



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0101074-03.2012.815.2001

RELATOR : Juiz convocado ALUÍZIO BEZERRA FILHO
APELANTE : Fabiano de Carvalho Ferreira
ADVOGADO : Heverson Smith Medeiros Alves
APELADO : Estado da Paraíba, por seu Procurador
PROCURADOR : Paulo Marcio Soares Madruga
ORIGEM : Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital
JUIZ (A) : Silvana Pires Moura Brasil

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR QUE EXERCE, SEM CONCURSO PÚBLICO, CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO POR TEMPO INDETERMINADO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE DEPÓSITO DO FGTS E FÉRIAS. NULIDADE DO CONTRATO. ATO NULO QUE MANTÉM EFEITOS RESIDUAIS. DIREITO AO FGTS E TERÇO DE FÉRIAS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. JUROS MORATÓRIOS BASEADOS NO ART.1º-F DA LEI Nº 9.494/1997, COM TERMO INICIAL DESDE A CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE OBSERVAR OS ÍNDICES QUE REFLITAM A INFLAÇÃO ACUMULADA DO PERÍODO. ART. 557, §1º-A, DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

- O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da controvérsia, entendeu que o direito do trabalhador temporário ao depósito do FGTS persiste ainda que seja declarado nulo ou irregular seu contrato com a Administração, desde que devidas as verbas salariais (RE 596.478-RG, Relatoria para o acórdão do Min. Dias Toffoli e ARE 837028, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 06/11/2014, publicado em DJe-229 DIVULG 20/11/2014 PUBLIC 21/11/2014).

- A matéria encontra-se pacificada no âmbito do STF e STJ, que entendem como correto o depósito do FGTS na conta de trabalhador cujo

contrato feito com o ente público seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público. Outro não poderia ser o entendimento, pois como ressaltou o Ministro Cezar Peluso, “a nulidade não apaga todas as consequências da relação estabelecida”. Inclusive, o Relator do RE nº 596.478, Ministro Dias Toffoli ressaltou que “todo ato nulo pode manter efeitos residuais”, explicando que isto ocorre para que “não se incentive o Estado a violar a regra constitucional (do concurso público) sem pagar nada a ninguém”.

Vistos, etc.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Fabiano de Carvalho Ferreira contra sentença de fls. 64/67 que julgou improcedente o pedido.

O Apelante alegou, às fls.69/84, que o contrato de trabalho celebrado com a Administração estadual é nulo e, por tal fundamento, o mesmo pleiteia o direito ao recebimento do depósito devido a título de FGTS do período trabalhado, com as devidas multas, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.036/90, bem como ao pagamento das férias vencidas e de forma dobrada.

Sem contrarrazões (fl. 106-v).

A Procuradoria de Justiça não vislumbrou necessidade de intervenção ministerial (fls. 111/113).

É o relatório.

DECIDO

O cerne da questão cinge-se a saber se os servidores, contratados temporariamente pelo Estado da Paraíba, têm direito ao pagamento do FGTS.

No caso, é patente a nulidade do contrato de trabalho, uma vez

que o Autor não ingressou no serviço público em decorrência de aprovação em concurso. Outrossim, seu contrato não tem as características do contrato temporário, uma vez que continua sendo prorrogado indefinidamente.

Segundo a Ministra Ellen Grace, no RE 596478 (publicado em 01/03/2013), "(...) mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art.37, §2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados".

O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da controvérsia, entendeu que o direito do trabalhador temporário ao depósito do FGTS persiste ainda que seja declarado nulo ou irregular seu contrato com a Administração, desde que devidas as verbas salariais (**RE 596.478-RG**, Relatoria para o acórdão do Min. Dias Toffoli e **ARE 837028**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 06/11/2014, publicado em DJe-229 DIVULG 20/11/2014 PUBLIC 21/11/2014).

A matéria encontra-se pacificada no âmbito do STF e STJ, que entendem como correto o depósito do FGTS na conta do trabalhador cujo contrato feito com o Ente Público seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público.

Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DECLARADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DEPÓSITO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. **Cinge-se a controvérsia a decidir se há obrigatoriedade de pagamento de FGTS em caso de exoneração de servidor contratado temporariamente sem concurso público.**

2. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do CPC

quando o acórdão recorrido se pronuncia de modo inequívoco e suficiente sobre a questão posta nos autos.

3. O STF entende que "é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado" (AI 767.024-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24.4.2012).

4. A Suprema Corte, reconhecendo a repercussão geral da matéria, declarou constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/1990, o qual determina ser devido o depósito do FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a administração seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. Ainda que reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos moldes do art. 37, § 2º, da Carta Magna, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando se reconhece ser devido o salário pelos serviços prestados (RE 596.478/RR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Ac.: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-2-2013 PUBLIC 1º-3-2013.) 5. **O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equiparase à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 3.8.2009).**

6. **A Segunda Turma do STJ firmou entendimento no sentido de que "Em razão de expressa previsão legal, "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" (art.19-A da Lei 8.036/90 _ incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001) "(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 22/5/2013.)** 7. A revisão das premissas que embasaram, na instância a quo, a aplicação de multa por litigância por má-fé, bem

como o respectivo valor fixado, implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1452468/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe **30/10/2014**)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DO FGTS.

1. O Tribunal de origem decidiu que o fato de o contrato temporário ser declarado nulo não induz ao pagamento do FGTS. Tal entendimento destoa da jurisprudência do STJ, que é no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equiparase à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada do FGTS.

2. Recurso Especial provido.

(REsp 1335115/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012)

No RE nº 596.478, supramencionado, Gilmar Mendes ressaltou que “(...) não reconhecer, minimamente, este direito ao FGTS me parece realmente onerar em demasia a parte mais fraca”. E diz ainda: “(...) há de se admitir a legitimidade das pretensões decorrentes da relação de emprego, ainda que esta venha a ser declarada inválida. Do contrário, ter-se-ia a norma protetiva aplicada contra os interesses daquele a quem visa proteger. Esta constitui sem dúvida a única solução compatível com a natureza tutelar do direito de trabalho”.

Já o Ministro Ayres Britto disse: “(...) e como nós temos dito que os contratos são nulos, celebrados entre o empregado e a Administração Pública sem concurso, mas os dias trabalhados deverão ser pagos a título de indenização, ora, se o FGTS tem natureza indenizatória, também o FGTS deve ser pago”.

Outro não poderia ser o entendimento, pois como ressaltou o Ministro Cezar Peluso, “a nulidade não apaga todas as consequências da relação estabelecida”.

Inclusive, o Relator do RE nº 596.478, Ministro Dias Toffoli ressalta que “todo ato nulo pode manter efeitos residuais”, explicando que isto ocorre para que “não se incentive o Estado a violar a regra constitucional (do concurso público) sem pagar nada a ninguém”.

Logo, estando a matéria pacificada, tem o Apelante direito ao depósito do FGTS, tendo em vista que o contrato feito com o Ente Público é nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público. Observa-se, nesse caso, a prescrição quinquenal, porquanto, por se tratar de Fazenda Pública, prevalece a norma especial do Decreto nº 20.910/1932 e não a Lei nº 8.036/1990 que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (REsp 1107970/PE).

Quanto ao pedido de férias não gozadas e ao pagamento do terço constitucional, entendo ser ônus do Ente Público comprovar que pagou a verba salarial ao seu servidor, devendo ser afastada a supremacia do interesse público, pois não se pode transferir o ônus de produzir prova negativa ao Autor, para se beneficiar da dificuldade, ou mesmo da impossibilidade da produção dessa prova.

Desse modo, pelos serviços prestados faz “jus” o Apelante aos terços de férias correspondentes ao período laborado, como vedação ao enriquecimento sem causa.

Diante do exposto, **PROVEJO PARCIALMENTE O APELO**, nos termos do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, para determinar o pagamento do depósito do FGTS e do terço constitucional de férias, dos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, salientando que a correção monetária deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período e que os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica

e juros aplicáveis à caderneta de poupança (art.1º-F da Lei nº 9.494/1997), com termo inicial desde a citação.

Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

P.I.

João Pessoa, _____ de outubro de 2015.

Juiz convocado Aluizio Bezerra Filho
Relator