PROCESSO: 0054300-79.2008.5.01.0000 - ArgInc

Acórdão
Órgão Especial

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90.
O pagamento do salário gera uma obrigação acessória ao empregador, que é o depósito de um percentual do valor pago ao trabalhador na conta vinculada deste. Logo, sendo devido o principal, o salário, também o acessório, o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, deverá ser adimplido, na forma preconizada na Súmula nº 363 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, não havendo que se cogitar da inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Argüição de Inconstitucionalidade em que são partes: **EGRÉGIA TERCEIRA TURMA DO TRT DA 1ª REGIÃO**, como Arguente, e **MARILENE DA CRUZ e MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA,** como Interessados.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, suscitada pela **EGRÉGIA TERCEIRA TURMA DO TRT DA 1ª REGIÃO** por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário TRT-RO-00125-2007-461-01-00-1, no qual figuram **MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA e MARILENE DA CRUZ** como Recorrentes e Recorridos**.** Pede a Arguente a consequente suspensão do julgamento do processo para submetê-la ao Órgão Especial, conforme certidão de Julgamento de fls. 63.

O Réu da ação trabalhista, **MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA**, ao apresentar suas contrarrazões ao recurso ordinário interposto pela Autora, às fls. 52/56, pugnou pela declaração da inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, por entender que a aplicação do referido dispositivo legal equivale a dar-se eficácia a um tipo de relação declarada nula de pleno direito, em razão do previsto no artigo 37, § 2º, da Carta Magna. Disse, ainda, não ter havido demonstração da relevância e da urgência necessárias à edição da Medida Provisória, o que, também, configuraria sua inconstitucionalidade.

O douto Ministério Público do Trabalho, às fls. 69/70, através do ilustre Procurador REGINALDO CAMPOS DA MOTTA, entendeu que deve ser dirimida a presente arguição, com a declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, também por considerar que ele empresta caráter de legalidade a uma relação jurídica considerada

nula pela Constituição Federal, em seu artigo 37, II, § 2º.

Determinei a notificação da Autora da ação trabalhista, MARILENE DA CRUZ, para manifestar-se sobre a presente (fls. 72), o que restou devidamente cumprido pela Secretaria do Órgão Especial (fls. 73), tendo aquela se quedado silente (certidão de fls. 75).

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

O artigo 97 da Constituição Federal dispõe que: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Já o artigo 481 do Código de Processo Civil prevê que, no caso de ser acolhida a arguição de inconstitucionalidade pela Turma a que tocar o conhecimento do processo, deverá ser a questão submetida ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial. Nesse mesmo sentido dispõe o Regimento Interno deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, especificamente no § 2º do artigo 191.

Assim, havendo a Egrégia Terceira Turma acolhido a arguição de inconstitucionalidade, a suspensão do julgamento do recurso ordinário, com a remessa dos autos a este Órgão Especial para apreciação do incidente, encontra amparo nos mencionados dispositivos legais, devendo ser conhecida. Destaco, também, que, ainda que não tenha sido lavrado acórdão pela Egrégia Terceira Turma, essa formalidade não impede o conhecimento da presente, seja em respeito ao princípio da Celeridade Processual, seja pelos termos da Certidão de Julgamento de fls. 63.

Cumpre esclarecer, também, que, apesar da inconstitucionalidade do referido artigo 19-A da Lei nº 8.036/90 já haver sido requerida perante o Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-3.127-DF, ajuizada pelo Governador do Estado de Alagoas, ainda não houve qualquer manifestação da Corte Suprema acerca da matéria, conforme informação do andamento processual da mencionada ação, colhida na página do Supremo Tribunal Federal na *Internet* (www.stf.gov.br). Isso afasta a incidência do disposto no artigo 193 do Regimento Interno e no parágrafo único do mencionado artigo 481 do Código de Processo Civil, no sentido de que "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo

Tribunal Federal sobre a questão."

Assim, conheço da presente arguição de inconstitucionalidade, vez que atendidos seus pressupostos de admissibilidade.

II - MÉRITO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90 - DEPÓSITOS DO FGTS

O **MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA** sustenta incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, matéria cuja fundamentação é desenvolvida nas suas contrarrazões de recurso (fls. 52/56) e nos pareceres do douto Ministério Público do Trabalho de fls. 59/61 e 69/70. O Ente Municipal aduz, em síntese, que, em havendo nulidade absoluta na contratação da Autora, **MARILENE DA CRUZ**, por não haver esta se submetido a concurso público, o pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, previsto no mencionado artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, é indevido, por emprestar caráter de legalidade a uma relação jurídica considerada nula pela Constituição Federal, especificamente pelo artigo 37, II, § 2º, *in verbis*:

> "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;
>
> .....
>
> § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei."

Constata-se, então, que a Ré admitiu servidor ao arrepio da lei, desrespeitando o mandamento constante do artigo 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, o que importa na nulidade da contratação.

Embora nulo, o contrato de trabalho com a Administração Pública gera

efeitos na esfera patrimonial, ante a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, pela inviabilidade da restituição do esforço despendido pelo trabalhador, e para que seja evitado o enriquecimento sem causa do Ente Público. Em casos assim, são devidos os salários em sentido estrito e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nos termos da Súmula nº 363 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a saber:

> "**CONTRATO NULO. EFEITOS.**
> **A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS."**

Registro que tal entendimento, ao qual me filio, está em consonância com o *caput* do artigo 19-A da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 27 de agosto de 2001, que assim dispõe:

> "**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."**

Assinala-se que o vocábulo **salário** especificado no texto legal há que ser interpretado no seu amplo sentido de remuneração, ou seja, pela regular e habitual paga da respectiva contraprestação pela força de trabalho do obreiro. Ademais, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é um crédito efetuado na conta vinculada do trabalhador, que nada mais é do que acessório ao salário por ele percebido.

Assim, o pagamento do salário gera uma obrigação acessória para o empregador, que é o depósito de um percentual do valor pago ao trabalhador na conta vinculada deste. Logo, sendo devido o principal (salário), também o acessório (depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) deverá ser adimplido.

Nesse sentido, assinala-se que o Excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestara sobre o pagamento da remuneração em casos como o presente, especificamente no julgamento do Agravo de Instrumento STF AGRG 322.524-3-BA, Relator Ministro Celso de Mello, DJU 19.12.2002:

"O empregado embora admitido no serviço público, com fundamento em contrato individual de trabalho celebrado sem a observância do postulado constitucional do concurso público - tem direito público subjetivo à percepção da remuneração concernente ao período efetivamente trabalhado, sob pena de inaceitável enriquecimento sem causa do Poder Público."

Por outro lado, a jurisprudência consolidada do Colendo Tribunal Superior do Trabalho levou em conta a literalidade do disposto no art. 19-A da Lei 8.036/90, bem como as decisões proferidas durante todo o ano de 2003 pela Corte, nas quais reconheceu a validade de tal dispositivo.

Transcreve-se, a esse propósito, o seguinte trecho extraído do voto do Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, proferido nos autos do processo Tribunal Superior do Trabalho - SBDI II - RXOFROAR 47-2002-000-17-00, *in* DJU 10.10.2003:

"A propósito do FGTS, não obstante a nulidade do contrato,os princípios constitucionais em que se funda a própria República Federal do Brasil, de respeito à dignidade da pessoa humana eaos valores sociais do trabalho, impuseram ao TST, ao editar o Enunciado 363, a conclusão de se garantir ao trabalhador públicos direitos mínimos que o colocassem a salvo da condição similar de escravo. Esses princípios, que levaram esta Corte a abrandar as implicações provenientes doa nulidade do contrato de trabalho no âmbito da Administração Pública, certamente inspiraram a alteração imprimida à Lei 8.039/90 pelo art. 9º da MP 2.164-41/2001, infirmando assim eventual pecha de inconstitucionalidade. É bom salientar ainda que a proibição do efeito retrooperante remete ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, hipóteses indiscerníveis em relação à aplicação da medida provisória aos contratos findos. Além disso, não estando presentes nenhum dos obstáculos à incidência imediata da medida provisória, verifica-se do novo art. 19-A da Lei 8.036/90 ressalva de ser devido o depósito do FGTS quando mantido o direito ao salário. Dela se pode concluir pela aplicação 'incontinenti' da inovação aos processos em curso e, extensivamente, aos contratos de trabalho então findados, mesmo porque o são

sabidamente de trato sucessivo, e o FGTS foi universalizado como regime jurídico único, conforme se infere do art. 7º, incisos I e III da Constituição. Mas se o FGTS incide sobre a contraprestação paga ou devida ao trabalhador público, carece ele do direito à multa de 40% sobre a conta vinculada. Isso não tanto por sujeitar aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho, ou pela constatação de o '*caput*' do art. 19-A da Lei8.036/90 não o ter assegurado, mas também por conta do disposto no parágrafo único da norma em pauta. Recurso ordinário e remessa necessária parcialmente providos. "(TST - SBDI II - RXOFROAR 47-2002-000-17-00, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, DJU 10.10.2003) (Grifo do Relator)

Cumpre destacar que esse entendimento, ainda hoje, encontra-se cristalizado pela jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme os recentes acórdãos abaixo indicados:

"**EMBARGOS DECLARATÓRIOS . RECURSO DE REVISTA CONTRATO NULO ARTS. 19-A DA LEI 8.036/90 E 37, § 2º, DA CF INCOMPATIBILIDADE - INEXISTÊNCIA. A questão relacionada à constitucionalidade da alteração imprimida pela Medida Provisória 2.164-41/2001, em face do previsto no art. 37, § 2º, da Constituição Federal não comporta mais discussão nesta Corte, pois antes mesmo de haver alteração na Súmula 363, determinando o recolhimento do FGTS nos casos de contrato nulo, já se aplicava tal entendimento. Assim, a jurisprudência formada por esta eg. Corte não se deu com a edição da MP 2.164 de 24/08/2001. Portanto, o entendimento adotado não sofre as limitações temporais atribuídas à MP 2.164/2001 pelo Recorrente. Embargos Declaratórios providos apenas para prestar esclarecimentos.**" (Processo ED-RR - 16849/2005-009-11-00 - 2ª Turma - Relator Ministro JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES - julgado em 30 de abril de 2008 - publicado no Diário de Justiça de 16 de maio de 2008)

"**EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. CONTRATO NULO. EFEITOS.**

DIFERENÇAS DE FGTS. INCONSTITUCIONALIDADE E IRRETROATIVIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.164-41/2001 QUE INCLUIU O ARTIGO 19-A NA LEI Nº 8.036/90 O Tribunal Pleno desta Corte já examinou, expressamente, as disposições contidas no artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, tendo, inclusive, alterado a redação da Súmula nº 363 deste TST para incluir entre os efeitos decorrentes do contrato nulo - em face da contratação de servidor público, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público - o direito aos valores referentes aos depósitos do FGTS. Entendeu que o legislador, ao introduzir o art. 19-A à Lei nº 8.036/90, estabelecendo ser 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 , apenas elevou à norma legal o entendimento jurisprudencial já existente por reconhecer o direito do trabalhador ao depósito do FGTS nesta hipótese específica de contrato nulo, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Assim, o reconhecimento pelo Plenário deste Tribunal Superior do Trabalho como devidos os depósitos do FGTS referentes ao período efetivamente trabalhado, confere, pois, estrita observância ao que dispõe o art. 9º da Medida Provisória nº 2.164-41/2001, bem como os artigos 5º, inciso II, e 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal. Embargos parcialmente conhecidos e desprovidos." (Processo E-RR - 75/2005-052-11-00 - SubseçãoI Especializada em Dissídios Individuais - Relator Ministro VANTUIL ABDALA - julgado em 14 de abril de 2008 - publicado no Diário de Justiça de 09 de maio de 2008)

Quanto à existência de suposta inconstitucionalidade formal, pela inexistência da relevância e da urgência exigíveis para a edição das medidas provisórias, a arguição somente seria cabível por ocasião da edição da Medida Provisória nº 2.164. Havendo esta sido convertida em lei, descabe, portanto, qualquer discussão sobre a matéria, por estar preclusa.

Portanto, em conformidade com a jurisprudência do Colendo Tribunal

Superior do Trabalho, entendo inexistir inconstitucionalidade material no artigo 19-A da Lei nº 8.036/90.

DIANTE DO EXPOSTO, conheço da presente e rejeito a arguição de inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, levantada pela Egrégia Terceira Turma deste Tribunal Regional do Trabalho, devendo os autos retornar à referida Turma para prosseguir no julgamento do Recurso Ordinário TRT-RO-00125-2007-461-01-00-1.

A C O R D A M os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, levantada pela Egrégia Terceira Turma deste Tribunal Regional do Trabalho, devendo os autos retornar à referida Turma para prosseguir no julgamento do Recurso Ordinário TRT-RO-00125-2007-461-01-00-1, nos termos do voto do Desembargador Relator. Vencido o Desembargador Damir Vrcibradic.

Rio de Janeiro, 29 de Julho de 2010.

Desembargador Nelson Tomaz Braga
Relator

Ciente: **José Antonio Vieira de Freitas Filho**
Procurador-Chefe