

PARECER TÉCNICO nº 05

SOLICITANTE: **Sindicato dos Profissionais de Especialista em Educação do Ensino Público de Minas Gerais - SINDESPE/MG**, entidade sindical de primeiro grau, inscrita no CNPJ sob o nº. 09.211.119/0001-88, estabelecida em Belo Horizonte, Minas Gerais, com sede Rua Tupis, nº 457, Sala 1403, CEP: 30.190.061, Belo Horizonte - MG.

OBJETO: Análise sobre a possibilidade de ingresso junto ao judiciário para recebimento do FGTS dos Especialistas em Educação efetivados pela LC 100/007 tendo em vista declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Senhora Presidente, do **SINDESPE/MG - Sindicato dos Profissionais de Especialista em Educação do Ensino Público de Minas Gerais**.

O Sindicato dos Profissionais de Especialista em Educação do Ensino Público de Minas Gerais solicitou o posicionamento do escritório "Cezar Britto Advogados Associados" e "Reis Figueiredo Advogados Associados", em reunião realizada no dia 11/09/2020, através da diretoria executiva, acerca da possibilidade de ingresso junto ao judiciário para recebimento do FGTS dos Especialistas em Educação efetivados pela LC 100/007, tendo em vista declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Realizar-se-á, portanto, por meio do presente breve parecer, um cotejo analítico da questão jurídica apresentada. Assim, em uma só cadeia de fundamentação, restarão colacionadas a normativa de regência, bem como doutrina e jurisprudência pertinente.

I - A LEI COMPLEMENTAR Nº 100 - A REPERCUSSÃO NO FUNCIONALISMO PÚBLICO DE MINAS GERAIS - A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A Lei Complementar nº 100, de 5 de novembro de 2007, foi aprovada pela ALMG e sancionada pelo Governador do Estado de Minas Gerais em exercício, com o propósito explícito de tentar fazer uma correção no que diz respeito a uma distorção que na época já perdurava há mais de 03 (três) décadas e atingia aproximadamente 100 mil trabalhadores da Secretaria de Estado de Educação e sua inconstitucionalidade e repercussão tornou-se premente e também a incerteza generalizada podendo, inclusive prejudicar até mesmo o direito à aposentadoria de vários trabalhadores.

A mencionada Lei, teve o nítido propósito de tentar regularizar a situação previdenciária de vários trabalhadores – professores, Especialistas, serventes e auxiliares de Educação – servidores não efetivos, designados para o exercício da função pública durante anos.

Como dito, com a intenção de corrigir a injustiça que “punia” (há vários anos) tais servidores, garantindo-lhes o direito previsto constitucionalmente, segundo o qual todo trabalhador tem direito à aposentadoria, a lei resolveu o impasse jurídico decorrente da Emenda Constitucional nº 20/98.

Os servidores, conhecidos como efetivados, com a Lei Complementar nº 100, passaram a ter reconhecidos seus direitos previdenciários pelo Governo do Estado nas mesmas condições de todos os outros trabalhadores com vinculação de natureza permanente e outros servidores não alcançados pela efetivação também tiveram a sua vida previdenciária definida sendo vinculados ao Regime Geral de Previdência Social administrado pelo INSS.

Assim, a finalidade da Lei foi parcialmente atingida, qual seja, regularizar a situação Previdenciária dos servidores junto a Previdência dos servidores à época.

Ocorre, entretanto, que os servidores efetivados pela LC nº 100 não adquiriram estabilidade, direito exclusivo dos funcionários aprovados em concurso público (artigo 37, II da CF/88) e ainda surgindo o problema pela manutenção de servidores em situação irregular.

Viu-se que, à época, tal efetivação no serviço público, se deu com o único intuito de corrigir uma substancial dívida previdenciária, já que o Estado de Minas Gerais não repassava a contribuição previdenciária para o Regime Geral de Previdência Social.

Dessa forma, ao ser a LC 100/07 sancionada pelo Governador do Estado de Minas Gerais, não houve a preocupação com o impacto que poderia ocasionar na vida dos servidores efetivados, já que a sua constitucionalidade poderia ser questionada a qualquer momento, como realmente ocorreu.

A partir de então, o Estado de Minas Gerais passou a estender os direitos exclusivos dos servidores detentores de cargo público efetivo - aprovados em concurso de provas e títulos - aos servidores efetivados pela LC 100/07. Dessa forma, criou mais expectativas e uma "falsa" estabilidade aos servidores nos cargos que estavam ocupando no serviço público.

Em março do ano de 2014 o Supremo Tribunal Federal, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.876, que tinha como objeto remoto a LC 100, simplesmente "devolveu as vagas" aos concursados.

A situação se desenhou com o Estado de Minas Gerais que estendeu os direitos exclusivos de servidores efetivos aos efetivados.

Para saber se o professor, especialista em educação ou qualquer designado seria beneficiado pelo projeto, precisaria confirmar se ele teria sido designado em qualquer período até 31/12/06, desde que estivesse em exercício, na escola, na data de promulgação da lei complementar.

Lado outro, mesmo efetivado, o servidor precisaria atender a pré-requisitos legais para se aposentar no serviço público, ou seja, ter dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo, além de obedecer às regras de idade e de contribuição previstas no Regime geral de Previdência à época.

O expressivo volume de servidores designados da Educação explica-se pelo fato de que as designações foram sistematicamente utilizadas nas décadas de 1980 e 1990, tendo em vista a ausência de concursos públicos para a área. Assim, o que era uma alternativa para suprir uma necessidade emergencial (razão de ser da designação) transformou-se em rotina no Executivo estadual. Além disso, até a Reforma da Previdência (dezembro de 1998) nenhum trabalhador brasileiro, seja da esfera pública ou privada, pagava sua aposentadoria; o sistema era baseado apenas no tempo de serviço.

Depois de 1998, o regime de previdência passou a ser de caráter contributivo (com participação patronal e do próprio segurado), observando-se critérios que preservavam o equilíbrio financeiro e atuarial. Apesar dessa mudança de paradigma, muitos Estados - Minas Gerais incluído - passaram a não cobrar as contribuições dos servidores não efetivos ou simplesmente não repassaram essas contribuições para o INSS. **Aí reside um dos motivos para a dívida de bilhões de Minas com o regime geral de previdência.**

Restou evidenciado que a LC 100/2007 foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. A proposta da referida ação, conhecida como ADI 4876, foi feita pelo Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, questionando o artigo 7º da Lei. Os itens considerados inconstitucionais foram os incisos I, II, IV e V.

Dispõe o artigo 7 da LC 100/2007 que:

Art. 7º Em razão da natureza permanente da função para a qual foram admitidos, são titulares de cargo efetivo, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 2002, os

servidores em exercício na data da publicação desta lei, nas seguintes situações:

I - a que se refere o art. 4º da Lei nº 10.254, de 1990, e não alcançados pelos arts. 105 e 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado;

II - estabilizados nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República;

III - a que se refere o caput do art. 107 da Lei nº 11.050, de 19 de janeiro de 1993;

IV - de que trata a alínea "a" do § 1º do art. 10 da Lei nº 10.254, de 1990, admitidos até 16 de dezembro de 1998, desde a data do ingresso;

V - de que trata a alínea "a" do § 1º do art. 10 da Lei nº 10.254, de 1990, admitidos após 16 de dezembro de 1998 e até 31 de dezembro de 2006, desde a data do ingresso.

§ 1º O posicionamento dos servidores de que trata este artigo dar-se-á no nível e no grau correspondentes ao padrão de vencimento utilizado para pagamento de sua remuneração na data da publicação desta Lei.

§ 2º Não será computado, para a percepção de vantagem ou benefício, o período em que os servidores não estiveram em efetivo exercício, conforme definido em lei.

§ 3º Os servidores de que trata este artigo ficam vinculados ao Funfip, instituído na Lei Complementar nº 64, de 2002. (MINAS GERAIS, 2014)

De acordo com a ação, esse dispositivo tornava titulares de cargos públicos servidores da área de educação que mantinham vínculo precário com a administração pública estadual há mais de cinco anos, lotando-os no Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais.

Ressaltava Roberto Gurgel, autor da ação, que a LC 100/2007 teve por objetivo a obtenção, pelo Estado de Minas Gerais, do Certificado de Regularização Previdenciária (CRP) que, desde 2004, vinha sendo renovado por meio de decisões judiciais de caráter liminar. Emitido

trimestralmente pelo Ministério da Previdência Social, o CRP atesta o cumprimento das obrigações previdenciárias pelos Estados e municípios perante seu quadro funcional, reconhecendo-lhes aptidão para firmar convênios com a União e receber verbas federais, eis, portanto, o cerne da questão.

Para o autor da ação, o mencionado artigo caracterizava evidente violação aos princípios republicanos (artigo 1º), da isonomia (artigo 5º, caput e inciso II), da impessoalidade e da moralidade administrativa (artigo 37, caput) e da obrigatoriedade de concurso público (artigo 37, inciso II), todos da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL, 2014)

Na referida ação, pediu-se, ainda, a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do dispositivo questionado, observando que o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) estaria caracterizado e, além disso, que haveria o risco de que a demora em uma decisão (*periculum in mora*), em virtude do “caráter irreparável ou de difícil reparação dos efeitos que a norma questionada tendesse a gerar à população e ao Estado de Minas Gerais”.

Quanto ao mérito, requereu a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4876, para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar (LC) 100/2007, de Minas Gerais.

De acordo com o processo a lei promoveu a investidura de profissionais da área de educação em cargos públicos efetivos sem a realização de concurso público, contrariando o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

O relator do processo, ministro Dias Toffoli, aplicou ao caso o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/99 (Lei das ADIs) para

que a ação fosse analisada diretamente no mérito, sem prévio exame do pedido de liminar, “em razão da relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica”.

Por unanimidade os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) declararam inconstitucional a Lei Complementar em questão (LC100/2007). O julgamento, ocorrido em 26 de março de 2004, derrubou a legislação que igualou os antigos designados aos efetivos.

De acordo com o voto do relator da Ação, ministro Dias Tóffoli, só não perdem imediatamente a função aqueles que já se aposentaram, preenchem ou venham a preencher os pré-requisitos para a aposentadoria até a data da publicação da ata.

Também não foram afetados pela decisão os que se submeteram a concurso público para as respectivas funções. Em relação aos cargos em que não haja concurso realizado ou em andamento, ficando estabelecido o prazo de 12 meses, a partir da publicação da ata, para a realização de novo recrutamento para as vagas.

Na situação em que já existia processo de certame realizado, o chamamento deveria ocorrer imediatamente, bem como a substituição do servidor pelo concursado. “As medidas não beneficiam o descaso do princípio do concurso público, mas inclui a manutenção da máquina administrativa, por outro lado”, afirmou o ministro Dias Toffoli, ao argumentar seu voto.

A Corte seguiu o voto do relator da matéria, que propôs ainda a **modulação** dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs).

Foi excepcionada ainda a situação prevista no inciso III do artigo 7º da lei impugnada, referente aos efetivados no serviço público de acordo com o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Esse dispositivo considerou estáveis no serviço público os servidores civis da União, dos estados, do DF e dos municípios, da

administração direta, indireta, fundacional e autárquica em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados e que não tenham sido admitidos na forma do artigo 37 da CF/88.

Durante o julgamento, a questão relacionada a perda dos direitos dos aposentados tomou a maior parte dos debates. A maioria dos ministros entendeu que se a decisão de inconstitucionalidade atingisse também os que haviam deixado o serviço público a situação poderia gerar uma insegurança jurídica muito maior, além de atacar direitos já adquiridos.

A questão dos aposentados foi levantada pelo Ministro Teori Zavascki que afirmou ser necessário o estabelecimento de um prazo para aqueles que já possuem os requisitos para aposentar pudessem fazê-lo.

Já o presidente da Corte, à época, ministro Joaquim Barbosa, considerou que deveria ser respeitado o direito adquirido pelos aposentados, mas ele votou por um prazo menor para que fosse registrado novo concurso público para aqueles que ainda não existe cadastro.

Esses foram os desfechos e fases gerados pela inconstitucionalidade da legislação em questão, afetando várias pessoas, mas como dito alhures, sanando, conseqüentemente quanto ao imbróglio previdenciário do Estado de Minas Gerais e ainda uma gama muito grande de pessoas que estavam, na época, com processo de aposentadoria em andamento e também várias que já poderiam ter requerido o benefício.

II – DA LEI 8.036 DE 11 DE MAIO DE 1990 E O DIREITO AO DEPÓSITO DE VALORES DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇOS

Diante da consideração quanto à inconstitucionalidade de forma parcial pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.876 de 2014 e

havendo, conseqüentemente, modulação dos efeitos que permitiu que entrassem em vigor a partir de 12 (doze) meses após o referido julgado para os cargos para os quais não houvesse concurso público, em andamento ou prazo de validade para concurso, o que evitou, conseqüentemente, prejuízo à prestação de serviços essenciais realizadas à sociedade mineira, como é o caso da educação.

Também permitiu, exclusivamente para os efeitos de aposentadoria, a contagem do período considerado nulo pela decisão. A 1ª Seção do STJ precisou avaliar ainda se essa modulação seria suficiente para afastar a aplicação do artigo 19-A da Lei 8.036/1990, que trata do FGTS.

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.
(Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

Parágrafo único. O saldo existente em conta vinculada, oriundo de 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.
(Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

A norma em questão define que "é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador **cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no artigo 37, parágrafo 2º, da Constituição Federal**, quando mantido o direito ao salário"

Ainda vale registrar que, com o intuito de preservar as situações jurídicas já consolidadas e, ainda, evitar a ocorrência de demasiados prejuízos aos servidores até então "efetivados" e à Administração Pública, estabeleceu-se **uma modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**, nos seguintes termos:

(a) para, em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade

em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população;

(b) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade (a exemplo do concurso público para preenchimento de vagas de professores na rede pública de ensino do Estado de Minas Gerais), a decisão deve surtir efeitos imediatamente.

Ficaram, ainda, ressalvados dos efeitos daquela decisão:

(c) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima descritos;

(d) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e

(e) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, **em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos**

continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor. (grifo nosso)

Ressalte-se ainda que posterior ao *decisum* do Supremo Tribunal Federal - ADI 4.876 ED/DF2, tendo em vista os embargos de declaração opostos em face do acórdão em que se julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.876 - ocorreu a prorrogação do prazo previsto no item "a" acima em relação aos servidores da educação básica e superior do Estado para o final de **dezembro de 2015**.

III – DOS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 100/2007 – AÇÃO DE COBRANÇA DE DEPÓSITOS DE FGTS

Conforme apresentado, ocorreu mediante o manejo da ADI 4.876 a procedência pela inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 100/2007 e diante disso várias situações pontuais com a necessária **modulação dos efeitos** dessa inconstitucionalidade para que fosse evitado um prejuízo maior.

Sobre o tema também ocorreram desdobramentos diante da mencionada inconstitucionalidade e dentre eles a situação no que se refere aos recolhimentos do FGTS em relação aos servidores efetivados

pela LC 100, valendo destacar que em recentíssima decisão, prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Repetitivo nº 1.806086/MG, onde foi julgado reconhecimento do dever de o Estado de Minas Gerais em proceder com os recolhimentos do FGTS em relação àqueles servidores efetivados pela LC 100 e que tiveram seus contratos declarados nulos, com efeito *ex tunc*, abrangendo todo o período da contratação:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DE MINAS GERAIS. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 100/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. EFEITO EX TUNC. NULIDADE DO VÍNCULO. FGTS. DIREITO. No julgamento do RE 596.478/RR, realizado sob a sistemática da repercussão geral, o STF declarou a constitucionalidade do art. 19-A da Lei n. 8.036/1990, garantindo o direito ao depósito de FGTS aos empregados admitidos sem concurso público por meio de contrato nulo. 2. Também sob a sistemática da repercussão geral, a Suprema Corte, (RE 705.140/RS), firmou a seguinte tese: "A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS". 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.876/DF, declarou a inconstitucionalidade dos incisos I, II, IV e V, do art. 7º, da Lei Complementar do Estado de Minas Gerais n. 100/2007, sob o fundamento de que o referido diploma legal tornou titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na administração pública sem a observância do preceito do art. 37, II, da CF/1988. 4. O efeito prospectivo de parte da decisão proferida no julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade – definindo que a sua eficácia só começaria a surtir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata daquele

juízo - não retirou o caráter retroativo do julgado (*ex tunc*), tendo apenas postergado a incidência desse efeito em razão da necessidade de continuidade do serviço público e do grande volume de servidores envolvidos. Precedentes do STJ. 5. A nulidade da efetivação dos servidores em cargo público alcançou todo o período regido pelos dispositivos declarados inconstitucionais, pois tal declaração de inconstitucionalidade, ao tornar nulo o provimento indevido em cargo efetivo, ensejou a nulidade da relação contratual jurídica-administrativa. 6. O fato de ter sido mantido o vínculo estatutário do servidor com o Estado de Minas Gerais por determinado período não exclui o direito ao depósito do FGTS, já que, uma vez declarado nulo o ato incompatível com a ordem constitucional, nulo está o contrato firmado com o ente federativo. 7. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: "Os servidores efetivados pelo Estado de Minas Gerais submetidos ao regime estatutário, por meio de dispositivo da LCE n. 100/2007, declarado posteriormente inconstitucional pelo STF na ADI 4.876/DF, têm direito aos depósitos no FGTS referentes ao período irregular de serviço prestado." 8. Hipótese em que o acórdão impugnado se encontra em dissonância com o entendimento ora estabelecido, merecendo amparo a pretensão formulada, com o reconhecimento do direito ao depósito dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada da parte recorrente. Desse modo, a dispensa de servidor efetivado na forma da LCE n. 100/2007 - independentemente da natureza do vínculo admitido pelo Estado de Minas Gerais, que veio posteriormente a ser declarado inconstitucional pelo STF -, gera direito à percepção do FGTS pelo período de irregular vinculação, uma vez que os efeitos dessa declaração alcançam todo o período regido pela referida lei complementar, ou seja, desde o nascimento do ato normativo declarado inconstitucional. 9. Recurso Especial provido. STJ - (RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.086 - MG (2019/0097626-8), Relator MINISTRO GURGEL DE FARIA, julgamento em 24/06/2020, publicação da súmula em 07/08/2020).

Ainda é salutar destacar e frisar que quando do julgamento do RE 705.140/RS pelo Relator Ministro Teori Zavascki em plenário do dia

05/11/2014, a Suprema Corte, em repercussão geral, firmou a seguinte tese:

A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

E com a seguinte ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. 1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprova severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido. Como se vê, a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de ser devido o depósito do FGTS ao empregado que teve reconhecida a nulidade de sua contratação pelo poder público sem a realização de certame, desde que devidos os salários pelos serviços prestados.

Diante disso, é irrelevante para a aplicação do art. 19-A da

Lei n. 8.036/1990, o fato de o servidor ter sido submetido ao regime estatutário, o que foi considerado como fundamental é que tenha sido declarada a nulidade da efetivação para os quadros do Estado, já que não foi observado o art. 37, II, da CF/1988.

Portanto, o disposto na norma infraconstitucional em comento permite a sua aplicação na hipótese ora em análise, compreendendo-se o termo trabalhador de forma ampla, independentemente da natureza do vínculo jurídico a ele atribuído, sendo devido o direito ao depósito do FGTS àqueles que foram surpreendidos com a declaração de nulidade da efetivação em cargo público, deixados assim em situação de patente insegurança.

Desse modo, a dispensa de servidor efetivado na forma da LCE n. 100/2007 – independentemente da natureza do vínculo admitido pelo Estado de Minas Gerais, que veio posteriormente a ser declarado inconstitucional pelo STF –, gera direito à percepção do FGTS pelo período de irregular vinculação, **uma vez que os efeitos dessa declaração alcançam todo o período regido pela referida lei complementar**, ou seja, desde o nascimento do ato normativo declarado inconstitucional.

Certo é que o a suprema corte também entendeu que o direito reconhecido deve pressupor o desligamento do serviço público do Estado de Minas Gerais, de sorte que não se aplica às pessoas ressalvadas pela modulação de efeitos estabelecida no julgamento da ADI 4.876/DF: aqueles que já estivessem aposentados, aqueles servidores que tivessem preenchido os requisitos para a aposentadoria, os nomeados em virtude de aprovação em concurso público e os estáveis que cumpriram os requisitos do art. 19 do ADCT da Constituição Federal.

Diante disso, existe consenso e entendimento de que os servidores efetivados pelo Estado de Minas Gerais submetidos ao regime estatutário, por meio de dispositivo da LCE n. 100/2007 (o qual foi declarado posteriormente inconstitucional pelo STF na ADI 4.876/DF), têm direito aos depósitos no FGTS referentes ao período que disponibilizaram

seus préstimos, pois, ainda que irregular, o serviço foi prestado de forma efetiva - o que poderá ser motivo de ação de cobrança junto à uma Vara da Fazenda Pública estadual para o pleito.

IV – DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE PLEITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS

No que diz respeito a possibilidade de manejo de uma ação de cobrança referente ao FGTS em relação aos servidores efetivados pelo Estado de Minas Gerais por meio do dispositivo da LCE nº 100/2007, que foi declarado inconstitucional e ainda tendo em vista o entendimento quanto à constitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90, somado à decisão do Recurso Repetitivo sobre o tema junto ao STJ sob o nº 1.806.086/MG.

Ocorre, entretanto que se faz necessário também uma análise quanto ao direito de reclamar e de forma objetiva analisar a viabilidade de uma demanda.

Primeiramente vale destacar que o direito de pleitear os depósitos do FGTS sofreu alteração significativa a partir de **13/11/2019**, pois, a partir dessa data só pode ser exigido dos empregadores os depósitos dos últimos cinco anos, pois foi declarada inconstitucionalidade do artigo 23, § 5º da Lei 8.036/90 que previa a prescrição trintenária do FGTS.

Ao aplicar a modulação dos efeitos do Tema 608, fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que, relativamente aos contratos de trabalho em curso no momento do julgamento do STF, se o ajuizamento da ação para receber parcelas vencidas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ocorreu até o dia **13 de novembro de 2019, o trabalhador teria direito à prescrição trintenária.**

Certo é que o STF estabeleceu o prazo de cinco anos para os casos em que o termo inicial da prescrição – ausência de depósito no FGTS – ocorreu após a data do julgamento, em 13 de novembro de 2014.

Para as hipóteses com o prazo prescricional já em curso, deve ser aplicado o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial; ou cinco anos, a partir da decisão.

O Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de garantir a segurança jurídica e evitar surpresa, modulou o entendimento firmado no ARE n. 709.212/DF, adotando efeitos *ex nunc* de forma que aos contratos de trabalho em curso no momento do julgamento da repercussão geral submetam-se a uma de duas hipóteses:

1 - Se o ajuizamento da ação, objetivando o recebimento das parcelas do FGTS, **ocorreu até 13.11.2019, aplica-se a prescrição trintenária**, ou seja, o trabalhador tem direito ao recebimento das parcelas vencidas no período de 30 anos antes do ajuizamento da ação; e

2 - Se o ajuizamento da ação, objetivando o recebimento das parcelas do FGTS, **ocorreu após 13.11.2019, aplica-se a prescrição quinquenal**, ou seja, o trabalhador faz jus somente ao recebimento das parcelas vencidas no período de 5 anos antes do ajuizamento da ação.

Dessa forma temos que no presente caso em ações que sejam manejadas após a data do dia 13/11/2019 será pleiteado o depósito de 5 anos antes do ajuizamento da ação.

Vide Súmula 362 do TST:

Súmula nº 362 do TST: FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material - DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I - Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II - Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-

709212/DF).(grifamos)

Ainda se faz necessário destacar que o parâmetro que deve ser analisado com a promulgação da LCE 100/2007, que se deu em **06 de novembro de 2007**, e ainda a data em que a referida legislação foi considerada parcialmente inconstitucional pelo STF, em **31 de dezembro de 2015**. Este o período que deve ser pleiteado em relação à falta de recolhimento do FGTS, ou seja, um prazo de aproximadamente 7 anos que poderia ser analisado caso a caso em relação ao servidor efetivado pelo Estado de Minas Gerais, nos moldes da LCE 100/2007.

Diante da análise em sentido de o pleito ser tão somente quinquenal, considerando ainda que o período que deve ser observado é até dezembro de 2015 e que com a respectiva projeção teria-se operado a prescrição em 31 de dezembro de 2020, o valor objeto da demanda já teria efetivamente diluído, pois se trata de direito de recolhimento de FGTS do período de 06 de novembro de 2007 a 31 de dezembro de 2015.

V- CONCLUSÃO.

Ante o exposto, conclui-se que.

Primeiramente vale destacar para ciência que, o direito reconhecido NÃO SE APLICA àqueles que já estejam aposentados; os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público posterior, no cargo para o qual foram aprovados e, também com estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.

No entanto, ao aplicar a modulação dos efeitos do Tema 608 fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ainda tendo em vista que até a data de 13 de novembro de 2019 o prazo prescricional era trintenário e, diante disso, resta claro que se o ajuizamento da ação, objetivando o recebimento das parcelas do FGTS, ocorra após a data de

13.11.2019, aplicar-se-ia a prescrição quinquenal - ou seja, o trabalhador faria jus somente ao recebimento das parcelas vencidas **no período de 5 anos antes do ajuizamento da ação.**

Dessa forma tem-se que no presente caso em ações que sejam ingressadas após a data do dia 13/11/2019 serão considerados tão somente os depósitos de 5 anos antes do ajuizamento da ação. Portanto, retrocedendo da forma como restou caracterizado na decisão do STF quanto a modulação ou comando da sentença/decisão, não teria objetividade alguma, posto que o STF entendeu que o FGTS possui natureza primordialmente trabalhista e, assim, está sujeito à prescrição quinquenal prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Dessa feita, diante da análise da matéria e mesmo apesar de ter várias demandas ainda manejadas e “promessas” no sentido de êxito, o pleito sendo tão somente quinquenal, o valor objeto da demanda já teria efetivamente diluído, pois se trata de direito de recolhimento de FGTS do período de 06 de novembro de 2007 a 31 de dezembro de 2015.

Eis o nosso posicionamento, consubstanciado pelo presente parecer jurídico, *data vênia* de entendimento dissonante.

Na oportunidade renovamos protestos de estima e consideração.

Belo Horizonte/MG, 06 de janeiro de 2021.

**CEZAR BRITTO & ADVOGADOS ASSOCIADOS e
REIS FIGUEIREDO ADVOGADOS ASSOCIADOS**

Cezar Britto
OAB/MG 140.251
OAB/DF 32.147

Bruno Reis de Figueiredo
OAB/MG 102.049

Felipe Lécio Oliveira Cattoni Diniz
OAB/MG 129.254

Ivarleno José Teles Leandro OAB/MG
101.248