

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº  
5008566-85.2012.404.7208/SC**

**AUTOR : MUNICÍPIO DE CAMBORIÚ**

**RÉU : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**

**INTERESSADO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**

**SENTENÇA**

**1. RELATÓRIO**

Trata-se de ação ordinária ajuizada pelo **Município de Camboriú** contra a **UNIÃO**, postulando a declaração da *inexigibilidade do débito referente ao FGTS cobrado por meio da NFGC nº. 506.398.480, relativo aos contratos temporários (art. 37, IX, CRFB), que o Município requerente supostamente deixou de recolher no período compreendido entre 01/2002 a 05/2010, anulando a exação.*

Requeru antecipação da tutela para suspensão da exigibilidade do crédito, vedando-se a inclusão da parte autora no SINAD/CADIN/SIAF e negativa de expedição de CPD-EN.

Alega que as normas do regime celetista não se aplicam às contratações temporárias realizadas pelo Município, tendo em conta a opção realizada pelo ente municipal em disciplinar as contratações por prazo determinado por meio de lei específica. Defendeu que não é atribuição dos auditores-fiscais do trabalho aferir a validade ou a nulidade da modalidade ou forma da contratação, além do que há vício de forma, pois não foi apresentada a evolução do débito.

A antecipação de tutela foi deferida no evento 4. Interposto agravo de instrumento (evento 16), foi convertido em retido em segunda instância.

Foi determinada a inclusão da Caixa Econômica Federal no feito, na qualidade de interessada (evento 10).

A União contestou o feito (evento 15), alegando preliminarmente a incompetência absoluta. No mérito, defende a regularidade do procedimento administrativo em razão das atribuições legais dos auditores-fiscais do trabalho e poder de polícia correspondente, e que a Prefeitura Municipal de Camboriú/SC, mesmo possuindo estatuto funcional próprio, contratou servidores temporários sem observar os requisitos constitucionais e legais pertinentes.

Houve réplica (evento 23).

A parte autora se manifestou sobre o agravo retido (evento 30).

Os autos vieram conclusos para sentença.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1. Incompetência absoluta**

Não prospera a preliminar levantada pela União, na esteira da jurisprudência do STJ em conflito negativo de competência a respeito do tema:

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA POR ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. DECISÃO QUE DEFERIU A LIMINAR. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE. REDAÇÃO DADA PELA EC 45/2004. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado para afastar a exigência de depósito prévio relativa à multa aplicada pelo Ministério do Trabalho. A liminar foi deferida na Justiça Federal. Veio agravo de instrumento da União. O Juiz a quo declinou da competência e determinou a remessa para a Justiça do Trabalho, em razão da EC n. 45/2004. 2. O art. 114, VII, da CF/1988, com a nova redação da EC n. 45/2004, prevê que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar 'as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho'. 3. A análise do conflito, no caso dos autos, não envolve a aplicação ou não da EC n. 45/2004, e sim a competência para julgamento de recurso já interposto, conforme decidido no CC 63.674/MS. 4. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Comum Federal. (STJ. CC - CONFLITO DE COMPETENCIA - 66186. Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES. Fonte DJE DATA: 06/10/2008).*

Afasto a preliminar.

### **2.2. Mérito**

Trata-se de ação ordinária ajuizada pelo Município de Camboriú contra a União, postulando a declaração da inexigibilidade do débito referente ao FGTS cobrado por meio da NFGC n. 506.398.480, relativo aos contratos temporários (art. 37, IX, CRFB) que supostamente deixou de recolher no período compreendido entre 01/2002 a 05/2010.

A forma de contratação dos servidores públicos da Administração Pública Direta e Indireta está prevista no art. 37 da CF, dispondo seu inciso II que '*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*'.

Não obstante, o mesmo artigo, em seu inciso IX, prevê exceção quando estipula que *'a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público'*. Nestas situações excepcionais, previamente estabelecidas em lei, admite-se o exercício da função pública independentemente da realização de concurso público, sofrendo tal função, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, *'a séria limitação de seu caráter eminentemente precário e passageiro'* (in Curso de Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pg. 313).

Na espécie, o Município autor editou a Lei n. 1252/1997 (evento 1, OUT4, p. 183), estabelecendo a possibilidade de contratação de pessoal por tempo determinado, *'visando a execução de serviços considerados prioritários, emergenciais, de extrema necessidade e de excepcional interesse público'*, e os sujeitando ao regime estatutário, conforme consignado no artigo 1º, p. único, *in verbis*:

*Art. 1º - Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal de Camboriú autorizado, na forma do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, a contratar pessoal por prazo determinado, sempre que ocorrer necessidade temporária de serviço de excepcional interesse público, necessariamente justificado pela Administração.*

*Parágrafo único - O vínculo laboral advindo da contratação que trata o 'caput' deste artigo será administrativo, cujas condições serão estabelecidas no respectivo contrato.*

Observa-se, pois, que as relações de trabalho havidas entre o Município autor e os servidores contratados por tempo determinado possuem natureza administrativa e não trabalhista, razão pela qual, em princípio, não haveria obrigação do ente público ao pagamento de verbas trabalhistas, tais como o FGTS. A propósito:

*PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES DO FGTS. ANULATÓRIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE DÍVIDA, COM DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. LEGITIMIDADE DA CEF. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS. INSTITUIÇÃO DO ESTATUTO DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO. VINCULAÇÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO. RECOLHIMENTO DE FGTS INDEVIDO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO.*

*1. (...)*

*3. Com o advento do Estatuto dos Servidores do Município de Palmelo/GO, a contratação de pessoal por prazo determinado passou a ser regida pelas normas previstas para a generalidade do funcionalismo público local, em face da omissão quanto à natureza do regime.*

*4. Vinculado a regime estatutário, não está o servidor temporário sujeito a recolhimento de FGTS, razão pela qual deve ser mantida a sentença em que se julgou procedente o pedido para anular a confissão espontânea de dívida no período questionado, reconhecendo-se, por consequência, sua inexistência.*

*5. Honorários de advogado fixados em R\$ 1.000,00 para cada réu (CPC, art. 20, § 4º), mantidos.*

*6. Apelações e remessa oficial a que nega provimento. (TRF1, AC 199935000011794, rel. Des. Federal João Batista Moreira, DJF1-e 21/05/2008).*

Ocorre, todavia, que o Fiscal do Trabalho considerou irregulares as contratações por levadas a efeito pelos seguintes fundamentos (evento 1, NOT3):

*A Prefeitura Municipal, sem que haja necessidade excepcional, mantém em seus quadros inúmeros servidores na qualidade de contratados por tempo determinado (temporários), em substituição aos efetivos, ocupando cargos e atividades típicas e permanentes da administração pública municipal, tais como professores, médicos, agentes ocupacionais e de saúde, entre outros.*

*Esse procedimento, aliado à não realização de concurso, gera a nulidade das contratações, conforme o artigo 37, §2º, da Constituição Federal.*

*Em virtude disso, realizou-se o levantamento do débito do FGTS com base no artigo 19-A, da Lei 8036/1990, súmula 363 do TST e artigo 8º da Instrução Normativa nº 25, de 20.12.2001 do Ministério do Trabalho e Emprego.*

Inicialmente, oportuno consignar a não comprovação, pelo Município autor, da regularidade das contratações temporárias efetivadas no período fiscalizado - 01/2002 a 05/2010. Por sua vez, o número elevado de servidores contratados temporariamente, nos termos do relatório confeccionado pelo auditor fiscal - indica ter sido criada uma distorção na política de pessoal da Administração Pública do Município, com utilização desmedida e indevida do contrato por prazo determinado.

A controvérsia, portanto, reside em saber quais os efeitos advindos destas contratações irregulares ou, mais precisamente, se o reconhecimento da nulidade destas contratações altera a sua natureza jurídica de estatutária para celetista, gerando, em consequência, o dever de recolhimento do FGTS.

A respeito do tema, cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a contratação de empregado pela Administração para investidura em cargo ou emprego público, sem prévia aprovação em concurso público, é nula, não gerando, afora o dever de pagamento dos salários pelos dias trabalhados, quaisquer efeitos trabalhistas, dentre eles, o direito ao FGTS. Vejamos:

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM A PRÉVIA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. SALDO DE SALÁRIOS PELOS DIAS TRABALHADOS. FGTS. INOVAÇÃO. Após a Carta Magna de 1988, é nula a contratação de empregado para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contrato não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento dos salários pelos dias efetivamente trabalhados. Neste sentido: AI 322.524-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; AI 361.878-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 233.108-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio; e AI 372.551-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Quanto ao recolhimento do FGTS e à alegada inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.164-41/2001, observa-se que o tema não foi objeto das razões recursais extraordinárias, nem discutido pela Corte de origem, constituindo, pois, inovação insuscetível de ser apreciada em sede de agravo regimental. Precedentes: RE 346.599-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 340.686-ED, Rel. Min. Ilmar Galvão; AI 482.041-AgR, Rel. Min. Eros Grau; e o AI 500.501-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 454409 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 16-12-2005 PP-00082 EMENT VOL-02218-09 PP-01717).*

Também a Suprema Corte, ao julgar o RE 573.202/AM, entendeu que eventual nulidade da contratação temporária não tem o condão de alterar a natureza do vínculo de administrativo para trabalhista. Transcrevo, por oportuno, parte do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

*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 mantinha 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 vênica para insistir, a natureza jurídica do vínculo de cunho administrativo que se estabeleceu originalmente.*

Contudo, em julgados mais recentes, o Pretório Excelso vem reconhecendo a constitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90 e, por consequência, a necessidade de recolhimento do FGTS quando há reconhecimento da nulidade da contratação temporária de quadros para o serviço público. Cito precedente e o dispositivo legal declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

*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, DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMENT VOL-02679-01 PP-00068) -grifei-*

*'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 artigo 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.*

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

Havendo pronunciamento da Corte Constitucional acerca da constitucionalidade do disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/90, somente resta a

este Magistrado acompanhar tal pensamento, especialmente para efeitos de preservação da segurança jurídica.

Também por todos estes motivos, não há que se falar em atuação ilegal do auditor fiscal, porquanto apenas deu cumprimento ao art. 19-A da Lei nº 8.036/90 ao reconhecer a ilegalidade das contratações temporárias levadas a efeito pelo Município autor, especialmente pela ausência de fundamentos suficientes para sua efetivação dentro dos parâmetros constitucionais.

Por fim, não merece prosperar a alegação de que o demonstrativo do débito atualizado *indique não apenas os índices de correção monetária, os juros utilizados e o valor atualizado do débito, mas, também, a sua forma de incidência, para que se possa aferir a metodologia do cálculo, os critérios empregados para a definição do montante do débito (v.g a taxa de juros, a forma de capitalização, o índice de correção monetária e sua base de cálculo)*, visto que toda a evolução do débito discutido na inicial - FGTS - tem base legal, inclusive juros, correção monetária etc, cabendo à parte autora, diante deste quadro, apontar objetivamente os valores que entendia devidos, o que não fez.

### **3. DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **revogo a tutela antecipada e JULGO IMPROCEDENTE** o pedido, extinguindo o processo com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora em honorários advocatícios, que, nos termos dos §§3º e 4º do art. 20 do CPC, considerando (a) o grau de zelo do profissional; (b) o lugar de prestação do serviço; (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, são arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Custas na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Eventual recurso interposto será recebido no duplo efeito (art. 520, *caput* do CPC), valendo o presente como recebimento do mesmo em caso de preenchimento dos pressupostos de admissibilidade. Preenchidos estes, dê-se vista à parte contrária para apresentação de contrarrazões, com posterior remessa ao TRF da 4ª Região.

Itajaí, 18 de março de 2013.

**Nelson Gustavo Mesquita Ribeiro Alves**

## Juiz Federal Substituto

---

Documento eletrônico assinado por **Nelson Gustavo Mesquita Ribeiro Alves, Juiz Federal Substituto**, 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.jfsc.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5064871v12** e, se solicitado, do código CRC **4B6B88F5**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Nelson Gustavo Mesquita Ribeiro Alves

Data e Hora: 18/03/2013 07:14