



**UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ
DIRETORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**



MICHELA DE SOUZA LIMA

**REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO COMISSIONADO: O
CASO DO MUNICÍPIO DE APIAÍ - SP**

MONOGRAFIA DE ESPECIALIZAÇÃO

CURITIBA

2012

MICHELA DE SOUZA LIMA



**REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO COMISSIONADO: O
CASO DO MUNICÍPIO DE APIAÍ - SP**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista na Pós Graduação em Gestão Pública Municipal, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR – Campus Curitiba.

Orientador(a): Prof. Dr. Antonio Gonçalves de Oliveira

EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA

CURITIBA

2012



TERMO DE APROVAÇÃO

Regime Jurídico do Servidor Público Comissionado: o caso do Município de Apiaí -

SP

Por

Michela de Souza Lima

Esta monografia foi apresentada às 10h00 do dia **01 de dezembro de 2012** como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista no Curso de Especialização em **Gestão Pública Municipal**, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Campus Curitiba. A candidata foi arguida pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo assinados. Após deliberação, a Banca Examinadora considerou o trabalho **APROVADO**

Prof^a. Dr. Antonio Gonçalves de Oliveira
UTFPR – Câmpus Curitiba
(orientador)

Prof Dr. Moisés Francisco Farah Júnior
UTFPR – Câmpus Curitiba

Prof Dr. Ivan Carlos Vicentin
UTFPR – Câmpus Curitiba

A Folha de Aprovação assinada encontra-se na Coordenação do Curso ou Programa.

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu namorado, que tanto fizeram e ainda fazem pelo meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Preliminarmente agradeço a Deus por me dar forças em busca de vitórias.

A seguir, agradeço ao Professor Dr. Antonio Gonçalves de Oliveira, por ter sido tão dedicado em sua orientação nesta pesquisa e, além disso, profissional de vasto conhecimento, aclarando as dúvidas que surgiam com sapiência.

Sou grata ao meu pai Rubens à minha mãe Sueli, ao meu namorado Quiéliton e à toda a minha família, por seus conselhos valiosos e estímulos para transpor os obstáculos em meu caminhar.

Agradeço ainda aos colegas Aline Batista Dias Vidal, Vanderlei Borges de Lima, Jaime Rodrigues Caetano Júnior e Aluizio Ribas Andrade Junior pelo apoio que me deram. Tenho grande consideração por todos vocês.

À Universidade Tecnológica Federal do Paraná - e aos pesquisadores e professores do curso de Especialização em Gestão Pública Municipal, *Campus Curitiba*.

Agradeço aos tutores presenciais e aos tutores à distância que nos auxiliaram no decorrer da pós-graduação.

Enfim, sou grata a todos que contribuíram de forma direta ou indireta para realização desta monografia.

“-Ele mesmo julgará o universo com justiça.
Com equidade pronunciará sentença sobre os povos”
Salmo 9, 9

RESUMO

LIMA, Michela de Souza. Regime Jurídico do Servidor Público do Município de Apiaí - SP. 2012. 51 páginas. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal). Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, Polo Apiaí, 2012.

Esta pesquisa está inserida no ramo do Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Trabalhista, e trata-se do Regime Jurídico do Servidor Público Comissionado do Município de Apiaí. Reserva-se a estudar a Lei Municipal nº 127 de 2011 na qual estabelece o Regime Jurídico como sendo o Celetista. Este trabalho trata de conceituar e diferenciar cargo, emprego e função pública como meio voltado a assegurar os direitos e deveres dos servidores públicos comissionados do Município de Apiaí. Posteriormente, versa-se sobre a distinção entre estatutário e celetista. Além disso, observam-se os fundamentos que justificam sua previsão legal, bem como os princípios que o orientam. Dentro deste tema, sobressai-se a questão: por conta do regime jurídico adotado pela Prefeitura Municipal de Apiaí, o servidor ocupante de cargo comissionado é exonerado sem receber todas as garantias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, como o FGTS por exemplo, bem como no caso de gestante, que pode ser exonerada sem as garantias mínimas da estabilidade, prevista na CLT. Além disso, pela adoção do regime celetista, quando o comissionado é exonerado e pretender buscar seus direitos na Justiça, se socorre à Especializada do Trabalho, que entende não ser competente para julgar, pois acredita que se trata de contrato político-administrativo e encaminha a contenda para a Justiça Comum. Esta, por sua vez, entende que, por ser regime celetista é de competência da Justiça do Trabalho, e, somente irá julgar os casos de servidores estatutários. Finalmente, explana-se sobre a caracterização de cargo, emprego e função pública.

Palavras-chave: Servidor Público - Administração Pública - Regime Jurídico - Interesse Público - Gestão Administrativa.

ABSTRACT

LIMA, Michela de Souza. Legal Regime of the Public Servant of the Municipality of Apiaí - SP. 2012. 43 pages. Monograph (Specialization in Public Management Municipal). Federal Technological University of Paraná, Curitiba, Polo Apiaí, 2012.

This research is embedded in the field of Administrative Law, Constitutional Law and Labor Law, and it is the Legal Regime of Public Commissioner of the City of Apiaí. Reserve to study the Municipal Act No. 127 of 2011 in which establishes the legal regime as the Hired Under Employment Laws. This work comes to conceptualizing and differentiating position, employment and civil service as a means aimed at ensuring the rights and duties of civil servants commissioned the Municipality of Apiaí. Later versa over the distinction between statutory and Hired Under Employment Laws. In addition, there are the grounds for its legal provision, as well as the principles that guide. Within this theme, the question stands: on account of the legal framework adopted by the Municipality of Apiaí, the server occupant commissioned position is dismissed without receiving all the guarantees provided in the Consolidation of Labor Laws, as FGTS for example, well as in the case of pregnant women, who can be discharged without minimum guarantees stability provided by the CLT. Furthermore, by adopting the scheme Hired Under Employment Laws, when the commissioner is exonerated and want to pursue their rights in court if the rescues Specialized Labour, who understands not competent to judge, because it believes that it is political-administrative contract and forwards the contention for the Justice Policy. This in turn means that, as regime Hired Under Employment Laws is the responsibility of the Labour Court, and will only adjudicate cases of statutory servers. Finally, it explains itself on the characterization of office, employment and civil service.

Keywords: Civil Servants - Public Administration - Legal - Public Interest - Administrative Management.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1. 1 PROBLEMA	12
1. 2 JUSTIFICATIVA	13
1.3 OBJETIVOS:	14
1.3.1 Objetivo Geral	14
1.3.2 Objetivos Específicos	14
2 REFERENCIAL TEÓRICO	15
2.1 CONCEITO DE SERVIDOR/AGENTE PÚBLICO	16
2.1.1 Empregado Público	18
2.1.2 Agentes Temporários	19
2.1.3 Cargo Público.....	20
2.1.4 Emprego Público	21
2.1.5 Função Pública.....	22
2.1.6 Concurso Público	22
2.1.7 Cargos em Comissão	24
3 METODOLOGIA.....	27
3.1 TIPO DE PESQUISA OU TÉCNICAS DE PESQUISA	27
3.2 COLETA DOS DADOS.....	28
3.3 ANÁLISE DOS DADOS.....	28
4 ESTUDO DE CASO: O REGIME JURÍDICO ATINENTE AO SERVIDOR PÚBLICO	29
4.1 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE APIAÍ	31
4.1.1 Empregado Celetista	32
4.1.2 Estatutário	33
4.1.3 Competência	34
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	37
6 SUGESTÃO PARA NOVOS ESTUDOS.....	38
7 CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	40
ANEXO 1.....	43
ANEXO 2.....	48

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa está inserida no ramo do Direito Administrativo, Constitucional e Trabalhista, e trata-se do regime jurídico dos servidores públicos adotado pelo Município de Apiaí, Estado de São Paulo.

Nesse sentido, devido ao regime jurídico celetista adotado pelo Município de Apiaí, o problema se dá com relação aos servidores comissionados, tendo em vista que quando são exonerados, embora a CLT garanta direitos mínimos ao empregado, como o depósito do FGTS e a estabilidade gestante, estes direitos não são devidamente observados pelo Poder Público, como no caso específico de uma servidora comissionada gestante, que foi exonerada aos sete meses de gestação e não recebeu a indenização pertinente à garantia da estabilidade.

Busca-se com este estudo resposta à seguinte questão: qual a garantia trabalhista que o servidor comissionado da Prefeitura Municipal de Apiaí tem ao ser exonerado? Esta dúvida paira, pois quando um servidor comissionado é exonerado, embora seja celetista, não tem as garantias mínimas previstas na CLT como qualquer outro tipo de empregado.

Por isso busca a Justiça do Trabalho, esta entende não ser competente, pois trata-se de contrato político-administrativo e a contenda deve ser resolvida na Justiça Comum. Já esta segunda se exime de julgar baseando-se no artigo 114, I da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que prevê ser da competência da Justiça do Trabalho todas as relações de trabalho abrangendo inclusive a Administração Pública direta ou indireta.

Neste sentido, será **investigado** qual Justiça tem a competência para julgar as ações referentes aos cargos comissionados.

Na redação original do artigo 39 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), foi instituído o regime jurídico único aos servidores. A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (BRASIL, 1998) suprimiu, modificando este artigo, interpretado o assunto de três modos: era somente o estatutário; apenas celetista; finalmente, misto, entretanto com igualdade de direitos e deveres.

Após a modificação, foi eliminado o regime jurídico único, passando a admitir a convivência entre os sistemas celetista e estatutário para os que ocupam cargo, emprego ou função pública, artigo 37, XI, XV da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1988).

Este trabalho aborda a aplicação da Lei Municipal nº 127 de 30 de setembro de 2011 (APIAÍ, 2011), em que o regime jurídico optado foi o celetista, partindo de seu conceito, distinguindo o celetista e estatutário para elucidá-lo com a diferenciação de cargo, emprego e função pública como meio voltado a assegurar os direitos e deveres dos servidores públicos do município de Apiaí.

Os procedimentos metodológicos empregados no estudo seguem basicamente a etapa exploratória de ordem bibliográfica, documental e descritiva, que constitui-se no levantamento de bibliografia, jurisprudências, estudo das leis municipais que tratam do servidor público, especialmente a Lei Municipal nº 127/2011 (APIAÍ, 2011).

Assim, analisando-se o objetivo e justificativa deste estudo, o mesmo não tem como pretensão esgotar o assunto que ainda é produtivo campo para futuros estudos. Neste sentido, respeitadas as limitações em busca e atingir o objetivo proposto, constante à metodologia empregada, este trabalho é dividido em cinco “seções” sendo a primeira delas representada por esta introdução e a última dedicada às referências bibliográficas.

A segunda seção trata sobre a revisão bibliográfica, trazendo ao plano as contribuições e visões de autores clássicos, defensores das respectivas metodologias sobre o regime jurídico do servidor público, além do estudo de Leis que regem a matéria.

O terceiro bloco do estudo discorre sobre os procedimentos metodológicos empregados no ensaio. Avalia-se servidor público, assinalando-se o empregado público, agente temporário, cargo público, emprego público, função pública, concurso público e os cargos em comissão. Reconhecendo as limitações dos métodos, esta seção se liga de imediato à quarta seção, que versa sobre o Regime Jurídico, considerando-se as diferenciações sobre empregado celetista, estatutário e

competência para julgar as ações atinentes aos cargos comissionados, objeto do estudo de caso.

A quinta seção contempla a análise e discussão dos dados a partir da compreensão do referencial teórico vivenciado na segunda seção, consoante à metodologia empregada, descrita na terceira seção, culminando, finalmente, na quinta seção, que versa sobre as considerações e expectativas finais.

1.1 PROBLEMA

Atualmente no Município de Apiaí, após a promulgação da Lei nº 127/2011 (APIAÍ, 2011) foi adotado o regime jurídico celetista para os servidores públicos municipais. E vista disso, aos servidores comissionados não são garantidos os direitos mínimos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Quando os servidores públicos comissionados são exonerados, a eles não são pagos as verbas rescisórias previstas no artigo 477 e seguintes da CLT (BRASIL, 1943), como o aviso prévio, a multa do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), nem o depósito do FGTS é realizado durante o período laborado.

Além dessas questões, o que salta aos olhos é o fato de a Consolidação das Leis do Trabalho apresentar uma Seção específica para a Proteção à Maternidade, artigo 391 a 401-B (BRASIL, 1943), no qual assegura à gestante a estabilidade, no qual, embora o Município de Apiaí tenha optado pela CLT em seu regime jurídico, não garante à servidoras comissionadas esta estabilidade, sendo que são dispensadas e não recebem nem a indenização prevista no artigo 401 do mesmo diploma.

Com a **contextualização** aqui exposta o presente estudo tem como norte a seguinte questão problema: **qual a garantia de receber as verbas trabalhistas que o servidor público comissionado tem ao ser exonerado, especialmente no Município de Apiaí?**

1. 2 JUSTIFICATIVA

Pelo fato de o Município de Apiaí ter adotado o regime jurídico celetista para o servidores públicos municipais, após a promulgação da Lei nº 127/2011 (APIAÍ, 2011), os servidores comissionados são exonerados e não são observadas as garantias mínimas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Deste modo, quando um servidor comissionado é exonerado, ele busca os seus direitos perante a Justiça do Trabalho, que entende não ser competente para julgar as ações entre servidor comissionado e a Administração Pública por considerar um contrato de cunho político-administrativo.

Enfim, encaminha o processo para a justiça comum. Esta, por sua vez, entende que, por se tratar de regime jurídico celetista, e por se tratar de relação de trabalho, é de competência da Justiça do Trabalho.

No fim, o empregado comissionado é exonerado e não recebe as verbas rescisórias que tinha direito, conforme consta na Consolidação das Leis do Trabalho, e, deste modo, não têm as garantias mínimas, como por exemplo o caso da comissionada gestante.

Consoante se vê esta intrigante dicotomia quanto à competência jurídico-trabalhista, ou administrativa acerca da seguridade do direito do trabalhador justifica momentaneamente este estudo.

1.3 OBJETIVOS:

1.3.1 Objetivo Geral

O estudo tem por objetivo geral demonstrar que devido ao regime jurídico celetista adotado pelo Município de Apiaí, após a vigência da Lei Municipal nº 127/2011 (APIAÍ, 2011), não são garantidos aos servidores públicos comissionados os direitos mínimos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

1.3.2 Objetivos Específicos

São objetivos específicos deste estudo:

- Diferenciar empregado público, agente temporário, cargo público, emprego público, função pública, concurso público e cargos em comissão;
- Expor sobre o regime jurídico adotado pelo Município de Apiaí - SP;
- Diferenciar empregado celetista, estatutário e temporário;
- Fazer considerações sobre a Competência para julgar as ações referentes aos cargos comissionados.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para Silva (1999, p.658) os servidores públicos são considerados os agentes administrativos que exercem a função administrativa mediante ocupação de um cargo, emprego, função autônoma (chamada função pública) ou por contratação.

Já Meirelles (2009, p.416) ensina que os servidores públicos são organizados como subespécies dos agentes públicos administrativos. Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) contém grande quantidade de disposições nas quais são veiculados princípios e regras pertinentes à Administração Pública, especialmente aos agentes públicos, sendo numerosas as regras acerca das relações jurídicas existentes entre os servidores públicos e o poder público, tais como as relativas ao acesso a cargos e empregos públicos, à remuneração, à acumulação, à estabilidade e ao regime próprio de previdência.

Cabe destacar que não há consenso doutrinário sobre nomes e classificações das pessoas que mantêm vínculo empregatício com o Município. Os artigos Constitucionais, 37 a 41 (BRASIL, 1988), concentram-se em uma das categorias do gênero dos agentes públicos: servidores públicos em sentido estrito, ou seja, os agentes que mantêm vínculo estatutário com a administração pública, ocupando cargos públicos de provimento efetivo e cargos públicos de provimento em comissão.

Algumas regras que serão tratadas neste estudo têm finalidade mais abrangente, alcançando empregados públicos e agentes temporários. Antes de iniciar efetivamente no trabalho, necessário se faz definir servidor público, empregado público e agente temporário, bem como apresentar definições relacionadas, como o cargo, o emprego e a função pública.

2.1 CONCEITO DE SERVIDOR/AGENTE PÚBLICO

Andrade (2007, p.171) conceitua agentes públicos da seguinte forma:

(...) São todas as pessoas que, de forma definitiva ou transitória, remuneradas ou não, servem ao Poder Público como instrumento de sua vontade.

É através do agente público que o Estado se faz presente, seja este agente uma alta autoridade ou alguém que exerce uma função subalterna. (ANDRADE, 2007)

A Lei sobre Improbidade Administrativa nº 8.429/1992 (BRASIL, 1992) assim conceitua em seu artigo 2º o Agente Público:

"Todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior." (BRASIL, 1992)

Justen Filho (2006, p.578), por sua vez, explica que a Administração Pública somente pode operar por meio de seres humanos que atuam como seus órgãos de formação e manifestação de vontade. Para elucidar o tema, traz alguns aspectos sobre a democracia republicana que trouxe uma proteção ao ocupante da função relevante.

Deste modo, destaca também o autor que "a Administração Pública não é exclusivamente um conjunto de pessoas". E mais, assevera ele que "tem natureza institucional, o que significa um conjunto de pessoas atuando de modo organizado, permanente e contínuo, segundo regras específicas e comprometidas com a promoção de valores fundamentais".

Sobressai-se ainda, que a organização dos agentes estatais é influenciada pelo modelo napoleônico da Administração Pública, já que as atividades administrativas foram organizadas sob um aspecto militar, com estrutura hierarquizada, em que todas as decisões são concentradas no escalão superior. Entretanto, esta concepção vai sendo afastada em virtude de sua incompatibilidade com as concepções democráticas e com o risco de não ser eficaz. (JUSTEN FILHO, 2006, p.578)

No que concerne a estruturação da atividade administrativa em carreiras estáveis, nota-se que:

"A estruturação da atividade administrativa em carreiras estáveis, com o reconhecimento de garantias aos servidores públicos com

cargo, reflete a diferenciação entre o corpo administrativo burocrático e os cargos de direção superior. Não é possível impor todos os exercentes das funções administrativas a uma vinculação subjetiva à vontade da autoridade superior.

A estruturação hierárquica da organização administrativa não significa a necessidade de que o conteúdo de cada ato praticado pela autoridade inferior seja compatível com a vontade da autoridade superior. Cada agente administrativo é responsável pelos atos que praticar, sendo incabível reputar que a validade do ato praticado por um agente administrativo dependa da concordância com a vontade do superior hierárquico." (JUSTEN FILHO, 2006, p.578)

Elucida ainda que a democracia estabelece que as funções públicas sejam desempenhadas por pessoas físicas integradas de modo inalterável nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e lhes assegure atuação e orientação à realização do direito.

Já no que tange a concepção institucional, Justen Filho (2006, p.579) explica que esta concepção permite entender a Administração Pública como um conjunto invariável de sujeitos, que não perde sua identidade se houver alteração da identidade de seus componentes e que atua de acordo com as regras e costumes que nem sempre são aqueles convencionalmente contemplados no texto da lei.

"Por sua natureza institucional a Administração Pública produz padrões de conduta que se impõem a seus integrantes, gerando uma linha de continuidade vinculada as tradições do passado.

Quanto mais consolidada a estrutura constitucional da Administração Pública, menor é a influência da vontade pessoal dos governantes sobre o modo de sua operação. A atuação do corpo burocrático se desvincula das decisões políticas, o que envolve tanto aspectos positivos como negativos.

Essas considerações iniciais não equivalem a reconhecer a Administração Pública como corpo absolutamente homogêneo, integrado por indivíduos em posição jurídica e hierárquica idêntica. Há uma pluralidade de posições jurídicas diversas, com incidência de regras e princípios inconfundíveis. Mas seria um grave equívoco imaginar que a organização real da Administração Pública reflete, de modo automático, a disciplina reconhecida num diploma legislativo.

O grande desafio reside em adotar regimes jurídicos compatíveis com a estrutura institucional existente e suficientemente adequados para implementar as modificações reputadas como necessárias." (JUSTEN FILHO, 2006)

Paulo e Alexandrino (2010, p.80), descrevem servidores públicos como sendo:

"Agentes administrativos sujeitos a regime jurídico administrativo, de caráter estatutário (isto é, de natureza legal, e não contratual); são os titulares de cargos públicos de provimento efetivo e de pronunciamento em comissão."

Antes de se adentrar nos preceitos dos artigos 37 a 41 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), convém comentar as definições de empregado público, agente temporário, bem como os conceitos relacionados, como os de cargo, emprego e função pública.

2.1.1 Empregado Público

De acordo com Paulo e Alexandrino (2010, p. 80) os agentes administrativos são os que exercem uma atividade pública com característica profissional e remunerada, submissos à hierarquia funcional e ao regime jurídico constituído pelo ente federado ao qual pertencem.

Sobre a temática, nas palavras de Meirelles (2009, p.418), os empregados públicos são:

"Todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, daí a serem chamados também de "celetistas". Não ocupando cargo público e sendo celetistas, não têm o condão de adquirir estabilidade constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos, sendo obrigatoriamente enquadrados no regime geral da previdência social, a exemplo dos titulares de cargo em comissão ou temporário. Salvo para as funções de confiança e de direção, chefia e assessoramento, a serem previstas à luz dos princípios da eficiência e razoabilidade nos respectivos quadros de pessoal das pessoas jurídicas da Administração indireta (na Administração direta, autárquica e fundacional as funções de confiança só podem ser exercidas por ocupantes de cargo efetivo - art. 37, V), os empregados públicos devem ser admitidos mediante concurso ou processo seletivo público, de modo a assegurar a todos a possibilidade de participação".

A Lei nº 9.962/2000 (BRASIL, 2000) institui que o pessoal admitido por emprego público na Administração direta, autárquica e fundacional será dirigido pela CLT e legislação correlata, naquilo que a lei não dispuser em sentido contrário, sendo vedada a submissão de cargos públicos em comissão ao seu regime (art. 1º, §2º). Ainda, reafirma a obrigatoriedade do concurso público, expressamente excluído para contratação de pessoal pelas agências executivas de que trata o parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), prevê as hipóteses em que o contrato de trabalho por prazo indeterminado se rescindiré por ato unilateral da

Administração. Assim, embora a lei não mencione, a motivação é obrigatória nesse ato de rescisão unilateral.

Já Andrade (2007, p.174) define que na relação contratual e o regime jurídico celetista do emprego público, embora necessite de concurso público "é impossível adquirir estabilidade".

2.1.2 Agentes Temporários

Nas palavras de Paulo e Alexandrino (2010, p. 80) os agentes temporários são:

"Os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição; não têm cargo nem emprego público; exercem uma função pública remunerada temporária e o seu vínculo funcional com a administração pública é contratual, mas se trata de um contrato de direito público de caráter jurídico-administrativo, e não trabalhista (eles não têm o "contrato de trabalho" propriamente dito, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT); por essa razão são consideradas agentes públicos estatutários, embora tenham seu próprio estatuto de regência (isto é, a lei que determina o seu regime jurídico), diferente daquele dos ocupantes de cargos públicos". (PAULO E ALEXANDRINO, 2010, p.80)

Meirelles (2009, p.418 e 419) interpreta que os Agentes Temporários são:

"Os contratados por tempo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico administrativo especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral da previdência social. A Contratação só pode ser por tempo determinado e com a finalidade de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Ademais, a lei deve prever os casos de contratação temporária de forma específica, não se admitindo hipóteses abrangentes ou genéricas. O inc.IX não se refere exclusivamente às atividades de natureza eventual, temporária ou excepcional. Assim, não veda a contratação para atividades de natureza regular e permanentes. O que importa é o atendimento da finalidade prevista pela Norma. Assim, "desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular ou permanente", a contratação é permitida. Dessa forma, embora não possa desenvolver cargos típicos de carreira, a contratação pode envolver desempenho de atividades ou função de carreira, desde que atendidos os requisitos acima. Fora daí, tal contratação tende a contornar a exigência de concurso público, caracterizando fraude à Constituição". (MEIRELLES, 2009, p.418 e 419)

Há uma controvérsia relacionada com a contratação temporária prevista pela Lei nº 9.962/2000 (BRASIL, 2000), articulando que não é da competência da Justiça

do Trabalho, mesmo que na ação seja levantada a descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado para o regime trabalhista, uma vez que, antes terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. Existe julgado do STJ entendendo que se a contratação passar a ter cunho de permanência, o regime especial estará distorcido, passando o vínculo a ter natureza trabalhista comum e eventuais litígios passam a ser de competência da Justiça do Trabalho.

2.1.3 Cargo Público

Mello *apud* Paulo e Alexandrino (2010, p.80) citando Celso Antonio Bandeira de Mello descreve que:

"Cargos Públicos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei. Os titulares de cargos públicos submetem-se ao regime estatutário ou institucional (não contratual). São os servidores públicos efetivos e comissionados, conforme o cargo seja efetivo ou em comissão. Cargos públicos são próprios de pessoas jurídicas de direito público". (PAULO E ALEXANDRINO, 2010, p.80)

Já Andrade (2007, p.173) esclarece que o cargo público é criado por lei e é subdividido em três espécies: efetivo, cargo em comissão e vitalício.

Na espécie efetivo, é necessário concurso público, o agente adquire estabilidade e o regime jurídico é estatutário. Já o cargo em comissão não necessita de concurso público, devendo a lei trazer percentuais mínimos de pessoas que devam ser chamadas, além disso, o cargo será ocupado por pessoa de confiança, que poderá ser livremente nomeada e exonerada (*ad nutum*).

Finalmente, os vitalícios são os cargos cujo elemento permanência é ainda mais intenso, uma vez que seus ocupantes só perderão por meio de sentença transitada em julgado, sendo privativo dos magistrados, membros do Ministério Público e Ministros dos Tribunais de Contas. O provimento pode ou não depender de concurso público. A vitaliciedade ocorre após dois anos de exercício, se o ingresso foi por concurso, nos caso dos juízes e promotores, ou logo após a posse, se por indicação, no caso, por exemplo, dos Ministros dos Tribunais Superiores.

O artigo 3º da Lei nº 8.112/90 (BRASIL, 1990) assim define cargo público como sendo:

"O conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. **Parágrafo Único.** Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão".

No entender de Rosa (2002, p.45 e 46) "cargo público pode ser entendido como a integração de imputações e responsabilidades confiadas a uma agente público na Administração direta e indireta de qualquer dos poderes". Será criado por ato normativo (lei ou resolução), com denominação própria e inequívoca com relação a outro, detido por um único agente.

2.1.4 Emprego Público

Trata-se da relação empregatícia estabelecida com e pelo poder público no regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mello *apud* Paulo e Alexandrino (2010, p.81), ensina que:

"Empregos Públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista. O regime jurídico é trabalhista (contratual), embora pontualmente derogado por normas de direito público, sobretudo as que diretamente constam do texto constitucional. É a forma de contratação própria das pessoas jurídicas de direito privado". (MELLO APUD PAULO E ALEXANDRINO, 2010, p.81)

Rosa (2002, p.41) explica que emprego público corresponde a possibilidade de "encargo da função pública por pacto de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho", destacando as sociedades de economia mista, empresas públicas e mesmo as funções na Administração direta, quando não for adotado o regime estatutário.

Andrade (2007, p.174), por sua vez, explica que a vinculação contratual e o regime jurídico do emprego público é celetista, e embora demande concurso público, é impossível adquirir estabilidade.

Segundo o site jusbrasil.com.br, emprego público é a possibilidade do exercício da função pública por contrato de trabalho regulamentado pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), toma posse de emprego público quem por

meio de contratação, sob regime da CLT, ocupa a função pública. Diferencia-se o emprego público do cargo público pelo fato de ter o primeiro vínculo ser regido pela CLT e o segundo ser de natureza estatutária regulamentada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos.

2.1.5 Função Pública

Rosa (2002, p.41) entende função pública como atribuição, encargo ou competência para o exercício de determinada função, assim também como o fim que se destina o exercício da atividade. O exercício da função é vinculado ao atendimento do interesse público. Os limites da função concluem a noção de competência.

DI PIETRO *apud* Paulo e Alexandrino (2010, p.81), esclarece que:

"Funções Públicas são as funções de confiança e as exercidas pelos agentes públicos contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX). Em alguns casos há concurso público para o preenchimento de funções públicas."

"A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público." (BRASIL, 1988, Artigo 37, inciso IX)

Andrade (2007, p.174) preceitua que a função pública, prevista no artigo 37, inciso V da Constituição Federal de 1988 é criada por lei e destina-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Também é conhecida como função de confiança só podendo ocupá-la quem possui cargo efetivo.

Pode-se então descrever função pública como a competência, atribuição ou encargo para o exercício de determinada função. Essa função não é livre, sendo o seu exercício "sujeito ao interesse público, da coletividade ou da Administração."

2.1.6 Concurso Público

Para ingressar em cargos, empregos ou funções públicas, é necessário que o agente seja brasileiro e que preencha os requisitos estabelecidos em lei, segundo o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que trata sobre o acesso aos cargos,

empregos e funções públicas na Administração Direta e Indireta de todos os entes federados: União, Estado e Municípios.

Deste modo, a situação é diferente para brasileiros e estrangeiros. Mas para que os brasileiros natos ou naturalizados tenham acesso aos cargos, empregos ou funções públicas basta atender os requisitos da lei.

Paulo e Alexandrino (2010, p. 82) esclarecem que o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, com Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, especifica a exigência de aprovação prévia em concurso público para o ingresso em empregos públicos e cargos efetivos:

"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." (BRASIL, 1988)

A Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990) em seu artigo 11 esclarece como será realizado concurso público:

"O concurso será de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas." (BRASIL, 1990)

A Advocacia Geral da União, em seu Enunciado nº 22 de 5 de maio de 2006, dispõe:

"Não se exigirá prova de escolaridade ou habilitação legal para inscrição em concurso público destinado ao provimento de cargo público, salvo se a exigência decorrer de disposição legal ou, quando for o caso, na segunda etapa de concurso que se realize em duas fases." (BRASIL, 2006)

Paulo e Alexandrino (2010, p.83) explanam que é vedada a contratação para cargos efetivos ou empregos públicos baseadas apenas em análise de títulos ou currículos ou em quaisquer outros procedimentos que não incluam a realização de provas. Para eles o princípio da moralidade determina que a exigência de títulos em concursos públicos unicamente se justifica para cargos ou empregos cujas atribuições estejam sujeitos a conhecimentos técnicos específicos, privativos de determinadas profissões, como engenheiros, médicos e advogados, por exemplo.

Também poderá ser exigido exames psicotécnicos para habilitação ao cargo ou emprego e os critérios sejam objetivos, desde que haja previsão em lei, além de ser necessária a possibilidade de recurso pelo candidato que não for habilitado.

O Supremo Tribunal Federal, na Súmula 686, dispõe:

"Exame Psicotécnico - Candidato a Cargo Público Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público." (BRASIL, 2003, **STF Súmula nº 686** - 24/09/2003 - DJ de 9/10/2003, p. 5; DJ de 10/10/2003, p. 5; DJ de 13/10/2003, p. 5.)

Pode-se concluir, portanto, que a Administração Pública é legítima para modificar as condições de um concurso que estivesse originalmente previsto no edital, quando for necessário para adequar eventuais inovações surgidas após à publicação do edital, contanto que o concurso público ainda não esteja concluído e homologado.

Silva (1999, p.658) traz ao plano sua contribuição, explicando que, de acordo com o art. 37,II da CF/88, para que haja investidura em cargo ou emprego é necessário o concurso público:

"O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por 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." (SILVA, 1999, P.658)

A exigência de aprovação prévia em concurso público implica a classificação dos candidatos e nomeação na ordem prioritária dessa classificação. Para ter direito à investidura, não basta apenas ser aprovado em concurso, é preciso que esteja classificado em posição correspondente às vagas existentes, durante o período de validade do concurso, que será de até dois anos, prorrogável por mais dois anos, conforme dispõe o artigo 37, inciso III da Constituição Federal.

2.1.7 Cargos em Comissão

O concurso público será exigido apenas aos cargos efetivos, não sendo obrigatório para o exercício temporário de função pública, para os cargos em comissão e para as funções de confiança, exercidos por servidores públicos designados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme prevê o art. 37, V da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Rosa (2002, p. 54) entende que os cargos em comissão admitem provimento independente de concurso, sendo de "livre nomeação", sendo necessário que parte das vagas sejam preenchidas por servidores públicos efetivos. Explica ainda que:

"Por conta dessa disposição constitucional, a lei deve fixar os casos, condições e percentuais mínimos para o provimento, por servidores dos cargos em comissão, fixando, via de consequência, os que admitirão o provimento em concurso. A criação desses cargos deverá atender aos princípios expressos no próprio art. 37 do texto constitucional e, em especial, ao princípio da razoabilidade". (ROSA, 2002, p.54)

Meirelles (2009, p.424) explica que o cargo em comissão só é admitido em caráter provisório, já que são declarados em lei de livre nomeação e exoneração, ou seja, sem ter se submetido a um concurso público. Entretanto, os cargos em comissão só serão destinados aos cargos de direção, chefia e assessoramento. A Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1998) determinou que parte dos cargos em comissão se daria unicamente por servidores de carreira, que preenchessem as condições mínimas previstas em lei.

Ainda no entender de Meirelles (2009, p.424) as hipóteses de provimento de cargos em comissão para os servidores efetivos não será totalmente livre, como no caso de servidores que não tinham vínculo anterior à nomeação ao cargo em comissão. Esclarece que:

"A lei ali referida será de cada entidade política, mas especialmente na fixação dos percentuais mínimos,deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas em lei." (MEIRELLES, 2009, p.424)

O Supremo Tribunal Federal julgou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.706 e entendeu que os "cargos com atribuições meramente técnicas" não têm "o caráter de assessoramento, chefia ou direção", como é exigido no artigo 37, V da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ainda para Meirelles (2009, p. 424) a instituição dos cargos em comissão é permanente, mas seu desempenho é sempre "precário, pois quem o exerce não adquire direito à continuidade na função, porque exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração".

A Súmula Vinculante nº 13/2008 aprovada pelo Supremo Tribunal Federal trata sobre a escolha das pessoas que ocuparão os cargos em comissão, assim:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” (BRASIL, 2008, **Súmula Vinculante nº 13 de 2008**)

Trata-se, portanto, do nepotismo. O STF no Recurso Extraordinário nº 579.951 diferenciou "cargo estritamente administrativo" e "cargo político", e entendeu que é legítima a nomeação de parente para cargos de Ministros de Estado, Secretários Estaduais, Municipais e do Distrito Federal.

Antes disso, o STF julgou a Resolução 07/2005 do CNJ, que veda o nepotismo no judiciário, nos mesmos moldes descritos acima, por entender que é incompatível com os princípios da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da moralidade.

3 METODOLOGIA

O Procedimento metodológico, conforme já mencionado neste estudo, fundamenta-se na pesquisa de ordem bibliográfica baseado no uso de consultas de Livros de referência, com maior concentração na área do Direito Administrativo, Constitucional de Trabalhista, e Artigos científicos; e também de ordem documental, desenvolvido a partir da análise de documentos como: Leis e Jurisprudências que tratam sobre Regime Jurídico do de Servidor Público.

Também foi realizada, aderente ao estudo de caso deste trabalho, tratado no capítulo 4, a análise de um caso concreto de uma servidora comissionada gestante que foi exonerada sem receber as verbas rescisórias.

3.1 TIPO DE PESQUISA OU TÉCNICAS DE PESQUISA

Conforme exposto, a metodologia utilizada para este trabalho é a pesquisa bibliográfica. Para tanto estão sendo utilizadas formas diversas para consulta, tais como livros, artigos, internet.

Para Gil (2002, p. 44), a pesquisa bibliográfica é concretizada tendo como base material já elaborado, composto principalmente de livros e artigos científicos. Aduz ainda que, embora em quase todos os estudos se exija alguma espécie de trabalho dessa natureza, há pesquisas que são desenvolvidas exclusivamente com base em fontes bibliográficas.

Prosseguindo Gil (2002, p. 45), assegura que:

"A principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. Essa vantagem torna-se particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos pelo espaço." (GIL, 2002, p.45)

Tendo como base a citação retro mencionada, foi adotada esta metodologia, pois a pesquisa bibliográfica permite ampliar o campo de estudo do assunto.

3.2 COLETA DOS DADOS

Nesta pesquisa foram coletados dados em fontes bibliográficas para abordar servidor público, conceituar empregado público, agente temporário, cargo público, emprego público, função pública, concurso público, além de diferenciar o empregado público do celetista e estatutário, objetivando orientar o leitor quanto o regime jurídico dos servidores públicos especialmente os do Município de Apiaí.

Especificamente, o assunto mais explorado é o regime celetista adotado pela Prefeitura do Município de Apiaí-SP. Com base na bibliografia utilizada, foram delineadas a competência para julgar as ações que envolvam o servidor municipal e a Administração Pública.

3.3 ANÁLISE DOS DADOS

Para realizar a análise dos dados foram adotadas opiniões encontradas na bibliografia pesquisada, que informam o regime jurídico dos servidores públicos.

Após a exposição de tais argumentações, foram descritas as considerações finais, onde são apontadas recomendações sobre o regime jurídico adotado pela prefeitura do Município de Apiaí.

4 ESTUDO DE CASO: O REGIME JURÍDICO ATINENTE AO SERVIDOR PÚBLICO

Para Meirelles (2009, p.419) o Regime Jurídico dos servidores civis concretiza os ensinamentos legais sobre as condições de acesso aos cargos públicos, a investidura em cargo efetivo (através de concurso público) e em comissão, as nomeações para funções de confiança. Além de instituir os deveres e direitos dos servidores, os critérios para as promoções, o sistema remuneratório, que envolve os vencimentos, as especificações das vantagens de ordens pecuniárias, os salários e as reposições, penalidades, processo administrativo e a aposentadoria.

O Regime Jurídico, segundo o mesmo autor, também pode ser estatutário, celetista e administrativo especial:

"Fundados em suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas para determinadas categorias profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime estatutário regular, geral ou peculiar. Por fim, devem adotar um de natureza administrativa especial, na forma da lei de cada pessoa política, prevista pelo art. 37, IX, da CF, para contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público." (MEIRELLES, 2009, p.219)

Ainda para Meirelles (2009, p. 420) alguns servidores públicos se submetem ao regime jurídico estatutário, obrigatoriamente, por exercerem atribuições exclusivas de Estado, como é o caso dos Magistrados e do Ministério Público e os Conselheiros dos Tribunais de Contas, neste caso têm regimes jurídicos peculiares.

Justen Filho (2006, p. 587) explica que cada estrutura federativa do Estado Brasileiro (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) tem autonomia para dispor sobre a organização de seus serviços, inclusive ao que tange o regime jurídico. Contudo, os "princípios e regras fundamentais que são uniformes, consagradas constitucionalmente".

Segundo o mesmo autor, os servidores públicos podem ser classificados em regimes jurídicos distintos, sendo em vista da natureza do vínculo jurídico mantido com o Estado: "servidores investidos em cargo público; servidores sujeitos ao regime trabalhista; e pessoal contratado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

"Nos dois primeiros casos, aplicam-se os princípios de direito público (por exemplo, investidura subordinada à aprovação prévia em

concurso público), mas o regime trabalhista público apresenta forte semelhança com aquele que disciplina a relação entre particulares. O regime estatutário ou de cargo público apresenta todas as características do direito público". (JUSTEN FILHO, 2006, p.591)

Esclarece ainda Justen Filho (2006, p.591) que os servidores contratados para atender necessidade temporária e de extraordinário interesse público apresenta excepcionalidade, deste modo "autoriza tratamento secundário".

4.1 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE APIAÍ

A Lei Municipal nº 127/2011 (APIAÍ, 2011) trata sobre a estrutura administrativa, o quadro de pessoal, a escala de vencimentos e o enquadramento salarial dos servidores públicos do Município de Apiaí, trazendo que o Regime Jurídico Adotado pelo município é o celetista.

O artigo 4º da referida Lei dispõe que o quadro de pessoal é composto por cargos públicos em comissão e de empregos públicos. Já o artigo 5º determina que os cargos públicos em comissão são livres de nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, desde que observados os preceitos do artigo 37, II da Constituição Federal.

É proibido aos ocupantes de cargos públicos em comissão a evolução escalonada em classes ao servidor ocupante de emprego público. Já os ocupantes de empregos públicos que preencherem os cargos em comissão poderão optar pela remuneração de seu cargo ou à remuneração do emprego de origem. Ao ser exonerado, o empregado público ocupante de cargo em comissão retornará ao seu emprego de origem.

Embora a Lei Municipal trate de quase todos os aspectos atinentes aos servidores públicos, deixa de mencionar sobre a estabilidade da gestante e sobre o depósito do Fundo de Garantia por tempo de Serviço.

Mascaro (2012) ensina que a "estabilidade gestante é assegurada pelo artigo 10, II do ADCT/1988 e veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada grávida, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Existem exceções a esta regra, no caso dos contratos por prazo determinado, de acordo com o entendimento concretizado pela Súmula 244, item III do TST, que regulamenta que a "empregada gestante admitida por meio de contrato de experiência não tem direito à estabilidade provisória, já que a rescisão é próprio do contrato".

Mascaro (2012) ainda entende que os Acórdãos do STF versam especificamente de trabalhadoras que prestam serviço à Administração Pública, independente da espécie de vínculo, podendo ser administrativo, temporário, comissionado ou mesmo precário. Por se discutir situação jurídica diversa, este entendimento não pode ser aplicado a contratos regulares de experiência, firmados entre particulares.

4.1.1 Empregado Celetista

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) define empregado:

"Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Não haverá distinção relativa a espécie de emprego e a condição de trabalho intelectual, técnico e manual."

Hermanson (2008) esclarece que é considerado empregado "toda pessoa física que prestar serviços". Os profissionais autônomos são pessoas físicas e não jurídicas. Para diferenciar pessoa física e jurídica basta observar o documento que este prestador de serviços apresenta. "Se o documento for o CPF (Cadastro de Pessoas Físicas) ele será pessoa física, já se for o CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), será uma empresa".

Segundo o mesmo autor, deve ser observado a regularidade do serviço prestado, "de natureza não eventual". Frisa-se que não eventual é todo aquele serviço prestado de forma regular. A regularidade para a Justiça do Trabalho não precisa ser diária, podendo ser semanal, quinzenal ou mesmo mensal. "O que importa à Justiça do Trabalho é saber se o mesmo prestador de serviços é acionado sempre que o tomador desse serviço precisa daquele serviço específico. Se a resposta for sim, muito provavelmente será configurada a regularidade nesta prestação de serviços".

A subordinação é tratada como "prestar serviços de natureza não eventual, mediante dependência deste". Subordinação significa sujeitar-se ao cumprimento de ordens. Neste caso, se o prestador de serviços agir em obediência as deliberações do tomador desses serviços terá uma relação de subordinação entre eles.

Finalmente, o último requisito que caracteriza a relação de emprego é o pagamento de salário ao prestador de serviços. Salário se refere a qualquer tipo de remuneração paga pelos serviços prestados.

Deste modo, havendo uma prestação de serviços realizada por pessoa física, com regularidade, subordinação e remunerada, trata-se de relação de emprego.

A relação jurídica entre o servidor trabalhista no regime CLT e o Estado é de natureza contratual, assim, é celebrado um contrato de trabalho, como com uma empresa do setor privado, sendo-lhe, portanto, assegurado o direito a FGTS (Fundo

de Garantia por Tempo de Serviço). Deste modo, cada contrato poderá conter disposições ou adendos não regidos por lei.

4.1.2 Estatutário

Dois são os regimes jurídicos dos servidores públicos que vigoram no Brasil: Estatutário e Celetista (Consolidação das Leis do Trabalho). O Regime Jurídico Estatutário dos servidores públicos é um conjunto de princípios e regras atinentes a direitos, deveres e demais normas que regem a vida funcional. A lei que aglomera estas regras é denominada de Estatuto e seu regime jurídico passa a ser chamado de Estatutário. Ou seja, a relação de trabalho entre o servidor e o Estado é regulamentada por Lei.

Cada esfera pública seja da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possui um Estatuto, que consiste num conjunto de regras e leis próprias. Em nível Federal, no âmbito dos funcionários civis, o Estatuto é regido pela lei 8.112/90, de 11/12/1990 (BRASIL, 1990), com suas alterações é aplicável a ocupantes de cargos públicos Civis da União, das autarquias e fundações públicas federais.

O regime estatutário impõe uma série de benefícios aos contratados, como por exemplo: a estabilidade no cargo e as licenças-prêmio, a primeira somente poderá ser alcançada pelo servidor após 3 (três) anos de efetivo exercício e depois de avaliação positiva por parte de comissão formada na entidade empregadora.

O servidor estável somente perderá seu cargo se cometer crimes contra a administração pública ou se abandonar o trabalho por mais de 30 dias. Contudo antes do afastamento, considerado um ato extremo, o suspeito deve passar por processo administrativo conduzido por comissão de servidores e ter direito à ampla defesa e do contraditório. Em muitos casos, inclusive, cabe advertências antes das punições.

O direito ao FGTS é vetado aos estatutários, tendo em vista que ele foi criado para segurança financeira dos empregados sem estabilidade. Entretanto, aos celetistas ultimamente ele é obrigatório, pois houve um tempo em que o contratado poderia optar ou não pelo desconto do valor para o Fundo de Garantia do seu salário.

4.1.3 Competência

Torraca (2010) ensina que conforme o caput do art. 114 da CF (BRASIL, 1988), por força da redação imposta pela EC nº 45/04 (BRASIL, 2004), cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar as demandas de interesse nele previstos. Seu inciso primeiro menciona às “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Os servidores públicos podem ser regulamentados pelo regime estatutário ou pelo regime celetista, que é fixado no edital de abertura do concurso para sua contratação.

Com o art. 114, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a Justiça do Trabalho passou a receber as demandas que envolvem os servidores públicos, tanto celetistas, quanto estatutários, por entender que o servidor público, assim como todo empregado, coloca sua força de trabalho à disposição do seu empregador, que neste caso é Administração Pública.

A Lei nº. 8.112/90 (BRASIL, 1990) dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis, em seu art. 240, alínea “e”, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para apreciar as lides decorrentes de relação de trabalho envolvendo servidores públicos estatutários. O Supremo Tribunal Federal revogou a mencionada letra “e”, entendendo que a competência para apreciar tais causas é da Justiça Federal. O entendimento do Tribunal se fundou na interpretação de que o termo “trabalhador” previsto no art. 114 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) não abrangeria o “servidor público” investido em cargo, ou seja, estatutário.

Torraca (2010) interpreta ainda que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca do tema em diversos julgamentos que chegaram ao seu apreço, em especial, cumpre mencionar a ADI 3.395, cuja liminar foi dada pelo Ministro Nélson Jobim, ao suspender *ad referendum* toda e qualquer interpretação dada ao inciso I, do art. 114 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), na redação dada pela EC n. 45/2004 (BRASIL, 2004) que incluía na competência da Justiça do Trabalho as ações entre servidores públicos regidos pelo regime estatutário e o Estado.

O Supremo Tribunal Federal percebeu que a proposta originária do artigo 114 excluía da competência da Justiça do Trabalho as causas entre servidores públicos

estatutários e que, tal observação somente não foi publicada no artigo por um erro no processo legislativo de aprovação da Emenda, que eliminou a expressão indevidamente, não fazendo qualquer advertência a respeito da competência da Justiça do Trabalho quanto aos sujeitos da relação jurídica.

Em suma, quando os servidores públicos federais forem convocados com base no regime celetista, terá competência a Justiça do Trabalho para julgar das demandas em que estes figurem no polo passivo. Com relação aos servidores estatutários, a competência será da Justiça Federal.

De acordo com o entendimento do Supremo, nas demandas ajuizadas por servidores públicos estatutários, os princípios constitucionais aplicáveis são diversos dos princípios aplicados às relações de trabalho protegida pela CLT. No caso dos empregados acobertados pela CLT o que caracteriza a relação é a hipossuficiência do empregado diante do seu empregador, enquanto na Administração Pública, temos a aplicação do princípio constitucional da Supremacia do Interesse Público, o qual prevalece no momento do julgamento.

No que tange os servidores públicos estatutários da Administração Pública Estadual e Municipal também não há dúvida, sendo a Justiça Comum competente para julgar as ações que envolvam estes servidores, já que, neste caso, o vínculo não é de emprego, mas sim de adesão. Enquanto os empregados públicos celetistas da Administração Pública Estadual e Municipal, será de competência da Justiça do Trabalho, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, eis que, neste caso, o vínculo é de emprego e contratual.

No entanto, as Súmulas nº 28 e 29 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região publicadas em 28 de agosto de 2012 tratam a este respeito:

COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO INVESTIDO EM CARGO EM COMISSÃO. REGIME JURÍDICO DA CLT. A Justiça do Trabalho é competente para a apreciação de litígios envolvendo servidor público admitido pelo regime da CLT, ainda que investido em cargo em comissão. (BRASIL, 2012, Súmula 28 do Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região)

SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO DA CLT. CARGO EM COMISSÃO. DEPÓSITOS DO FGTS. DEVIDOS. O servidor público, submetido ao regime da CLT e investido em cargo em comissão, faz jus ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço." (BRASIL, 2012, Súmula 29 do Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região)

Pode-se afirmar que o assunto não é pacífico, pois embora o TRT15 entenda que, sendo celetista, é de competência da justiça do trabalho, o STF entende que é da justiça federal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as exposições realizadas é preciso apresentar algumas considerações a respeito do regime jurídico adotado pela Prefeitura do Município de Apiaí, Estado de São Paulo.

Ao se optar pelo regime celetista, criou-se divergência com relação à competência para julgar ações atinentes aos servidores públicos, tendo em vista que a Constituição Federal ampliou a competência da Justiça do Trabalho para julgar este tipo de ação, embora os juízes do trabalho continuem entendendo ser de competência da justiça comum.

No caso em questão, em 2009 com o início de um novo mandato, o prefeito municipal que assumiu a prefeitura, exonerou vários servidores comissionados. Dentre eles, havia uma servidora que estava com sete meses de gestação e foi demitida sem considerar que, por se tratar de gestante, a CLT prevê estabilidade durante a gestação e quatro meses após o nascimento do filho. Além disso, a servidora não recebeu as verbas rescisórias e nem o FGTS do período laborado.

Esta servidora ajuizou ação trabalhista em 2009 na Justiça do Trabalho, entretanto o juiz do trabalho se declarou incompetente para julgar tal ação, respaldado na afirmativa que tratava-se de contrato político-administrativo e, deste modo, não era de competência da justiça do trabalho.

Em seguida o processo foi encaminhado à Vara Cível da Comarca de Apiaí, e como tratava-se de Reclamatória trabalhista requerendo a indenização referente à estabilidade gestante, bem como às verbas rescisórias, o juiz estadual entendeu que a questão deveria ter sido resolvida na Justiça do Trabalho. Entendeu ser incompetente para julgar tal ação e afirmou que só seria competente se fosse o caso de servidora concursada, nos moldes do art. 37, I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A servidora pública recorreu da sentença, mas o Tribunal manteve a decisão do juiz *a quo*. Portanto, a servidora foi exonerada e não recebeu suas verbas rescisórias e nem a indenização referente à estabilidade gestante.

Deste modo, ficou evidenciado que o regime jurídico adotado pelo município de Apiaí é desfavorável ao servidor, fundamentando-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

6 SUGESTÃO PARA NOVOS ESTUDOS

Tendo em vista a análise do caso sobre o regime jurídico celetista adotado pelo Município de Apiaí, à luz do referencial teórico, outros estudos poderiam tentar verificar sobre os Regimes Jurídicos adotados pelos municípios da Região, como no caso de Ribeira, Estado de São Paulo, que adota o Regime Jurídico híbrido, ou seja, celetista e estatutário.

Outra sugestão de estudo relacionado ao tema é a competência para julgar as ações dos servidores públicos comissionados, considerando que este não é um assunto pacífico entre os Tribunais Regionais do Trabalho e nem ao Supremo Tribunal Federal.

Nestes aspectos, grandes desafios surgirão, como a necessidade de se observar as vantagens e desvantagens ao servidor comissionado celetista, pois o direito desses trabalhadores poderiam ser garantidos se fossem julgados pela Justiça do Trabalho, tendo em vista que esta é mais benéfica ao empregado. Entretanto, como prevalece o princípio da Primazia do Interesse Coletivo, o interesse da Administração Pública se sobrepõe ao interesse do servidor celetista comissionado.

7 CONCLUSÃO

Após as considerações sobre o regime jurídico celetista adotado pelo Município de Apiaí é possível observar que as desvantagens superam muito as vantagens ao servidor comissionado, pois os pontos negativos apresentados com a adoção deste regime podem ser amenizados se forem julgados pela Justiça do Trabalho, tendo em vista que esta é mais benéfica ao empregado.

Ademais, verifica-se que, embora a CLT preveja direitos aos empregados, a Administração Pública tem princípios próprios, como a primazia do interesse público sobre o privado, e os dois princípios se chocam, prevalecendo quase sempre os princípios atinentes à Administração Pública.

Também cabe ressaltar que o princípio da primazia do interesse público é um princípio básico da Administração Pública, em que o interesse da coletividade se sobrepõe sobre o interesse do particular.

Segundo este princípio, sempre que houver divergência entre os interesses, há de prevalecer o coletivo. Mas cabe ressaltar que esse princípio deve ser seguido, tanto na ocasião da elaboração da lei, quanto no momento da execução da mesma, em um caso concreto, sempre vinculando a autoridade administrativa. Existindo atuação que não atenda ao interesse público, ocorrerá o vício de desvio de finalidade, o que torna o ato nulo.

Por fim, ressalta-se que o interesse público é indisponível. Assim sendo, os poderes conferidos à Administração Pública têm a característica de poder-dever, que não podem deixar de ser exercidos, sob pena de ser caracterizada a omissão.

Desta forma, conclui-se que os servidores públicos comissionados ficam a mercê dos ocupantes do cargo eletivo, tendo em vista que são admitidos e exonerados sem garantia de receber os valores referentes à indenização da rescisão contratual, ou seja, se o servidor comissionado "votou" naquele que venceu a eleição, ele terá seu emprego garantido, se ele "não votou". **Nesse sentido, em resposta à questão problema deste estudo, observa-se que:** não importa se ele é um bom funcionário, se realiza suas funções com capacidade técnica, ele será exonerado e ainda não receberá as verbas resultantes do período trabalhado, fruto do seu esforço.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2010. (p.79 a 115).

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Premier Máxima, 2005. Coleção Elementos do Direito. (p. 171 a 183).

APIAÍ. **Lei Municipal nº 127 de 30 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a estrutura administrativa, o quadro de pessoal, a escala de vencimentos e o enquadramento salarial dos servidores públicos do município de Apiaí e dá outras providências correlatas. Disponibilizado no (http://www.apiai.sp.gov.br/images/juridico/leis-2011/Lei_127-2011_--ISO-8859-1-Q-_RestruturaE7E3o_Adm-_publicar.pdf), consultado em 11 de outubro de 2012 às 22h26.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Constituição Federal (1988)**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Pub. DOFC 12/10/1990, p.23935, COL 1, Diário Oficial da União, Seção I.

_____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Pub. DOU 3.6.1992, disponibilizado no (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm) consultado em 11/10/2012 às 15h23.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.706-4 Mato Grosso do Sul**. DJE nº 117. Divulgação 04/07/2007. Publicação 05/10/2007. DJ 05/10/2007. (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489862>), consultado em 11 de outubro de 2012, às 15h57

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94747>), consultado em 11/10/2012 às 16h22.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.851-4 Rio Grande do Norte**. Tribunal Pleno. 20/08/2008. ([http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/decisao_-_nepotismo_\(20.08.2008.\).pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/6/docs/decisao_-_nepotismo_(20.08.2008.).pdf)), consultado em 11/10/2012 às 22h44.

CAVALCANTI, THEMISTOCLES BRANDÃO. **O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico Tomo 2.** 1. ed. [S.l.]: Borsoi, 1958.

CIDADE, LUIZ CARLOS DE CARVALHO. **O Servidor Público e a Jurisprudência Trabalhista.** 3. ed. [S.l.]: Trabalhista, 1990.

CADENAS, LEANDRO. **Princípio da Supremacia do Interesse Público.** Sobre Direito Administrativo. (<http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-supremacia-do-interesse-publico.html>), consultado em 02 de novembro de 2012, às 15h42.

Definição de emprego Público. (<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/296556/emprego-publico#topicos-dicionario>), consultado no dia 28 de setembro de 2012, às 14h23

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Lei Número 8.112 Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União.** 3. ed. [S.l.]: Brasília Jurídica, 1996.

FÜHRER, Maximilianus C. Américo; FÜHRER, Maximiliano R. Ernesto. **Resumo de Direito Administrativo.** 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. (p. 75 a 84).

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HERMANSON, Boris. **Definição legal de Empregado.** Disponível em julho de 2008. (http://antigo.sp.sebrae.com.br/principal/abrindo%20seu%20neg%C3%B3cio/pr odutos%20sebrae/artigos/listadeartigos/definicao_empregado.aspx) Acesso em outubro 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. (p.578 a 711).

MASCARO, Sônia. **Estabilidade Gestante em Contrato de Experiência (2012).** (http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=384:estabilidade-de-gestante-em-contrato-de-experiencia&catid=80:decisoes-comentadas&Itemid=221), consultado em 11/10/2012 às 22h49.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. (p.416 a 520).

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. (p. 41 a 60).

SANT'ANA, Ronaldo; BRASIL. **Regime Jurídico Único;** RONALDO SANT'ANNA (ORG.). **MANUAL DO SERVIDOR PÚBLICO.** 2. ed. [S.l.]: Tema Cultural, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. (p. 657 a 679).

SILVA, Patrícia Pinheiro. **Terceirização nos Serviços Públicos**. Disponível no (<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Trabalho/douttrab129.html>). Consultado em 20/09/2012 às 15h39.

TORRACA, Sylvia Pozzobon. **Servidores públicos e a competência da Justiça Trabalhista após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7404>. Acesso em out 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta Processual**. <http://www2.tjsp.jus.br/PortalTJ3/Paginas/Pesquisas/Primeira_Instance/Interior_Litoral_Civel/Por_comarca_interior_litoral_civel.aspx>. Acesso em out 2012

UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ. **Normas para elaboração de trabalhos acadêmicos. Comissão de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. Curitiba: UTFPR, 2008. 122p.

ANEXO 1

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRT DA 15ª REGIÃO

VARA DO TRABALHO DE CAPÃO BONITO

PROCESSO Nº 00173-2009-123-15-00-4.

VARA DO TRABALHO DE CAPÃO BONITO

PROCESSO Nº 173/2009-4 RT.

RECLAMANTE: ALINE CRESPO EMIRANDETTI

RECLAMADO: MUNICÍPIO DE APIAÍ

VISTOS ETC.

Submetido o presente processo a julgamento, foi então proferida a seguinte **D E C I S Ã O**

I - RELATÓRIO:

ALINE CRESPO EMIRANDETTI, regularmente qualificada na inicial (folha 03), propôs RECLAMAÇÃO TRABALHISTA em face do MUNICÍPIO DE APIAÍ. Na petição inicial de folhas 3/8, alegou: que foi contratada pela municipalidade reclamada em 6/3/2007 para exercer a função de administrador do artesanato, de provimento em comissão, sendo que em 15/8/2007 foi exonerada do cargo em questão tendo sido contratada desta feita para o cargo de diretor do departamento de turismo; que sua maior remuneração foi de R\$ 1.132,00 mensais; que teve seu contrato de trabalho rescindido em 2/1/2009; que, todavia, durante o pacto laboral não foram realizados os depósitos do FGTS na conta vinculada, sendo que quando da rescisão contratual não foi pago pelo município reclamado a multa de 50% do FGTS; que quando da dispensa detinha estabilidade provisória, pois se encontrava grávida, razão pela qual aduz fazer jus à reintegração ao emprego ou o recebimento de indenização inerente ao período da estabilidade provisória.

Em consequência dos fatos narrados, pretendeu a condenação do município reclamado no pagamento dos salários inerentes ao período de estabilidade provisória; o valor referente ao auxílio maternidade; FGTS de 8% incidente sobre os salários auferidos durante o pacto laboral, bem como a multa de 50% e, bem assim, da multa do art. 477 da CLT, devidamente acrescido de juros legais + correção monetária. Requereu, também, pela isenção das custas processuais e a condenação da

empresa ré no pagamento dos honorários advocatícios. Atribuiu à causa o valor de R\$ 14.716,00, vindo a juntar procuração e documentos (folhas 9/22). Pela procedência.

O município reclamado foi devidamente notificado (folha 26), tendo então apresentado contestação por escrito (folhas 29/38), por meio da qual arguiu: que a reclamante exercia cargo em comissão, de livre provimento e exoneração pela municipalidade; já que se tratando de cargo comissionado, não há que se falar em pagamento das parcelas vindicadas. Enfim, rebateu as alegações feitas na inicial e requereu a improcedência dos pedidos. Protestou pela produção de provas, juntando, carta de preposição, documentos, procuração e substabelecimento (folhas 38/69). Sobre a defesa e os documentos apresentados pela municipalidade reclamada, manifestou-se a reclamante (cf. folhas 70/71 dos autos). Sem necessidade de outras provas, nem mesmo orais, restou encerrada a instrução processual (também conforme folha 27). Razões finais orais remissivas (igualmente folha 27). Inconciliados.

Relatados.

DECIDO.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

A – PRELIMINARMENTE:

1 – DA INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Inicialmente, quero realçar que dispõe o artigo 113 do Código de Processo Civil Brasileiro que: “A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”. Portanto, a incompetência em razão da matéria por ser absoluta, deve ser conhecida de ofício e, sempre que possível, deve ser declarada de imediato. No caso dos autos, aliás, a meu ver, é da Justiça Comum a competência para conhecer do presente litígio, conforme passo a fundamentar.

Com efeito, a competência material da Justiça laboral era determinada pelo artigo 114, da Constituição Federal de 1988 que dispõe que “compete a Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive, coletivas”.

Tal regra constitucional era complementada pelo disposto no artigo 39, da Carta Magna que dispõe: "Art. 39: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes" (grifo meu).

Também em amparo às regras anteriores tem-se, ainda, o disposto no parágrafo 3º, desse mesmo artigo 39, onde foram estipulados quais os direitos previstos no artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, que se estendem aos servidores públicos estatutários. No caso específico dos autos, conforme se verifica dos documentos de folhas 15/18 (portarias de nomeação e exoneração da reclamante) e também conforme ressaltado na própria exordial, restou incontroverso que a reclamante sempre exerceu cargo em comissão na Municipalidade reclamada e sob o regime estatutário.

Já a documentação apresentada pelo reclamado (folhas 40/63) atesta que a Lei nº 41/01 do Município de Apiaí regulou expressamente a organização do Regime Jurídico dos Funcionários Públicos da municipalidade reclamada, conforme aduz o artigo 1º de referida lei, artigo que é complementado pelo disposto no artigo 2º, da mesma citada Lei Municipal (folha 40), que além de instituir e fixar as normas legais, ou seja, o regime jurídico que regularia a relação de trabalho do autor, ainda criou um complexo e completo aparato de normas jurídicas a regular a forma de contratação, a investidura, os direitos e os casos de dissolução do vínculo do respectivo servidor com a administração pública.

Ademais, por meio dos artigos 3º e 4º, do capítulo II (folha 41) e dos Anexos I e II de referida lei, criou-se no Quadro de Pessoal do Município de Registro o cargo de provimento em comissão de Assessor do Artesanato e Administrador do Departamento de Turismo que foram justamente aqueles ocupados pela reclamante, conforme portarias de nomeação constante dos autos e já antes citada.

Como se verifica dos autos, portanto, a disposição legislativa que disciplinou a contratação da reclamante, estabeleceu expressamente que o regime jurídico a ser seguido em seu caso é o da Lei Municipal nº 41/01, ou seja, realmente é o estatutário. Portanto, o vínculo existente entre os litigantes não é de natureza trabalhista ou celetista, mas sim, estatutário e/ou administrativo.

Note-se que anteriormente o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho assim já se pronunciava sobre essa matéria ao consignar: “É incompetente esta Justiça Especializada para dirimir questões de natureza trabalhista relativas a período posterior à instituição de Regime Jurídico Único” (Tribunal Superior do Trabalho, AI-RR 221.791/95.2, Moacyr Roberto T. Auersvald, Ac. 2ª T. 3.189/96; APUD IN “Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho”, Valentim Carrion, 1º semestre, 1997, Editora Saraiva, nota 599, página 110 - grifos meus).

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, s.m.j., igualmente seguia essa mesma diretriz, verbis: “Ementa: INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. MUNICIPALIDADE. CARGO EM COMISSÃO. MOTORISTA. Os servidores nomeados em comissão são regidos por lei especial emanada da entidade responsável por tais serviços e funções. Nessa lei são estabelecidos seus direitos e obrigações. Esse regime, por certo, é diverso do estatutário e do celetista: é o administrativo. Os conflitos de interesses entre esses servidores e a entidade a que se vinculam, são resolvidos pela Justiça Comum, conforme tem decidido o STF, salvo em relação à

União” (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região/Campinas/SP, Acórdão nº 33734/01, Processo nº 29970/00, 5ª Turma, Relatora Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri, DOE de 06/08/01, página 41 – no original não há os grifos que foram ora lançados).

E os julgados em idêntico sentido acumulam-se:

“Ementa: INCOMPETÊNCIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTATUTÁRIO. A Justiça do Trabalho é incompetente para processar e julgar ações movidas por funcionários públicos municipais regidos pelo regime jurídico do estatuto, e ocupantes de cargo público em comissão. Competência da Justiça Estadual” (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região/Campinas/SP, Acórdão nº 3775/99, Processo nº 33369/97, 1ª Turma, Relator Juiz Antônio Miguel Pereira, DOE de 09/03/99, página 104 / no original não há o grifo que ora lancei).

Ocorre que, entretanto, em 31/12/2004 foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004 que alterou o artigo 114, da Constituição Federal de 1988 que passou então a dispor que: Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; Com base em tal alteração, a princípio, acabou-se por entender que a alteração da competência foi feita com modificação da Constituição Federal de 1988 e, como ali explicitado, tratando-se de alteração da competência em razão da matéria, apanharia os novos processos e os feitos em curso, razão pela qual, a partir de 31/12/2004, esta justiça especializada teria passado a ser competente para conhecer de litígios como os noticiado nestes autos.

Porém, na data de 25/janeiro/2005, a AJUFE (Associação de Juizes Federais) acabou por ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido liminar, contestando parte do texto da recém aprovada Reforma do Judiciário, justamente a que envolve a competência para julgar as ações dos servidores estatutários.

No entendimento da citada Associação, houve erro na publicação do texto. Tudo porque o Senado Federal aprovou a manutenção dessa competência para a Justiça Federal, como é atualmente, mas o texto que foi promulgado em 8 de dezembro e publicado no Diário Oficial em 31 de dezembro último manteve a redação da Câmara, que dá essa competência à Justiça do Trabalho. Afirmou, outrossim, que a tramitação normal do processo legislativo prevê que o texto de um projeto modificado no Senado seria devolvido para discussão e aprovação na Câmara. No entanto, o texto que acabou sendo publicado foi o oriundo da Câmara dos Deputados, que não trazia essa exceção votada pelo Senado. Haveria, assim, uma incorreção, uma inconstitucionalidade formal, pois foi promulgado um texto que não foi votado nas duas Casas, o que autorizaria a concessão do pedido liminar, excluindo-se da competência da Justiça do Trabalho os processos que envolvessem servidores estatutários.

Tal ADIN tomou então o nº 3.395-6 e foi distribuída ao então I. Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, que acabou por deferir a liminar postulada pela AJUFE na data de 27/1/2005 nos seguintes termos:

...concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a ... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Desse modo, com a citada liminar, NÃO prevalece mais a redação do inciso I, do artigo 114, da Constituição Federal de 1988, dada pela Emenda Constitucional nº 45, de modo que os servidores estatutários e/ou sujeitos a outros regimes administrativos e não celetistas devem ter seus processos julgados pelas justiças federal e estadual.

Portanto, feitos tais esclarecimentos e fundamentado meu entendimento acerca da matéria, o reconhecimento acerca da incompetência desta Justiça especializada, é de rigor e resta agora reconhecida. Diante disso, somente me resta agora, declarar, ex officio, que a competência para julgar o presente processo, pelo menos por ora, em face da liminar existente na ADIN supra, é da Justiça Comum, bem como, declaro, ainda, que esta Justiça especializada é incompetente "ratione materiae" para conhecer e julgar a presente ação, razão pela qual determino a remessa destes autos para a Vara Única da cidade de Apiaí, ficando prejudicada toda a análise das demais questões, inclusive de mérito, formuladas na presente demanda.

III - DISPOSITIVO:

POSTO ISSO, pelos fundamentos de fato e de direito supra e pelo mais que dos autos consta, nos termos do disposto no artigo 113, do Código de Processo Civil Brasileiro, declaro que este Juízo Trabalhista é absolutamente incompetente, em razão da matéria, para conhecer do presente litígio, razão pela qual declino a competência para a VARA ÚNICA DA CIDADE DE APIAÍ.

Procedidas às anotações de praxe, observadas as formalidades legais e os prazos processuais, encaminhem-se os autos a Vara Única da cidade de Apiaí, com as nossas homenagens e protestos de estilo.

Antes, porém, intimem-se as partes acerca da presente decisão. Nada mais.

Capão Bonito, 1º de julho de 2009 (4ª feira).

MAURO CÉSAR LUNA ROSSI - JUIZ FEDERAL DO TRABALHO

ANEXO 2

Processo Nº 030.01.2009.003047-8

Texto integral da Sentença

Comarca de Apiaí/Vara Única Controle: 1492/09 Reclamação Trabalhista Autor: Aline Crespo Emirandetti Réu: Município de Apiaí VISTOS PARA SENTENÇA. ALINE CRESPO EMIRANDETTI, já devidamente qualificada, ajuizou a presente Reclamação Trabalhista junto à Justiça do Trabalho em face do MUNICÍPIO DE APIAÍ, igualmente qualificado. Alegou a autora, em apertada síntese, ter sido contratada pelo réu em 06 de março de 2007 para exercer o cargo de Administradora de Artesanato, sendo exonerada em 15 de agosto de 2007. Disse que, na sequência, passou a ocupar o cargo de Diretora do Departamento de Turismo junto ao réu, exercendo esta função até 02 de janeiro de 2009, quando então foi novamente exonerada. Asseverou, outrossim, que a despeito de haver se desligado da relação empregatícia em janeiro de 2009, somente recebeu seus haveres em fevereiro e, ainda assim, parcialmente, eis que o réu não recolheu o FGTS durante o vínculo, e nem lhe pagou os 50% da multa devida em razão da exoneração imotivada. Acresceu se encontrar grávida quando de sua exoneração, o que entende ser descabido, pois vai de encontro à estabilidade provisória assegurada pela Carta Magna às gestantes. Por tais razões, protestou, em sendo reconhecido seu direito à estabilidade provisória, pelo pagamento: i) do valor referente a nove meses de salário; ii) de quatro salários, alusivos ao auxílio-maternidade; iii) do FGTS do período trabalhado; iv) da multa de 50% sobre o FGTS e, finalmente; v) da multa por infração ao §6º do art. 477 da CLT. Sucessivamente, não sendo o caso de reconhecimento da estabilidade provisória, requereu então a condenação do réu ao pagamento dos itens iii, iv e v, supra. Ao final, propugnou pela procedência de seus pedidos e condenação do réu ao pagamento das verbas sucumbenciais. Valorou a causa e juntou documentos (fls. 03/22). Notificado o réu, compareceu aos autos e apresentou resposta na forma de contestação. Alinhavou se tratar a demanda ajuizada de uma verdadeira aventura jurídica, pois ressuma ser fato incontroverso a admissão da autora, em seus quadros, para ocupar unicamente cargo comissionado. Gizou ser incompatível o recolhimento de FGTS para servidores demissíveis ad nutum, bem como o pagamento da multa de 40% do saldo do fundo de amparo ao trabalhador. Na mesma passada, em decorrência dos argumentos lançados, asseverou não haver que se falar em observância da estabilidade buscada pela autora motivada por sua gestação, pois, como dito, não era servidora concursada. Requereu a improcedência, a aplicação de multa à autora, por estar litigando de má-fé, e juntou documentos (fls. 29/69). Houve réplica (fls. 70/71). Conclusos, a Justiça do Trabalho se declarou incompetente para processar o feito, com base no art. 114, inc. I, da Constituição Federal, razão pela qual foram os autos recebidos por este Juízo (fls.72/74). Intimadas as partes, a autora protestou pelo julgamento antecipado do feito, ao passo que o réu ficou-se silente. É o relato do necessário. FUNDAMENTO e DECIDO. Trata-se de reclamação trabalhista proposta por Aline Crespo Emirandetti em face da Municipalidade de Apiaí. O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, uma vez que, compulsando os autos, vislumbra-se a matéria "sub judice" não demandar instrução adicional, além de já se encontrar nos autos a

necessária prova. Ademais, a questão é de fato e de direito, e já está suficientemente dirimida, razão pela qual é desnecessária a produção de mais elementos de cognição. Reconheço presentes os pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Concorrem ao caso as condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual, entendidas como de direito abstrato. Também não vislumbro qualquer vício processual, estando ausentes as hipóteses dos artigos 267 e 295 do Código de Processo Civil. A petição é apta e o procedimento corresponde à natureza da causa. A pretensão deduzida não carece de pedido ou causa de pedir. Ademais, o pedido é, em tese, juridicamente possível, não havendo incompatibilidade de pedidos, sendo que, a princípio, da narração dos fatos decorre logicamente a conclusão. No mérito, os pedidos deduzidos improcedem. Não é alvo de controvérsia o fato de ocupar a demandante, desde seu ingresso no quadro de funcionários da demandada, cargo comissionado, primeiro como Administradora do Artesanato (Portaria Municipal n. 037/2007, fl. 15) e depois como Diretora do Departamento de Turismo (Portaria Municipal n. 134/2007, fl. 18). Também não é novidade que a Constituição Federal de 1988 impôs aos entes públicos, como forma de zelar pelos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, a obrigatoriedade de investidura em cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso público (art. 37, inc. II). A ressaltar tal forma de investidura, o mesmo dispositivo constitucional fez constar as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, os quais devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, somente para as funções de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inc. V, da CF). Como é da própria essência do cargo, o servidor comissionado é demissível ad nutum, ou seja, sem necessidade de se motivar o rompimento do vínculo entabulado, até mesmo porque admitido sem a aprovação em concurso público. Na lição de Hely Lopes Meirelles, cargo em comissão “é o que só admite provimento em caráter provisório. (...) A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração” (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed. Editora Malheiros, pág. 421 e 426). Vale dizer, por ser de natureza excepcional, o cargo em comissão está sujeito a regime próprio e tratamento especial, que justifica, por exemplo, o não pagamento de horas extras, em razão do exercício de jornada de trabalho diferenciada, conforme apropriadamente enfatizado pelo Des. Leme de Campos, no acórdão n. 519.785-5/9, do eg. Tribunal de Justiça Bandeirante. Pois bem, ao ser declinada da competência para processar e julgar este feito pela Justiça Especializada do Trabalho (fls. 72/74), definiu-se que a autora sempre exerceu cargo em comissão na Municipalidade reclamada e sob o regime estatutário (fl. 73, segundo parágrafo). E mais, restou assente na ocasião que “a disposição legislativa que disciplinou a contratação da reclamante, estabeleceu expressamente que o regime jurídico a ser seguido em seu caso é o da Lei Municipal n. 41/01, ou seja, realmente o estatutário. Portanto, o vínculo existente entre os litigantes não é de natureza trabalhista ou celetista, mas sim, estatutário e/ou administrativo” (Destaquei). A decisão em testilha não foi alvo de recurso e, portanto, encontra-se imantada pela coisa julgada material. Neste passo, tratando-se de relação estatutária, em comissão, “é cedido que quando da exoneração do servidor não são devidas verbas rescisórias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, como o

aviso prévio, o seguro desemprego, as multas dos arts. 467 e 477 da CLT, bem como o fundo de Garantia por Tempo de Serviço” (TJSP; Ap. Cível n. 761.708.5/0-00; Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti; J. em 18 de novembro de 2009). Bem de ver que as férias, 13º salário e o saldo salarial foram devidamente pagos, como demonstra o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho juntado pela municipalidade à fl. 67 e não impugnado pela demandante. Em outros termos, por não ser aplicável a CLT à espécie e sim a Lei Municipal n. 41, de 27 de dezembro de 2001 (fls. 40/63), dado o regime estatutário da autora, somente seria devido a mesma eventuais diferenças caso previstas no respectivo diploma, o que não se evidenciou no caso em apreço. O mesmo se o diga no tocante à almejada estabilidade cujo reconhecimento é pretendido pela autora, motivada por sua gravidez quando da exoneração. E isso porque é da índole do cargo em comissão a sua livre exoneração, independentemente de quaisquer razões, não comportando qualquer garantia de estabilidade. Não havendo previsão para tanto na Lei Municipal n. 41, não há como se conferir o direito buscado, sob pena de se invadir seara legislativa. Assim, à guisa dos fundamentos ordenados, a improcedência total dos pedidos deduzidos é o caminho mais judicioso a ser seguido. Isso, todavia, não implica em se reconhecer estar litigando de má-fé a autora, conforme pontuou o réu, porquanto não se desconhece da existência de posicionamentos diversos afeitos à matéria debruçada. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos deduzidos pela autora ALINE CRESPO EMIRANDETTI em face do MUNICÍPIO DE APIAÍ, ambos já devidamente qualificados, resolvendo, assim, o mérito da contenda, com esteio no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sucumbente, arcará a autora com as despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, estimados estes em R\$300,00, ante a parca complexidade das questões debatidas e o grau de zelo do causídico (art. 20, §4º, do CPC), ressalvada a gratuidade que ora defiro à autora, posto que requerida à fl. 08. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, archive-se o feito, dando-se as baixas de estilo. Apiaí (SP), 19 de abril de 2010. Paulo Alexandre Rodrigues Coutinho Juiz de Direito