temporário. Pedido de direitos remuneratórios e previdenciários do contratado. Inadmissibilidade. Serviço voluntário, como tal não remunerado, de natureza pedagógica. Constitucionalidade das leis 10.029/2000, no concernente às normas gerais, e 11.064/2002, no que tange à organização do respectivo corpo no Estado de São Paulo. Embargos infringentes rejeitados, com fixação da seguinte tese jurídica: No âmbito do Estado de São Paulo, subordina-se o Soldado PM Temporário exclusivamente ao regime jurídico estabelecido na Lei nº 11.064 de 2002, assim fazendo jus ao auxílio mensal e às prestações previstos no art. 8º, mas não às demais verbas que compõem a remuneração do policial militar ou à contagem do tempo de serviço para qualquer fim.

O Eminentíssimo Desembargador Paulo Barcellos Gatti, relator dos Embargos Infringentes nº 1008985-34.2014.8.26.0071/50000, opostos por Jéssica Cardoso Pomin contra a Fazenda do Estado de São Paulo, sugeriu instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nos termos dos artigos 976, incisos I e II, e 977, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, concernente a eventuais direitos do aprovado em processo seletivo para o preenchimento de postos do Serviço Auxiliar Voluntário (SAV) da Polícia Militar do Estado de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, em caráter temporário, na forma da Lei Estadual nº 11.064/2002.

Relata que a ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecido o direito ao pagamento de 13º salário, férias e terço constitucional, bem como ao adicional noturno, devendo a Fazenda efetuar o recolhimento previdenciário ao INSS, descontando-se os valores referentes à contribuição do empregado.

Apelando ambas as partes, por votação majoritária, foi dado provimento ao recurso da Fazenda do Estado, de modo a julgar a ação integralmente improcedente, sob o fundamento de não fazer jus a contratada temporária, na qualidade de soldado da polícia militar, ao recebimento das vantagens pecuniárias pleiteadas, mas apenas à respectiva contraprestação pelos serviços prestados. Ficou vencido, na oportunidade, o eminente Revisor Des. Osvaldo Magalhães, que provia em parte o recurso da autora para reconhecer o direito às verbas constitucionalmente garantidas aos policiais militares titulares de cargo efetivo (art. 7º, VIII e XVII c. c. art. 39, § 3º, da CR), além do cômputo do tempo de serviço prestado naquela função para fins de aposentadoria.

Dada a existência de múltiplas decisões conflitantes, de modo a ensejar risco de ofensa à isonomia e à conveniência da segurança jurídica, representou S. Exa. na forma do art. 977 do CPC, de modo a afetar a esta C. Turma Especial de Direito Público o julgamento dos embargos infringentes tirados de sobredito acórdão, recurso no qual a então vencida colima reversão de êxito, de forma a prevalecer a orientação irradiada do voto dissidente.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Admitido o incidente por acórdão de 26 de agosto de 2016, sobrevieram embargos de declaração por parte do Estado, invocando omissão subjacente à desconsideração do Tema de Repercussão Geral nº 551 do STF, relativo ao ARE 646.000, no qual a matéria estaria a ser debatida.

Rejeitados em sessão de 11 de novembro, finalmente deu-se processamento a este, com indeferimento de pedido de designação de audiência pública (f. 415) e entranhamento de pesquisa qualitativa elaborada pelo Cadip (f. 417/9).

Em parecer da lavra da Dra. Maria do Carmo Ponchon da Silva Purcini, a douta Procuradoria Geral de Justiça propugnou reconhecimento do *direito da autora ao recebimento das verbas trabalhistas, consistentes nas férias, mais terço constitucional, 13º salário e contagem de tempo para fins previdenciários, recolhendo-se as contribuições do período junto ao INPS (sic), mais juros e correção monetária, com a unificação da jurisprudência, reconhecendo-se e estendendo os direitos acima mencionados a todos os casos pendentes de julgamento, bem como aos que vierem ser julgados por este Egrégio Tribunal*(f. 432/40).

É o relatório.

1. No que interessa ao desate, trago à colação passagens do aresto via do qual foi recebido o incidente:

O Incidente de Demandas Repetitivas foi introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 com o objetivo de uniformizar o entendimento de determinada matéria unicamente de direito, bem como proporcionar maior isonomia e segurança jurídica com a

previsibilidade das decisões judiciais a todos com idêntica situação.

O artigo 981 desse novo Código Processual determina que, *após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.*

Nestes termos, observa-se a existência simultânea dos referidos pressupostos, quais sejam: a) *a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito* e b) *risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

2. De fato, examinando-se a jurisprudência deste E. Tribunal, identifica-se ao menos três “teses jurídicas” a fundamentar as diferentes decisões:

a) aquelas em que se reconhece o vínculo empregatício público entre o Estado e o policial militar em caráter temporário, equiparando-o ao ocupante de cargo de provimento efetivo, concedendo-se tanto as verbas remuneratórias previstas no art. 39, § 3º, da CR, quanto as típicas do regime estatutário (adicional de local de exercício, de insalubridade, RETP), apostilando-se o tempo de serviço prestado para fins de aposentadoria:

POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Contratação segundo a Lei Federal nº 10.029/2000 e Lei Estadual nº 11.064/2002. Inconstitucionalidade das referidas leis declaradas pelo Órgão Especial. Vantagens pecuniárias percebidas pelos policiais militares efetivos extensíveis aos policiais militares temporários. Admissibilidade. Igualdade de tratamento e observância dos princípios da moralidade administrativa e vedação ao enriquecimento ilícito. Equiparação do salário-base, adicional noturno e verbas não especificadas indevidas. Recurso da FESP desprovido. Recurso do autor provido em parte, para condenar a requerida a pagar adicional de insalubridade, RETP e ALE, bem como efetuar o cômputo do tempo de serviço para fins previdenciários, condicionado ao pagamento da contribuição previdenciária (Apelação nº 1024442-72.2015.8.26.0071, 12ª Câmara de Direito Público, Relatora Desª Isabel Cogan, j. 19.5.2016).

EMBARGOS INFRINGENTES. Ação declaratória. Policial Militar Temporário. Pretensão que visa o reconhecimento do vínculo estatutário e o recebimento das vantagens pecuniárias a ela atinentes, tais como 13º salário, férias com acréscimo constitucional, insalubridade, adicional de local de exercício, a contagem do tempo de serviço para fins previdenciários, licença-prêmio, quinquênio e sexta-parte. Inconstitucionalidades da Lei Federal nº 10.029/00 e da Lei Estadual nº 11.064/02 que foram reconhecidas pelo Órgão Especial em Incidente nº 175.199-0/0. Autor que desempenhou função em atividades típicas da Corporação. Vínculo empregatício temporário que deve ser reconhecido, fazendo jus os autores às vantagens pecuniárias relativas à relação de trabalho com o Estado, exceto a contagem de tempo para fins de quinquênio, sexta-parte e licença-prêmio. Embargos rejeitados. (E. I. nº 1022092-05.2014.8.26.0053/50001, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Eduardo Gouvêa, j. 4.4.2016).

b) aquelas em que se reconhece tão somente o vínculo temporário (precário), determinando-se o pagamento apenas das respectivas vantagens remuneratórias constitucionalmente previstas (art. 39, § 3º, CR), bem como o apostilamento do tempo de serviço para efeitos previdenciários:

Apelação. Ação ordinária. Policial Militar Temporário. Reconhecimento à percepção apenas dos direitos sociais mínimos previstos no art. 7º, delimitados pelo art. 39, § 3º, da Constituição Federal, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19/98, dada a natureza precária e temporária da investidura. Precedentes. (Apelação nº 1002202-77.2015.8.26.0269, 2ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Renato Delbianco, j. 19.5.2016).

Procedimento ordinário. Policial Militar Temporário. Pretensão ao recebimento de verbas inerentes aos soldados efetivos. Contratação com base na Lei Federal nº 10.029/00 e na Lei Estadual nº 11.064/02. Lei estadual que revê a inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal. Possibilidade de percepção de férias, acrescida do terço constitucional, 13º salário e à contagem de tempo de serviço para todos os fins. Impossibilidade de concessão dos adicionais de insalubridade e de local de exercício (ALE). Sentença de improcedência. Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 1038697-26.2014.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 9.5.2016).

c) aquelas em que se conclui pela invalidade do contrato temporário celebrado entre as partes, tendo, com isso, o demandante direito apenas às respectivas contraprestações:

Apelação. Ação ordinária. Policial Militar contratado para prestar serviço



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

auxiliar temporário. Pretensão ao recebimento de verbas salariais e rescisórias. Ausência de previsão legal. Inteligência da Lei nº 10.029/00. Serviço temporário que não gera vínculo empregatício nem obrigação de natureza trabalhista. Ação, na origem, julgada parcialmente procedente. Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação nº 0000230-06.2015.8.26.0426, 4ª Câmara de Direito Público, Relatora Desª Ana Luíza Liarte, j. 9.5.2016)

POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO. Lei Federal nº 10.029/00 e Lei Estadual nº 11.064/02. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão especial. Pretensão ao recebimento de vantagens pecuniárias pagas aos policiais militares efetivos. Inadmissibilidade. Ação parcialmente procedente. Recursos oficial e da Fazenda do Estado providos (Apelação nº 0026745-47.2013.8.26.0071, 4ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Ricardo Feitosa).

Diante disso, demonstra-se clara a relevância do tema pelo elevado número de processos a este respeito em trâmite pela Justiça Paulista (fato facilmente constatável à vista do volume de decisões registradas na jurisprudência desta Corte, sem necessidade de rastreamento estatístico formal), e a necessidade de uma tutela jurisdicional idêntica a todos submetidos às mesmas circunstâncias, sem embargo das eventuais divergências entre as Câmaras ou mesmo dentro de suas próprias Turmas.

Já nos embargos de declaração ao estabelecer a distinção entre as matérias cá abordadas e aquela objeto do Tema 551, assentou este colegiado:

O tema deste incidente se refere aos direitos remuneratórios e previdenciários do Soldado Temporário, contratado para o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, na forma da Lei Estadual nº 11.064/02, e não na necessidade temporária de excepcional interesse público (inciso IX do art. 37/CR), cujos parâmetros foram traçados pela Lei Federal nº 8.745, de 9.12.1993.

A Lei Federal nº 10.029/2000 estabeleceu normas gerais para a prestação voluntária de serviços administrativos e de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares, enquanto a Lei Estadual nº 11.064/02 tem por objetivo: proporcionar a ocupação, qualificação profissional e renda aos jovens que especifica, contribuindo para evitar o seu envolvimento em atividades anti-sociais; aumentar o contingente de policiais nas atividades diretamente ligadas à segurança da população (art. 2º).

A Lei Federal nº 8.745/93 considera necessidade temporária de excepcional interesse público a assistência a situações de calamidade pública; emergências em saúde pública; realização de recenseamentos e outras pesquisas efetuadas pela Fundação IBGE, admissão de professor substituto e professor visitante etc. (art.2º).

Como se vê, uma trata de serviço voluntário, a outra de situações emergenciais, tendo como único ponto comum a temporariedade, prevista tanto na contratação do voluntário quanto naquela destinada a atender excepcional interesse público.

Não se pode olvidar, outrossim, as significativas diferenças entre uma e outra, o que tem gerado, inclusive, os vários posicionamentos dos órgãos que integram a Seção de Direito Público e que levaram à instauração do incidente.

É bem possível que na ausência de definição da tese no âmbito deste Tribunal, o tema da repercussão geral acabe servindo de parâmetro para dirimir os litígios relativos ao serviço voluntário. Ou quiçá, para afastar de vez a suposta similitude.

Conquanto possa haver pontos de conexão entre as situações, elas mais se aproximam daquilo que, em gramática, chama-se falso cognato.

O que se verifica, na verdade, é que os

temas são diversos, inexistindo repercussão geral específica sobre os direitos do contratado para prestar serviço voluntário que, frise-se, não é admitido com base no inciso IX, do art. 37, da CR.

Aliás, antes de se dispor sobre *extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público*, cumpriria indagar, *à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos*. Matéria discutida no RE nº 658.026/MG, concernente ao Tema de Repercussão Geral nº 612, julgado em 9 de abril de 2014 sob a relatoria do Min. Dias Toffoli. Oportunidade em que se estabeleceu não haver *como se admitir possa a lei abranger serviços permanentes de incumbência do Estado, tampouco aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deva criar e preencher, de forma planejada, os cargos públicos suficientes ao adequado e eficiente ao atendimento às exigências públicas*.

É dizer, ainda nas palavras do relator, ser vedada, sob o pálio do art. 37, IX, da Constituição da República, *a contratação para os serviços ordinários, permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração*. Serviços estes, nos quais, indubitavelmente enquadram-se as competências reservadas aos ditos Policiais Militares Temporários pelo art. 3º da Lei Estadual nº 11.064, de 2002: *execução de atividades administrativas, de saúde e de defesa civil*.

E na medida em que a hipótese não se enquadra na casuística da regra constitucional excepcional, não cabe falar em efeitos jurídicos da indevida contratação *por tempo determinado para atendimento de*

1 No caso concreto.

necessidade temporária de excepcional interesse público, matéria afeta ao Tema 916 resolvida ao ensejo do julgamento, em 15 de setembro de 2016, do RE nº 765.320/MG (Min. Teori Zavascki)².

2. Identificou a pesquisa do Cadip quatro orientações, passíveis de integração em dois grupos.

Um primeiro, dominante na C. 4ª Câmara e minoritário na C. 7ª Câmara, aplica na sua literalidade a Lei Estadual nº 11.064, de 2002, retora, no âmbito deste Estado, do Serviço Auxiliar Voluntário instituído na Polícia Militar do Estado. Sete são os relatores que a adotam. Foi a tese adotada pela maioria formada no julgamento da apelação indicada no relatório.

Um segundo sufraga a orientação adotada pelo C. Órgão Especial ao ensejo do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0, extraído da Apelação nº 822.481-5/6, renumerada 0148393-86.2008.8.26.0000³, acolhido pela unanimidade daquele elevado colegiado mediante aresto que recebeu a seguinte ementa:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Federal 10.029/2000 e Lei Estadual 11.064/2002 que disciplinam a contratação de

² Ficou assentado que os direitos dos servidores, no caso aferido, cingem-se à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Ficou registrado, ademais, que essa tese não prejudica a apreciação da matéria cuja repercussão geral foi reconhecida no ARE 646.000-MG (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 29/6/2012, Tema 551), referente à extensão de direitos concedidos aos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público. Isso porque, nesse precedente paradigma, o acórdão recorrido reputou válida a contratação do servidor por tempo determinado, e o recurso extraordinário do Estado de Minas Gerais não se insurge contra isso. Defende-se, nesse caso, que os direitos postulados na demanda não são extensíveis aos servidores contratados na forma do art. 32, IX, da CF/88, de modo que o tema 551 abrange, portanto, apenas as contratações por tempo determinado reputadas válidas.

³ Os recursos aos tribunais superiores tirados do acórdão que decidiu a lide nesta Casa encontram-se sobrestados por força do Tema 551.

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.

Neste grupo, uma primeira orientação reconhece aos policiais militares temporários direito à gratificação natalina (13^a salário), férias e terço constitucional. Adotam-na quinze desembargadores. Já trinta e um perfilam a orientação adotada no voto dissidente proferido em sobredita apelação, com agregação de contagem do tempo de serviço. Indo mais além, vinte e cinco – eu, inclusive – reconhecem a tal categoria de servidores direito aos adicionais de insalubridade e de local de exercício, assim os equiparando, grosso modo, aos policiais militares efetivos.

3. Pois bem.

Nesta Casa, a matriz nacional foi declarada inconstitucional por vulnerar o art. 37, I⁴, II⁵ e IX⁶, da Constituição da República. Ademais, *usurpou competência cometida aos Estados relativamente à admissão de servidores civis para o exercício de funções administrativas nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros*. Os dois fundamentos foram extraídos de parecer emitido pelo Prof. José Afonso da Silva a instruir inicial da ADI nº

4 I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

5 II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

6 IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4.173⁷. Do parecer nela emitido pela Vice-Procuradora Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira e subscrito pelo então Procurador-Geral, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, extrai-se que a causa de pedir situa-se nos fundamentos adotados pelo C. Órgão Especial no julgado acima citado. Nele está dito⁸:

9. O art. 22, XXI, CR, confere à União a competência privativa para legislar sobre norma gerais de organização das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

10. Trata-se de campo que não se restringe à regulamentação da atividade-fim a ser prestada por tais instituições, mas que engloba também a edição das normas necessárias ao seu regular funcionamento.

11. A Lei 10.029/2000, ora impugnada, foi editada justamente no exercício dessa competência.

12. Nesse sentido pronunciou-se essa Corte no julgamento da ADI-MC 3.774 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11.5.2007), ocasião em que se reconheceu que as normas sobre a prestação voluntária de serviços instituída pela Lei 10.029/2000 possuem caráter geral e inserem-se na competência atribuída à União pelo art. 22, XXI, CR.

13. Foram ressalvados, com razão, apenas os limites de idade fixados pelo art. 3º, por tratar-se de questão que, ao menos aparentemente, deve ser regulamentada pelos Estados de acordo com as peculiaridades do local.

⁷ Movida pelo Conselho Federal da OAB. Submetida ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, não teve apreciado o pedido de liminar e, já contando com parecer da douta Procuradoria Geral da República, foi em conclusão ao relator em 18 de abril de 2012. Está a aguardar aferição por parte de seu atual relator Min. Alexandre de Mores.

⁸ Destaquei os pontos considerados mais relevantes ao desate.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16. O voto da Ministra Cármen Lúcia, acompanhado pela maioria dos Ministros, assim sintetiza o entendimento adotado:

"Por um lado, trata-se de um serviço específico cujas normas gerais estão fixadas em norma nacional, e aquilo que foi especial transforma-se em norma federal dentro desse diploma que, no caso da União, é a Lei n. 10.029, de 20 de outubro de 2000.

Por outro lado, fico também temerosa de firmar que, dentro da autonomia de um ente da federação, ele não pode, para o seu pessoal, fixar pelo menos a idade daquilo que seja, como diz o Ministro Relator, como visto nas informações, as condições específicas daquele local." (ADI-MC 3.774, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11.5.2007)

17. Nos termos do art. 144, § 6º, CR, as polícias militares e corpos de bombeiros militares estão subordinados aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal.

18. Em razão da peculiaridade do serviço prestado por tais órgãos e pela sua designação como forças auxiliares e reserva do Exército, o constituinte optou por conferir-lhes regramento geral uniforme.

19. Reservou aos Estados, entretanto, espaço para, sem comprometer a segurança pública, editar legislação suplementar para conformar à realidade local a prestação dos serviços pela polícia militar e pelo corpo de bombeiros.

20. No que diz respeito à prestação de serviços voluntários, o espaço de conformação atribuído aos Estados inclui, entre outros pontos, o estabelecimento de outras atividades a serem desempenhadas pelos prestadores, sendo-lhes vedado, "sob qualquer hipótese, nas vias públicas, o porte ou o uso de armas de fogo e o exercício de poder de polícia" (art. 5º da lei contestada).

21. Nesse contexto, o estabelecimento de limite de idade para a prestação de serviço voluntário militar não pode ser caracterizado como diretriz nacional de competência da União.

22. Se os Estados podem estabelecer outras atividades a serem prestadas, além daquelas instituídas pela lei impugnada, a eles cabe fixar o limite de idade dos voluntários, que deve levar em consideração todas as funções a serem desempenhadas bem como as peculiaridades da região.

23. O vício formal não alcança, todavia, a prestação voluntária de serviços no âmbito do Distrito Federal, uma vez que, por força do artigo 21, XIV, CR, é da competência da União organizar e manter sua polícia militar e seu corpo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

bombeiros.

24. O artigo 3º da lei contestada é também materialmente inconstitucional no que diz respeito à fixação do limite máximo para admissão como voluntário.

25. Não é razoável exigir-se que, para prestar serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil, o voluntário seja menor de vinte e três anos de idade. Trata-se de critério estabelecido aleatoriamente, sem que haja justificativa para a fixação do limite nesse patamar, e não, por exemplo, em vinte quatro anos.

26. Caso seja necessária habilidade específica para o desempenho de alguma das atividades, é possível exigir-se do voluntário que se submeta a prévio teste de aptidão.

27. Não se pode presumir, entretanto, que, ao completar vinte e três anos, o indivíduo perca a capacidade de desempenhar atribuições de cunho administrativo ou de auxílio a profissionais atuantes nas áreas da saúde e da defesa civil.

28. Faz-se necessário, portanto, declarar a inconstitucionalidade da expressão "e menores de vinte e três anos", contida no art. 3º, I, da Lei impugnada. Ao restante do texto do art. 3º deve ser conferida interpretação conforme a Constituição para restringir sua aplicação ao Distrito Federal.

29. De resto, não se vislumbra a inconstitucionalidade material alegada na petição inicial.

30. Isso porque, nos termos do art. 6º, § 2º, da lei impugnada, a prestação voluntária de serviços "não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim".

31. A prestação de serviços não é remunerada e os voluntários fazem jus apenas a um auxílio mensal de natureza jurídica indenizatória para custear as despesas necessárias à execução dos serviços (art. 6º, § 1º).

32. Assim, o vínculo estabelecido entre os prestadores e a Administração não se confunde com aquele característico do ingresso no serviço público.

Bem por isso concluiu *pela procedência parcial do pedido para que (i) seja declarada a inconstitucionalidade da expressão "e menores de vinte e três anos"; contida no art. 3º, I, da Lei 10.029/2000; e (ii) seja conferida interpretação conforme a Constituição ao restante do texto do art. 3º para restringir sua aplicação ao Distrito Federal.*

Como se vê, não foi lobrigada burla às formas de admissão ao serviço público consagradas na Carta Política. Longe disso, não se polemizou, na MC-ADI nº 3.774-9, dispor a Lei nº 10.029 sobre *forma de admissão especial* que, consoante se extrai do parecer acima transcrito, não envolve formação de vínculo funcional ou laboral.

No mesmo diapasão seguem as outras duas diretas de inconstitucionalidade identificadas: a de número 3.774, única movida pela Procuradoria Geral da República, limita-se a questionar aspecto relativo à idade para admissão no quadro de voluntários, como já visto, ao passo que a de número 4.059⁹, igualmente invocada no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0, de iniciativa do Partido da Social Democracia Brasileira, relativa a lei paraense homóloga, sustenta inconstitucionalidade relativa a invasão de competência privativa da União *ao permitir aos prestadores de serviço voluntário da Polícia Militar do Pará o exercício do poder de polícia e a prestação dos serviços de guarda de imóveis estaduais, estabelecimentos prisionais e quartéis da corporação*, a par do tema ligado à vulneração do art. 37, IX, da Constituição da República. Nesta, o parecer, emitido, igualmente, pela Dra. Deborah Duprat, foi pela improcedência.

Nenhuma das três, ênfase, foi julgada; sequer havendo pedido de mesa.

Voltando ao tema principal, considera-se *serviço voluntário a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais ou de assistência social, inclusive mutualidade*, nos dizeres de De Plácido e Silva¹⁰.

O serviço voluntário, aliás, é objeto da Lei nº 9.608, de 1998, de forma geral, cuja constitucionalidade não consta tenha sido impugnada. E o que a Lei nº 10.029, de 2000 faz é, justamente, estender seus preceitos às polícias militares e aos corpos de bombeiros dos Estados e do

⁹ Seu relator é o Min. Celso de Mello.

¹⁰ *Vocabulário Jurídico*, at., por Nagib Slaibi Fº e Gláucia Carvalho, 28ª Ed., 2ª tiragem, 2010, p. 1.281.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Distrito Federal, atenta às particularidades específicas das funções passíveis de exercício em tais corporações.

Não vejo, pois, como possa subsistir, para efeito deste julgamento, o firmado no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0 – desate cujos efeitos, tecnicamente, limitaram-se à lide em que suscitado. Seja no tocante à lei nacional, seja no alusivo à lei local porque, na medida em que não há formação de vínculo funcional entre voluntário e Administração, não cabe falar em inconstitucionalidade por burla a direitos sociais básicos, como sustentado em pronunciamento da Procuradoria Regional do Trabalho da Segunda Região adotado em sobredito feito. A propósito, aos voluntários não se reservam soldos ou estipêndios, mas *auxílio mensal equivalente a 2 (dois) salários mínimos, de natureza jurídica indenizatória*, destinada ao ressarcimento *pelos despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias*.¹³ Despesas estas que, no caso, presumem-se realizadas, tais como deslocamento e vestimenta.

Obviamente, não se confunde a prova seletiva à qual submetem-se –ou submeteram-se –os candidatos ao posto de policial militar voluntário com concurso público, pois este reserva-se ao preenchimento dos cargos do organograma da administração, enquanto aquela seleção, simplificada, objetiva escolher, dentre os que se apresentam, os que revelam melhor capacidade para exercício das funções temporárias, à luz dos princípios da igualdade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade. Não é daí que se há de extrair a geração de vínculo, consoante sustentado, por exemplo, na inicial da ação.

11 Art. 8º, II, da Lei Paulista 11.064.

12 Art. 6º, *caput*, da Lei nº 10.029, de 2000.

13 Art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.608, de 1998.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A equiparação, no grau que se lhe confira, decorre de duas circunstâncias, percuientemente alinhavadas na Apelação nº 4016609-85.2013.8.26.0114¹⁴: pronunciamento da inconstitucionalidade das duas leis e o exercício, pelos soldados temporários, de *atividades que seriam desenvolvidas por policiais militares efetivos*. Só que não todas, mas parte de suas atividades, não ligadas diretamente às atividades-fim estabelecidas no art. 144, § 5º, da Constituição da República¹⁵.

Ora, exercer parte das competências não significa exercer todas as competências. Casos pontuais, em que se pode verificar desvio de função, não de ser investigados isoladamente. Acaso ocorridos, constituem exceções das quais não se pode extrair uma regra. Ademais, diversos são os requisitos de admissão à função de voluntário e ao posto de Soldado PM - 2ª Classe; destes exigindo-se escolaridade correspondente ao grau médio, por exemplo¹⁶, ao passo que àqueles é (ou era) exigida apenas conclusão do ensino fundamental¹⁷. Bem por isso imponho-me revisão da orientação anteriormente observada, de modo a concluir pela impossibilidade de equiparação de vencimentos e extensão de vantagens.

Na medida em que a atividade voluntária não é remunerada, mas apenas indenizada, tampouco cabe falar em direitos sociais como gratificação natalina ou férias. E enquanto de índole profissionalizante; pedagógica em outro dizer, não admite contagem de

14 Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 17.6.15, v.u.

15 § 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

16 A LCE 1.291, de 2016 impôs como requisito de escolaridade a conclusão do Ensino Médio. Anteriormente, a matéria era regida por decretos; inicialmente o de nº 34.729, de 1992, que impunha como requisito a conclusão do curso de 1.º grau de ensino. Mantido o requisito no Decreto nº 41.113, de 1996, pelo Decreto nº 42.053, de 1997, passou-se a exigir do candidato escolaridade correspondente ao “curso de 2.º grau ou equivalente”.

17 Art. 5º, IV, da Lei nº 11.064, de 2002.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tempo de serviço para qualquer finalidade. Na exata medida em que a lei de regência não o prevê e porque o servidor voluntário não se enquadra na categoria “empregado” (ou assemelhado) para efeito de qualificação como segurado obrigatório da Previdência Social, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.212, de 1991.

O regime jurídico dos voluntários, em suma, é o estabelecido nas Leis 10.029, de 2000, no concernente às normas gerais, e 11.064, de 2002, no que tange à organização do respectivo corpo no Estado de São Paulo.

A tese adotada pode ser sintetizada no seguinte enunciado: *No âmbito do Estado de São Paulo, subordina-se o Soldado PM Temporário exclusivamente ao regime jurídico estabelecido na Lei nº 11.064 de 2002, assim fazendo jus ao auxílio mensal e às prestações previstos no art. 8º, mas não às demais verbas que compõem a remuneração do policial militar ou à contagem do tempo de serviço para qualquer fim.*

Do exposto, outrossim, conclui-se pela rejeição dos embargos infringentes postos sob julgamento.

Custas na forma da lei.

COIMBRA SCHMIDT
Relator sorteado



DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto nº IDR-0010/17

Incidente de Resolução Demandas Repetitivas nº 0038758-92.2016

Turma Especial de Direito Público

Rqte: Jéssica Cardoso Pomin

Rqdo: Fazenda Estadual

Origem: 1ª Vara Faz Pública (Bauru) – Proc. nº 1008985-34.2014

Juiz: Regina Aparecida Caro Gonçalves

6º juiz – Voto vencido em parte

1. A sentença fls. 135/140 julgou parcialmente procedente a demanda para determinar o pagamento de férias com 1/3, décimo terceiro salário, adicional noturno e recolhimento previdenciário ao INSS ao policial militar temporário, contratado pelo regime da Lei Federal nº 10.029/2000 e Lei Estadual 11.064/2002; sem fixação honorária sucumbencial pela sucumbência recíproca.

Apela a Fazenda Estadual (fls. 145/155); discorre sobre o vínculo dos soldados policiais militares temporários, nos termos das Lei Federal 10.029/2000, LE 11.064/2002 e Portaria do CMT G nº PM1-001/02/04; o valor recebido não é remuneração, mas auxílio-mensal de natureza indenizatória; o serviço não pode ser confundido com aquele prestado por PM de carreira; inexistem os direitos invocados na inicial e concedidos em sentença, pois extrapolam o art. 8º, da Lei 11.064/2002 e desrespeita o art. 128, da CE; os honorários advocatícios contratuais não se inserem nas perdas e danos. Pede o provimento do recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apela a autora (fls. 156/166); alega que houve cerceamento de defesa; o direito alegado pode ser comprovado por oitiva de testemunhas; tem direito a adicional noturno, por previsão constitucional; pede equiparação do salário base, por desempenhar o mesmo trabalho que é exercido por profissionais de carreira; deve receber o adicional de local de exercício e de insalubridade, tendo em vista que permaneceu com guarda e porte de arma e tinham contato com população e todo tipo de ameaça; a autora faz jus ao pagamento de adicional de insalubridade em 40% sobre dois salários mínimos nos termos da LC 432/85; pede a exibição de subsídios para liquidação de sentença com a apresentação, pela requerida, de comprovante de pagamento com todas as verbas inerentes à função de policial militar efetivo. Pede provimento do recurso.

Apelação distribuída à 4ª Câmara de Direito Público (fls. 186/191), que, por maioria, deu provimento ao recurso estadual para julgar a ação improcedente; vencido o Des. Osvaldo Magalhães (fls. 192/194). A autora interpôs embargos infringentes (fls. 197/200), distribuídos ao Rel. Paulo Gatti, que suscitou incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos do art. 976 e seguintes do CPC. A Turma Especial de Direito Público admitiu o incidente em voto de relatoria do Des. Sergio Coimbra Schmidt (voto 32922 – fls. 233/244).

A Turma Especial, por maioria, fixou a tese de que 'aos soldados PM temporários contratados nos termos da Lei Estadual Nº 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 de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados' e deram provimento aos embargos infringentes para prevalência do voto vencido, nos termos do voto do desembargador Vicente de Abreu Amadei, vencidos o relator sorteado Coimbra Schmidt e a desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva. Declara voto vencedor o desembargador Edson Ferreira. Acompanho o relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sorteado, na primeira etapa do julgamento, e, na segunda parte, acompanho o relator designado para o acórdão, divergindo somente no que tange à contagem do tempo de serviço e à contribuição previdenciária. Exponho respeitosamente as razões de divergência.

2. A primeira questão é a abrangência da inconstitucionalidade das LF nº 10.029/00 e LE nº 11.064/02 declarada pelo Órgão Especial, a ser vista em dois aspectos: um, divergindo do relator, entendo que tal declaração vincula os demais julgamentos por uma decorrência natural do sistema; se a Constituição Federal atribui ao Órgão Especial decidir sobre a constitucionalidade das leis, a decisão impede que o órgão fracionário entenda de outro modo e aplique a lei assim declarada. Outro, a vinculação dos demais órgãos aos fundamentos daquela decisão, que a doutrina e a jurisprudência afirmam não fazer coisa julgada, a ensejar efeito prático relevante neste julgamento: as leis foram declaradas inconstitucionais por ensejarem contratação fora das hipóteses legais (ofensa ao art. 37 IX da CF) e negar ao contratado os direitos sociais, admitindo que os soldados temporários não faziam um estágio remunerado ou serviço voluntário remunerado por bolsa, mas trabalho de algum modo equiparado ao do policial militar. O relator admite a primeira hipótese, daí a improcedência dos pedidos, assim divergindo não exatamente da inconstitucionalidade declarada, mas dos fundamentos então adotados.

A segunda questão é a anômala sobrevivência da LF nº 10.029/00 e da LE nº 11.064/02 declaradas inconstitucionais; e sobrevivência porque, se nada mais foi determinado em lei ou pelo Órgão Especial, apenas por elas se pode aferir a natureza da contratação e eventual direito dos contratados. Em outras palavras, a decisão do Órgão Especial afastou a lei e impediu novas contratações; mas não tem como afastar sua aplicação no período em que regeu o contrato entre as partes, pois em suas balizas o serviço foi prestado. O relator sorteado está correto em extrair delas a natureza da contratação, enquanto vigente o contrato.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A terceira é que a decisão do Órgão Especial não delinea a que direitos faz jus o soldado temporário, pois com isso não se confunde a singela menção a 'direito sociais', podendo a Turma Especial dispor livremente a respeito e definir a natureza do contrato feito, se simples estágio/trabalho voluntário como diz o relator a não ensejar mais que a indenização prevista na lei, se 'trabalho' como diz o Des. Edson Ferreira a justificar quando menos a contraprestação mínima devida a qualquer trabalhador. Por tais razões, embora divergindo do relator quanto à vinculação da declaração de inconstitucionalidade, entendo que a Turma Especial é livre para definir a natureza do contrato e os direitos que dele decorram.

3. Enfrentando o mérito, a decisão deve ser, quando menos, coerente. A hipótese não se enquadra como 'contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público' (art. 37 inciso IX da Constituição Federal) nem como contratação para cargo ou para o exercício de função temporária, assim afastado o regramento correspondente. O relator sorteado está correto em definir a natureza do contrato conforme descrito na LE nº 11.064/02 de 8-3-2002:

Artigo 2.º - O Serviço Auxiliar Voluntário objetiva: I - proporcionar a ocupação, qualificação profissional e renda aos jovens que especifica, contribuindo para evitar o seu envolvimento em atividades antissociais; II - aumentar o contingente de policiais nas atividades diretamente ligadas à segurança da população.

Artigo 3.º - O Serviço Auxiliar Voluntário, de natureza profissionalizante, tem por finalidade a execução de atividades administrativas, de saúde e de defesa civil. Parágrafo único - No exercício das atividades a que se refere o "caput" deste artigo, ficam vedados, sob qualquer hipótese, nas vias públicas, o porte ou o uso de arma de fogo e o exercício do poder de polícia.

Artigo 11 - A prestação do Serviço Auxiliar Voluntário não gera vínculo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.
Parágrafo único - Fica vedada a criação de cargos em decorrência da instituição do Serviço Auxiliar Voluntário.

O interessado pode ser contratado por um ano prorrogável uma vez (art. 6º), faz jus aos cursos oferecidos pela Polícia Militar, auxílio mensal de dois salários mínimos, alimentação, uso de uniforme em serviço com indicação ostensiva de 'temporário' e assistência médica, hospitalar e odontológica prestada pela Polícia Militar (art. 8º). Nos termos da lei, não há equiparação possível entre o serviço policial militar e o serviço auxiliar prestado pelo Soldado Temporário, como bem viu o relator; e não há razão para desatender a natureza inserida na lei, sem o que a sua finalidade se descaracteriza, e ver nela um vínculo administrativo que a lei não previu. O programa atendia a duas finalidades relevantes: a primeira delas, dar aos jovens uma ocupação, qualificação profissional e renda, afastando-os das más influências nessa fase conturbada da vida (a adolescência); a outra, ocupá-los em serviços administrativos leves liberando os policiais militares para o policiamento e a atividade-fim. O relator sorteado tem razão, em tese.

4. A posição defendida pelo Des. Edson Ferreira, que vem sendo acolhida na 10ª Câmara em maior extensão (mandam contar o tempo de serviço para o INSS, em que fico vencido), enfrenta uma contradição aparente, pois admite a prestação do trabalho, mas reconhece apenas parte de seus efeitos; mas essa contradição é suficiente esclarecida no voto divergente: "Não cabendo, pois, atribuir-lhes vantagens da legislação trabalhista, tampouco da legislação estadual que não os contemple, restam-lhes as vantagens que o texto constitucional assegura a todos os trabalhadores, públicos e privados, como férias acrescidas de um terço e 13º salário, de modo que somente estas duas vantagens, recusadas pela lei estadual de regência, deve-lhes ser concedidas, por aplicação direta do texto constitucional".

O Des. Vicente Amadei manda pagar as mesmas verbas e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acresce a averbação do tempo de serviço junto ao INSS; mas tal contagem não se amolda à natureza do trabalho prestado, não é prevista na lei que rege o contrato, não tem natureza alimentar e não tem previsão nos direitos sociais básicos do art. 7º da Constituição Federal, nem é mencionado nos acórdãos do STF que reconhecem alguns direitos em caso de contratos nulos ou precários.

5. A Des. Flora Maria aplica o entendimento do STF em Cassio Murilo Fagundes vs Estado de Minas Gerais, RE nº 765.320 RG-MG, Pleno, 15-9-2016, Rel. Teori Zavascki, no sentido de que a contratação irregular por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (afronta ao art. 37 IX da CF) não gera efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes aos dias trabalhados e, nos termos do art. 19-A da LF nº 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS. O caso envolve a contratação do autor para a função de oficial de apoio judicial no TJMG por quatro anos; o tribunal mineiro rejeitou o pedido de depósitos no FGTS por não previsto na legislação administrativa e por tratar-se de contratação legal (regime estatutário). Disse o STF:

Por outro lado, é irrelevante a circunstância de o recorrente ter sido submetido ao regime estatutário após sua contratação pelo Estado de Minas Gerais; o que importa é que foi admitido aos quadros do reclamado sem observância dos pressupostos do art. 37, IX, da CF/88, o que acarretou a nulidade da contratação e lhe conferiu direito à percepção dos salários referentes ao período laborado e ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990.

O pagamento do FGTS causa estranheza, pois tem origem em um caso julgado pelo TST (que, de alguma forma, admitiu o vínculo trabalhista e não estatutário); mas a nulidade do vínculo administrativo não o transforma em celetista, o único a que se aplica a LF nº 8.036/90 como se vê de seu artigo 15, e sugere [com a vênua devida] um erro ou uma imprecisão na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

análise do Supremo Tribunal. O vínculo administrativo não foi afastado pelo Órgão Especial nem pelas nossas câmaras e não vejo como aplicar tal entendimento ao caso concreto, que exige essa distinção não feita pelo STF (ou feita de modo imperfeito). Se aplicado, o RE nº 765.320 RG-MG afasta o pagamento das verbas que vínhamos concedendo, aqui sugeridas pelo Des. Edson Ferreira. Pelo mesmo motivo, não cabe a contagem do tempo de serviço sugerida pelo Des. Vicente Amadei.

6. A solução da questão passa por enquadrar ou não o contrato do soldado temporário no inciso IX do art. 37 da CF, talvez a parte nevrálgica da decisão, de que decorrem vários caminhos: (a) se assim enquadrado como fez o Órgão Especial, não há como fugir à sugestão da Des. Flora Maria; há que aplicar o RE nº 765.320 RG-MG e conceder-lhes tão somente o pagamento dos dias trabalhados, uma vez que o FGTS (uma surpresa do STF!) nunca foi considerado, pedido ou pago; (b) se desconsiderado esse enquadramento e extraída a natureza do contrato da própria LE nº 11.064/02, a falta de identidade afasta a aplicação da repercussão geral e surgem várias hipóteses: (i) extrai-se a natureza do contrato da própria lei como fizeram com elegância o Des. Coimbra Schmidt e o Des. Vicente Amadei, de modo que inexistente trabalho propriamente dito, mas um programa pedagógico de qualificação profissional, ensino e renda sem similitude com o serviço policial militar (a não similitude parece incontroversa) a permitir o regramento feito e o reconhecimento apenas dos direitos indicados na lei, a afastar as verbas que as câmaras têm concedido e a contagem do tempo de serviço; (ii) admite-se a natureza própria do contrato, mas considerando-o 'trabalho' e daí extraído os direitos sociais mínimos mencionados pelos Des. Edson Ferreira e Vicente Amadei (férias e 13º salário); (iii) nessa hipótese, deve ser tratada em separado, pois não é uma decorrência lógica, a contagem do tempo de serviço, que traz uma complexidade própria: (iii.a) se o tempo conta apenas para efeito previdenciário como faz o Des. Vicente Amadei, sem surtir efeito funcional (não conta para adicionais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

temporais, evolução na carreira, sexta parte, etc.), ou se é contado para todos os efeitos, como se vê em algumas câmaras; (iii.b) em ambas as hipóteses, a quem compete o pagamento da contribuição previdenciária: à administração com recursos próprios? À administração mediante dedução do valor a pagar ao autor e/ou cobrança da diferença? Ao autor, quando resolver fazê-lo? O recolhimento pelo autor implica na contrapartida da administração, apesar da não previsão orçamentária?; e (iii.c) dependendo do efeito previdenciário/funcional, a quem a contribuição deve ser paga; pois o efeito funcional/previdenciário implica, talvez, na contribuição para o RPPS e o efeito apenas previdenciário implica na contribuição para o RGPS, a quem boa parte das câmaras direciona a contribuição (mas sem mencionar o efeito da contagem do tempo).

7. Abstraindo a difícil situação criada pela decisão do Órgão Especial, entendo que o contrato do soldado temporário não se amolda ao art. 37 IX da Constituição Federal (contrato por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público), a afastar a aplicação do RE nº 765.320 RG-MG; sua natureza deve ser extraída da LE nº 11.064/02, como fazem o Des. Coimbra Schmidt e o Des. Vicente Amadei, que configura um programa de qualificação profissional e não um contrato de trabalho. Não vejo erro na aplicação estrita da lei nem erro na conduta da administração.

A divergência formulada pelo Des. Edson Ferreira, que acompanho, melhor se amolda à decisão do Órgão Especial; o programa pedagógico implicou também em trabalho de que a administração se beneficiou a justificar o pagamento mínimo que as câmaras vêm concedendo: férias e décimo terceiro salário, e nada mais, conforme a seguinte tese: "os Soldados PM Temporários contratados com base na LE nº 11.064/02 fazem jus ao auxílio mensal e prestações previstos no art. 8º e também, como retribuição mínima do trabalho, às férias e ao décimo terceiro salário por aplicação do art. 7º da Constituição Federal". A decisão implica no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recebimento parcial dos embargos infringentes do autor, para esse efeito.

Prevalente o entendimento mais amplo exposto pelo Des. Vicente Amadei, o tempo de serviço deve ser contado tão somente para fim previdenciário, a depender do recolhimento pelo autor da contribuição previdenciária para o INSS que lhe cabe; não surte efeito funcional, de modo que o tempo não será contado para aposentadoria especial, adicionais, sexta parte, evolução funcional, etc.

O voto é pela fixação da tese acima proposta e, em decorrência, pelo provimento em parte dos embargos infringentes para que ao autor sejam pagos os dias trabalhados, o décimo terceiro salário e as férias com acréscimo de um terço.

TORRES DE CARVALHO

6º Juiz, vencido em parte



Voto nº 28400

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0038758-92.2016.8.26.0000

Comarca: Bauru

Requerente: Jéssica Cardoso Pomin

Requerido: Fazenda do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

Com o respeito devido ao eminente relator, apresentamos posição um pouco diferente, para submeter à apreciação dos doutos integrantes dessa Turma Especial.

Primeiramente cumpre lembrar que o Órgão Especial desta Corte declarou a inconstitucionalidade das leis federal e estadual que instituíram a possibilidade de trabalho, dito voluntário, no âmbito da Polícia Militar pelo fato de criarem regime de trabalho no serviço público diverso dos que são autorizados pela Constituição Federal, como seja, mediante cargos públicos efetivos, cargos em comissão e de contratação temporária para atender a excepcional interesse público.

Discordamos do eminente relator sobre qualificar a hipótese de trabalho voluntário, por isso não sujeito a remuneração, mas a indenização.

Seria simples indenização se fosse apenas ajuda de custo, destinada tão-só ao custeio das despesas dos admitidos a esse trabalho voluntário, o que dificilmente despertaria o interesse de alguém.

Ao contrário, desperta o interesse de muita gente, de modesta condição econômica, porque o valor oferecido acaba sendo atraente, dentro da nossa realidade socioeconômica.

Há, portanto, de um lado, o interesse da Polícia Militar em contar com esses trabalhadores, a um custo bem menor em relação aos titulares de cargo efetivo, e, de outro, o dos interessados à contraprestação pecuniária que é oferecida.

Não cabe assemelhar a hipótese a um estágio, dado que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

somente por concurso público é possível ingressar na Polícia Militar, de modo que esse trabalho voluntário não confere nenhuma qualificação profissional a essas pessoas.

Sem repetir a pesquisa feita pelo eminente relator, quanto aos precedentes das câmaras a respeito desse tema, conseguimos vislumbrar as seguintes possibilidades:

1) Total improcedência da demanda, por considerar que o trabalho voluntário não assegura nenhuma outra vantagem além da conferida pela lei estadual que o criou;

2) Total procedência da demanda para assegurar todas as vantagens que são conferidas aos policiais militares efetivos, dado que realizam o mesmo trabalho;

3) Considerar como atividade remunerada e lhes assegurar mais as vantagens que a Constituição Federal assegura a todos os trabalhadores, públicos e privados, como férias acrescidas de um terço e 13º salário.

Deixamos de acatar a primeira hipótese por entender que não se trata de estágio, nem de trabalho voluntário no sentido de prestação de serviço público em caráter gratuito, que a modesta condição econômica dos interessados sequer permitiria, mas de trabalho mediante contraprestação pecuniária, ainda que modesta (embora não inferior a um salário mínimo).

Descartamos, igualmente, a segunda hipótese, porque as situações são muito diferentes, a contraprestação ajustada é bem inferior e não caber ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, convertida na Súmula Vinculante nº 37).

Vamos, então, defender a terceira posição, que, na 12ª Câmara de Direito Público, correspondente ao meu pensamento, sendo que o eminente do Desembargador Venício Salles, que acabou de se aposentar, chegava ao mesmo resultado, porém aplicando a legislação trabalhista, ao passo que os eminentes Desembargadores Osvaldo de Oliveira e Ribeiro de Paula se inclinam pela segunda hipótese, faltando os Desembargadores Souza Neri e Souza Meirelles ainda se definirem a respeito.

Pelo nosso entendimento, a declaração de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inconstitucionalidade das leis que embasam esse tipo de contratação o desqualifica como trabalho voluntário, equiparável a uma forma de estágio, mediante simples ajuda de custo, mas não como vínculo de natureza administrativa.

Para todas as formas de vínculos funcionais que a Constituição Federal admite são assegurados os direitos sociais de todos os trabalhadores, públicos e privados, como férias acrescidas de um terço e 13º salário, mas não a vantagem do adicional de insalubridade, que a Constituição não obriga instituir para os servidores públicos e a legislação estadual não estende à referida forma de contratação, do mesmo modo com respeito ao adicional de local de exercício (texto constitucional, artigos 7º, VIII, XVII e XXIII e 39, § 3º).

Também entendemos não caber atribuir-lhes as mesmas vantagens dos policiais militares efetivos, que têm estatuto jurídico próprio e distinto dos policiais militares temporários, submetidos a diferentes regras de admissão e de atuação, inclusive segundo a orientação fixada pela Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: *Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia.*

Portanto, a despeito da inconstitucionalidade, apenas da forma de contratação, a lei estadual limita as vantagens devidas aos policiais militares temporários, de modo a excluir qualquer outra prevista na legislação estadual, o que impede atribuir-lhes adicional de insalubridade, de local de exercício ou quaisquer outras vantagens que não contemplem essa específica categoria funcional.

Não cabendo, pois, atribuir-lhes vantagens da legislação trabalhista, tampouco da legislação estadual que não os contemple, resta-lhes as vantagens que o texto constitucional assegura a todos os trabalhadores, públicos e privados, como férias acrescidas de um terço e 13º salário, de modo que somente estas duas vantagens, recusadas pela lei estadual de regência, deve-lhes ser concedidas, por aplicação direta do texto constitucional.

O tempo de serviço deverá ser computado para efeitos previdenciários, com recolhimento da contribuição correspondente, em favor do regime geral de previdência social, como decorre do artigo 40, § 13, da Constituição Federal.

O julgamento do recurso deve ser ajustado a esse entendimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tais as considerações que submeto ao exame dos
ilustres membros dessa Colenda Turma Especial.

EDSON FERREIRA DA SILVA
Desembargador



VOTO Nº 11.451
INCIDENTE DE RESOLUÇÕES DE DEMANDAS REPETITIVAS -
IRDR Nº: 0038758-92.2016.8.26.0000
ACÓRDÃO DE ORIGEM Nº: 1008985-34.2014.8.26.0071/50000
COMARCA: BAURU (1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA)
PARTES: JÉSSICA CARDOSO POMIN e FAZENDA PÚBLICA DO
ESTADO DE SÃO PAULO
Ref. ao voto do relator nº 34.337 (Des. Coimbra Schmidt)

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Adoto integralmente o relatório do voto do Exmo. Des.
Relator sorteado, Coimbra Schimidt.

Ouso divergir do ínclito Desembargador Relator sorteado quanto à tese fixada no IRDR, **porém o acompanho** quanto à rejeição dos embargos infringentes, embora por motivos diversos, a seguir indicados.

O C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.029/2000 e da Lei Estadual nº 11.064/2002 que permitiam a contratação de servidores temporários para a Polícia Militar do Estado no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0 (j. 05.08.2009).

No referido v. acórdão proferido pelo C. Órgão Especial ficou consignado que a Lei Federal nº 10.029/2000 “*criou uma nova forma de admissão no serviço público, que não se encontra em consonância com o previsto no artigo 37, I, II e IX da Constituição da República e, portanto,*



releva-se inconstitucional”.

Com efeito, o artigo 37, incisos I, II e IX da Constituição Federal de 1988 assim dispõem:

“Art. 37. [...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; [...].”

Por sua vez, o C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0 (j. 05.08.2009) acima mencionado, ainda observou que:

“Não é demais lembrar, como adverte Ingo Wolfgang Sarlet, que os chamados direitos sociais constituem também direitos fundamentais, na ordem constitucional pátria e, portanto, a eles deve ser assegurada a máxima eficácia e efetividade.

Demais disso e repita-se, há nítida violação da norma inserta no artigo 37, IX, da Constituição da República, autorizadora da contratação de servidores por tempo determinado, a fim de atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, na medida em que a função exercida por policiais militares não pode ser tida como temporária, mas, ao contrário, é daquelas típicas e perenes do Estado, sendo imprescindível a realização do concurso público.

[...]

Por fim, o que se verifica das leis em questão, mormente da lei estadual, é simplesmente a burla à Constituição, com a supressão de direitos sociais, porquanto, de voluntários, os soldados da polícia militar contratados nos termos de tal legislação não têm nada, sendo, apenas e tão somente, temporários, aliás como a própria lei os chama: Sd PM temporário.

Destarte, reputam-se inconstitucionais a Lei Federal 10.029/2000 e a Lei Estadual 11.064/2002”.



Dessa feita, extrai-se do v. acórdão proferido pelo C. Órgão Especial que, em verdade, a contratação dos chamados Soldados PM Temporários, nada mais era do que contratação de servidores por tempo determinado, sem utilização pelo legislador dessa denominação, bem como sem atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pois a natureza da atividade do policial militar não se enquadra no conceito de excepcionalidade e transitoriedade.

No mais, em que pese à inclinação constante no v. aresto acima descrito de necessidade de reconhecimento dos direitos sociais aos Soldados PM Temporários, reputo, s.m.j, que este não é o entendimento atual do E. Supremo Tribunal Federal, sobre o tema.

Com efeito, no v. acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 765.320/MG em sede de repercussão geral, em 15.09.2016, de Relatoria do Min. Teori Zavascki, o E. STF, reafirmou a jurisprudência daquela Corte no sentido de que “a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS”.

O mencionado Recurso Extraordinário nº 765.320/MG restou assim ementado:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REQUISITOS DE VALIDADE (RE 658.026, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE DE 31/10/2014, TEMA 612). DESCUMPRIMENTO. EFEITOS JURÍDICOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO TRABALHADO E, NOS TERMOS DO ART. 19-A DA LEI 8.036/1990, AO LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS EFETUADOS NO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS.

1. Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

2. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria”.

Ademais, no supra mencionado Recurso Extraordinário ficou consignado que:

“3. Consta dos autos que o reclamante, ora recorrente, foi contratado pelo Estado de Minas Gerais para a função de oficial de apoio judicial juntamente ao TJMG, a qual foi exercida durante quase 4 (quatro) anos. O Tribunal de origem rejeitou os pedidos do recorrente aos fundamentos de que, além de a contratação em discussão estar legalmente respaldada, não há que se falar que o apelante faça jus ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço nem às demais verbas pretendidas, como ora se pretende, eis que não previsto tal direito na legislação atinente, revelando-se de todo incompatível com o regime estatutário que regula o liame jurídico que envolve as partes ora litigantes (fl. 253).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.229 (Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 25/6/2004), assentou os seguintes requisitos para a validade da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art.

37, IX, da CF/88): a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. Mais recentemente, a questão foi reexaminada pelo Pleno em processo submetido à sistemática da repercussão geral (RE 658.026, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 31/10/2014, Tema 612), ocasião na qual foi assentada a tese de que:

(...) para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

[...]

4. O art. 19-A da Lei 8.036/1990 dispõe que é devido o depósito na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. A constitucionalidade desse dispositivo foi assentada pelo Plenário desta Corte no julgamento do RE 596.478 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/3/2013, Tema 191), submetido ao regime do art. 543-B do CPC/1973, cuja ementa é a seguinte:

Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário.

2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.

3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”.

Quanto ao direito de depósito e levantamento de FGTS, o E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário supra referido assim fundamentou:

“A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da

Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço FGTS.

Por outro lado, é irrelevante a circunstância de o recorrente ter sido submetido ao regime estatutário após sua contratação pelo Estado de Minas Gerais; o que importa é que foi admitido aos quadros do reclamado sem observância dos pressupostos do art. 37, IX, da CF/88, o que acarretou a nulidade da contratação e lhe conferiu direito à percepção dos salários referentes ao período laborado e ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que o entendimento firmado no julgamento dos Temas 191 e 308 aplica-se aos servidores contratados por tempo determinado, quando nulo o vínculo com o Poder Público, por inobservância às disposições constitucionais aplicáveis. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO. NULIDADE. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. DIREITO AOS DEPÓSITOS. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM AS DIRETRIZES DO PLENÁRIO NO RE 596.478 - RG (REL. P/ ACÓRDÃO MIN. DIAS TOFFOLI TEMA 191) E NO RE 705.140 RG (DE MINHA RELATORIA TEMA 308), JULGADOS SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 846.441-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 1º/8/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. CONTRATO TEMPORÁRIO. RENOVAÇÃO SUCESSIVA. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRECEDENTES.. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 880.073-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 9/9/2015)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Contratação temporária. Nulidade do contrato. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Repercussão geral reconhecida. Precedentes.

1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 596.478/RRRG, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, concluiu que, mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.

2. Essa orientação se aplica também aos contratos temporários declarados nulos, consoante entendimento de ambas as Turmas.

3. Agravo regimental não provido. (ARE 867.655-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 4/9/2015)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO CONTRATO NULO VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/90 DEPÓSITO DE FGTS DEVIDO MATÉRIA CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA NO JULGAMENTO DO RE 596.478/RR RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 888.316-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 6/8/2015)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. Contratação temporária. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Contrato por tempo indeterminado e inexistência de excepcional interesse público. Nulidade do contrato. 4. Efeitos jurídicos: pagamento do saldo salarial e levantamento de FGTS. Precedentes: RE-RG 596.478, red. do acórdão Dias Toffoli, e RE-RG 705.140, rel. min. Teori Zavascki. 5. Aplicabilidade dessa orientação jurisprudencial aos casos de contratação em caráter temporário pela Administração Pública. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 863.125-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 6/5/2015).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO FGTS. RE 705.140-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inócenas, tornam inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.

2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011).

4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO IRREGULAR. FÉRIAS. ABONO DE FÉRIAS. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. INDENIZAÇÃO DOS DEPÓSITOS DE FGTS. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. RECURSO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

*5. Embargos de declaração REJEITADOS. (ARE 839.606- AgR-ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 23/3/2015)”.
1*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso em tela, entendo que se aplica o decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 765.320/MG, no qual foi reconhecida a repercussão geral, uma vez que **os Soldados PM Temporários foram contratados em desconformidade com o artigo 37, inciso IX da Constituição Federal de 1988.**

Assim sendo, em que pese o entendimento do Exmo. Des. Relator sorteado do presente IRDR (Des. Coimbra Schimidt), **os Soldados PM Temporários somente fazem jus aos salários referentes ao período trabalhado, que no caso eram chamados de auxílios-mensais equivalentes a 2 salários mínimos, bem como ao recolhimento e levantamento dos depósitos que devem ser efetuados pelo Estado de São Paulo no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, em razão do decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal.**

Cabe ressaltar que, a FESP argumentou em sede de embargos hde declaração do v. acórdão proferido em 26.08.2016 por esta Turma Especial que admitiu o IRDR, omissão diante da suposta descon sideração do Tema de Repercussão Geral nº 551 do E. Supremo Tribunal Federal relativo ao ARE 646.000.

Na oportunidade, os embargos de declaração foram rejeitados em sessão de 11.11.2016 por esta C. Turma Especial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesta oportunidade apenas reforço a impossibilidade de utilização do quanto vier a ser decidido no ARE 646.000 (Tema nº 551), pois no Recurso Extraordinário nº 765.320/MG, já mencionado neste voto, restou indicado que:

“5. Registre-se que essa tese não prejudica a apreciação da matéria cuja repercussão geral foi reconhecida no ARE 646.000-RG (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 29/6/2012, Tema 551), referente à extensão de direitos concedidos aos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público. Isso porque, nesse precedente paradigma, o acórdão recorrido reputou válida a contratação do servidor por tempo determinado, e o recurso extraordinário do Estado de Minas Gerais não se insurge contra isso. Defende-se, nesse caso, que os direitos postulados na demanda não são extensíveis aos servidores contratados na forma do art. 37, IX, da CF/88.

O Tema 551 abrange, portanto, apenas as contratações por tempo determinado reputadas válidas”.

Ademais, vale mencionar a existência da ADI nº 4059/PA ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB que tem por objeto a Lei nº 7.103/2008 do Estado do Pará, cujo teor é semelhante ao da Lei Estadual nº 11.064/2002, declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial (Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0), que se encontra desde 24.05.2011 conclusos ao Relator, Min. Celso de Mello.

Desse modo, a tese sugerida no presente IRDR, segundo o meu voto, é a seguinte: “Os Sd. PM Temporários, contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064/2002 declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0, somente fazem jus aos salários referentes ao período trabalhado e ao recolhimento e levantamento dos depósitos que devem ser efetuados pelo



Estado de São Paulo no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS”.

Passo à análise dos embargos infringentes opostos por Jéssica Cardoso Pomin e que ensejaram a instauração deste IRDR, nos termos parágrafo único do art. 978 do CPC/2015 que assim dispõe:

“Art. 978. [...]

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

A autora, Jéssica Cardoso Pomin, ajuizou ação de procedimento comum (nº 1008985-34.2014.8.26.0071) em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo – FESP sustentando que foi admitida como PM Temporária, nos termos da Lei nº 11.064/2002 e pleiteou a condenação da FESP ao pagamento *“das verbas trabalhistas constitucionais, sendo elas o décimo terceiro salário, as férias integrais e proporcionais, com o respectivo adicional de um terço garantido constitucionalmente em dobro, o adicional de local de exercício (ALE), bem como o adicional noturno quando presente, adicional de insalubridade”*, bem como *“recolhimento previdenciário, devendo o tempo de serviço ser contado para todos os fins de aposentadoria e ainda em toda e qualquer verba aqui não descrita mas que presente no demonstrativo de pagamento de Policial Efetivo que laborou na mesma época em que a Requerente, bem como na equiparação do salário base, RETP, no pagamento dos honorários contratuais a título de perdas e danos, já que deu causa à demanda, tudo com a devida correção monetária e juros de mora de 1% a contar da citação, e mais custas, despesas e honorários advocatícios de sucumbência no patamar de 20%*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do valor total da condenação, nos exatos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil”.

Por sua vez, a r. sentença proferida nos autos julgou parcialmente procedente os pedidos da autora, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré:

1) ao pagamento das férias anuais acrescidas de um terço, do décimo terceiro salário e do adicional noturno nos dias retro mencionados;

2) a providenciar o recolhimento previdenciário ao INSS, inclusive da parte referente ao empregado, que deverá ser descontada do crédito a ser apurado em liquidação;

3) a pagar os honorários advocatícios extrajudiciais, fixados contratualmente em 30% do valor da condenação.

Sobre o valor apurado em liquidação deverá incidir juros de mora e correção monetária.

Como houve sucumbência recíproca, deixo de arbitrar honorários advocatícios.

P. R. e I”.

Interposto recurso de apelação pela FESP e pela autora, sobreveio v. acórdão, de Relatoria do Exmo. Des. Ferreira Rodrigues, proferido pela C. 4ª Câmara de Direito Público em 01.02.2016, que por maioria, negou provimento ao recurso da autora e deu provimento ao recurso de apelação a FESP, reformando-se integralmente a r. sentença.

Assim sendo, constata-se que a maioria da C. 4ª Câmara de Direito Público decidiu que a autora não fazia jus a nenhum direito dos quais pleiteia na ação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Insta consignar que no voto vencido que integra o v. acórdão supra referido, o Exmo. Des. Osvaldo Magalhães, negava provimento ao recurso de apelação da autora e dava parcial provimento ao recurso de apelação da FESP apenas para afastar a condenação ao adicional noturno, bem como no que se refere aos honorários contratuais, diante da sucumbência recíproca das partes. Desse modo, pelo voto vencido, a FESP foi condenada ao pagamento das férias anuais acrescidas de um terço, do décimo terceiro salário e a providenciar o recolhimento previdenciário ao INSS, inclusive da parte referente ao empregado.

Na sequência, a autora opôs embargos infringentes (nº 1008985-34.2014.8.26.0071), tendo o Exmo. Des. Paulo Barcellos Gatti, relator dos referidos embargos, sugerido a instauração do presente IRDR.

Pois bem.

Diante de todo o acima exposto, quanto ao tema objeto do presente IRDR, entendo que os embargos infringentes (nº 1008985-34.2014.8.26.0071) devem ser rejeitados.

Isto porque, conforme a tese recente esposada pelo E. Supremo Tribunal Federal, detalhadamente descrita neste voto, nos casos de contratação temporária sem observância dos requisitos do art. 37, inciso IX da Constituição Federal de 1988, o contratado só faz jus aos salários, bem como recolhimento e levantamento do FGTS.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso ora em exame, a autora, Jéssica Cardoso Pomin não requereu o depósito e levantamento do FGTS, de forma que não é possível que se lhe reconheça este direito.

Por outro lado, a autora recebeu salários pagos pelo Estado de São Paulo, ainda que estes tenham sido chamados de auxílio-mensal, no importe de dois salários mínimos.

Assim sendo, respeitadas nobilíssimos entendimentos em sentido contrário, pelo meu voto, reputo que no âmbito dos embargos infringentes, deve prevalecer o voto vencedor, de relatoria do Exmo. Des. Ferreira Rodrigues, que ensejou o v. acórdão proferido nos autos da Apelação nº 1008985-34.2014.8.26.0071, com as adaptações de argumentação aqui efetivadas, decorrentes do julgado pelo Colendo STF nos autos do **Recurso Extraordinário nº 765.320/MG**.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois “*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*” (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto:

a)divirjo do voto do eminente Des. Relator sorteado

Coimbra Schmidt, quanto à tese adotada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

Desse modo, a tese sugerida no presente IRDR, segundo o meu voto, é a seguinte: *“Os Sd. PM Temporários, contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064/2002 declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial no Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0, somente fazem jus aos salários referentes ao período trabalhado e ao recolhimento e levantamento dos depósitos que devem ser efetuados pelo Estado de São Paulo no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS”.*

b) rejeito os embargos infringentes mas por fundamentos diversos daqueles apontados pelo Exmo. Des. Relator sorteado do presente IRDR (Des. Coimbra Schmidt), mantendo-se o resultado do v. acórdão proferido pela C. 4ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, observando-se, entretanto, a motivação e adequação aqui efetivada, em virtude do que foi decidido pelo C. STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº 765.320/MG, em sede de repercussão geral.

**FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
Desembargadora**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	12	Acórdãos Eletrônicos	VICENTE DE ABREU AMADEI	61B2CC8
13	29	Declarações de Votos	SERGIO COIMBRA SCHMIDT	6211578
30	38	Declarações de Votos	RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO	6938143
39	42	Declarações de Votos	EDSON FERREIRA DA SILVA	61E1724
43	56	Declarações de Votos	FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA	6231143

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0038758-92.2016.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.