



APELAÇÃO Nº 0000283-24.2009.8.14.0057 (2011.3.012069-9).
RELATORA: DESA. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO.
APELANTE: MARIA AUXILIADORA COSTA LIMA.
ADVOGADA: MARIA LÍDIA DOS REIS FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA.
APELADO: ESTADO DO PARÁ.
PROCURADOR DO ESTADO: DANIEL CORDEIRO PERACCHI.
PROCURADORA DE JUSTIÇA: TEREZA CRISTINA DE LIMA.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. FGTS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. MODULAÇÃO TEMPORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 709.212/DF (Tema 608). SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 07/91. RELAÇÃO DE CARÁTER JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DE DIREITO PÚBLICO. ART. 19-A, DA LEI 8.036/1990. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE RELAÇÕES CELETISTAS - ADI Nº 3127/DF. RETORNO DOS AUTOS A CÂMARA JULGADORA. ART. 543-B, § 3º, DO CPC. RECURSO ESPECIAL Nº 1.110.848/RN (TEMA 141). RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 596.478/RR-RG (TEMA 191). RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 705.140/RS-RG (TEMA 308). INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA DIFERENCIADORA. DECISÃO COLEGIADA ANTERIOR MANTIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal apreciando o ARE nº 709.212/DF, (Tema 608), sob a sistemática da repercussão geral, superou o entendimento anterior acerca da prescrição trintenária do FGTS em razão do disposto no 7º, XXIX/CF. No caso sob análise o contrato temporário da apelante vigorou entre 02.03.1992 a 31.01.2009, proposta a ação em 16.06.2009. Desta forma, considerando a modulação procedida no referido julgado o prazo prescricional aplicável à espécie é de 05 (cinco) anos.
2. Autora foi contratada como servidora temporária em 02.03.1992, portanto, sob a égide da Lei Complementar Estadual nº 07/91.
3. O legislador estadual não alterou o regime jurídico dos servidores contratados por prazo determinado, mantendo o vínculo administrativo iniciado com a Lei Estadual nº 5.389/1987. As Leis Complementares Estaduais subsequentes nada alteraram neste sentido e ainda permitiram prorrogações dos contratos celebrados.
4. Neste cenário é possível constatar que a apelada nunca exerceu emprego público, tampouco a relação jurídica que manteve com o ente estatal fora regida pela legislação trabalhista.
5. O art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, utiliza expressões como trabalhador e contrato de trabalho, indicando que a sua aplicação se restringe às hipóteses regidas pela legislação trabalhista. Neste sentido o Plenário do STF decidiu na ADI 3127 / DF, Rel. Ministro Teori Zavascki.
6. É firme no STJ, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal, o entendimento de que o FGTS não é garantido a servidor público admitido por contrato temporário, cujo vínculo estabelecido tenha natureza jurídico-administrativa. Precedentes.
7. O caso concreto não guarda semelhança com o que fora decidido pelo STJ no REsp nº 1.110.848 – RN (Tema 141), pois naquele julgado o vínculo mantido possuía natureza trabalhista - CLT.



8. O mesmo sucede quanto ao RE 596.478 / RR - RG (Tema 191) e RE 705.140 / RS - RG (Tema 308), visto tratarem-se em tais casos de servidores temporários, cujo o vínculo inicialmente estabelecido era de natureza trabalhista (relação de emprego - CLT), situação completamente diversa da hipótese vertente onde a relação é de natureza administrativa ou estatutária.

9. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 5ª Câmara Cível Isolada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer e negar provimento ao recurso de apelação nos termos do voto proferido pela eminente relatora.

Turma Julgadora composta pelo Desembargador Luiz Gonzaga da Costa Neto - Presidente e Juiz Convocado Dr. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior.

O Ministério Público esteve representado pelo Procurador de Justiça Dr. Nelson Pereira Medrado.

Belém(PA), 04 de março de 2016.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora

RELATÓRIO

Apelação cível interposta contra sentença proferida pelo juízo da Vara Única de Santa Maria do Pará, que julgou improcedente o pedido formulado pela autora Maria Auxiliadora Costa Lima concernente ao pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS enquanto servidora temporária.

Recurso distribuído a esta relatora em 06.11.2011 (fl. 155). A Procuradoria de Justiça entendeu pela ausência de interesse que justifique intervenção ministerial (fls. 159/161).

Em 26.08.2011, considerando o entendimento extraído de julgados desta Corte com a mesma temática, proferi decisão monocrática conhecendo e negando provimento ao recurso (fls. 163/168). A apelante interpôs agravo interno (fls. 173/176), o qual restou conhecido e desprovido pela Colenda 5ª Câmara Cível Isolada, nos termos do v. Acórdão nº 101.720 (fls. 177/183).

Interposto Recurso Extraordinário (fls. 187/194), apresentadas contrarrazões pelo Estado do Pará (fls. 197/2006), a Vice-Presidência desta Corte determinou o sobrestamento em 08.02.2012 (fl. 208).

Autos remetidos em 13.02.2012 à Coordenadoria de Recursos



Extraordinários e Especiais (fl. 209v).

A Presidência desta Corte, entendendo que a controvérsia se refere a discussão acerca do FGTS à pessoa contratada pela administração pública sem o devido concurso público e evidenciado sucessivas prorrogações do contrato temporário, embasada no art. 19-A da Lei nº 8.036/90, bem como nos paradigmas: RE 596.478/RR (Tema 191), RE 705.140/RS (Tema 308) e RE 709.212/DF (Tema 608), inclinou-se pela existência de aparente divergência, razão pela qual determinou o retorno dos autos à Câmara Julgadora para aplicação da sistemática do art. 543-B, § 3º, do CPC.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO - RELATORA:

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade conheço do recurso.

1. DA PRESCRIÇÃO DO FGTS - RE 709.212/DF (Tema 608):

Por muito tempo prevaleceu controvertida a natureza jurídica do FGTS, especialmente em relação às contribuições por parte dos empregados e empregadores, que por conseguinte repercutiram em seu prazo prescricional. No tocante às contribuições por parte dos empregadores três teorias divergiam: teoria fiscal, parafiscal e da contribuição previdenciária.

Anteriormente a vigência da Constituição de 1988, no julgamento do RE 100.249/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou inaplicável à pretensão de cobrança do FGTS o prazo quinquenal dos art. 173 e 174 do CTN, pois não se tratava de um tributo, mas sim de uma contribuição estritamente social, com os mesmos privilégios das contribuições previdenciárias, de sorte que o prazo prescricional seria de 30 (trinta anos), na forma do art. 144 da Lei de Previdência Social. O julgado está sintetizado na seguinte ementa:

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUA NATUREZA JURÍDICA. CONSTITUIÇÃO, ART. 165, XIII. LEI N. 5.107, DE 13.9.1966. AS CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS NÃO SE CARACTERIZAM COMO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OU CONTRIBUIÇÕES A TRIBUTO EQUIPARAVEIS. SUA SEDE ESTA NO ART. 165, XIII, DA CONSTITUIÇÃO. ASSEGURA-SE AO TRABALHADOR ESTABILIDADE, OU FUNDO DE GARANTIA EQUIVALENTE. DESSA GARANTIA, DE INDOLE SOCIAL, PROMANA, ASSIM, A EXIGIBILIDADE PELO TRABALHADOR DO PAGAMENTO DO FGTS, QUANDO DESPEDIDO, NA FORMA PREVISTA EM LEI. CUIDA-SE DE UM DIREITO DO TRABALHADOR. DA-LHE O ESTADO GARANTIA DESSE PAGAMENTO. A CONTRIBUIÇÃO PELO EMPREGADOR, NO CASO, DEFLUI DO FATO DE SER ELE O SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO, DE NATUREZA TRABALHISTA E SOCIAL, QUE ENCONTRA, NA



REGRA CONSTITUCIONAL ALUDIDA, SUA FONTE. A ATUAÇÃO DO ESTADO, OU DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM PROL DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DO FGTS, NÃO IMPLICA TORNA-LO TITULAR DO DIREITO A CONTRIBUIÇÃO, MAS, APENAS, DECORRE DO CUMPRIMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR E TUTELAR A GARANTIA ASSEGURADA AO EMPREGADO OPTANTE PELO FGTS. NÃO EXIGE O ESTADO, QUANDO ACIONA O EMPREGADOR, VALORES A SEREM RECOLHIDOS AO ERÁRIO, COMO RECEITA PÚBLICA. NÃO HÁ, DAI, CONTRIBUIÇÃO DE NATUREZA FISCAL OU PARAFISCAL. OS DEPOSITOS DO FGTS PRESSUPOEM VINCULO JURÍDICO, COM DISCIPLINA NO DIREITO DO TRABALHO. NÃO SE APLICA AS CONTRIBUIÇÕES DO FGTS O DISPOSTO NOS ARTS. 173 E 174, DO CTN. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, POR OFENSA AO ART. 165, XIII, DA CONSTITUIÇÃO, E PROVIDO, PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA AÇÃO.

(RE 100249, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1987, DJ 01-07-1988 PP-16903 EMENT VOL-01508-09 PP-01903).

Este entendimento acerca do prazo prescricional trintenário continuou sendo aplicado após a promulgação da Carta de 1988. Confira-se:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRINTENÁRIO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDENCIA SOCIAL, ART. 144. A natureza da contribuição devida ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 100249 - RTJ 136/681. Nesse julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto a prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 134328, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 02/02/1993, DJ 19-02-1993 PP-02038 EMENT VOL-01692-05 PP-00906).

Ocorre que recentemente o Supremo Tribunal Federal apreciando o Recurso Extraordinário com Agravo ARE nº 709.212/DF, (Tema 608), Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 13.11.2014, sob a sistemática da repercussão geral, superou o entendimento anterior acerca da prescrição trintenária do FGTS, conforme se verifica pela ementa do julgado:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega



provimento.

(ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015).

Nesse julgamento ficou consignado que, em razão do disposto no art. 7º, XXIX, da CF/88, não há como se sustentar a prescrição trintenária, pois a regra constitucional possui plena eficácia. Portanto, tornou-se inócua qualquer discussão quanto ao prazo prescricional relacionado ao FGTS, devendo ser observado o que está expressamente previsto pela Carta Magna, de sorte que a prescrição é quinquenal e não mais trintenária.

Isto não é tudo. Por razões de segurança jurídica, em razão da superação de um entendimento há muito tempo consolidado o Pretório Excelso atribuiu efeitos prospectivos à sua decisão (ex nunc).

A modulação temporal consistiu: 1) Para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do julgamento do ARE nº 709.212/DF, ou seja, 13.11.2014, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos; 2) Para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos contados do termo inicial ou 05 anos a partir da referida decisão.

No caso sob análise o contrato temporário da apelante vigorou entre 02.03.1992 a 31.01.2009, proposta a ação em 16.06.2009. Desta forma, considerando a modulação procedida pelo STF - prazo prescricional em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 (trinta) anos contados do termo inicial - 02.03.1992 (02.03.2022) ou 05 (cinco) anos a partir de 13.11.2014 (13.11.2019), o prazo prescricional aplicável à espécie é de 05 (cinco) anos.

2. MÉRITO:

O tema sob análise é conhecido pelos integrantes desta Câmara, especialmente naquilo que concerne a aplicação das teses jurídicas fixadas nos julgamentos proferidos pelos tribunais superiores, ou seja, REsp 1.110.848 / RN (Tema 141), RE 596.478/RR (Tema 191) e RE 705.140/RS (Tema 308), apreciados nas sistemáticas do recurso repetitivo e repercussão geral.

Registro que no julgamento da Apelação nº 0000216-45.2009.8.14.0080 - Acórdão nº 147.447, assim como no Reexame e Apelação nº 0047978-93.2011.8.14.0301 - Acórdão nº 148.713, revisei o meu entendimento sobre a matéria.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, inicialmente criado pela Lei nº 5.107/1966, atualmente regido pela Lei nº 8.036/1990, foi concebido como alternativa menos onerosa ao regime estabilitário celetista. Assim, na hipótese do trabalhador optante do FGTS ser dispensado sem justa causa, não haveria estabilidade, entretanto, teria direito de sacar os valores vertidos ao fundo, acrescido da multa de 40%.



A Constituição Federal de 1967, com redação atribuída pela Emenda Constitucional de nº 01, de 17 de outubro de 1969, no inciso XIII, do art. 165, dispunha:

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente.

Permitiu-se assim a coexistência de dois regimes: o da estabilidade e o do FGTS.

Com a Constituição Federal de 1988 o regime da estabilidade foi suprimido, sendo universalizado o FGTS que se tornou a única garantia do tempo de serviço.

No âmbito estadual, houve período em que a legislação trabalhista fora aplicada aos servidores temporários. Neste sentido, transcrevo a redação do art. 159 da Constituição do Estado do Pará promulgada em 15 de maio de 1967:

Art. 159 – Aos servidores admitidos, temporariamente, para obras ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada, aplica-se a legislação trabalhista.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 01, de 29 de outubro de 1969, ao Texto de 1967, nossa Constituição Estadual transferiu para legislação especial a definição do regime jurídico dos servidores temporários, senão vejamos:

Art. 115. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.

Sobreveio, então, a Lei Estadual nº 5.389/1987 – dispondo sobre o regime jurídico dos servidores temporários e a contratação para serviços especializados, cujo primeiro artigo já indicava quais servidores estavam submetidos ao novo regime jurídico, são eles:

Art. 1º - Os servidores de que trata o artigo 115 da Constituição do Estado serão regidos pelo regime jurídico definido nesta Lei.

Outrossim, os servidores contratados para prestação de serviços temporários, valendo frisar, mesmo aqueles submetidos ao regime da



legislação trabalhista, passaram a ser regidos pelo regime jurídico-administrativo, senão vejamos:

Art. 15 - O fato de o servidor temporário entrar em exercício importa renúncia a qualquer outro regime jurídico que não desta Lei.

Art. 16 - Os atuais servidores contratados para prestação de serviços temporários ou de natureza especializada que tenham sido admitidos pelo regime da consolidação das Leis do Trabalho passam ao regime desta Lei.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 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 (art. 37, II).

O precitado artigo excepcionou da regra geral as nomeações para cargo em comissão ou funções de confiança declarados em lei de livre nomeação e exoneração com atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF/88), assim como as contratações destinadas a atender necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF/88), norma replicada no texto da atual Constituição Estadual de 1989 (art. 36).

Doravante no cenário local as contratações de servidores por prazo determinado passaram a ser regulamentadas mediante Leis Complementares Estaduais.

No caso concreto a autora foi contratada como servidora temporária em 02.03.1992, portanto, sob a égide da Lei Complementar Estadual nº 07/91, cujo caput do art. 4º assim estabelece:

Art. 4º - O regime jurídico dos servidores contratados é de natureza administrativa, regendo-se por princípios de direito público, aplicando-se lhes, durante o exercício da função ou a realização do serviço, naquilo que for compatível com a transitoriedade da contratação, os direitos e deveres referidos no Estatuto dos Funcionários Públicos, contando-se o tempo da prestação de serviço para o fim do disposto no art. 33, § 3º, da Constituição do Estado do Pará.

Nota-se que o legislador estadual não alterou o regime jurídico dos servidores contratados por prazo determinado, isto é, os temporários, em relação aos quais manteve o vínculo administrativo iniciado com a Lei Estadual nº 5.389/1987.

As Leis Complementares Estaduais subsequentes, a saber: LC nº 11/1993; LC nº 19/1994; LC nº 30/1995; LC nº 36/1998; LC nº 40/2002; LC nº 43/2002; LC nº 47/2004; LC nº 63/2007 e LC nº 77/2011, nada alteraram neste sentido, ou seja, mantiveram a natureza administrativa do vínculo



jurídico, e ainda, permitiram prorrogações dos contratos celebrados.

Neste cenário é possível constatar que a apelada nunca exerceu emprego público, tampouco a relação jurídica que manteve com o ente estatal fora regida pela legislação trabalhista. Ao revés, desempenhou suas atividades em decorrência de contrário temporário, cujo vínculo jurídico, embora não submetido a regra geral de acesso mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, encerra natureza administrativa.

Destaco que a categoria dos servidores públicos engloba perfis específicos de acordo com a natureza de suas funções.

José dos Santos Carvalho Filho apresenta a seguinte classificação:

Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados estatutos. Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado.

[...]

Servidores públicos trabalhistas (ou celetistas), assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho.

[...] servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos.

Neste contexto temos o gênero servidor público do qual é espécie o servidor temporário, podendo, este último ser vinculado a um regime jurídico especial ou excepcional, desde que seja editada a respectiva lei instituidora - LC nº 07/91. É o caso dos autos, cujas normas aproximam-se do regime estatutário, inclusive com aplicação subsidiária do RJU (Lei Estadual nº 5.810/94), naquilo que for compatível com a transitoriedade da contratação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra Direito Administrativo, distinguiu com clareza cargo público de emprego público. Disse a autora:

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime de legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante de cargo público tem um vínculo



estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90).

Neste diapasão mostra-se evidente e irrefutável a total assimetria entre cargo público e emprego público, estando o caso concreto inserido na primeira situação, cujo vínculo é de natureza administrativa, configurando na espécie o encerramento do contrato temporário e não dispensa imotivada de trabalhador.

Cumpra registrar, ademais, que a contratação é disciplinada por Lei Complementar Estadual específica, contemplando a possibilidade de prorrogação de seu prazo, conforme atos normativos subsequentes citados anteriormente, bem assim a natureza administrativa desta relação jurídica. Outrossim conferiu, naquilo que for compatível com a transitoriedade da contratação, os direitos e vantagens previstos no estatuto dos servidores públicos, no qual não consta previsão do FGTS.

Quanto à incidência do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, cuja redação é a seguinte:

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.

Nota-se que o referido disposto utiliza as expressões trabalhador e contrato de trabalho, indicando que a sua aplicação se restringe às hipóteses regidas pela legislação trabalhista. Tanto é assim que, no mesmo texto legal, o legislador expressamente excluiu os servidores públicos civis da definição de trabalhador, porquanto submetidos a regime jurídico próprio, senão vejamos:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da



responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

É firme no Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal, o entendimento de que o FGTS não é garantido a servidor público admitido por contrato temporário, cujo vínculo estabelecido tenha natureza jurídico-administrativa.

Neste sentido colaciono alguns precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. RELAÇÃO DE CARÁTER JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DE DIREITO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA CLT. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ALEGADO DIREITO AO FGTS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O conceito de trabalhador extraído do regime celetista não se estende àqueles que mantêm com a Administração Pública uma relação de caráter jurídico-administrativo, razão pela qual a regra do art. 19-A da Lei 8.036/90, quanto ao pagamento do FGTS, não se aplicaria a estes últimos (AgRg no AREsp 96.557/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 27.6.2012).

2. A controvérsia foi solvida pelo acórdão recorrido com esteio em fundamento constitucional (art. 37, IX da CF/88) à luz da excepcional possibilidade de contratação temporária de Servidores para atender o interesse público; no contexto, revela-se imprópria a insurgência veiculada em Recurso Especial, nos termos do art. 105, inciso III da Constituição Federal.

3. Agravo Regimental do Servidor Público desprovido. (AgRg no AREsp 66.285/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 21/02/2013).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO A TÍTULO PRECÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. FGTS. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

1. A orientação firmada por esta Corte é de que o servidor temporário mantém relação jurídico-administrativa com o Estado, razão pela qual a regra do art. 19-A da Lei n. 8.036/90, no que respeita às verbas do FGTS, não se aplica.

2. O Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a



mera prorrogação do prazo de contratação do servidor temporário não é capaz de transmutar o vínculo administrativo que este mantinha com o Estado em relação à natureza trabalhista.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 348.966/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 25/02/2014).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. PRORROGAÇÃO INDEVIDA DO CONTRATO QUE NÃO ALTERA O REGIME JURÍDICO. FGTS INDEVIDO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes embargos de declaração como agravo regimental.
2. Esta Corte adotou entendimento no sentido de que o trabalhador temporário mantém relação jurídico-administrativa, razão pela qual a regra do art. 19-A da Lei 8.036/90, quanto ao pagamento do FGTS, a ele não se ajusta. Desse modo, não há falar em direito aos respectivos depósitos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no REsp 1457093/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014).

PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DIREITO A DEPÓSITOS DO FGTS. RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA REGULAR. RECONHECIMENTO DE NULIDADE. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal a quo assentou a regularidade da contratação temporária.
2. A pretensão de revisão do entendimento proferido na origem para que seja reconhecida a nulidade da contratação implica, no caso, reexame da matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

3. A jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que os contratos temporários regulares submetidos a regime jurídico administrativo não ensejam aos servidores o direito a depósitos de FGTS. Nesse sentido: AgRg no REsp 1462288/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 6.10.2014; AgRg no REsp 1.459.633/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 2.10.2014; e EDcl no REsp 1.457.093/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 14.8.2014.

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1470142/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em



20/11/2014, DJe 28/11/2014).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. RELAÇÃO DE CARÁTER JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DE DIREITO PÚBLICO. O entendimento manifestado no acórdão estadual não destoia da jurisprudência desta Corte no sentido de que o direito ao FGTS não é garantido ao servidor público admitido por contrato temporário excepcional, mas apenas para o trabalho oriundo de investidura em cargo ou emprego público, posteriormente anulado por descumprimento do princípio do concurso público insculpido no art. 37, § 2º, da CRFB/88. Desse modo, não há falar em direito aos respectivos depósitos.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1485297/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO TEMPORÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. FGTS INDEVIDO.

1. Trata-se de questão referente ao cabimento do depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS relativo ao período em que o recorrido prestou serviços sob o regime de contratação temporária, insculpido no art. 37, IX, da Constituição Federal.

2. Há que se esclarecer que o caso não trata de servidor público que teve sua investidura em cargo ou emprego público anulado, mas sim de trabalhador contratado a título precário cujo contrato de trabalho foi prorrogado, o que não é suficiente para transmudar a natureza do vínculo administrativo em trabalhista.

3. A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que o trabalhador temporário mantém relação jurídico-administrativa com o ente contratante, e, dessa forma, a ele não se aplica a regra do art. 19-A da Lei 8.036/1990, relativa às verbas do FGTS. Nesse sentido: AgRg no AREsp 483.585/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5.5.2014; AgRg no AREsp 348.966/MS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25.2.2014; REsp 1.399.207/MG, Rel.

Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.10.2013; AgRg no AREsp 66.285/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 21.2.2013.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1513592/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 11/09/2015)



Cumpre esclarecer, oportunamente, que a hipótese concreta sob julgamento não guarda semelhança com o que fora decidido pelo STJ no REsp nº 1.110.848 – RN, Primeira Seção, Relator Ministro Luiz Fux, processo submetido ao regime do recurso repetitivo (Tema 141), cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284 DO STF.

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.

3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. In casu, os arts. 22 e 29-C da Lei 8.036/1990, 21 do CPC, e 406 do CC, não foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-los, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto aos aludidos dispositivos.

5. As razões do recurso especial mostram-se deficientes quando a recorrente não aponta, de forma inequívoca, os motivos pelos quais considera violados os dispositivos de lei federal, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." 6. In casu, a recorrente não aponta violação a qualquer dispositivo legal, limitando-se a alegar a necessidade de chamamento ao processo do Município de Mossoró, incidindo, mutatis mutandis, a Súmula 284 do STF, bem assim as Súmulas 282 e 356, haja vista a simultânea ausência de prequestionamento da questão.



7. A eventual ação de regresso, quando muito, importaria a denúncia da lide do Município, que é facultativa, como o é o litisconsórcio que o recorrente pretende entrevê-lo como "necessário".

8. Não há litisconsórcio passivo entre o ex-empregador (o Município) e a Caixa Econômica Federal - CEF, uma vez que, realizados os depósitos, o empregador não mais detém a titularidade sobre os valores depositados, que passam a integrar o patrimônio dos fundistas. Na qualidade de operadora do Fundo, somente a CEF tem legitimidade para integrar o polo passivo da relação processual, pois ser a única responsável pela administração das contas vinculadas do FGTS, a teor da Súmula 82, do Egrégio STJ (Precedente: REsp 819.822/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 29.06.2007 p. 496).

9. A Corte, em hipóteses semelhantes, ressalva o direito da CEF ao regresso, sem prejudicar o direito do empregado (Precedente: REsp 897043/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.05.2007, DJ 11.05.2007 p. 392).

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1110848/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009).

Em síntese, entendeu a Corte Uniformizadora que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador direito ao levantamento do FGTS.

O exame superficial da ementa do aresto permite, equivocadamente, inferir que a declaração de nulidade do contrato pela inobservância do art. 37, II, da CF/88, conferiu a ocupante de cargo público o direito a perceber valores referentes ao FGTS, na forma prevista pelo art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o que ensejou a manutenção do acórdão prolatado na origem.

No entanto, a partir das informações consignadas na certidão de julgamento emitida pela Primeira Seção do Superior, consultando no sítio do TRF 5ª Região o inteiro teor do Acórdão nº 338873/RN (2003.84.00.000376-4), processo proveniente da 4ª Vara Federal do Rio Grande do Norte – RN, verifica-se que o vínculo entre as partes era regido pela legislação trabalhista - CLT. Neste sentido, colaciono trechos do voto proferido pelo Des. Federal Marcelo Navarro:

Constata-se dos autos que o(a) autor(a) foi admitido(a) no serviço público pelo Município, consoante anotação em CTPS, cópia junta à inicial, sem prévia aprovação em concurso público, tendo laborado até o dia 02 de janeiro de 1997, data em que o Poder Executivo Municipal de Mossoró-RN, através de decreto, declarou nula a contratação, em razão da flagrante



ofensa à Constituição Federal.

[...]

Com efeito, o art. 7º, III, da Constituição Federal, assegura aos trabalhadores o direito ao FGTS, devendo os empregadores, pessoas jurídicas de direito público ou privado, efetuar os depósitos em contas individualizadas em nome daqueles, na forma preconizada no art. 15 da Lei 8.036/90.

Sendo assim, entendo que, realizados os depósitos na conta vinculada do empregado, nos termos estabelecidos na legislação de regência, o empregador deixou de deter a titularidades dos valores, passando estes ao patrimônio do trabalhador, que só poderá movimentá-los nos casos taxativos do art. 20 da citada Lei.

Como se vê, tratava-se de relação de emprego, regida pela CLT, diferente do caso sob julgamento onde a relação é, como dito anteriormente, jurídica-administrativa, razão pela qual afasta-se a incidência da regra prevista no art. 19-A da Lei nº 8.036/90, assim como o entendimento consubstanciado no REsp 1.110.848 – RN (Tema 141), porquanto os seus motivos determinantes não guardam semelhança ao caso em tela.

Da mesma forma inaplicável ao caso concreto a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 596.478 - Roraima, Relator do acórdão Ministro Dias Toffoli, processo submetido a sistemática da repercussão geral (Tema 191).

A ementa do julgado transcrevo abaixo:

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. (RE 596478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMENT VOL-02679-01 PP-00068).

Dois esclarecimentos são imprescindíveis acerca do teor e alcance do



referido julgado.

O primeiro quanto à matéria fática, pois a hipótese analisada pela Corte Suprema no RE 596.478 Roraima, desde a sua origem, dizia respeito a uma relação jurídica regida pela legislação trabalhista. Portanto, totalmente diferente do caso concreto cujo vínculo é jurídico-administrativo.

O segundo diz respeito à questão jurídica apreciada nesse julgamento sob a sistemática da repercussão geral (Tema 191), relativa à constitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, acrescido pela MP 2.164-41/2001, que assegurou o FGTS ao trabalhador - e não servidor público, cujo contrato de trabalho seja declarado nulo por ausência de concurso público.

Sem perder de vista que a sistemática da repercussão geral se orienta pela fixação de temas ou teses jurídicas, isto não permite, entretanto, que a sua aplicação ocorra de forma aleatória ou que a hipótese concreta não guarde perfeita identidade com o que fora efetivamente apreciado no julgado paradigmático.

No julgamento da Reclamação 7.569 - São Paulo, Tribunal Pleno, julgado em 19.11.2009, a eminente relatora Ministra Ellen Gracie fez a seguinte observação:

O que justifica todo o novo sistema de racionalização da Justiça é que hipóteses idênticas recebam a mesma solução. É dizer, não estão os tribunais ou instâncias de origem autorizados a aplicar o instituto da repercussão geral a casos distintos, embora assemelhados.

Anteriormente ao referido julgado (RE 596.478) o Plenário do Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento no sentido de que as prorrogações do contrato de trabalho não transmudam a natureza jurídica de cunho administrativo do vínculo inicialmente estabelecido com o Poder Público.

Neste sentido temos:

EMENTA Agravo regimental. Contrato temporário. Competência. Regime jurídico administrativo. Agravo regimental não provido. 1. Competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e os servidores a ele vinculados por relação jurídico-administrativa. 2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente. 3. Agravo regimental desprovido. (Rcl 4824 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-02 PP-00232 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 128-130).



EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. ADI nº 3.395/DF-MC. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS SUSCEPTÍVEIS DE MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É competente a Justiça comum para processar e julgar ações para dirimir conflitos entre o Poder Público e seus agentes, independentemente da existência de vício na origem desse vínculo, dada a prevalência de sua natureza jurídico-administrativa. 2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente. 3. Agravo regimental não provido. (Rcl 7157 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-050 DIVULG 18-03-2010 PUBLIC 19-03-2010 EMENT VOL-02394-01 PP-00094 RTJ VOL-00213- PP-00496 RT v. 99, n. 897, 2010, p. 117-121 LEXSTF v. 32, n. 376, 2010, p. 151-158 REVJMG v. 61, n. 192, 2010, p. 378-381).

Ora, se as prorrogações do contrato temporário não alteram a natureza jurídica do vínculo que se estabeleceu originalmente, peço vênias para insistir - de cunho administrativo, não há obrigação de depósito para o FGTS, conseqüentemente não poderá haver levantamento e/ou saque de valores que jamais foram vertidos para tal fundo. Do contrário, como liberar o que não existe? Como movimentar uma conta vinculada que nunca foi criada?

A resposta a estes questionamentos está na origem do caso concreto apreciado pela Suprema Corte - RE 596.478-RR (Tema 191), cuja controvérsia estabelecida entre o Estado de Roraima e a reclamante Maria Ivineide Sousa Lima, a favor de quem o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, em sede de Recurso Ordinário (Processo TRT Nº RO-00865/2004-051-11-00), reconheceu a existência de contrato de trabalho, modalidade emprego público, ou seja, relação empregatícia e como tal regida pela legislação trabalhista.

Com a finalidade de extirpar qualquer dúvida acerca da natureza do vínculo estabelecido entre as partes no caso paradigmático colaciono trecho do voto vencedor lavrado pelo Exmo. Juiz Convocado David Alves de Mello Júnior por ocasião do julgamento realizado no Regional Trabalhista:

Rejeito a alegação do recorrente.

Destarte a orientação jurisprudencial contida na Súmula 363/TST outros julgados emanados da Colenda Corte Superior Trabalhista, não posso aceitar a nulidade de contrato de trabalho com efeitos, ex tunc, por infringência ao art. 37, II, §2º, da Carta Magna.

Tal interpretação não vincula as Instâncias inferiores, além



de importar numa quebra da harmonia de princípios aceitos universalmente dentro do Direito. Ao recrutar pessoal de forma irregular, inobservando o mandamento constitucional do concurso público, o Estado - em qualquer nível - descumpre regra que a si é destinada. Invocar esta norma para defender-se em juízo, vai de encontro ao princípio, segundo o qual, ninguém pode alegar em sua defesa a própria torpeza.

Finalmente, se a mão de obra foi utilizada, gerando riqueza e levando a consecução dos objetivos da entidade estatal, a não indenização pelo rompimento do contrato de trabalho leva ao enriquecimento sem causa. Afinal, o Poder Público deve ser o primeiro a dar exemplo de cumprimento da norma constitucional. O reconhecimento de CONTRATO DE TRABALHO, em tal hipótese, sem dúvida, defere a existência de um EMPREGO PÚBLICO, com todas as consequências que lhe são próprias.

Nestes termos, Voto, pelo provimento parcial do recurso retirando da condenação a multa rescisória, FACE O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM JUÍZO; indenização substitutiva do Seguro Desemprego, por falta de amparo legal. (TRT 11ª Região, Acórdão nº 3130/2005, Processo TRT Nº R0-00865/2004-051-11-00, Juiz Prolator do Acórdão David Alves de Mello Júnior).

Posteriormente, a controvérsia subiu ao Tribunal Superior do Trabalho - Recurso de Revista nº TST-RR-86500-46.2004.5.11.0051, que fora parcialmente provido com aplicação da Súmula 363 daquela Corte, ficando a ementa do acórdão vazada nos seguintes termos:

NULIDADE. CONTRATO CELEBRADO COM O ESTADO DE RORAIMA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRARIEDADE AO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA SÚMULA Nº 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Esta é a redação da Súmula nº 363 da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em desacordo com a qual foi proferido o acórdão em sede de recurso ordinário. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (Tribunal Superior do Trabalho – TST, 1ª Turma, Proc. nº TST-RR-86500-46.2004.5.11.0051, Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa).

Nota-se, portanto, que a decisão proferida pelo Plenário do STF no RE 596.478/RR-RG, relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, não serve como paradigma ao caso concreto sob análise, visto que reconheceu como



devido o FGTS, na hipótese prevista pelo art. 19-A, da Lei nº 8.036/1990, para servidora temporária, cujo vínculo originalmente estabelecido com o Poder Público já era de natureza trabalhista (CLT), situação completamente diversa da hipótese versada nestes autos onde o vínculo é de natureza administrativa ou estatutária.

O entendimento aqui sustentado - aplicação da decisão proferida pelo STF (RE 596.478/RR-RG) apenas nas relações de cunho celetista, ganha destaque com a recentíssima decisão proferida na ADI 3127 / DF, cuja ementa está vazada nestes termos:

Ementa: TRABALHISTA E CONSTITUCIONAL. MP 2.164-41/2001. INCLUSÃO DO ART. 19-A NA LEI 8.036/1990. EMPREGADOS ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO NULA. EFEITOS. RECOLHIMENTO E LEVANTAMENTO DO FGTS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA. 1. O art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164/01, não afronta o princípio do concurso público, pois ele não infirma a nulidade da contratação feita à margem dessa exigência, mas apenas permite o levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS pelo TRABALHADOR que efetivamente cumpriu suas obrigações contratuais, prestando o serviço devido. O caráter compensatório dessa norma foi considerado legítimo pelo Supremo Tribunal Federal no RE 596.478, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/3/2013, com repercussão geral reconhecida. 2. A expansão da abrangência do FGTS para cobrir outros riscos que não aqueles estritamente relacionados com a modalidade imotivada de dispensa – tais como a própria situação de desemprego e outros eventos socialmente indesejáveis, como o acometimento por doença grave e a idade avançada – não compromete a essência constitucional do fundo. 3. A MP 2.164/01 não interferiu na autonomia administrativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios para organizar o regime funcional de seus respectivos servidores, uma vez que, além de não ter criado qualquer obrigação financeira sem previsão orçamentária, A MEDIDA EM QUESTÃO DISPÕS SOBRE RELAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA TRABALHISTA, DANDO NOVA DESTINAÇÃO A UM VALOR QUE, A RIGOR, JÁ VINHA SENDO ORDINARIAMENTE RECOLHIDO NA CONTA DO FGTS VINCULADA AOS EMPREGADOS. 4. Ao autorizar o levantamento do saldo eventualmente presente nas contas de FGTS dos empregados desligados até 28/7/2001, impedindo a reversão desses valores ao erário sob a justificativa de anulação contratual, a norma do art. 19-A da Lei 8.036/90 não acarretou novos dispêndios, não desconstituiu qualquer ato jurídico perfeito, nem investiu contra nenhum direito adquirido da Administração Pública, pelo que não há falar em violação ao art. 5º, XXXVI, da CF. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3127, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 04-08-2015 PUBLIC 05-08-2015).



O Governador do Estado de Alagoas propôs a referida ADI tendo por objeto o art. 19-A e seu parágrafo único, e a expressão declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do artigo 19-A, constante do inciso II, do art. 20, da Lei nº 8.036/1990, com a redação dada pela Medida Provisória 2.164-41, de 27 de agosto de 2001. O autor sustentou a criação de encargos para os Estados-membros em matéria de servidores públicos, bem assim a realização de gasto com pessoal, sem observância dos preceitos constitucionais orçamentários.

Em seu voto condutor o Ministro Teori Zavascki consignou:

A expansão da abrangência do FGTS, mediante a previsão de um maior número de hipóteses de levantamento do saldo existente não significa, todavia, que o legislador tenha desnaturado a sua essência constitucional. Afinal, é sabido que a natureza do instituto está longe de ser um consenso no direito brasileiro. Diante disso, fica pouco plausível a conclusão de que, por estar o FGTS previsto como garantia social no art. 7º, III, da CF, fica o legislador ordinário impedido de dar a ele contornos protetivos mais amplos, como ocorreu no caso.

3. Essas e outras angulações da controvérsia em exame foram examinadas pelo Tribunal no julgamento do RE 596.478, DJe de 1º/3/2013, apreciado sob as balizas da repercussão geral. Na ocasião, a Corte alterou sua compreensão anterior sobre a matéria, para asseverar que a NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO DOS EMPREGADOS admitidos de modo impróprio não impede o reconhecimento do direito ao depósito e levantamento do FGTS pelos TRABALHADORES. Essa orientação abona o juízo de constitucionalidade da norma aqui atacada.

4. A causa de pedir da presente ADI, contudo, vai um pouco mais além daquela que restou enfrentada pelo Plenário no precedente antes referido, uma vez que o requerente invocou outros parâmetros de controle que ficaram de fora da deliberação anterior. Aqui se alega também que a MP 2.164-40/01 teria interferido na autonomia administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no tocante à prerrogativa de organizar o regime funcional de seus servidores, já que instituiu gastos públicos sem a devida previsão orçamentária, o que não seria condizente com os arts. 2º, 18 e 169, § 1º, da CF.

A alegação é improcedente. Ao dispor sobre a disciplina do FGTS, a União atuou nos limites da competência que o art. 22, I, da Constituição lhe outorgou para legislar em matéria de direito do trabalho. Ainda que digam respeito a empregados contratados pela Administração Pública, AS NORMAS QUESTIONADAS NA INICIAL INCIDEM TAO SOMENTE SOBRE RELAÇÕES JURÍDICAS DE NATUREZA TRABALHISTA, o que já é suficiente para descredenciar a tese de intrusão na autonomia administrativa dos entes políticos.

Também não houve criação de obrigação financeira sem previsão



orçamentária. Isso porque, enquanto vigente, AS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS CONSTITUÍDAS SEM A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO PRODUZIRAM EFEITOS NORMALMENTE, como se válidas fossem. UM DESSES EFEITOS FOI JUSTAMENTE A OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO FGTS NA CONTA VINCULADA DO TRABALHADOR, PREVISTA NO ART. 15 DA LEI 8036/90. Assim, ANTES MESMO DO ADVENTO DA MP 2.164-40/01, O DEVER DE DEPOSITAR MÊS A MÊS O FGTS JÁ EXISTIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A norma questionada apenas dispôs que o reconhecimento superveniente do vício da contratação não impede seu resgate pelo trabalhador.

[...]

BEM SE VÊ, PORTANTO, QUE, CONFORME JÁ ENFATIZADO, A NORMA NÃO OPEROU A CRIAÇÃO DE UM NOVO DEVER DE RECOLHIMENTO PARA A ADMINISTRAÇÃO, POIS ESSA OBRIGAÇÃO JÁ EXISTIA ANTERIORMENTE. O enunciado do § único do art. 19-A, em especial, não impôs à Administração que procedesse ao pagamento do FGTS a todos quanto tenham sido desligados do serviço público até 28/7/2001. O QUE A NORMA AUTORIZOU FOI QUE, NA HIPÓTESE DE HAVER SALDO NAS CONTAS VINCULADAS, REFERENTE AO PERÍODO TRABALHADO EM CONDIÇÕES IRREGULARES, O CORRESPONDENTE VALOR PUDESSE SER LEVANTADO PELO TITULAR DA CONTA, A PARTIR DE AGOSTO DE 2002, NÃO SENDO PERMITIDA, APÓS 28/7/2001, A REVERSAO AO ERÁRIO DOS DEPÓSITOS SOB A JUSTIFICATIVA DA ANULAÇÃO CONTRATUAL.

Esta imposição quanto ao destino do saldo de FGTS não acarreta novos dispêndios, não desconstitui qualquer ato jurídico perfeito, assim como não investe contra nenhum direito adquirido pela Administração Pública, o que é suficiente para afastar a alegada violação ao art. 5º, XXXVI, da CF. Por idênticas razões, improcede o pedido subsidiário no sentido de considerar as disposições da MP 2.164-40/01 inaplicáveis aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no que se refere às parcelas anteriores à sua edição.

6. Ante o exposto, julgo improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. É o voto.

De acordo com o voto de sua excelência Ministro Teori Zavascki, acompanhado pela maioria dos demais Ministros que integram o STF, as normas questionadas na ADI 3127/DF, isto é, o art. 19-A e seu parágrafo único, e o inciso II, do art. 20, todos da Lei nº 8.036/1990, incidem tão somente nas relações jurídicas de natureza trabalhista.

Além disso não houve criação de obrigação financeira sem previsão orçamentária, pois enquanto vigente a relação empregatícia, constituída sem a observância do princípio do concurso público, esta produziu efeitos, como se válida fosse, sendo que um desses efeitos era justamente a obrigação de recolhimento do FGTS na conta vinculada do trabalhador,



prevista no art. 15 da Lei 8.036/90.

Esclareço que por algum tempo prevaleceu o entendimento de que em razão da decretação de nulidade por ausência de concurso público nenhum efeito jurídico poderia decorrer dessa contratação, logo os empregados contratados, em relação aos quais a administração já vinha depositando o FGTS durante a vigência da relação empregatícia, não conseguiram movimentar e/ou levantar o saldo do FGTS existente em suas contas vinculadas por ausência de previsão legal expressa neste sentido.

O acréscimo do art. 19-A à Lei nº 8.036/90, implementando pela MP 2.164-40/01, foi para acabar com esta celeuma específica, razão pela qual não alcança os contratos e servidores temporários cujo vínculo seja de natureza administrativa.

Estas conclusões obtidas no julgamento do ADI 3127/DF perfeitamente se harmonizam e complementam o que fora anteriormente decidido no RE 596.478/RR-RG, tornando evidente a aplicação deste julgado apenas nas relações jurídicas de natureza trabalhista.

Pelas mesmas razões também considero inaplicável ao caso em julgamento a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 705.140 - Rio Grande do Sul, Relator Ministro Teori Zavascki, igualmente submetido a sistemática da repercussão geral (Tema 308), porquanto também originário de relação de emprego estabelecida entre empregada pública e a Fundação Estadual Bem-Estar do Menor – FEBEM, consoante processo originário apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho (Recurso de Revista nº TST-RR-762479/2001.3).

Como dito alhures o tema desperta reflexões e ainda não está pacificado, especialmente quando se verifica que as Turmas do Supremo Tribunal Federal, diversamente do que fora decidido pelo Plenário da Corte - Rcl nº 4824 e Rcl nº 7157, reconhecem que o prolongamento da contratação temporária, em razão de sucessivas renovações, descaracteriza o conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, gerando como consequência a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Carta a servidores temporários - art. 37, IX.

Neste sentido temos a decisão proferida pela Segunda Turma do STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 895.070/MS, julgado em 04/08/2015, 2ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, cuja a ementa segue transcrita:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contratação temporária. Prorrogações sucessivas. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Repercussão geral reconhecida. Precedentes.

1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 596.478/RR-RG, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, concluiu que, mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do



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

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

3. A jurisprudência da Corte é no sentido de que é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado.

4. Agravo regimental não provido.

É imperioso distinguir que o art. 37, § 2º, da Constituição Federal, considera nula a contratação para cargo ou emprego público sem observância do concurso público (art. 37, II, da CF), entretanto, a contratação temporária de que cuida a espécie está prevista no art. 37, IX, da referida Carta Constitucional.

Além disso, ementa do supracitado julgado proveniente da Colenda Segunda Turma do STF faz referência ao entendimento sobre a extensão dos direitos sociais elencados no art. 7º da Carta ao servidor contratado temporariamente.

Ocorre que realizando uma breve consulta na jurisprudência da Excelsa Corte verifico que esta extensão vem sendo usualmente aplicada em relação a outros direitos que não o FGTS, tais como: gratificação natalina, férias e licença maternidade, conforme ilustram as ementas dos seguintes acórdãos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento.

(RE 287905, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-03 PP-00466 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 247-268)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. DÉCIMO TERCEIRO E TERÇO DE FÉRIAS. APLICABILIDADE A CONTRATOS TEMPORÁRIOS SUCESSIVAMENTE PRORROGADOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO



QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 649393 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 13-12-2011 PUBLIC 14-12-2011)

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor temporário. Contrato prorrogado sucessivamente. Gratificação natalina e férias. Percepção. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado. 2. Agravo regimental não provido.

(AI 767024 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2012 PUBLIC 24-04-2012)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. EXTENSÃO AO SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os servidores contratados em caráter temporário têm direito à extensão de direitos sociais constantes do art. 7º do Magno Texto, nos moldes do inciso IX do art. 37 da Carta Magna. 2. Agravo regimental desprovido.

(ARE 663104 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16-03-2012 PUBLIC 19-03-2012)

No mesmo sentido temos ainda: AI 837.352 / MG (13º salário), Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10.05.2011; ARE 650.235 / MG (diferença auxílio-doença, 13º salário e férias), Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 24.08.2011; ARE 650.363 / MG (13º salário e férias), Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 14.08.2012.

Rogando máxima vênias aos que pensam de modo diverso, mas não me parece que no julgamento do RE 596.478 / RR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha ultrapassados os limites da declaração de conformidade ao Texto Constitucional do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, a ponto de estender o FGTS (art. 7º, III, da CF/88) aos servidores temporários - art. 37, IX, da CF/88, que constituem um agrupamento excepcional dentro da categoria dos servidores públicos, notadamente quando a contratação possuir de natureza administrativa, sob pena de infringir o disposto no § 3º do art. 39 da Carta.



Destarte a controvérsia precisa ser definitivamente dirimida. Afinal: a prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente, consoante decisões do Egrégio Plenário da Suprema Corte, ou o prolongamento do prazo de vigência do contrato temporário descaracteriza vínculo inicialmente estabelecido, como se verifica nas decisões oriundas das Colendas Turmas.

Não desconheço a carga vinculante de que são dotadas as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores com função uniformizadora, seja quanto ao texto da Constituição da República ou em relação a legislação federal.

Contudo, a aplicação de um precedente jurisprudencial tem como premissa a identidade fática e jurídica entre o paradigma adotado e a hipótese em julgamento, o que não se verificou na espécie, consoante a análise distintiva anteriormente realizada (distinguish).

Assim, enquanto não houver este pronunciamento definitivo, continuarei entendendo que, no caso concreto, houve encerramento do contrato temporário e não dispensa imotivada de trabalhador, e diante da natureza jurídica da relação firmada com o Poder Público, cujo vínculo é jurídico-administrativo, pelos fundamentos expostos considero inaplicável na espécie o disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, inexistindo direito ao FGTS e demais parcelas e/ou verbas de mesma índole, inexistindo por conseguinte a aparente divergência entre o pronunciamento deste Colegiado com os julgamentos paradigmáticos das Cortes Superiores.

Finalmente consigno que a Presidência deste Tribunal de Justiça nos autos da Apelação nº 0000403-22.2011.8.14.0000 (SAP2G - 20113013681-0), determinou a subida de Recurso Especial (REsp nº 1.526.043-PA) e de Recurso Extraordinário representativo da controvérsia - art. 543-B, § 1º, do CPC, providência que penso ser igualmente necessária e recomendável no caso concreto, notadamente pela multiplicidade de recursos com esta temática.

ISTO POSTO, reafirmando o meu entendimento sobre a matéria e por não vislumbrar identidade entre o caso concreto com o que ficou decidido no REsp 1.110.848 / RN (Tema 141), RE 596.478/RR (Tema 191) e RE 705.140/RS (Tema 308), apreciados nas sistemáticas do recurso repetitivo e repercussão geral, mantenho a decisão anteriormente proferida por este Colegiado - Acórdão nº 101.720, para agregando-lhe os fundamentos expostos acima, conhecer e negar provimento ao recurso de apelação. Outrossim determinar o retorno dos autos à Presidência deste Egrégio Tribunal para exame de admissibilidade e, sendo o caso, encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal, conforme a sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil.

É como voto.



Belém(PA), 04 de março de 2016.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora