



ACÓRDÃO N. _____ P: _____
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO.
AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO N.
0003363-64.2009.8.14.0040
COMARCA: PARAUAPEBAS
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PARAUAPEBAS
ADVOGADO: HERNANDES ESPINOSA MARGALHO
AGRAVADO: ANTÔNIO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO: CARLOS VIANA BRAGA E OUTROS
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES.

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO E REEXAME. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR TEMPORÁRIO. CONTRATO NULO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

4. Legalidade dos contratos de servidores temporários e cabimento das parcelas do FGTS. Questão decidida referente ao pagamento de FGTS aos servidores temporários que tiveram declarados nulos os contratos firmados com a Administração por ausência de prévia aprovação em concurso público. Matéria de repercussão geral reconhecida pela Corte Suprema (voto paradigma REsp 598.478/RO, 13/06/2012). Direito à percepção dos valores correspondentes aos depósitos do FGTS. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.

5. Possibilidade de produção de efeitos do ato supostamente nulo. Direito do trabalhador aos valores depositados a título de FGTS quando declarada a nulidade do contrato firmado com a Administração Pública por força do artigo 37, § 2º da CR. Supremo Tribunal Federal reconheceu efeitos jurídicos residuais do ato nulo no plano da existência jurídica, mitigando os efeitos da nulidade absoluta e elevando os fundamentos da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho dispostos no artigo 1º da CR, reconhecendo o direito o FGTS aos servidores contratados pelo Poder Público sem prévio concurso público e que tenham seus contratos reconhecidamente nulos.

6. Da multa prevista no artigo 467 da CLT. Não cabimento. O Egrégio STJ entende que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público, sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, entretanto, utiliza tal fundamento apenas para sustentar a possibilidade de o trabalhador



providenciar o levantamento do FGTS, ou seja, em tempo algum manifestou o entendimento no sentido de ser cabível a multa de 40% ou de 20%. O art. 19-A da Lei Federal nº 8.036/90, em momento algum, diz sobre a incidência da multa. Assim, não se pode dar ao dispositivo interpretação extensiva. Ponto provido..

7. Dos juros e da correção monetária. Observância do RE nº 870.974 - Tema 810 de repercussão geral.

8. Recurso conhecido e parcialmente provido para afastar a incidência de multa rescisória do artigo 467 da CLT.

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores que integram o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, conhecer e prover parcialmente o recurso, nos termos do voto da relatora.

Plenário da 2ª turma de direito público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 28 de junho do ano de dois mil e dezoito (2018).

Desembargadora Diracy Nunes Alves
Relatora.

ACÓRDÃO N. _____ P: _____
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO.
AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO N.
0003363-64.2009.8.14.0040
COMARCA: PARAUAPEBAS
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PARAUAPEBAS
ADVOGADO: HERNANDES ESPINOSA MARGALHO



AGRAVADO: ANTÔNIO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO: CARLOS VIANA BRAGA E OUTROS
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Parauapebas contra decisão monocrática prolatada pela juíza convocada Rosi Maria Gomes de Farias, que deu provimento parcial a apelação de Antonio Ferreira da Silva para na esteira dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, alterar a sentença de primeiro grau, deste modo, reconhecendo o direito do ex-servidor público temporário aos depósitos de FGTS pelo prazo quinquenal e aplicando multa rescisória de 20% (vinte por cento).

Afirma estarem presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Sustenta a constitucionalidade e a legalidade das contratações de servidores públicos temporários e a regularidade da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes.

Alega que as disposições que concedem o direito ao FGTS, não se aplicam as contratações administrativas consideradas nulas, haja vista sua natureza jurídica e o regime estatutário o qual é subordinado.

Aduz a utilização equivocada da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Contesta a aplicação de multa rescisória de 20% (vinte por cento).

Requer, por fim, o conhecimento e provimento do recurso.

Não há contrarrazões (fls.300).

É o relatório, peço julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço o recurso e não havendo preliminares, adentro no mérito.

Da constitucionalidade e legalidade das contratações de servidores públicos temporários. Do cabimento das parcelas de FGTS.

Afirma o apelante que a contratação de servidor público temporário é medida permitida pela Constituição da República, nos termos do artigo 37, IX da CR, pela Constituição do Estado do Pará, nos termos do artigo 36, pela Lei Complementar n. 07/91 e pelas Leis complementares subsequentes números 11/93, 19/94, 30/95, 36/98, 43/2002 e 47/2004. Neste carreiro, diz que o prestador de serviços temporários submete-se ao Estatuto do Servidor Público Estadual (Lei. 5.810/94), deste modo, não cabe o pagamento das prestações de FGTS.

A questão referente ao pagamento de FGTS aos servidores temporários que tiveram declarados nulos os contratos firmados com a Administração por ausência de prévia aprovação em concurso público



encontra-se decidida.

A Corte Suprema reconheceu como matéria de repercussão geral o direito à percepção dos valores correspondentes aos depósitos do FGTS e na data de 13 de junho de 2012 julgou como paradigma o RE 598.478 proveniente do Estado de Roraima, cuja ementa tem a seguinte redação:

Ementa: Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (Tribunal Pleno. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 13.06.2012)

Assim, sendo reconhecido o direito aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aos servidores temporários que tiveram o contrato de trabalho declarado nulo com a administração pública, houve o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A, parágrafo único, incluído na Lei Especial do FGTS (Lei nº 8.036/1990).

Os órgãos fracionários desta Corte têm decidido na mesma linha da jurisprudência daquele sodalício, como exemplo, cito abaixo:

Ementa: Processual civil e constitucional. Nulidade da contratação de servidor público temporário, diante da ausência da regra do concurso público. Cabimento da percepção de FGTS. Precedentes do STF e STJ. Apelo conhecido e improvido à unanimidade. (TJE/PA Processo nº 201230192407 2ª Câmara Cível Isolada Rel. Des. Cláudio Augusto Montalvão das Neves Pub. DJe de 28.02.2013)

Ante o exposto, nego provimento ao ponto, deste modo, mantendo a decisão recorrida no que diz respeito ao direito da apelada ao recebimento do FGTS. Da impossibilidade de produção de efeitos do ato supostamente nulo decorrente de contratação indicada como irregular

Aduz o apelante que caso reconhecida a irregularidade do contrato temporário com a sua prorrogação, padecerá o contrato de nulidade retroagindo a prática do ato, efeito ex tunc, impedindo a produção de efeitos e afastando o direito a percepção de qualquer tipo de parcela, seja de índole civil, seja de caráter rescisório trabalhista.

A Corte Suprema, no mesmo voto paradigma supra referido, ao julgar a inconstitucionalidade suscitada do Artigo 19-A da Lei 8.036/90, acrescida pela MP 2.164-41, que assegura direito ao FGTS à pessoa



que tenha sido contratada sem concurso público, por maioria de votos, inovou e alterou a jurisprudência daquela casa de justiça, pois reconheceu o direito do trabalhador aos valores depositados a título de FGTS quando declarada a nulidade do contrato firmado com a Administração Pública por força do artigo 37, § 2º da Constituição da República.

Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu efeitos jurídicos residuais do ato nulo no plano da existência jurídica, mitigando os efeitos da nulidade absoluta e elevando os fundamentos da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho dispostos no artigo 1º da CR, reconhecendo o direito o FGTS aos servidores contratados pelo Poder Público sem prévio concurso público e que tenham seus contratos reconhecidamente nulos.

Da discricionariedade do ato administrativo de exoneração.

Diz o apelante Estado do Pará que o ato administrativo de exoneração é discricionário, deste modo, a dispensa de servidor temporário pode ser efetivada pela Administração em qualquer momento, sem prévio aviso, diante de critérios pautados na conveniência e na oportunidade.

Inobstante o artigo 13 da Lei 5.389/87, trazer a previsibilidade de dispensa do servidor temporário a critério da Administração, o caso trazido à análise teve o caráter de temporariedade desvirtuado.

A servidora foi contratada em 21 de março de 1992, nos termos do artigo 37, IX da CF, artigo 36 da Constituição Estadual, Lei complementar n. 07/91 e pelas Leis complementares subsequentes números 11/93, 19/94, 30/95, 36/98, 43/2002 e 47/2004 e sua dispensa somente se deu em 16 de janeiro de 2009.

Ocorre que o contrato administrativo se tornou nulo após 06 (seis) meses, em observância ao caráter temporal do mesmo. Com efeito, o contrato administrativo se tornou nulo a partir de 22 de setembro de 1992. A partir de 22 de setembro de 1992 a 16 de janeiro de 2009.

A Lei nº 8.036, de 11.05.1990, que dispõe sobre o FGTS, foi alterada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001, com a inclusão do art. 19-A e seu parágrafo único, passando a estabelecer que:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2o, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de contrato declarado nulo até 28 de julho de 2001, nas condições do caput, que não tenha sido levantado até essa data, será liberado ao trabalhador a partir do mês de agosto de 2002.

Em que pese ter entrado em vigor a referida MP a partir da data de sua publicação, em 27.08.2001, conforme expressamente dito no seu texto, o Tribunal Superior do Trabalho, com relação a sua eficácia no tempo, entendeu que alcança os contratos declarados nulos celebrados



anteriormente a data de sua vigência, senão vejamos:

Omissis. IRRETROATIVIDADE DO ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 362 desta Corte: Não afronta o princípio da irretroatividade da lei a aplicação do art. 19-A da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, aos contratos declarados nulos celebrados antes da vigência da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001. 19-A8.03619-A8.036 - Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 336 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista de que se conhece parcialmente e a que se dá provimento. (TST - Recurso de Revista RR 4263006820055110052 426300-68.2005.5.11.0052, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 07/12/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/12/2011)

Dos depósitos do FGTS

Ressalta-se que somente quando o contrato é declarado nulo nas hipóteses do art. 37, § 2º, da Carta Política do país, ou seja, quando a contratação excepcional do inciso IX do mesmo artigo cessa os seus motivos e o instrumento contratual deixa de observar a regra da necessária aprovação em prévio concurso público, mantendo na função a servidora que de início tinha o caráter de temporário, é que se torna exigível a abertura de conta e o depósito do FGTS por parte da administração para posterior levantamento do saldo.

É oportuno ressaltar que a autora, se com conta vinculada ao fundo, viabiliza o levantamento do depósito feito relativo ao período do contrato nulo.

A respeito da questão aqui debatida sobre o referido fundo, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos servidores temporários que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública, declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público.

Como supra mencionado, a matéria foi enfrentada no RE 596478/RO, que questionava a constitucionalidade do artigo 19-A, parágrafo único, incluído na Lei nº 8.036/1990, pela Medida Provisória (MP) nº 2.164-41/2001, segundo a qual é devido o FGTS ao trabalhador/servidor cujo contrato seja declarado nulo em razão do artigo 37, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que estipula a necessidade de concurso público para o preenchimento de cargos no setor público.

O referido dispositivo foi declarado constitucional porque não conflita com o art. 37, inciso II, § 2º, da Constituição Federal e segundo um dos argumentos divergentes predominantes foi levantado pelo Ministro Dias Toffoli para justificar a constitucionalidade, foi de que não se pretende abolir a obrigatoriedade do concurso público; até pelo contrário, ao prever maior ônus, com a inclusão do FGTS nas obrigações indenizatórias em contratos nulos, está se justamente desestimulando



o Poder Público a realizar contratações irregulares. Segundo o Senhor Ministro Cezar Peluso, a declaração de nulidade não excluiu o fato de que o contrato de trabalho existiu. (Notícias STF,detalhe.asp?idConteudo=209782)

O Superior Tribunal de Justiça, em aresto julgado no sistema de recurso repetitivo, orientou quanto ao direito de levantamento do saldo do FGTS: 1. A declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS. 2. Precedentes do STJ: REsp 863.453/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12.11.2007; REsp 892.451/RN, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 877.882/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.02.2007; REsp 827.287/RN, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.06.2006; REsp 892719/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.03.2007, DJe 02.06.2008. (...).Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.. (STJ - REsp 1110848/RN Primeira Seção Min. Luiz Fux Pub. Dje de 03.08.2009).

Contudo, não se pode desprezar que a exigibilidade do depósito do FGTS pela administração não dispensa a necessidade de que o servidor seja titular de conta vinculada ao fundo; é que o contemplado, no caso de o contrato temporário ter se tornado nulo, conseqüentemente, com perda do seu caráter administrativo, transpôs-se do regime tido estatutário para o de celetista e assim, a qualquer momento pode o empregador proceder à abertura de conta. Em reiterados julgados do STJ ficou consolidado pelo verbete da Súmula 466, daquele sodalício, o seguinte: O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público. Por conseguinte, a nulidade do contrato se impõe, todavia, a existência do direito a percepção do FGTS. Deste modo, nego provimento ao ponto.

Da multa de 20%

No que se refere a aplicação a alegada inaplicabilidade da multa rescisória, assiste razão ao agravante, motivo pelo qual afasto a incidência de multa. A Administração possui discricionariedade para efetuar contratação temporária nos termos do art. 37, IX, da CF/88, vinculando-se o poder público à legalidade, necessidade e conveniência da contratação



especial, como ensina Alexandre de Moraes:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou 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.

(...)

A primeira exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público.

(...)

Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:

- excepcional interesse público;
- temporariedade da contratação;
- hipóteses expressamente previstas em lei.

A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional."

É fato incontroverso que a contratação firmada entre o apelado e a Administração teve aparência temporária e emergencial, visando a atender a situação excepcional vivenciada pela Administração Pública, contratação esta que apenas produz os direitos previstos na legislação específica, ou seja, no regime estatutário.

A doutrina classifica os temporários como servidores públicos, conforme nos ensina José dos Santos Carvalho Filho:

(...) na verdade, se configuram como um grupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos.

Desta forma, apesar do servidor não ter sido admitido pela administração através de prévio concurso público na época das parcelas que agora requer, não pode deixar de considerar que mesmo a tinha o seu contrato de forma precária, não sendo aplicável o regramento celetista ao caso, com exceção apenas a questão do



FGTS, pois esta deriva de lei específica, cuja constitucionalidade será analisada no tópico posterior.

O contrato temporário celebrado entre as partes desvirtuou o mandamento constitucional, pois a manutenção de contrato por longo tempo para suprir atividades não emergenciais, mas sim perenes do Estado (como no caso a a manutenção de serviços públicos), viola o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que a administração deveria promover concurso público para suprir suas necessidades. Desta forma, ao não se abrigar nas disposições constitucionais o Contrato de Trabalho Temporário é nulo e como tal deve ser considerado.

Por outro lado, é evidente que apesar de nulo o contrato gerou efeitos, principalmente porque os atos do servidor não podem ser desfeitos e tampouco pode ser devolvida a atividade e o trabalho desenvolvido, sendo assim evidente que faz jus ao saldo de salário (pagamento pelos dias efetivamente trabalhados).

Neste sentido há jurisprudência de nossa Egrégia Corte:

(...)

2. O valor correspondente ao salário do apelado nada mais é do que a contraprestação que qualquer empregador deve dispor ao seu empregado pela prestação correspondente dos serviços que se beneficiou.

(ACÓRDÃO N. 101.137. DJE. 14/10/2011. APELAÇÃO CÍVEL N°. 20113018207-9. COMARCA DE ORIGEM: ÓBIDOS. APELANTE: MUNICÍPIO DE ÓBIDOS - PREFEITURA MUNICIPAL (ADV. ANTÔNIO SALES GUIMARÃES CARDOSO). APELADA: EDIMAR BENTES DE ANDRADE (ADV. ANTÔNIO EDSON DE OLIVEIRA MARINHO JR). DESEMBARGADOR RELATOR: JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO).

No caso, a multa fundiária de 20% possui previsão expressa na CLT, mas não há disposição legal que estenda para o servidor público temporário, pois o art. ART. 19-A DA LEI 8.036/1990 apenas se refere ao FGTS e não a sua multa. Assim esta parcela ser indeferida por falta de amparo legal.

Do dispositivo

Deste modo, conheço e dou parcial provimento ao recurso, para afastar a incidência de multa rescisória.

Juros e correção monetária, nos termos do RE nº 870.974 - Tema 810 de repercussão geral.

Eis a decisão.

Belém, 28 de junho de 2018.

Desembargadora Diracy Nunes Alves



Relatora