

A necessária declaração judicial de nulidade do contrato com o Estado-administração e a obrigação de pagar FGTS

The necessary judicial declaration of nullity of the contract with the State-administration and the obligation to pay FGTS

Nicodemos Victor Dantas da Cunha

Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Campus de Caicó/RNEx-Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo – TIT/SP Procurador do Município de Caicó/RN Professor e Coordenador de pesquisa do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET

Neiva Aparecida Baylon

Doutoranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP Coordenadora do curso de ICMS do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET Professora e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET

DOI: 10.47573/aya.5379.2.74.9

RESUMO

Os entes públicos não estão sujeitos a depositar FGTS relativamente às contratações administrativas de pessoas para exercer funções temporariamente. A Constituição Federal prevê que estes possam, por motivos de excepcionalidades, realizar a contratação de pessoal temporário para suprir necessidades da pessoa jurídica de direito público interno. Contudo, em decorrência da má interpretação das decisões da Suprema Corte, a exemplo do Recurso Extraordinário número 765.320, alguns órgãos administrativos do Poder Executivo da União estão excedendo seu poder fiscalizatório e autuando, indevidamente, Estados e Municípios pelo não recolhimento da verba fundiária. Pautam-se, indevidamente, na outorga a eles conferida para fiscalizar as pessoas jurídicas de direito privado e oneram indistintamente os Entes, sem, sequer, proceder a uma correta quantificação da dívida, lançando auto de infração sobre a totalidade das contratações efetivadas no período de 5 anos. O texto aborda a problemática e propõe que apenas o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições, é quem poderia proceder ao controle de legalidade externo e sancionar os Entes com o pagamento do FGTS, em consequência da declaração de nulidade do contrato administrativo.

Palavras-chave: contrato administrativo. ente público. FGTS; ilegalidade. nulidade; poder judiciário.

ABSTRACT

Public Entities are not subject to deposit FGTS in relation to the administrative hiring of people to perform functions temporarily. The Federal Constitution provides that they may, for exceptional reasons, hire temporary staff to meet the needs of the legal entity governed by internal public law. However, as a result of the misinterpretation of the Supreme Court's decisions, such as the Extraordinary Appeal number 765,320, some administrative bodies of the Executive Power of the Union are exceeding their supervisory power and unduly suing States and Municipalities for not collecting the land funds. They are unduly based on the grant granted to them to inspect legal entities governed by private law and indiscriminately burden the Entities, without even proceeding with a correct quantification of the debt, issuing a notice of infraction on the totality of contracts carried out in the period of 5 years. The text addresses the problem and proposes that only the Judiciary, in the exercise of its attributions, is the one who could proceed with the control of external legality and sanction the Entities with the payment of the FGTS, as a result of the declaration of nullity of the administrative contract.

Keywords: administrative contract. public entity. FGTS. illegality. nullity. judicial power.

INTRODUÇÃO

Em que pese já estar sendo debatida há muito tempo nos tribunais brasileiros, a temática ora proposta é atual e pertinente, distando, desse modo, de estar ultrapassada. É cediço que a declaração de nulidade de contrato de administrativo firmado faz com que este gere efeitos jurídicos, exceto o pagamento do saldo de salários e do FGTS, ex vi de inúmeros julgados da Suprema Corte, em especial do Recurso Extraordinário número 765.320, com repercussão geral reconhecida.

Contudo, em que pese na realidade atual a organização administrativa dos Entes públicos ser regida em sua totalidade pelos Regimes Jurídicos Únicos e apenas celebrarem contratos temporários com base nas leis locais de regência, há uma quantidade cada vez mais crescente de autuações, por parte de autoridades do Ministério do Trabalho e Emprego exigindo o pagamento do tributo FGTS sobre os vínculos administrativos firmados.

Sob o pretexto de que seriam contratações renovadas inúmeras vezes, acima do período permitido pela Lei do Município, de 2 anos, dizem os membros das fiscalizações que as contratações perderiam a característica de transitoriedade e excepcionalidade e que desta forma, sem mais fundamentos, seria permitido concluir que estes contratos seriam nulos, restando como direito aos servidores envolvidos apenas a percepção dos salários e incidência do FGTS.

Em geral, as autuações ocorrem inobstante a existência do Regime Jurídico, apenas porque os Entes realizam contratação de vários trabalhadores, pessoas físicas, celebrando diretamente com eles contratos de prestação de serviço para suprir licenças ou férias, por exemplo, de servidores efetivos dos quadros das pessoas jurídicas de direito público.

Parte-se do pressuposto de que tais contratos são celebrados e renovados repetidamente, perdendo assim a característica de transitoriedade e excepcionalidade, afastando a legitimidade e validade jurídica destes.

O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA

Tal medida, de acordo com o tratamento Constitucional do tema, é arbitrária e sem fundamento jurídico, tendo em vista que a administração pública pode perfeitamente celebrar contratos em tais situações.

A Constituição Federal, em seus arts. 37, IX e 39, dispõem acerca da autorização para contratar temporariamente e da instituição de regime jurídico único por parte dos Entes Públicos, conforme transcrição abaixo:

“Constituição Federal

...

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)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (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;

...

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

...

§ 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.

...

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

...”

(grifo acrescido)

Os Estados e Municípios, observando a outorga de competência fixada pelo dispositivo constitucional acima, instituíram seus regramentos internos para tratar de seus servidores. Neste particular, positivaram a autorização conferida pelo art. 37, IX da Carta Magna, que outorga a estes a possibilidade de contratação por tempo determinado.

Tendo em vista o exposto, fica clarividente que não há motivo para a haver autuações por parte do MTE. Trato o direito como um feixe de regras ligadas entre si que servem ao propósito de regular as condutas intersubjetivas, sempre pautadas na observância da norma de superior hierarquia, na linha de Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2021) e Hans Kelsen (KELSEN, 1998). Nesse caso, a própria Constituição. De pouco vale, portanto, existir Decreto, Portaria ou instrução normativa que disponha em sentido contrário ao que estatuído na Carta Magna.

Falar em direitos esculpidos na CLT aplicáveis a servidores públicos, vez que não existe admissão no serviço público regido por esta, é negar vigência a dispositivos válidos, vigentes e eficazes editados pelos Entes, não sendo possível compelir estes a cumprir com a obrigação dos depósitos do FGTS.

Apresunção de legitimidade dos leis e atos administrativos dos Entes públicos

De tal modo, verificamos diuturnamente que as Auditorias Fiscais do Ministério do Trabalho equivocam-se completamente na interpretação e aplicação da lei e jurisprudência afeta ao assunto.

Nas autuações, tomam por base, indistintamente, todos os contratos firmados pelo Estado ou Município como nulos. Isto é, vão à base de dados dos recursos humanos, verificam quantos vínculos temporários existem e procedem com a autuação sobre a totalidade destes.

Ora, e se, de todos os contratos, apenas uma pequena fração desrespeitou as regras vigentes e podem vir a ser declarados nulos? Descabe, por completo, proceder de tal maneira e realizar autuações.

A liquidez e certeza de qualquer auto de infração é corolário inafastável da segurança jurídica e dos princípios da legalidade, moralidade, do contraditório e ampla defesa, e tantos outros.

Como dito, as fiscalizações simplesmente contrariam leis que autorizam a contratação temporária e, de outra banda, desconsideram completamente a higidez pressuposta do contrato administrativo.

Isso porque a declaração de nulidade de contratos administrativos é prerrogativa apenas e tão somente do Poder Judiciário, já que os atos administrativos das pessoas políticas de direito público interno, como não poderia deixar de ser, possuem presunção de validade.

Proceder à autuação é atitude que não está albergada na lei e tampouco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Veja que não estamos, aqui, olvidando da existência da determinação legal ou da decisão em Repercussão Geral firmada no Tema 916, que solidifica outras tantas decisões prolatadas pelo Pretório Excelso.

A NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE POR PARTE DO JUDICIÁRIO

No julgamento do RE 765.320 acima citado, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, ficou assentado que o cabimento do FGTS sobre os contratos de trabalho temporários dependeria de sua declaração de nulidade, resguardado o recebimento de salários e do FGTS, de acordo com o art. 19-A da Lei nº. 8.036/90.

Vejam os que diz o precedente:

Ementa: 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.

(RE 765320 RG, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 22-09-2016 PUBLIC 23-09-2016)

É a reafirmação do que decidido no RE 596.478, Tema 191, cuja tese fixou:

É constitucional o art. 19-A da Lei 8.036/1990, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o direito ao salário. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Também o STJ decidiu, nos autos do REsp 1661873, e EDcl no REsp 1640245 que “se não há declaração de nulidade da contratação (na forma prevista no art. 19-A da Lei 8.036/1990), não há falar em direito ao depósito do FGTS”.

Ora, do que enxergamos acima, é devido o FGTS apenas quando declarada nulidade de contratos administrativos.

Significa dizer que o que vem se perpetrando na pragmática jurídica pátria contra os Entes Municipais afronta a teoria do Ato Administrativo, segundo a qual qualquer ato da administração pública apenas sai do sistema jurídico brasileiro pela figura da revogação, quando a própria administração, exercendo juízo de conveniência e oportunidade, retira-o do sistema por outro ato posterior ou pela anulação, operada pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, tal nulidade não se opera senão por força de uma declaração ju-

dicial, já que descabe ao Ministério do Trabalho, órgão componente da União, desconsiderar normas e atos administrativos válidos, vigentes e eficazes de outra pessoa política para tentar imputar a cobrança do FGTS.

Ou seja, não cabe ao Poder Executivo da União, a que pertence o MTE, tornar nulo o ato administrativo (como os contratos ora em comento) de Município qualquer, por exemplo, assim como soa absurdo que um ato de um Governador de Estado tente interferir na esfera jurídico-administrativa do Congresso Nacional, por exemplo.

São distintas competências legal e constitucionalmente atribuídas, não cabendo à União, por meio de um de seus Ministérios, realizar essa declaração unilateral pela via administrativa.

Competência, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello é justamente o cabedal de verdadeiros deveres públicos, para além de poder. Por isso mesmo são um misto de aplicar a lei e seguir a lei, a um só tempo, considerado “poder indispensável para curar o interesse em vista do qual foram atribuídas a alguém; ou seja: nada mais do que o requerido para satisfação do dever que lhes preside a existência” (MELLO, 2014, p. 148), tratando-se de competência no sentido político-administrativa, como propaga José Afonso da Silva (SILVA, 2005, p. 480)

Não esqueçamos de que aqui, na atuação das pessoas políticas de direito público interno, o regime, como já dito, é de direito público. E o controle da validade dos atos praticados, pelo menos no que tange ao assunto em tela, é o que o autor administrativista chama de controle externo, que pode ser exercido apenas por controle parlamentar direto, controle pelos Tribunais de Contas e o controle efetuado pelo Judiciário, chamado controle jurisdicional (MELLO, 2014, p. 968), sob pena de usurpação de competência do Poder Judiciário. Cada um com sua atribuição.

Aliás, sequer seria possível ao Poder Judiciário do Trabalho anular contratos que tais, posto que a matéria é, como alhures dito, eminentemente jurídica administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se que os Entes públicos não estão sujeitos a depositar FGTS sobre contratações administrativas de pessoas para exercer funções temporariamente, sob pena de afronta a dispositivo Constitucional que prevê que Estados e Municípios podem realizar a contratação de pessoal temporário para suprir necessidades da pessoa jurídica de direito público interno.

As atuações do MTE que versem de tal forma excedem seu poder fiscalizatório e indevidamente, oneram os cofres de Estados e Municípios pelo não recolhimento da verba fundiária.

A outorga de competências administrativas a eles conferida para fiscalizar as pessoas jurídicas de direito privado não se estendem, indistintamente, para as pessoas públicas.

Também conclui-se não ser possível, segundo os pressupostos Constitucionais da legalidade, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, realizar atuação ilícida, fazendo apenas o lançamento do crédito como se todos os vínculos celebrados pela Administração fossem nulos.

A ideia defendida é que apenas o Poder Judiciário, e, diga-se, o Poder Judiciário Estadu-

al, no exercício de suas atribuições, é quem poderia proceder ao controle de legalidade externo e sancionar os Entes com o pagamento do FGTS, em consequência da declaração de nulidade do contrato administrativo.

Ora, estando falando de vínculo jurídico-administrativo, não estamos no âmbito da competência do Ministério do Trabalho e Emprego, do Ministério Público do Trabalho ou sequer do Judiciário do Trabalho.

Portanto, forçoso reconhecer e expor sobre a ilegalidade cometida pelo Ministério do Trabalho e Emprego em tais casos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2021.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.