



ACÓRDÃO N°: _____, PUBLICADO EM _____.

PROCESSO N. 2011.3.012737-2.

SECRETARIA DA 5ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL.

AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ.

PROCURADOR DO ESTADO: ROBINA DIAS PIMENTEL VIANA.

AGRAVADA: DECISÃO MONOCRÁTICA DE FLS. 172/179.

AGRAVADA: MARIA DAS GRAÇAS SAMPAIO PEREIRA.

ADVOGADO: MANOEL JOSÉ MONTEIRO SIQUEIRA – OAB/PA 2.203 E OUTROS.

PROCURADOR DE JUSTIÇA: MARIO NONATO FALANGOLA.

RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. A NULIDADE DA CONTRATAÇÃO NÃO OBSTA O PAGAMENTO DAS VERBAS SALARIAIS VENCIDAS E NÃO PAGAS. FGTS DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DO CONTRATO, SEJA ELE CELETISTA OU ADMINISTRATIVO, FOI RECONHECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL O DIREITO AOS DEPOSITOS DE FGTS, NA FORMA DO ART. 19-A DA LEI N. 8.036/1990. APLICAÇÃO DE ENTENDIMENTO EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. DA PRESCRIÇÃO. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709212, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, modificou posicionamento anterior a fim de reconhecer o prazo prescricional quinquenal e sua modulação. Deste modo, como a ex-servidora foi contratada em 01 de setembro de 1993 (fl. 11) e demitida em 16 de abril de 2009 (fl. 12), tendo ajuizado a presente demanda em 06 de julho de 2009, a prescrição não atingiu o período de 06/07/2004 até 16/04/2009.

2. DO MERITO. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento, no RE com repercussão geral, sob n. 596478/RR, de que o art. 19-A da Lei 8.036/90 é constitucional e deve ser aplicado, de modo que ainda que ocorra a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem prévia aprovação em concurso público, consoante dispõe o art. 37, II da CF, subsiste para a Administração Pública o dever de depósito do FGTS ao servidor, independente da natureza de seu contrato se celetista ou administrativo.

3. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Os juros de mora devidos no presente feito ser calculados com base na redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 até a data de 29/06/2009. A partir deste momento deve vigorar o estabelecido pela nova redação dada ao mesmo artigo pela Lei n. 11.960/09. No que se refere à correção monetária devida pela Fazenda não deve incidir o art. 1º-F da Lei n. 9.497, porque quanto ao ponto foi considerado inconstitucional pelo STF na Adin 4.357/DF, devendo ser aplicado o índice do IPCA, segundo posicionamento do STJ no REsp 1.270.439/PR, julgado segundo a metodologia do art. 543-C do CPC/73 e 1.036 do atual Código.

4. Diversos precedentes, inclusive do STJ em caso específico do Estado do Pará, no RESP 1.526.043/PA, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina. Também o STF se manifestou sobre o caso paraense, de forma monocrática no RE960.708, de



relatoria da Ministra Carmen Lucia, publicada no DJE n. 90, de 04/05/2016

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores que integram o Pleno do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso.

Plenário da 5ª Câmara Cível Isolada, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, AOS 23 DIAS DE JUNHO DO ANO DE DOIS MIL E DEZESSEIS (2016).

DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES
Relatora.

PROCESSO N. 2011.3.012737-2.
SECRETARIA DA 5ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA.
AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL.
AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ.
PROCURADOR DO ESTADO: ROBINA DIAS PIMENTEL VIANA.
AGRAVADA: DECISÃO MONOCRÁTICA DE FLS. 172/179.
AGRAVADA: MARIA DAS GRAÇAS SAMPAIO PEREIRA.
ADVOGADO: MANOEL JOSÉ MONTEIRO SIQUEIRA – OAB/PA 2.203 E OUTROS.
PROCURADOR DE JUSTIÇA: MARIO NONATO FALANGOLA.
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES.

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por ESTADO DO PARÁ em face da decisão monocrática de fls. 172/179, de minha lavra, que conheceu e negou provimento ao apelo de ambas as partes, bem como à remessa oficial, para a manter a sentença vergastada tal como lançada.

Inconformada, a Fazenda Pública alega que a decisão vergastada não merece ser mantida. Assevera que a contratação dos servidores públicos temporários foi constitucional e legal, sendo necessário aplicar ao caso o instituto do distinguishing em relação ao julgado no Recurso Extraordinário n. 596.478, requer ainda o prequestionamento sobre diversos dispositivos.

Não foram apresentadas contrarrazões, apesar da agravada ter sido intimada para tanto (fl. 208).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

A fim de evitar tautologia, reproduzo a decisão guerrada em seus exatos termos, para ao final realizar novos esclarecimentos quanto aos pontos levantados pelo Estado, in verbis: (...)

1. DO RECURSO DA SRA. MARIA DAS GRAÇAS SAMPAIO PEREIRA

Aduz a apelante que merece ser aplicado aos valores decorrentes de FGTS o prazo prescricional trintenário.

Faz-se necessário para analisar a questão estudar o posicionamento do STF sobre



a matéria.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709212, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, modificou posicionamento anterior a fim de reconhecer o prazo prescricional quinquenal do FGTS em relação à Administração Pública, modulando seus efeitos, vejamos a 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)

No julgamento desse último Recurso Extraordinário, restou assinalado que, diante do que expressamente prevê a Carta da República, especificamente no art. 7º, XXIX, não há como se sustentar o prazo trintenário amplamente reconhecido na jurisprudência e na doutrina pátria, vez que a regra constitucional em tela possui eficácia plena.

Desse modo, ficou suplantada qualquer discussão quanto ao prazo prescricional relacionado ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pois o STF já deliberou que deve ser observado o que expressamente estabelece o texto constitucional, ou seja, é quinquenal e não trintenária.

Entretanto, ainda no julgamento do ARE 709212/DF, o STF modulou os efeitos da decisão, com fundamento no artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999, atribuindo efeitos prospectivos à diretiva, isto é, aos casos em que o início do prazo prescricional ocorra após a data do referido julgamento, aplicar-se-á imediatamente o prazo de 05 anos, porém, às hipóteses em que o prazo prescricional tenha iniciado seu curso antes, aplica-se o que ocorrer primeiro – 30 anos, contados do termo inicial, ou 05, a partir da decisão da repercussão geral.

No caso em comento, o prazo prescricional já estava em curso quando houve o julgamento do Recurso Extraordinário, pois o contrato temporário do apelado vigorou entre 01/09/1993 e 16/04/2009 e, de acordo com a modulação procedida pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo prescricional é de 05 anos – no que concerne aos direitos que se pode reclamar, permanecendo não prescrito o período de 06/07/2004 até 16/04/2009.

2. DO RECURSO DO ESTADO.

A. DAS PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INÉPCIA DA INICIAL.

As preliminares invocadas pelo ente estatal se confundem com o mérito e serão lá analisadas.

B. DO DIREITO AO RECEBIMENTO DE FGTS DE SERVIDOR TEMPORÁRIO.

Alega o Estado que a contratação de servidores públicos temporários é constitucional e legal. Disserta sobre a impossibilidade de produção de efeitos de ato supostamente nulo decorrente de contratação indicada como irregular e discricionariedade do ato de exoneração, fato que afasta qualquer tese de



cabimento de pagamento de FGTS ao temporário, discricionariedade do ato administrativo de exoneração e declaração incidenter tantum do art. 19-A da Lei n. 8.036/90.

Pois bem, a questão referente ao pagamento de FGTS aos temporários foi e ainda é alvo de acalorados debates.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, inicialmente criado pela Lei n. 5.107/1966 e atualmente regido pela Lei n. 8.036/1990, surgiu como alternativa ao regime celetista anterior que tratava das garantias ao trabalhador demitido, tornando-se a única a partir da Constituição de 1988. Portanto, a sua criação teve motivação exclusiva para os celetistas. Com o advento da Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, foi incluído na Lei que rege o FGTS o art. 19-A, que passou a contemplar sua incidência também aos servidores temporários da Administração Pública, vejamos:

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.

Este dispositivo legal acabou por criar hipótese nova de incidência do FGTS e em função da questão relativa à nulidade dos contratos temporários celebrados com pessoas não selecionadas através de concurso público, teve sua constitucionalidade analisada pelo Supremo Tribunal Federal, através do RE 596478, em repercussão geral, o qual reconheceu sua validade, vejamos:

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)

Nesta decisão o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, julgou o Recurso Extraordinário 596478/RO, por meio do qual o Estado de Roraima pretendia obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90.

No julgamento do recurso, os ministros compreenderam que, independentemente da natureza jurídica do FGTS (se tem caráter indenizatório; se tem natureza de salário diferido ou indireto; se se trata de um fundo ou poupança forçada), o fato é que ele tem, inquestionavelmente, caráter compensatório pelo tempo de trabalho prestado, e surgiu para compensar a perda da estabilidade pelo trabalhador. Realizaram comparativo com o trabalho exercido por menor. O contrato de trabalho travado com um menor é nulo, mas o Fundo de Garantia, não há dúvida, é devido ainda assim o que demonstraria, de forma clara, que a nulidade do contrato de trabalho não impõe a exclusão do FGTS. De fato, não se pode confundir a nulidade do contrato de trabalho com a inexistência dele. No caso ocorreu a contratação irregular do trabalhador que, embora inválida, existiu no plano fático e esse fato, sem dúvida, produz efeitos jurídicos.

Os ministros entenderam que não se pode negar que houve uma contratação irregular de servidor, mas afastar da Administração o dever de arcar com o pagamento do FGTS acabaria por premiar a ineficiência e a ilegalidade do ato. O



Supremo, no caso, conferiu consequências jurídicas ao ato considerado nulo em homenagem a outros princípios constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, cabe algumas reflexões. O Tribunal Pleno do STF reconheceu válido o direito ao FGTS de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja considerado nulo por ausência de aprovação prévia em concurso público. Um dos principais fundamentos para esta tese é a doutrina de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, citados pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, *in verbis*:

‘A questão da ineficácia do contrato de trabalho seria resolvida em termos tão simples se fôra possível aplicar ao mesmo, com todo rigor, a teoria civilista das nulidades. Mas, a natureza especial da relação de emprego não se compadece com a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a consequência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito. Mas, é consequência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera DE LA CUEVA, ao criticar a opinião de HUECK-NIPPERDEY. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardiais da teoria civilista das nulidades. A distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em relação a este.’ (Curso Elementar de Direito do Trabalho, 1963, pp. 115/116)

Portanto, não poderia o Estado se beneficiar de sua própria torpeza ao levantar a bandeira da nulidade do contrato, pois não pode devolver a força de trabalho desempenhada pelo trabalhador.

Em seguida, o STF novamente proferiu julgamento, também em grau de repercussão geral, rubrica 308: Efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública de empregado não submetido à prévia aprovação em concurso público. O Pleno compreendeu que as contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, vejamos:

Ementa: CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO.

1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprova severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º).
2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.
3. Recurso extraordinário desprovido.



(RE 705140, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Estes julgados passaram a suscitar novas questões a serem analisadas O que seria o trabalhador? Segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho, os servidores públicos podem ser divididos em estatutários, trabalhistas e temporários, divisão esta que atende a dois critérios: a natureza do vínculo jurídico que liga o servidor ao Poder Público e a natureza dessas funções, vejamos:

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

A segunda categoria é a dos servidores públicos trabalhistas (ou celetistas), assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes na Consolidação das Leis do Trabalho. Seu regime básico, portanto, é o mesmo que se aplica à relação de emprego no campo privado, com as exceções, é lógico, pertinentes à posição especial de uma das partes – O Poder Público.

A última categoria é a dos servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento 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.

Dito isto, o conceito de trabalhador não pode ser mitigado e relacionado apenas aos celetistas, pois na verdade todos os servidores públicos prestam serviços e, lato sensu, também podem ser considerados trabalhadores.

Corroborando esse entendimento, as turmas do Supremo passaram a ampliar o direito do depósito de FGTS também aos servidores temporários, vejamos:

1ª TURMA:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. RE 596.478-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do RE 596.478-RG, Rel. para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1/3/2013.

2. In casu, o acórdão recorrido assentou: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PRAZO SUPERIOR AO ADMITIDO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - NULIDADE DO ATO - FGTS - DIREITO AO RECOLHIMENTO - PRECEDENTE DO STF.

3. Agravo regimental DESPROVIDO.

(RE 830962 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 24-11-2014 PUBLIC 25-11-2014)

2ª Turma:

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

1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 596.478/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. Agravo regimental não provido.

(ARE 867655 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 03-09-2015 PUBLIC 04-09-2015)



Portanto, de forma frontal, clara e expressa o Supremo Tribunal Federal estendeu direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal e definiu que o direito aos depósitos do FGTS é extensível aos servidores temporários que tenham seus contratos considerados nulos por inexistência de aprovação prévia em concurso público, independentemente se a natureza da sua contratação é celetista ou administrativa. Em verdade, a questão está estabilizada no Supremo Tribunal Federal, intérprete da Constituição e cuja compreensão, em meu sentir, deve ser necessariamente reproduzido nesta Corte.

Frise-se que esta relatora não desconhece o fato de que os servidores públicos temporários do Estado do Pará e municipais, por força de Lei, tem seus contratos com natureza administrativa e nem que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente (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).

Contudo, o Agravo Regimental na Reclamação n. 7157 se refere a conflito de competência e não trata diretamente de casos relacionados ao FGTS relativo a servidores temporários, de modo que não é precedente aplicável ao caso e, como já dito, não importa se a natureza do contrato celebrado entre a administração e o temporário é celetista ou administrativa, pois em ambos os casos o STF em decisão mantida por suas duas turmas, entende que é ao servidor estendido e garantido o direito aos depósitos de FGTS.

Reconhecido o direito ao FGTS deve-se verificar a forma de sua correção e os juros de mora devidos pela Fazenda.

C. DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA

De início, lembre-se que os juros são matéria de ordem pública e, na forma da jurisprudência do STJ (STJ, AgRg no REsp 1144272/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 30/06/2010; STJ, REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, Corte Especial, DJe de 30/09/2010), bem como de acordo com o previsto no art. 293 do Código de Processo Civil, junto com a correção monetária, é consectário legal do pleito principal e está compreendido, de modo implícito, no pedido. Por esta razão passo a analisar a questão apesar de não ter sido levantada Apelação pelo ora agravante.

Após larga discussão tanto doutrinária como jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral acerca da aplicabilidade imediata do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, concluindo que "é compatível com a Constituição a aplicabilidade imediata do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com alteração pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, ainda que em relação às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor" (STF, AI 842.063/RG-RS, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, DJe de 02/09/2011).

Posteriormente, com o advento da Lei n. 11.960/2009, houve nova alteração do art. 1º-F da Lei 9.494/97 que, tomando por base a linha de raciocínio já tomada pelo STF, também possui aplicação imediata a todas as ações propostas, mas apenas depois de sua vigência, conforme entendimento do STJ no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.205.946/SP, de relatoria do Ministro BENEDITO GONÇALVES (Corte Especial, DJe de 02/02/2012), que é extremamente elucidativo quanto a matéria, vejamos: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO.



VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas "condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza", quais sejam, "os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".
2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.
3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.
4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.
5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.
6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.
8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.
(REsp 1205946/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 02/02/2012)

Desta forma, com base nos julgados acima expostos, devem os juros de mora devidos no presente feito ser calculados com base na redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 até a data de 29/06/2009. A partir deste momento deve vigorar o estabelecido pela nova redação dada ao mesmo artigo pela Lei n. 11.960/09.

Quanto à correção monetária a situação é diferente.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 4.357/DF, de relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. Entendeu inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88 e assim o fez porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública. Da mesma forma reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

Pois bem, como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09,



praticamente reproduz a norma do §12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. Diante disto estabeleceu:

- (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e
- (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

Entretanto, o Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Contudo no voto vista do Min. Luiz Fux, foi apontado o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o qual vem sendo atualmente adotado pela jurisprudência do STJ. Portanto, entendo que quanto à correção monetária devida pela Fazenda não deve incidir o art. 1º-F da Lei n. 9.497, porque quanto ao ponto foi considerado inconstitucional pelo STF na Adin 4.357/DF, devendo ser aplicado o índice do IPCA, segundo posicionamento do STJ no REsp 1.270.439/PR, julgado segundo a metodologia do art. 543-C do CPC. Neste sentido há jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO (FUNDEF). VALOR ANUAL MÍNIMO POR ALUNO (VMAA). FIXAÇÃO. CRITÉRIO. MÉDIA NACIONAL. ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/09. MATÉRIA PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. ADI 4.357/DF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...)

2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.270.439/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, adequou seu entendimento ao decidido na ADIn 4.357/DF, julgada pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09. Assim, os juros de mora nas ações contra a Fazenda Pública devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

3. "Segundo a jurisprudência desta Corte, a pendência de julgamento pelo STF, de ação em que se discute a constitucionalidade de lei, não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ" (AgRg no REsp 1.359.965/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 31/05/2013).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 130.573/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014) (...).

São estas as fortes razões pelas quais entendo cabível o pagamento de FGTS a servidor temporário do Estado do Pará. Contudo, a fim de evitar questionamentos sobre falha na entrega da jurisdição passo a tecer alguns comentários sobre cada fundamento apresentado pela Fazenda.

Alega que a contratação de servidores temporários sempre foi legal e abraçada pela Constituição Federal, nos termos do art. 37, IX da CF/88 e art. 36 da Constituição Estadual. Salienda ainda que a Lei n. 5.389/87, regulamentada pela Lei Complementar n. 07/91 e a Lei Complementar n. 47/2004 permitem a contratação sem concurso público para necessidade temporária e excepcional.

Pois bem, em que pese o esforço da tese apresentada entendo que tudo isto não invalida o argumento simples de que a Constituição Federal exige que o serviço público seja exercido por pessoas que tenham logrado aprovação prévia em concurso público, cabendo exceção a esta regra apenas em casos excepcionais e



de urgência. Salta aos olhos a realidade em nosso Estado de que servidores temporários contratados há muito tempo desenvolvem atividades típicas do serviço público por anos a fio, sem qualquer urgência ou fundamento outro que seja garantido pela Carta Magna, na verdade é claro que tal ato do Estado não pode ser alocado como legal mesmo quando existe uma Lei que pretensamente o legitime, pois não está dentro da janela criada pela Lei Maior. De toda sorte, ao se alegar que estes servidores temporários tem seus contratos com natureza administrativa se esquece o Estado de lhes garantir no ato de demissão seus direitos mais básicos, mandando-os para a rua sem os devidos direitos estatutários, sob o argumento de ser um contrato eivado de nulidade. De fato, a devida aplicação dos princípios da moralidade e da impessoalidade impediria a contratação temporária indevida, mas isto não ocorreu, não sendo justo e nem razoável invocar tais preceitos para negar a estes trabalhadores o direito ao FGTS.

Portanto, contratações temporárias que se reproduzem e se mantem válidas por anos a fio não podem ser consideradas legais, mesmo havendo leis estaduais, pois estas são eivadas de questionável constitucionalidade ao contrariar texto expresso da Carta Magna.

Por seu turno, o art. 19-A da Lei n. 8.036/90 foi considerado constitucional pela Suprema Corte e se aplica sim a contratos nulos que violam a disposição do art. 37, II da CF/88.

Quanto à tese de que seria aplicável o art. 19-A da Lei n. 8.036/90 quando já houvessem depósitos fundiários realizados pelo Estado, o que não ocorreu quanto ao Estado do Pará entendo que também não há melhor sorte. É verdade que no caso específico do Recurso Extraordinário n. 596.478 houve o depósito prévio de FGTS, mas não foi este o ponto crucial que definiu a constitucionalidade do citado artigo, na verdade não é o depósito prévio que configura o direito, mas sim a Lei. Sobre o assunto interessa a leitura do Acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 596.478:

(...) A questão da irretroatividade da MP nº 2.164-41, ao contrário do que sustentado pela parte embargante, não consistia, com o devido respeito, em tese acessória ou subsidiária. Era, na verdade, uma das teses principais a fundamentar a inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, tanto é que esse foi um dos argumentos utilizados pela parte recorrente no agravo interposto contra o despacho denegatório do recurso extraordinário (fls. 17/19). A referida questão foi objeto de decisão não só no recurso de revista, mas também nos primeiros e nos segundos embargos de declaração opostos contra aquele v. acórdão, decisões essas que, inclusive, foram proferidas pela Relatora, a Ministra Rosa Weber, na condição de integrante do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 101/108 e 117/121).

O fato é que os votos proferidos nas sessões do Plenário deixam bem claro que as questões postas nos embargos foram efetivamente debatidas e decididas, mesmo porque a tese da irretroatividade, reapresentada nestes embargos, constava do relatório da eminente Ministra Ellen Gracie, Relatora sorteada. Ao iniciar a divergência, salientei que muitos entes públicos demoraram a criar o seu regime jurídico único, exatamente nesta linha de se impedir ou evitar que, em razão das declarações de nulidade, se levasse o trabalhador, que, presume-se, prestou o serviço ao Estado, prestou o trabalho, serviu, portanto, ao órgão público que o contratou, uma situação de desamparo. Buscou-se, portanto, trazer uma maior justiça e uma maior tranquilidade, inclusive para as aplicações que essa Corte tem feito de exigir o concurso público na forma do art. 37, desfazendo uma série de contratos de trabalho que afrontavam a nova Constituição. Identifico exatamente isto: uma necessidade de se estabelecer uma regra de transição. E daí se fixou uma declaração, uma nítida declaração, quanto a serem indenizadas as horas de trabalho, e, por consequência, vem o art. 19-A e explicita ser 'devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador' senão ficaria esse trabalhador em uma situação de total desamparo (...). Nós estamos aqui julgando a lei, não estamos julgando hipóteses excepcionais (fls. 272, grifos nossos). Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes deixou claro seu entendimento no sentido de que o princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz



não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado (fls. 268). Mais adiante, continuou a sua reflexão: assim, no caso de execução do contrato de trabalho, há de se considerar legítima toda e qualquer pretensão emanada da relação de emprego, pelo menos no tocante ao passado (fls. 269, grifos nossos). Não se verifica, portanto, a presença de qualquer hipótese autorizadora da oposição do recurso de embargos de declaração, visto que o acórdão ora embargado não incorreu na apontada omissão, pois deixou expresso, de forma clara e objetiva, o entendimento majoritário do Plenário acerca do tema. (...)

Quanto ao fato de outras Turmas terem posicionamento diverso desta relatora ou mesmo em dissonância ao aplicado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em nada modifica meu posicionamento, já que a decisão exposta foi devidamente fundamentada e baseada em meu livre convencimento.

Frise-se, por fim que o STJ, analisando recurso proveniente de nosso Estado, RESP 1.526.043/PA, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, já tem se manifestado sobre o cabimento do pagamento de FGTS a servidores temporários.

De igual modo, o próprio STF também já se manifestou sobre o caso paraense, de forma monocrática no RE960.708, de relatoria da Ministra Carmen Lucia, publicada no DJE n. 90, de 04/05/2016, com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NULA. FGTS. INCIDÊNCIA DO ART. 19-A DA LEI N. 8.036/1990. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

É como voto.

Belém, 23 de junho de 2016.

Desembargadora DIRACY NUNES ALVES

Relatora