

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 5001813-74.2010.4.04.7211/SC

RELATOR : RÔMULO PIZZOLATTI

EMBARGANTE : MUNICÍPIO DE CAÇADOR/SC

EMBARGADO : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

EMENTA

FGTS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR PRAZO DETERMINADO. ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

É indevida a exigência de FGTS e contribuições sociais do município que contrata pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, quando observadas as hipóteses e situações especificadas em lei municipal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1a. Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, **dar provimento** aos embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de março de 2016.

Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de EMBARGOS INFRINGENTES interpostos pelo MUNICÍPIO DE CAÇADOR/SC - evento nº 17 - contra acórdão da Primeira Turma deste Tribunal que, por maioria de votos, deu provimento à apelação da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) e à remessa oficial, julgando assim improcedente 'o pedido de declaração de nulidade da NFGC nº 506.281.710506.294.722 e dos Autos de Infração nº 014.032.937 e nº 014.032.945'. O acórdão embargado restou assim sintetizado:

FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO AO INCISO IX DO ART. 37 DA CF. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE INTERESSE PÚBLICO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES BUROCRÁTICAS PERMANENTES E ORDINÁRIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. BURLA A REGRA DE ADMISSÃO DE SERVIDOR POR CONCURSO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA QUANTO À NATUREZA DO VÍNCULO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA E DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO. NULIDADE DO CONTRATO RECONHECIDA PELA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. DIREITO AO FGTS. ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/1990.

- 1. É assente na jurisprudência do STF que a regra é a admissão de servidor público mediante concurso público, nos termos do inciso II do art. 37 da CF, permitindo-se duas exceções: os cargos em comissão referidos na parte final do inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da lei, conforme o inciso IX do art. 37 (ADI 3210). Nessa última hipótese, a Constituição estabelece as condições que devem ser atendidas: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.*
- 2. Também é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação de pessoal para saúde, educação, assistência jurídica e serviços técnicos não se enquadra na hipótese constitucional de necessidade temporária de excepcional interesse público, que autorizaria a admissão por meio de processo seletivo simplificado, com a dispensa de concurso público (ADI 3116, ADI 2987, ADI 1500).*
- 3. A Lei Municipal prevê a contratação de servidores para o exercício de funções burocráticas permanentes e ordinárias da administração pública, típicas dos cargos e empregos públicos: provimento de vaga de professor, quando for confirmada a quantidade insuficiente de professores para o atendimento normal das aulas; provimento de vaga em serviços essenciais da comunidade, nos setores de saúde pública e limpeza pública.*
- 4. A descaracterização da contratação temporária configura burla a regra de admissão do servidor mediante concurso público, também violando o inciso II e o § 2º do art. 37 da CF.*
- 5. O cerne da questão não diz respeito à natureza do vínculo, se administrativo ou trabalhista, mas sim aos direitos fundamentais do respeito à dignidade humana e dos valores sociais do trabalho, consagrados pelo art. 1º da Constituição.*
- 6. Aplica-se, em relação ao FGTS, o disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, que reconhece o direito ao FGTS ao trabalhador cujo contrato tenha sido declarado nulo, nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da CF, quando mantido o direito ao salário. Precedentes do STF e do STJ.*
- 7. A constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 foi reconhecida pelo Pleno do STF, em regime de repercussão geral, no RE nº 596.478/RR. O dispositivo pode ser aplicado a contratos anteriores à edição da MP nº 2.164-41/2001, conforme a decisão dos embargos declaratórios no RE.*
- 8. Conquanto a invalidade da contratação temporária não tenha sido reconhecida em causa instaurada entre o Poder Público Municipal e seus servidores, a fiscalização do trabalho está investida do poder de polícia inerente à administração pública, conferido nos termos do art. 23*

da Lei nº 8.036/1990, que lhe atribui a competência para verificar a observância do cumprimento da legislação do FGTS, por parte de empregadores ou tomadores de serviços, inclusive na situação prevista no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990.

9. A questão foi dirimida pela Primeira Seção desta Corte, nos Embargos Infringentes nº 5008566-85.2012.404.7208, Primeira Seção, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 06/08/2015.

Em suas razões, o município embargante requer a prevalência do voto vencido na Turma, e defende as teses de que (1) a relação jurídica travada entre os servidores temporários e o Poder Público ostenta caráter administrativo, e não trabalhista, de modo que o eventual descumprimento dos requisitos legais que autorizam a contratação temporária por excepcional interesse público não implica a cobrança de FGTS e contribuições sociais; (2) que, de qualquer forma, não houve desvirtuamento nas contratações temporárias, porquanto efetuadas em conformidade com a legislação municipal; e (3) 'além disso, se acaso ficasse comprovado o alegado desvirtuamento nas contratações, não é atribuição do Ministério do Trabalho definir de plano tal situação, tampouco da Justiça do Trabalho, mas sim o Poder legislativo local, o TCE ou o MP'.

Com resposta da parte embargada, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia foi assim relatada pelo relator do processo na Turma, Juiz Federal Marcelo Malucelli:

O Município de Caçador/SC ajuizou ação ordinária em face da União (Fazenda Nacional) objetivando o reconhecimento da inexistência da relação jurídico-tributária no tocante à exigência de pagamento de FGTS e da Contribuição Social, dada a inconstitucionalidade dos artigos 19-A e 20, II, da Lei nº 8.036/90, na redação da Medida Provisória nº 2.164-41/2001, bem como a anulação do PAF nº 46220.000319820/2009-36. Atribuiu à causa o valor de R\$ 5.046.577,45 (evento 1).

Encerrada regular instrução, sobreveio sentença julgando procedente o pedido para declarar a nulidade da autuação fiscal, consubstanciada na lavratura dos Autos de Infração nºs 14032945 e 14032937 (evento 17).

Apelou a União, sustentando que: (a) o Município não contestou o mérito dos autos de infração, limitando-se a afirmar serem seus servidores abrangidos pelo regime jurídico único; (b) o fato de o Município ter uma lei regulando a contratação temporária não o autoriza a fazer qualquer contratação sob tal regime; (c) o Município mantém em seus quadros inúmeros servidores contratados por prazo determinado, sem a realização de concurso público, sendo os contratos renovados a cada ano; (d) a teor do art. 37 da CF/88, é nula a contratação de servidor público sem a realização de concurso, sendo aplicável a Súmula nº 363 do TST; (e) a contratação de temporários é admitida apenas em hipóteses excepcionais (evento 22).

Com contrarrazões (evento 27), os autos foram remetidos a esta instância, vindo conclusos.

Já o seu voto, no mesmo sentido da sentença e que restou ao final vencido, está assim fundamentado:

Ao disciplinar a investidura em cargo ou emprego público, a Constituição Federal determina a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (artigo 37, inciso II), excepcionando o comando ao dispor que 'a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público' (artigo 37, inciso IX).

A solução, no caso, reside na definição da natureza do vínculo que se estabeleceu entre o ente municipal e os contratados temporariamente para o exercício de funções tipicamente públicas.

Consoante destacado em julgado deste Tribunal, 'a Corte Suprema, ao apreciar a Reclamação Constitucional n. 8.880/09, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, concluiu que a relação jurídica entre o servidor e o Poder Público, seja de que natureza for, haverá de gravitar na seara da legislação administrativa, ao asseverar que 'não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e o Poder Público, seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa'. (TRF4 5016707-20.2012.404.7200, 3ª Turma, Relator p/ Acórdão Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 23-05-2013, destaquei).

Na hipótese dos autos, verifica-se que as Leis Complementares nºs 56/2004 e 163/2010 (artigos 271 e 9º, respectivamente), ambas do Município de Caçador/SC, prevêm que os servidores contratados em caráter temporário são submetidos ao regime estatutário (evento 1/anexospet8 e anexospet9), ou seja, a relação entre o ente público e os servidores temporários reveste-se de natureza eminentemente administrativa.

Desta forma, eventual inobservância dos requisitos legais que autorizam as contratações temporárias excepcionais não desvirtua a natureza administrativa do vínculo estabelecido.

Em julgado desta Corte, da lavra da Desembargadora Luciane Amaral Corrêa Münch (AC nº 5005262-75.2012.404.7209, 2ª Turma, j. 24-09-2013), a matéria restou apreciada com precisão, razão pela qual adoto os seus fundamentos como razões de decidir nos seguintes termos:

No que toca ao recolhimento do FGTS, assim dispõe o artigo 15 da Lei nº 8.036/90:

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.

§ 3º Os trabalhadores domésticos poderão ter acesso ao regime do FGTS, na forma que vier a ser prevista em lei.

§ 4º Considera-se remuneração as retiradas de diretores não empregados, quando haja deliberação da empresa, garantindo-lhes os direitos decorrentes do contrato de trabalho de que trata o art. 16.

§ 5º O depósito de que trata o caput deste artigo é obrigatório nos casos de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e licença por acidente do trabalho.

§ 6º Não se incluem na remuneração, para os fins desta Lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 7º Os contratos de aprendizagem terão a alíquota a que se refere o caput deste artigo reduzida para dois por cento.

O artigo 2º da Lei Complementar nº 110/2001, por seu turno, ao tratar da CSM está redigido nos seguintes termos:

Artigo 2º: Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores, à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas as parcelas de que trata o art. 15 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 1º Ficam isentas da contribuição social instituída neste artigo:

I - as empresas inscritas no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, desde que o faturamento anual não ultrapasse o limite de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

II - as pessoas físicas, em relação à remuneração de empregados domésticos; e

III - as pessoas físicas, em relação à remuneração de empregados rurais, desde que sua receita bruta anual não ultrapasse o limite de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

§ 2º A contribuição será devida pelo prazo de sessenta meses, a contar de sua exigibilidade.

Cabe assim averiguar qual regime jurídico disciplina a relação entre o Município e seus servidores temporários.

Para tanto, faz-se necessário analisar o comando do artigo 37 da Constituição Federal, que estabelece a forma de contratação dos servidores públicos da Administração Direta e Indireta:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(...)

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

A leitura do artigo leva a conclusão de que, como regra, a investidura em cargos ou empregos públicos exige a prévia aprovação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, salvo as nomeações para cargos ou funções de confiança.

Por outro lado, o texto constitucional admite, de maneira excepcional, e desde que prevista em lei, a contratação por tempo determinado, sem necessidade de realização de concurso público.

Na hipótese dos autos, o Município sustenta que os servidores contratados temporariamente submetem-se ao regime específico, diverso do celetista, que, por sua vez, dispensa o recolhimento do FGTS e da contribuição social prevista na Lei complementar n. 110/2000.

LEI COMPLEMENTAR Nº 16 DE 04 DE ABRIL DE 2000

Conforme determina o dispositivo constitucional acima transcrito, o Município editou a Lei Complementar nº 16/2000, dispondo sobre o regime jurídico dos servidores públicos, na qual consta um título específico para as contratações temporárias.

Como se vê, os servidores temporários do Município de Rio Negrinho são regidos pelo regime estatutário, e não pelo celetista, o que afasta a obrigação do ente público ao pagamento de verbas trabalhistas, tais como o FGTS e a contribuição social do artigo 2º da LC nº 110/2001.

Sublinhe-se que eventual irregularidade na contratação temporária não modifica a natureza do vínculo administrativo para trabalhista. A propósito, cito parte do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, relator do RE n. 573.202/AM, julgado em 21/08/2008:

Os servidores temporários não estão vinculados a um cargo ou emprego público, como explica Maria Sylvia Zanella di Pietro, mas exercem determinada função, por prazo certo, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. O seu vínculo com o Estado reveste-se, pois, de nítido cunho administrativo, quando mais não seja porque, como observa Luís Roberto Barroso, (não seria de boa lógica que o constituinte de 1988, ao contemplar a relação de emprego no art. 37, I, tenha disciplinado a mesma hipótese no inciso IX, utilizando-se de terminologia distinta). Ora, contrariamente ao que entende a recorrente e ao que decidiu o Tribunal a quo, a mera prorrogação do prazo de contratação da servidora temporária em comento não tem o condão de transmutar o vínculo administrativo que esta mantém com o Estado do Amazonas em relação de natureza trabalhista. A prorrogação do contrato nessas circunstâncias, seja ela expressa ou tácita, em que se opera a mudança do prazo de vigência deste, de temporário para indeterminado, pode até ensejar nulidade ou caracterizar ato de improbidade, com todas as consequências que isso acarreta, por ofensa aos princípios e regras que disciplinam a contratação desse tipo de servidores, mas não altera, peço vênias para insistir, a natureza jurídica do vínculo de cunho administrativo que se estabeleceu originalmente'. (STF. Plenário. RE n. 573.202/AM. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 21/08/2008).

Assim, ainda que o Município não tenha observado os requisitos legais que autorizam as contratações temporárias, tal conduta não descaracteriza a natureza administrativa do vínculo estabelecido com aqueles servidores, razão pela qual fica afastada a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições para o FGTS e da contribuição prevista no artigo 2º da LC nº 110/2001.

(...)

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

No mesmo sentido colaciona-se jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO VÍNCULO. 1. Não há falar em natureza trabalhista nas contratações temporárias pelo Município, restando afastada, desta forma, a obrigação de recolhimento para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 2. Ainda que o Município não tenha observado os requisitos legais que autorizam as contratações temporárias, tal conduta não descaracteriza a natureza administrativa do vínculo estabelecido com aqueles servidores, razão pela qual fica afastada a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições para o FGTS. (AC 5003432-60.2010.404.7204, 2ª Turma, Relator p/ Acórdão Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, D.E. 23/10/2013)

TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CONTRIBUIÇÕES INDEVIDAS. Os servidores contratados temporariamente submetem-se ao regime específico, diverso do celetista, que, por sua vez, dispensa o recolhimento do FGTS e da contribuição

social prevista na LC nº 110/2001. (AC 5000870-44.2011.404.7204, 1ª Turma, Relator p/ Acórdão Des. Federal Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 01/07/2014)

TRIBUTÁRIO. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO VÍNCULO. *Ainda que o Município não tenha observado os requisitos legais que autorizam as contratações temporárias, tal conduta não descaracteriza a natureza administrativa do vínculo estabelecido com aqueles servidores, razão pela qual fica afastada a obrigatoriedade do recolhimento das contribuições para o FGTS e da contribuição prevista no artigo 2º, da LC n. 110/2001. (AC 5008566-85.2012.404.7208, 2ª Turma, Relator Des. Federal Rômulo Pizzolatti, juntado aos autos em 09/01/2014)*

Desta forma, em sendo o regime de contratação de natureza estatutária, é de ser declarada insubsistente a exigência dos valores de FGTS e de contribuição social.

Por fim, é cediço que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 596.478, sob a sistemática de repercussão geral, deixou assentada a constitucionalidade do artigo 19-A, da Lei nº 8.036/90, segundo o qual é devido o depósito de FGTS 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. A mesma constitucionalidade foi reconhecida ao ser julgada improcedente a ADIn nº 3127, em sessão realizada no dia 26-03-2015.

No entanto, tenho que o artigo 19-A da Lei 8.036/90 é inaplicável à espécie, nos termos do julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EDcl no AREsp 45467/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 15-03-2013), que faz a distinção entre as hipóteses de anulação de investidura por descumprimento do princípio do concurso público, insculpido no artigo 37, § 2º, da CF, e de contratação de servidor temporário sob o regime de 'contratação excepcional' (artigo 37, inciso IX, da CF). O julgado se encontra ementado nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO TEMPORÁRIO. RELAÇÃO DE TRABALHO. NATUREZA JURÍDICO-ESTATUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CELETISTA. FGTS. PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 19-A DA LEI N.º 8.036/90. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 'A Emenda Constitucional 19/98, que permitia a pluralidade de regimes jurídicos pela administração, foi suspensa, neste ponto, pelo Supremo Tribunal Federal, impossibilitando a contratação de servidor público pelo regime trabalhista (ADI 2.135-MC/DF)' (CC 100.271/PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção, DJe 6/4/09).

2. 'O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395 que 'o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária' (AgRg na Rcl nº 8.107, Rel. p/ Ac. Min. CÁRMEN LÚCIA, STF, Tribunal Pleno, DJe 26/11/09).

3. Nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, 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.

4. Caso concreto que diverge da hipótese do art. 19-A da Lei 8.036/90, pois o vínculo de trabalho que existiu entre os litigantes não era oriundo de investidura em cargo ou emprego público posteriormente anulada por descumprimento do princípio do concurso público insculpido no art. 37, § 2º, da CRFB/88, mas de contratação de servidor temporário sob o regime de 'contratação excepcional'.

5. A tese segundo a qual o art. 19-A da Lei 8.036/90 deveria ser interpretado à luz do art. 7º, III, da CF/88 não é passível de ser apreciada na presente via recursal, por se tratar de matéria

reservada à competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 45467 / MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 15/03/2013).

Desse modo, não merece reforma a sentença.

ANTE O EXPOSTO, voto por negar provimento ao apelo e à remessa oficial.

Por seu turno, o voto vencedor, proferido pelo Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, está assim redigido:

Peço vênia para divergir do entendimento expendido no voto condutor.

Constatou a fiscalização, na NFGC nº 506.281.710, lavrada pelo Ministério do Trabalho em 22/07/2009, que o Município de Caçador adota o regime estatutário, porém mantém em seus quadros inúmeros servidores contratados por prazo determinado (temporários) sem a realização de concurso público na forma determinada pelo art. 37, inciso II, da CF, cujos contratos são renovados ano a ano. Atesta que não restou comprovada a necessidade temporária de excepcional interesse público dos serviços, conforme o art. 37, inciso IX, da CF, uma vez que os servidores são contratados para exercer atividades típicas e permanentes da administração pública, tais como professores, funções administrativas, agentes de saúde. Aponta que o art. 37, § 2º, da CF, estabelece a nulidade das contratações no serviço público, quando não houver a realização de concurso público. O lançamento fiscal embasa-se nos arts. 15 e 19-A da Lei nº 8.036/1990, na Súmula nº 363 do TST e no art. 2º da LC nº 110/2001, abrangendo o FGTS no período de 01/1992 a 05/2009 e a Contribuição Social no período de 01/2004 a 12/2006 (evento 1, PROCADM3 e 4).

Foram lavrados, ainda, os Autos de Infração nº 014.032.937 e nº 014.032.945, em razão de o Município 'deixar de depositar mensalmente o percentual referente ao FGTS' e 'deixar de recolher, ou recolher após o vencimento sem os acréscimos legais, a contribuição social incidente sobre a remuneração paga ou devida a cada empregado, à alíquota de 5%', e embasados no art. 23, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.036/1990, e no 2º da Lei Complementar nº 110/2001, respectivamente. A relação de empregados prejudicados acostada à inicial não está completa (evento 1, PROCADM5).

É assente na jurisprudência do STF que a regra é a admissão de servidor público mediante concurso público, nos termos do inciso II do art. 37 da CF, permitindo-se duas exceções: os cargos em comissão referidos na parte final do inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da lei, conforme o inciso IX do art. 37 (ADI 3210, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 03/12/2004). Nessa última hipótese, a Constituição estabelece as condições que devem ser atendidas: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. O vínculo que se firma, na contratação temporária, possui natureza administrativa (RE 573202, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2008, Repercussão Geral).

Também é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação de pessoal para saúde, educação, assistência jurídica e serviços técnicos não se enquadra na hipótese constitucional de necessidade temporária de excepcional interesse público, que autorizaria a admissão por meio de processo seletivo simplificado, com a dispensa de concurso público. A exemplo, colaciono os seguintes precedentes:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI AMAPAENSE N. 765/2003. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

(ADI 3116, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00062)

EMENTA: Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes

(ADI 2987, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2004, DJ 02-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02146-03 PP-00614 RTJ VOL-00193-01 PP-00112)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 4.957, de 1994, art. 4º, do Estado do Espírito Santo. Resolução nº 1.652, de 1993, arts. 2º e 3º, do Estado do Espírito Santo. SERVIDOR PÚBLICO: VENCIMENTOS: FIXAÇÃO. Resolução nº 08/95 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público. C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inc. II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. C.F., art. 37, IX. Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. - Lei 4.957, de 1994, art. 4º, do Estado do Espírito Santo e arts. 2º e 3º da Resolução 1.652, de 1993, da Assembléia Legislativa do mesmo Estado: inconstitucionalidade. III. - Os vencimentos dos servidores públicos devem ser fixados mediante lei. C.F., art. 37, X. Vencimentos dos servidores dos Tribunais: iniciativa reservada aos Tribunais: C.F., art. 96, II, b. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida relativamente ao artigo 1º da Resolução nº 1.652/93 da Assembléia Legislativa e julgada procedente, em parte.

(ADI 1500, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 16-08-2002 PP-00087 EMENT VOL-02078-01 PP-00154)

Pois bem. No caso dos autos, a Lei Municipal nº 398/1990 considera que há necessidade temporária de excepcional interesse público nas seguintes hipóteses: calamidade pública; epidemia ou surto de epidemia; execução de obras e serviços indispensáveis, com caráter de urgência, quando o quadro de pessoal for insuficiente; provimento de vaga de professor, quando for confirmada a quantidade insuficiente de professores para o atendimento normal das aulas; provimento de vaga em serviços essenciais da comunidade, nos setores de saúde pública e limpeza pública. A partir da Lei Municipal nº 56/2004, os servidores temporários estão submetidos ao regime estatutário (evento 1, ANEXOS PET8).

Mostra-se evidente que a Lei Municipal nº 398/1990, embora enumere algumas situações que satisfazem as exigências do inciso IX do art. 37 da Constituição, já que efetivamente configuram necessidade temporária de serviço de excepcional interesse público, prevê a contratação de servidores para o exercício de funções burocráticas permanentes e ordinárias da administração pública, típicas dos cargos e empregos públicos - professores e serviços públicos essenciais.

A violação ao inciso IX do art. 37 da CF, além de invalidar as contratações temporárias realizadas sob a égide da Lei Municipal nº 939/1998, lança os trabalhadores contratados em um limbo jurídico, pois, à falta de concurso público, não ocupam cargo ou emprego público. Aliás, a descaracterização da contratação temporária configura burla a regra de admissão do

servidor mediante concurso público, também violando o inciso II e o § 2º do art. 37 da CF, uma vez que a invalidade da contratação temporária também se estende à investidura em cargo de provimento efetivo, à falta de concurso público.

A legislação contém dispositivo específico sobre a exigência do depósito do FGTS quando é declarada a nulidade da contratação temporária, porém mantido o direito ao salário, nos termos do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41/2001, in verbis:

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.

A constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 foi reconhecida pelo Pleno do STF, em regime de repercussão geral, no RE nº 596.478/RR, o qual alterou sua jurisprudência anterior:

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 nº 596.478/RR, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 13-06-2012, acórdão publicado no DJe de 01-03-2013).

Impende averbar que a norma veiculada no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 pode ser aplicada a contratos anteriores à edição da MP nº 2.164-41/2001, conforme decidiu o STF, nos embargos de declaração opostos ao RE 596.478/RR. No voto proferido, o Relator menciona as palavras do Ministro Gilmar Mendes 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' e, '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'. Eis a ementa do julgado:

EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário decidido pelo Plenário. Repercussão geral reconhecida. Artigo 19-A da Lei 8.036/90. Constitucionalidade. Recurso extraordinário não provido.

1. A decisão embargada está em consonância com o que foi decidido pelo Pleno da Corte, que, após reconhecida a repercussão geral da matéria, julgando o mérito, consolidou o entendimento de que o art. 19-A da Lei nº 8.036/90 não ofende a Constituição Federal e possui natureza declaratória de direitos.

2. Ausência de omissão ou de obscuridade, tendo sido afastada a tese da inconstitucionalidade do dispositivo sob o argumento da sua irretroatividade a partir da edição da nº MP 2.164-41. Manutenção da decisão do Tribunal Superior do Trabalho.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(RE 596478 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

O cerne da questão não diz respeito à natureza do vínculo, se administrativo ou trabalhista, mas sim aos direitos fundamentais do respeito à dignidade humana e dos valores sociais do

trabalho, consagrados pelo art. 1º da Constituição. Apesar da nulidade da contratação temporária entabulada pelo Município, não podem ser negados direitos fundamentais a que todo trabalhador faz jus. Aplica-se, em relação ao FGTS, o disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, que reconhece o direito ao FGTS ao trabalhador cujo contrato tenha sido declarado nulo, nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da CF, quando mantido o direito ao salário. A respeito da questão, menciono excerto do voto proferido pelo Desembargador Rômulo Pizzolatti, na Apelação Cível nº 5008566-85.2012.404.7208/SC:

Nulas as contratações temporárias realizadas pelo Município de Camboriú com fundamento na Lei nº 1.252, de 1997, não há falar nem em 'regime celetista' nem em 'regime administrativo', porque tais regimes são jurídicos, conformados à lei. O que se tem, aqui, é o fato da prestação de trabalho, à margem da lei, caso em que o trabalhador faz jus, a título de indenização, por força do princípio jurídico da vedação do locupletamento sem causa, à contraprestação ajustada e aos depósitos do FGTS, por força do art. 19-A da Lei nº 8.036, de 1990, o que, de resto, já foi há tempos reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) na sua Súmula nº 363, com a redação dada pela Resolução nº 121, de 2003, publicada no DJ de 19, 20 e 21 de novembro de 2003, in verbis:

Súmula nº 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

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.

A questão foi dirimida pela Primeira Seção desta Corte, restando vencedor o posicionamento defendido pelo Desembargador Pizzolatti, em precedente em que atuei como Relator:

FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO AO INCISO IX DO ART. 37 DA CF. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA DO PREFEITO MUNICIPAL PARA DEFINIR AS HIPÓTESES DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE INTERESSE PÚBLICO EXCEPCIONAL. BURLA À REGRA DE ADMISSÃO DE SERVIDOR POR CONCURSO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA QUANTO À NATUREZA DO VÍNCULO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA E DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO. NULIDADE DO CONTRATO reconhecida pela fiscalização do trabalho. DIREITO AO FGTS. ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/1990.

1. É assente na jurisprudência do STF que a regra é a admissão de servidor público mediante concurso público, nos termos do inciso II do art. 37 da CF, permitindo-se duas exceções: os cargos em comissão referidos na parte final do inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da lei, conforme o inciso IX do art. 37 (ADI 3210, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 03/12/2004). Nessa última hipótese, a Constituição estabelece as condições que devem ser atendidas: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.

2. A Lei Municipal nº 1.252/1997 deixou de atender as prescrições constitucionais, visto que não delimita as hipóteses de necessidade temporária de interesse público excepcional, relegando a contratação ao exercício de competência discricionária do Chefe do Poder Executivo Municipal. A violação ao inciso IX do art. 37 da CF, além de invalidar as contratações temporárias realizadas sob a égide da Lei Municipal nº 1.252, lança os trabalhadores contratados em um limbo jurídico, pois, à falta de concurso público, não ocupam cargo ou emprego público.

3. A descaracterização da contratação temporária configura burla à regra de admissão do servidor mediante concurso público, também violando o inciso II e o § 2º do art. 37 da CF.

4. O cerne da questão não diz respeito à natureza do vínculo, se administrativo ou trabalhista, mas sim aos direitos fundamentais do respeito à dignidade humana e dos valores sociais do trabalho, consagrados pelo art. 1º da Constituição.

5. Aplica-se, em relação ao FGTS, o disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, que reconhece o direito ao FGTS ao trabalhador cujo contrato tenha sido declarado nulo, nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da CF, quando mantido o direito ao salário. Precedentes do STF e do STJ.

6. Conquanto a invalidade da contratação temporária não tenha sido reconhecida em causa instaurada entre o Poder Público Municipal e seus servidores, a fiscalização do trabalho está investida do poder de polícia inerente à administração pública, conferido nos termos do art. 23 da Lei nº 8.036/1990, que lhe atribui a competência para verificar a observância do cumprimento da legislação do FGTS, por parte de empregadores ou tomadores de serviços, inclusive na situação prevista no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990.

(TRF4, EINF 5008566-85.2012.404.7208, Primeira Seção, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 06/08/2015)

Nessa linha de entendimento já decidiu o STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SERVIÇO PÚBLICO - CONTRATAÇÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO - RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DO CONTRATO - EXTENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - DIREITO AO DEPÓSITO DO FGTS - ORIENTAÇÃO QUE PREVALECE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RAZÃO DE JULGAMENTO FINAL, COM REPERCUSSÃO GERAL, DO RE 596.478/RR - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(RE 752206 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013)

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)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 2. Servidor público contratado em caráter temporário. Renovações sucessivas do contrato. Aplicabilidade dos direitos sociais previstos no art. 7º da CF, nos termos do art. 37, IX, da CF. Direito ao décimo-terceiro salário e ao adicional de férias. 3. Discussão acerca do pagamento dobrado das férias. Questão de índole infraconstitucional. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 681356 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012)

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)

Igualmente há precedentes do STJ no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DECLARADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DEPÓSITO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. *Cinge-se a controvérsia a decidir se há obrigatoriedade de pagamento de FGTS em caso de exoneração de servidor contratado temporariamente sem concurso público.*

2. *Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido se pronuncia de modo inequívoco e suficiente sobre a questão posta nos autos.*

3. *O STF entende 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' (AI 767.024-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24.4.2012).*

4. *A Suprema Corte, reconhecendo a repercussão geral da matéria, declarou constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, o qual determina ser devido o depósito do FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a administração seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. Ainda que reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos moldes do art. 37, § 2º, da Carta Magna, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando se reconhece ser devido o salário pelos serviços prestados (RE 596.478/RR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Ac.: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-2-2013 PUBLIC 1º-3-2013.)*

5. *O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 3.8.2009).*

6. *A Segunda Turma do STJ firmou entendimento no sentido de que 'Em razão de expressa previsão legal, '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' (art. 19-A da Lei 8.036/90 incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001) '(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 22/5/2013.)*

7. *A revisão das premissas que embasaram, na instância a quo, a aplicação de multa por litigância por má-fé, bem como o respectivo valor fixado, implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ.*

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1452468/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO DEPÓSITO E LEVANTAMENTO. SÚMULA 466/STJ.

1. *'O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público' (Súmula 466/STJ). Em razão de expressa previsão legal, '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' (art. 19-A da Lei 8.036/90 incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001).*

2. *Ressalte-se que 'a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS' (REsp 1.110.848/RN, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.8.2009 recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC).*

3. No caso, 'o Tribunal de origem decidiu que o fato de o contrato temporário ser declarado nulo não induz ao pagamento do FGTS'. Contudo, 'tal entendimento destoa da jurisprudência do STJ, que é no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada do FGTS' (REsp 1.335.115/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.9.2012).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013)

Importante ressaltar que o STJ ressalva a aplicação do art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 apenas na hipótese em que o contrato de trabalho temporário não foi declarado nulo, porque, nesse caso, persiste a relação de direito administrativo com o Estado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO PRECÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMUDAÇÃO DO REGIME JURÍDICO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PAGAMENTO DO FGTS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. O presente caso não versa sobre hipótese de servidor público cuja investidura em cargo ou emprego público foi anulada, mas sim de trabalhador contratado a título precário que teve o contrato de trabalho prorrogado, o que não é suficiente para transmutar a natureza do vínculo administrativo em trabalhista.

2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o servidor temporário mantém relação jurídico-administrativa com o Estado, razão pela qual o disposto no art. 19-A da Lei n. 8.036/90 não se aplica, no que concerne às verbas do FGTS.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 483.585/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014)

Cabe acrescentar que, conquanto a invalidade da contratação temporária não tenha sido reconhecida em causa instaurada entre o Poder Público Municipal e seus servidores, a fiscalização do trabalho está investida do poder de polícia inerente à administração pública, conferido nos termos do art. 23 da Lei nº 8.036/1990, que lhe atribui a competência para verificar a observância do cumprimento da legislação do FGTS, por parte de empregadores ou tomadores de serviços, inclusive na situação prevista no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990. A averiguação de irregularidades na contratação de servidores temporários, pela inspeção do trabalho, deflui do poder de polícia ínsito à administração pública, havendo expressa previsão para tanto no art. 628 da CLT. Por outro lado, o art. 9º da CLT considera nulos, de pleno direito, todos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, sendo desnecessária, assim, a prévia declaração judicial de nulidade.

O apelo da União, assim, deve ser provido, para que seja julgado improcedente o pedido de declaração de nulidade da NFGC nº 506.281.710506.294.722 e dos Autos de Infração nº 014.032.937 e nº 014.032.945. Em razão da sucumbência da parte autora, deve ser condenada a pagar honorários advocatícios no mesmo montante arbitrado na sentença (R\$ 15.000,00), com atualização pelo IPCA-E.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação.

Pois bem. O ato impugnado respeita a contribuições sociais e ao FGTS supostamente devidas pelo município no período de janeiro de 1992 a maio de 2009, por conta da contratação de trabalhadores por tempo determinado,

cujos contratos de trabalho foram considerados nulos pelos auditores-fiscais do trabalho, conforme noticia o relatório circunstanciado que integra aquele ato (evento nº 1, 'PROCADM4', pg. 5). A nulidade, segundo se extrai desse documento, decorreria de o município ter efetuado tais contratações sem prévio concurso público, para a realização de '*atividades típicas e permanentes da administração pública municipal, tais como professores, administrativos, agentes da saúde etc.*'.

Fossem realmente inválidas as contratações de pessoal por tempo determinado realizadas pelo Município de Caçador/SC, seriam exigíveis as contribuições sociais e o recolhimento do FGTS em benefício dos trabalhadores irregularmente contratados, por incidência do art. 19-A da Lei nº 8.036, de 1990, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), *in verbis*:

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 nº 596.478/RR, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 13-06-2012, acórdão publicado no DJe de 01-03-2013).

Ocorre que, ao contrário do entendimento da fiscalização do trabalho, não há ilicitude na contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, ainda que para o exercício de funções públicas típicas e permanentes, quando observada a Constituição Federal (art. 37, IX) e a legislação municipal que estabelece os casos e condições de tais contratações.

De fato, a validade da contratação de pessoal por prazo determinado é autorizada pela Constituição aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), cabendo-lhes apenas estabelecer, em lei própria, os casos em que será feita essa contratação, a qual, nos dizeres do texto constitucional, se faz '*para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*' (CF, art. 37, IX). Assim, se faltam médicos para os postos de saúde, professores para as escolas, garis para a limpeza urbana, agentes administrativos para as atividades burocráticas, é certo que o município, até a investidura dos servidores necessários a tais funções, mediante concurso público, pode e deve contratar por prazo determinado, mediante processo seletivo simplificado, o pessoal indispensável a garantir a continuidade do serviço público.

Ora, o Município de Caçador/SC, ao tempo fiscalizado, possuía lei própria disciplinando e autorizando as contratações temporárias para atender a necessidade de excepcional interesse público, dentro da sua competência

conferida pela Constituição (art. 30, I c/c art. 61, § 1º, II, 'c'), qual seja, a Lei Ordinária Municipal nº 398, de 1990, que - até a sua revogação pela Lei Complementar Municipal nº 163, de 2010 - disciplinou a contratação de empregados por tempo determinado, nos seguintes termos (evento nº 1, 'ANEXOS PET9'):

O Prefeito Municipal de Caçador, faz saber a todos os habitantes do Município, que a Câmara Municipal aprovou e ele sanciona a seguinte Lei:

Art. 1º - O Poder Executivo diante das necessidades temporárias de excepcional interesse público poderá contratar pessoal, por tempo determinado.

§ 1º - A contratação de pessoal por tempo determinado dar-se-á nos seguintes casos:

- a) - calamidade Pública;*
- b) - epidemia, ou surto de epidemia;*
- c) - execução de obras e serviços indispensáveis, com caráter de urgência, e, quando o quadro de pessoal for insuficiente;*
- d) - provimento de vaga de professor, quando dor confirmada a quantidade insuficiente de professores para o atendimento normal das aulas;*
- e) - provimento de vaga em serviços essenciais da comunidade, nos setores de saúde pública e limpeza pública.*

§ 2º - A contratação de pessoal terá como limites máximo de tempo, nos casos do parágrafo anterior:

- a) - para as letras 'a' e 'b' duração dos casos;*
- b) - para a letra 'c' a execução da obra ou serviço;*
- c) - para a letra 'd' o ano letivo;*
- d) - para a letra 'e' o prazo que durar o afastamento do titular, não podendo ultrapassar o prazo de 12 (doze) meses.*

§ 3º - Quando o caso requerer a contratação de numero igual ou superior a 10 (dez) pessoas o Poder Executivo divulgará pela imprensa 'aviso de contratação temporária de pessoal', constando:

- 1 - finalidade da contratação;*
- 2 - quantidade de pessoal;*
- 3 - os requisitos exigidos;*
- 4 - o valor dos vencimentos;*
- 5 - o tempo de duração da contratação.*

§ 4º - O regime de trabalho para as pessoas de contratação temporária é o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. (Revigorado pela Lei nº 1.138/1997)

§ 4º - A forma de contratação do pessoal temporário, será através do Contrato Administrativo Por Tempo Determinado, devendo ser expedido portaria contendo o período da contratação e o vencimento do contratado. (Redação dada pela Lei nº 447/1991)

§ 5º - O valor do vencimento ou salário do pessoal contratado nos termos desta Lei, não será superior ao nível básico dos servidores efetivos.

§ 6º - Os Servidores contratados nos termos da Lei nº 447, de 22/8/91, ora revogada, terão rescindidos os seus contratos administrativos, passando a contratação constante no referido contrato, inclusive o período, para o regime celetista. (Redação dada pela Lei nº 1.138/1997)

§ 6º - Servidores contratados temporariamente nos termos da presente Lei ficarão vinculados para fins previdenciários, ao Regime Geral da Previdência Social, a partir de 1º de janeiro de 1999. (Redação dada pela Lei nº 1.359/1999)

Art. 2º - O pessoal contratado por tempo determinado, anteriormente a presente Lei, poderão ter o seus contratos prorrogados no máximo até 31 de dezembro de 1991.

Art. 3º - A contratação de pessoal por tempo determinado, terá como objetivo maior atender as necessidades momentâneas e urgentes da comunidade e concomitantemente não sobrecarregar o quadro normal de servidores.

Art. 4º - Os encargos decorrentes desta Lei, correrão por conta de dotações próprias, consignadas no Orçamento Municipal.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Prefeitura Municipal de Caçador, em 13 de dezembro de 1990.

Por seu turno, a Lei Complementar Municipal nº 56, de 2004 ('DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO MUNICÍPIO DE CAÇADOR E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS'), trouxe outras normas - gerais - sobre a contratação por prazo determinado pelo Município, *in verbis* (Evento nº 1, 'ANEXOS PET8', pgs. 45-6):

TÍTULO VI DO CONTRATO TEMPORÁRIO

Art. 271 - Os contratados por tempo determinado ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta lei, assegurados os direitos dos arts 73 e 98 incisos I, III e X, observados os princípios estabelecidos neste Capítulo.

Parágrafo único - As contratações por tempo determinado serão para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal.

Art. 272 - A contratação prevista no artigo anterior, nos órgãos da Administração Municipal centralizada ou descentralizada far-se-á, observando o seguinte:

I - devem ser precedidas de justificativa, com a indicação expressa de sua efetiva necessidade e dos recursos orçamentários para a respectiva despesa;

II - os salários serão fixados aos estabelecidos para funções semelhantes no quadro do funcionalismo público municipal;

III - quando se tratar de pessoal especializado ou técnico, é obrigatória a apresentação da carteira profissional, curriculum vitae, títulos e indicações de experiência profissional;

IV - as contribuições deverão ser recolhidas ao Regime Geral de Previdência Social;

V - as prorrogações de contratos serão feitas por aditamento no próprio instrumento do contrato, precedidas por justificativa;

VI - para a contratação serão exigidos os requisitos do art. 16;

VII - o servidor contratado, não poderá ser comissionado em qualquer outro setor da Administração.

Parágrafo único - Observada rigorosamente a ordem de classificação e feitas as contratações, poderá ser a prova de seleção a sua validade, não assistindo qualquer direito à eventual contratação futura, para os demais candidatos aprovados.

Art. 273 - São nulos e de nenhum efeito os contratos feitos em desacordo com as normas deste Capítulo

(...)

Daí decorre que não há ilicitude em contratações por tempo determinado, desde que feitas de acordo com a legislação municipal de regência. Contudo, a fiscalização do trabalho não apurou que as contratações temporárias tenham sido feitas em desacordo com as referidas leis municipais, limitando-se a afirmar que nem sequer poderiam ter sido feitas, a pretexto de que serviriam a funções típicas e permanentes do Município, e que por isso necessitariam de prévio concurso público. Tal posicionamento está em manifesto desacordo com o espírito da Constituição Federal (art. 37, IX).

Mais que isso, o posicionamento adotado pela fiscalização do trabalho vai de encontro a este fundamental princípio do direito administrativo, o princípio da continuidade do serviço público, assim definido por J. Cretella Júnior:

CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO - Característico que deve estar sempre presente no serviço público. Há-de ser contínuo. O serviço público nunca deve ser interrompido. Por esse motivo, são vedadas as greves no serviço público, porque iriam contrariar o princípio informativo da continuidade do serviço público. A continuidade, regra básica do direito administrativo, informadora de inúmeros institutos (suplência, delegação, substituição, abandono de cargo, greve, vacância), é elevada à categoria de princípio, assim enunciado: 'A atividade da Administração Pública é ininterrupta, não se admitindo a paralisação dos serviços públicos (CRETELLA JÚNIOR, J. Dicionário de direito administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976. p. 152-3).

Assim, embora compartilhe do entendimento adotado pelo voto vencedor, tenho que ao caso concreto ele não se aplica, ante a falta de sua premissa, qual seja, a invalidade das contratações de pessoal por tempo determinado. Dessarte, deve prevalecer o voto vencido na Turma, por sua conclusão, de ser indevida a cobrança.

Ante o exposto, voto por **dar provimento** aos embargos infringentes.

Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8139467v3** e, se solicitado, do código CRC **762AC41**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Rômulo Pizzolatti

Data e Hora: 17/03/2016 19:02

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 17/03/2016
EMBARGOS INFRINGENTES Nº 5001813-74.2010.4.04.7211/SC
ORIGEM: SC 50018137420104047211

RELATOR : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
PRESIDENTE : Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
PROCURADOR : Dr. Waldir Alves
EMBARGANTE : MUNICÍPIO DE CAÇADOR/SC
EMBARGADO : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 17/03/2016, na seqüência 13, disponibilizada no DE de 25/02/2016, da qual foi intimado(a) UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 1ª SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR
PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES.

RELATOR : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
ACÓRDÃO : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
VOTANTE(S) : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
: Juíza Federal CLÁUDIA MARIA DADICO
: Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
: Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA
: Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

AUSENTE(S) : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÛNCH
: Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

Jaqueline Paiva Nunes Goron
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Jaqueline Paiva Nunes Goron, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8206375v1** e, se solicitado, do código CRC **D64D07B9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Jaqueline Paiva Nunes Goron

Data e Hora: 17/03/2016 15:30