RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.252 - MG (2018/0298546-6)

RELATORA	**:**	**MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	:	PATRÍCIA MOTA VILAN E OUTRO(S) - MG076005
RECORRIDO	:	JACQUELINE FATIMA DA SILVA
ADVOGADOS	:	ANDRÉ CORRÊA CARVALHO PINELLI - MG075853
		LEONARDO JOSE SANTANA BISPO - MG104617
		GILMARA APARECIDA DE CASTRO - MG096833

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo **ESTADO DE MINAS GERAIS**, contra acórdão prolatado pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento assim ementado (fls. 272/292e):

> ***APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO PROCESSUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - PROVAS DOS AUTOS SUFICIENTES PARA SOLUÇÃO DA DEMANDA - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - ESTADO DE MINAS GERAIS - EFETIVAÇÃO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 100/2007 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - ADI Nº 4.876/DF - NULIDADE DO VÍNCULO - ADMISSÃO SEM CONCURSO - DIREITO AO FGTS - ENTENDIMENTO DECORRENTE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 765.320/MG.***
>
> *- Não se configura o cerceamento de defesa pela não produção de provas requeridas se estas eram desnecessárias à solução da lide.*
>
> *- Declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar Estadual n° 100/2007 que promoviam a efetivação de servidores admitidos sem concurso público, impõe-se reconhecer a nulidade do vínculo mantido com a Administração, visto que não atende aos requisitos para contratação de servidores previstos na Constituição Federal (art. 37, II e IX) e nas Leis Estaduais n° 10.254/90 e 18.185/09.*
>
> *- Ao julgar o Recurso Extraordinário n° 765.320/MG, o STF reconheceu o direito ao FGTS para o servidor cujo vinculo foi declarado nulo, por violação aos preceitos constitucionais que regem a admissão de servidores públicos, notadamente o disposto no art. 37, II e IX, da CF/88.*
>
> *- Evidenciada a nulidade do vínculo firmado entre o servidor e o Estado de Minas Gerais, diante da admissão sem concurso e fora das hipóteses que autorizam sua dispensa, impõe-se o reconhecimento do direito aos depósitos de FGTS (STF, RE n° 765.320/MG), respeitada a prescrição qüinqüenal (Decreto n° 20.910/32).*
>
> *V.V.*
>
> *1 - O Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão proferida na ADI 4.876, postergando os efeitos da declaração de*

inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n° 100 até o final de dezembro de 2015; 2 - O STF vem adotando o entendimento de que o acesso ao serviço público se dá somente mediante concurso, afastando as garantias para aqueles que ingressarem por vias diversas, não se admitindo a titularidade de cargo efetivo sem prévia aprovação em concurso público, em observância ao art. 37, II, da CF.; 3 - A servidora que presta serviço em caráter efetivo, tendo direito a todas as vantagens inerentes ao cargo que ocupa, não se equipara aos servidores contratados irregularmente a titulo precário.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 309/314e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa ao art. 19-A da Lei n. 8.036/1990, alegando, em síntese, que:

(i) "é evidente que as disposições contidas na Lei Federal nº 8.036/90, utilizada como fundamento para concessão do FGTS a Autora, ora Recorrida, não se aplica aos contratados regidos pelo regime estatutário, mas tão somente aos contratos regidos pelo regime celetista. No caso vertente, a parte autora, ora recorrida, foi admitida no serviço público por meio de designação, para exercer a função de Professora, tendo sido posteriormente efetivada nos termos da Lei Complementar nº 100/2007, declarada parcialmente inconstitucional pelo excelso STF nos autos da ADI nº 4.876/DF. De modo que **o pedido formulado nos presentes autos envolve exatamente o período de efetivação da recorrida**, conforme se depreende do disposto na petição inicial" (fl. 353e, destaque do original); "[n]ão se deve perder de vista que a contratação de servidor para atender a necessidade de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição da República/88, tem natureza administrativa, o que atrai o pagamento de verbas pagas aos servidores públicos (férias acrescidas do terço constitucional), na forma prevista pelo art. 39, § 3º, da Constituição da República/88. **Incompatível, portanto, a aplicação das regras do FGTS a quem compõe o regime estatutário**" (fl. 357e);

(ii) "o que ficou decidido nos autos da ADI 4.876 foi a inconstitucionalidade das EFETIVAÇÕES levadas a cabo a partir da LC 100/2007, E NÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS. **Em momento algum, repita-se, o Excelso Pretório tornou nulos quaisquer contratos firmados entre o Estado e os servidores da educação que foram efetivados com a vigência da LC 100/2007.** Vê-se, portanto, que o Acórdão recorrido inegavelmente extrapolou os efeitos

abrangidos pela decisão do STF proferida nos autos da ADI 4.876" (fl. 354e, destaques do original); e

(iii) "[n]ão há que se falar em incidência do artigo 19-A da Lei 8.036/90 no caso dos autos por duas razões básicas: a própria lei exclui do conceito de trabalhador o servidor público precário (§ 2º do artigo 15 Lei Federal 8.036/90), bem como porque não houve a declaração de nulidade de contrato administrativo, tal como exposto acima" (fl. 360e).

Sem contrarrazões (fls. 363/364e), o recurso foi inadmitido (fls. 365/369e), tendo sido interposto Agravo, posteriormente convertido em Recurso Especial (fl. 388e).

Feito breve relato, decido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *b*, e 255, II, ambos do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar provimento a recurso ou a pedido contrário à tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral (arts. 1.036 a 1.041), a entendimento firmado em incidente de assunção de competência (art. 947), à súmula do Supremo Tribunal Federal ou desta Corte ou, ainda, à jurisprudência dominante acerca do tema, consoante Enunciado da Súmula n. 568/STJ:

> *O Relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*

Discute-se o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS dos servidores do Estado de Minas Gerais, efetivados pela Lei Complementar n. 100/2007, diante da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Defende a parte recorrente que "as disposições contidas na Lei Federal nº 8.036/90, utilizada como fundamento para concessão do FGTS a Autora, ora Recorrida, não se aplica aos contratados regidos pelo regime estatutário".

Verifico que o tribunal *a quo*, ao analisar o conjunto probatório, explicitou

de forma clara e suficiente os fatos que fundamentaram a procedência do pedido autoral, permitindo, assim, a valoração do conteúdo cognitivo por esta Corte, sem a necessidade de compulsar novamente as provas juntadas.

Com efeito, extrai-se das premissas fáticas estabelecidas pela Corte de origem ter havido a contratação precária de servidor público, sem prestar concurso, para desempenhar função de natureza permanente, tendo ocorrido, posteriormente, a sua efetivação por meio da Lei Complementar Estadual n. 100/2007, a qual foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na parte em que efetivou servidores não concursados em afronta direta à Constituição da República.

Diante desse quadro e tendo sido afastada a efetividade no cargo desses servidores em razão da declaração de inconstitucionalidade da aludida lei complementar, postulou a parte autora o pagamento do Fundo de Garantida por Tempo de Serviço - FGTS, com fundamento no art. 19-A da Lei n. 8.036/90.

Nesse contexto, compreendo que a controvérsia é eminentemente de direito, cingindo-se a definir se a contratação promovida na forma descrita acima é nula e se essa nulidade importa no direito ao recolhimento do FGTS, nos termos da legislação de regência.

Pois bem. Segundo ensina Alexandre de Moraes, "[d]eclarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeito *ex tunc*). (*Direito Constitucional*, 31ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 786).

Assim, não havendo a modulação de efeitos na ocasião da declaração de inconstitucionalidade, de modo a manter a eficácia dos atos praticados com base no diploma normativo tido por inconstitucional, em controle abstrato, impõe-se o reconhecimento da nulidade de tais atos, em razão da eficácia *ex tunc.*

Esse é o entendimento pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional e

Administrativo. Servidor público. Ascensão funcional posterior ao advento da Constituição Federal de 1988. Inconstitucionalidade. ADI 837/DF. Eficácia retroativa. Precedentes. 1. É pacífico na Corte o entendimento de que é inconstitucional a forma de provimento derivado de cargos ou empregos públicos por ascensão após a Constituição Federal de 1988. 2. A decisão proferida no julgamento da ADI nº 837/DF, que declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.112/90 relativos à ascensão funcional de servidores públicos, operou efeito ex tunc. 3. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, produz eficácia retroativa. 4. Agravo regimental não provido.
(AI 859766 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016, destaque meu)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 3.642/05, QUE "DISPÕE SOBRE A COMISSÃO PERMANENTE DE DISCIPLINA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL". AUSÊNCIA DE PEDIDO ANTERIOR. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. *1. O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. 2. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração. 3. Necessidade de preservação dos atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional. 4. Aplicabilidade, ao caso, da excepcional restrição dos efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Presentes não só razões de segurança jurídica, mas também de excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio – primado da segurança pública), capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional. 5. Embargos declaratórios conhecidos e providos para esclarecer que a decisão de declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital nº 3.642/05 tem eficácia a partir da data da publicação do acórdão embargado.*
(ADI 3601 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010, DJe-244 DIVULG 14-12-2010 PUBLIC 15-12-2010 EMENT VOL-02451-01 PP-00001 RTJ VOL-00217-01 PP-00230, destaque meu)

Na espécie, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 100/2007 do Estado de Minas Gerais, que efetivou milhares de servidores da Administração Pública, sem concurso público, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade apenas para que produzisse todos os seus efeitos a partir de determinado momento, além de ressalvar os servidores já aposentados e os concursados:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.*
> *1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe.*
> *2. O art. 19 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04; ADI nº 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE nº 167635/PA, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97.*
> *3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88).*
> *4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) 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; ii) quanto aos*

cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) 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; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.
5. Ação direta julgada parcialmente procedente.
(ADI 4876, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014, destaque meu)

Embargos de declaração. Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Contexto fático-jurídico da edição da lei impugnada. Situações concretas não mencionadas na modulação. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Impossibilidade de se analisar, em ação direta, todas as situações concretas decorrentes da declaração de inconstitucionalidade. Modulação dos efeitos. Informações trazidas aos autos que demonstram a necessidade de alargamento do prazo. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. Questão de ordem. Manutenção dos efeitos produzidos pelo acordo celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais e o INSS foi homologado judicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.135.162/MG.
1. Não há omissão ou obscuridade no acórdão embargado quanto ao contexto fático-jurídico em que se deu a instituição do regime jurídico único no Estado de Minas Gerais e a edição do art. 7º da Lei Complementar estadual nº 100/2007. Essa questão foi analisada pela Corte, que constatou a desídia do Estado de Minas Gerais em manter, por tantos anos, imenso quadro de servidores investidos sem concurso público em cargos destinados ao exercício de atividades essenciais e permanentes do Estado, em grave afronta à Constituição de 1988.
2. Também não há omissão no acórdão embargado quanto às situações concretas específicas suscitadas pelo embargante, visto que as lindes da modulação foram suficientemente discutas no acórdão, cujo dispositivo é bastante claro quanto ao alcance da modulação. Cabe ao Estado de Minas Gerais identificar, caso a caso, as hipóteses que se ajustam à modulação realizada por este Tribunal.
3. Deve ser alargado o prazo da modulação dos efeitos. O enorme volume de cargos de servidores da educação sujeitos a substituição por servidores concursados (por volta de 80.000 servidores na educação básica) e a complexidade dos trâmites relacionados a tal substituição

sinalizam para a inviabilidade de se proceder a todas as substituições até 1º de abril do corrente ano de 2015, quando teria fim o prazo de modulação. Soma-se a tudo isso a circunstância de que em 2014 ocorreram eleições estaduais, tendo havido sucessão na chefia do Poder Executivo do Estado, o que impactou os procedimentos voltados à regularização dos quadros funcionais abrangidos pelo art. 7º da Lei Complementar estadual nº 100/2007. Ademais, estando em curso o ano letivo, eventual substituição de um grande número de profissionais da educação impactaria negativamente o serviço de educação do Estado, devido à descontinuidade da metodologia de ensino, em prejuízo dos alunos.

4. Assiste razão à Advocacia-Geral da União quando aponta haver omissão no acórdão embargado quanto ao regime jurídico previdenciário aplicável aos ex-ocupantes dos cargos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Complementar nº 100/07 e quanto ao acordo homologado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.135.162/MG. Discutiu-se, em Plenário, apenas sobre o regime previdenciário aplicável aos servidores resguardados pela modulação, quais sejam, os já aposentados e aqueles que, até a data de publicação da ata de julgamento, tenham reunido os requisitos para a aposentadoria, os quais permaneceram no regime próprio de previdência do Estado de Minas Gerais. No entanto, quando ainda vigentes as normas declaradas inconstitucionais na ADI, o Estado de Minas Gerais, a União e o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que discutiam em juízo o regime previdenciário aplicável aos servidores referidos no art. 7º da Lei Complementar estadual nº 101/2007, colocaram termo ao referido litígio mediante acordo homologado pelo Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2010 - nos autos do Recurso Especial nº 1.135.162/MG -, pelo qual ficou definido que o regime aplicável a tais servidores seria o regime próprio de previdência. Em razão disso, esses servidores ficaram vinculados ao regime próprio de previdência, efetuando suas contribuições para o referido regime, e não para o INSS.

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para, em relação aos servidores da educação básica e superior do Estado, estender o prazo de modulação dos efeitos até o final de dezembro de 2015, esclarecendo-se, em questão de ordem, que devem ser mantidos válidos os efeitos produzidos pelo acordo celebrado entre a União, o Estado de Minas Gerais e o INSS – o qual foi homologado judicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.135.162/MG – no que tange à aplicação do regime próprio de previdência social aos servidores atingidos pela declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 7º da Lei Complementar nº 100/2007, com a manutenção do período de contribuição junto ao regime próprio.

(ADI 4876 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 17-08-2015 PUBLIC 18-08-2015, destaque meu)

Importante notar que o efeito prospectivo de parte da decisão de inconstitucionalidade, para definir que a sua eficácia só começasse a surtir efeitos a partir daquele momento específico (dezembro de 2015), nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, não retirou o caráter retroativo da decisão (*ex tunc*), tendo apenas postergado a incidência desse efeito em razão na necessidade de continuidade do serviço público e do grande volume de servidores envolvidos.

Em nenhum momento foi reconhecida a validade das contratações efetuadas com fundamento na norma constitucional. Diversamente, dos debates ocorridos naquele julgamento e da própria modulação atinente aos servidores já aposentados restou expressamente consignado que tais ressalvas não implicariam convalidação da lei inconstitucional.

Assim, resta evidente que a declaração de inconstitucionalidade retroagiu ao nascimento da lei, tornando nula a efetivação de todos os servidores não concursados e, por consequência, consideram-se nulos os contratos por eles firmados com o Estado de Minas Gerais, porquanto não se subsumem às hipóteses de contratação temporária (art. 37, IX, da CR), uma vez que firmados com nítido caráter de definitividade.

Estampando essa orientação, destaco recente julgado desta Corte:

> ***DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E CONTINUADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM OBSERVÂNCIA DO CARÁTER TRANSITÓRIO E EXCEPCIONAL. EFETIVAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 100/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO EX TUNC. NULIDADE DO PACTO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90.***
> *I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.*
> *II - Discute-se o direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS dos servidores do Estado de Minas Gerais, efetivados pela Lei Complementar n. 100/2007, diante da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.*
> *III - O efeito prospectivo de parte da decisão proferida na ADI 4876/DF, para definir que a sua eficácia só começasse a surtir efeitos a partir daquele momento específico (dezembro de 2015), nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, não retirou o caráter retroativo da decisão (ex tunc),*

tendo apenas postergado a incidência desse efeito em razão na necessidade de continuidade do serviço público e do grande volume de servidores envolvidos.
IV - A declaração de inconstitucionalidade retroagiu desde o nascimento da lei, tornando nula a efetivação de todos os servidores não concursados e, por consequência, consideram-se nulos os contratos por eles firmados com o Estado de Minas Gerais, porquanto não se subsumem às hipóteses de contratação temporária (art. 37, IX, da CR), uma vez que firmados com nítido caráter de definitividade.
V – O Supremo Tribunal Federal, acompanhado por esta Corte, reconhece o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS aos servidores que tiveram o contrato de trabalho declarado nulo em razão da inobservância das regras constitucionais de contratação temporária.
VI – Recurso Especial provido.
(REsp 1729648/MG, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2018, pendente de publicação).

Nesse contexto, aplica-se ao caso em exame a orientação desta Corte, segundo a qual é assegurado o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS aos servidores que tiveram o contrato de trabalho declarado nulo em razão da inobservância das regras constitucionais de contratação temporária.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STF. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E CONTINUADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM OBSERVÂNCIA DO CARÁTER TRANSITÓRIO E EXCEPCIONAL DA CONTRATAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90 - REALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.
I - É entendimento pacífico desta Corte que o recurso especial possui fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a examinar possível ofensa à norma Constitucional.
II - O Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A da Lei n. 8.036/90 sob o regime da repercussão geral (RE 596.478/RR, Rel. Para acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 28.02.2013), reconheceu serem "extensíveis aos servidores contratados por prazo determinado (CF, art. 37, inciso IX) os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Política, inclusive o FGTS, desde que ocorram sucessivas renovações do contrato" (RE-AgR 752.206/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29.10.2013).

III - Realinhamento da jurisprudência desta Corte que, seguindo orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, afastava a aplicação do art. 19-A da Lei n. 8.036/90 para esses casos, sob o fundamento de que a mera prorrogação do prazo de contratação de servidor temporário não teria o condão de transmutar o vínculo administrativo em trabalhista (RE 573.202/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 05.12.2008; CC 116.556/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 04.10.2011, REsp 1.399.207/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 24.10.2013, dentre outros).
IV - O servidor público, cujo contrato temporário de natureza jurídico-administrativo foi declarado nulo por inobservância do caráter transitório e excepcional da contratação, possui direito aos depósitos do FGTS correspondentes ao período de serviço prestado, nos termos do art. 19-A da Lei n. 8.036/90.
V - Recurso especial provido.
(REsp 1517594/ES, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 12/11/2015)

Essa questão restou pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REQUISITOS DE VALIDADE (RE 658.026, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE DE 31/10/2014, TEMA 612). DESCUMPRIMENTO. EFEITOS JURÍDICOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO TRABALHADO E, NOS TERMOS DO ART. 19-A DA LEI 8.036/1990, AO LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS EFETUADOS NO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. *1. Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. 2. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.*
(RE 765320 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 15/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 22-09-2016 PUBLIC 23-09-2016).

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDOR CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. NULIDADE DO VÍNCULO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO.*** *1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do recurso que lhe foi submetido. 2. A aplicação do art. 19-A da Lei 8.036/1990 aos servidores irregularmente contratados na forma do art. 37, IX, da CF/88 não se restringe a relações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho. 3. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 4. Pedido de ingresso de amicus curiae indeferido. Embargos de declaração rejeitados.*
> (RE 765320 ED, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 20-09-2017 PUBLIC 21-09-2017, destaque meu)

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais, deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10 do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (*v.g.* STF, Pleno, AO 2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

Assim, tratando-se de recurso sujeito ao Código de Processo Civil de 2015 e configurada a hipótese de improvimento do recurso, de rigor a fixação de honorários recursais em desfavor da Recorrente, majorando em 10% (dez por cento) o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias, a teor do art. 85, § 3º, I a V, § 4º, II, e § 11, do *codex*, observados os percentuais mínimos/máximos de acordo com o montante a ser apurado em liquidação.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *b*, e 255, II, ambos do RISTJ, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA
Relatora