



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA N.º 0001219-92.2014.815.0251.

ORIGEM: 5.ª Vara da Comarca de Patos.

RELATOR: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

APELANTE: Município de Patos.

PROCURADOR: Danubya Pereira de Medeiros.

APELADO: Valdiney da Silva Feitosa.

ADVOGADO: Heber Tiburtino Leite.

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. FÉRIAS, TERÇO CONSTITUCIONAL, DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E FGTS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. SÚMULA Nº 490, DO STJ. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. CONTRAÇÃO TEMPORÁRIA, SEM DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, PRORROGADA ALÉM DO PRAZO LEGAL. NULIDADE DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO PELO AUTOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO AUTORAL. ÔNUS DO RÉU. ART. 333, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO MUNICÍPIO, DO PAGAMENTO DAS REMUNERAÇÕES PLEITEADAS. PAGAMENTO DEVIDO. DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARA COBRANÇA DO FGTS. PRECEDENTES DO STF. DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS REFERENTE AOS CINCO ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA NESSE PONTO. **PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DA REMESSA.**

1. O servidor faz jus à indenização pelas férias não gozados quando há previsão legal expressa nesse sentido ou nos casos em que o vínculo funcional entre ele e a Administração Pública é rompido.
2. O direito às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do respectivo terço constitucional independentemente do gozo e mesmo que não haja previsão do seu pagamento para a hipótese de férias não gozadas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
3. É ônus da Administração Pública a prova do pagamento da remuneração devida ao servidor, inclusive dos décimos terceiros salários.
4. Os agentes públicos contratados temporariamente por excepcional interesse público cuja contratação for declarada nula têm direito ao recolhimento e ao levantamento dos depósitos realizados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.
5. O prazo prescricional referente à cobrança de débito relativo ao FGTS em desfavor da Fazenda Pública é quinquenal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

VISTO, relatado e discutido o presente procedimento referente à Apelação e à Remessa Necessária n.º 0001219-92.2014.815.0251, Ação de Cobrança em que figuram como partes Valdiney da Silva Feitosa e o Município de Patos.

ACORDAM os eminentes Desembargadores integrantes da Colenda Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, acompanhando o voto do Relator, em **conhecer da Apelação e, de ofício, da Remessa Necessária para dar-lhes provimento parcial**.

VOTO.

O **Município de Patos** interpôs **Apelação** contra a Sentença prolatada pelo Juízo da 5.ª Vara daquela Comarca, nos autos da Ação de Cobrança em face dele ajuizada por **Valdiney da Silva Feitosa**, que julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-o a pagar ao Autor as quantias correspondentes as férias, os respectivos terços constitucionais, décimos terceiros salários e aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do período em que os serviços foram prestados, isto é, de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2013, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária pelo INPC, desde o inadimplemento, e juros de mora de 0,5% ao mês, desde a citação até 26/06/2009, a partir de quando haverá a incidência dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, condenando-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados no percentual de 12% do valor da condenação, deixando de submeter a Sentença ao reexame necessário.

Em suas Razões, f. 53/57, alegou que a contratação do Apelado é nula, posto que não foi precedida de concurso público, pelo que não teria ele direito ao pagamento das férias, do respectivo terço constitucional, décimo terceiro salário e aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e argumentou que, nos casos em que o STF entende que o recolhimento do FGTS é extensivo ao servidor temporário, tal agente público tem direito apenas ao levantamento dos valores depositados e não à realização de novos depósitos.

Pugnou pelo provimento do Recurso para que a Sentença seja reformada e os pedidos julgados improcedentes.

Intimado, o Apelado não apresentou Contrarrazões, f. 60/61.

A Procuradoria de Justiça emitiu Parecer, f. 66/68, sem pronunciamento sobre o mérito, por entender não haver interesse que justificasse sua intervenção.

É o Relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, **conheço da Apelação e, de ofício, conheço, também, da Remessa Necessária**, com fundamento na Súmula n.º 490, do Superior Tribunal de Justiça¹, por se tratar de Sentença ilíquida, analisando-as conjuntamente.

O Apelado foi contratado pelo Município de Patos, por excepcional interesse

¹ Súmula 490 – A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

público, como Monitor, em 02 de janeiro de 2009, conforme Declaração da Secretaria de Administração da Edilidade de f. 30, tendo prestado serviços até 31 de dezembro de 2013, consoante alegação não contestada pelo Município.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o servidor público faz jus à indenização pelas férias não gozadas somente quando há previsão legal expressa nesse sentido (princípio da legalidade) ou nos casos em que o vínculo funcional entre ele e a Administração é rompido, mediante aposentadoria, exoneração, demissão etc. (princípio da vedação do enriquecimento sem causa), porquanto, nessa última hipótese, não resta oportunidade para fruição do benefício.

Considerando que houve o rompimento do vínculo funcional do Apelado, cabia à Administração Pública a prova do adimplemento das férias pleiteadas, ônus do qual não se desincumbiu, pelo que é impositiva sua condenação.

Quanto ao terço constitucional, o Supremo Tribunal Federal assentou que o direito às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço constitucional independentemente do exercício desse direito, posto que não é o gozo que garante o adicional e, sim, o próprio direito às férias².

Considerando que é ônus da Administração provar o pagamento dos terços de férias dos seus servidores³ e que o Município não se desincumbiu desse ônus, impõe-se a condenação ao pagamento dos períodos postulados na Inicial⁴.

- 2 DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CARGO COMISSIONADO. EXONERAÇÃO. FÉRIAS NÃO GOZADAS: PAGAMENTO ACRESCIDO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI. JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O direito individual às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço constitucional independente do exercício desse direito. 2. A ausência de previsão legal não pode restringir o direito ao pagamento do terço constitucional aos servidores exonerados de cargos comissionados que não usufruíram férias. 3. O não pagamento do terço constitucional àquele que não usufruiu o direito de férias é penalizá-lo duas vezes: primeiro por não ter se valido de seu direito ao descanso, cuja finalidade é preservar a saúde física e psíquica do trabalhador; segundo por vedar-lhe o direito ao acréscimo financeiro que teria recebido se tivesse usufruído das férias no momento correto. 4. Recurso extraordinário não provido (STF, RE 570908, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009, DJe-045 11/03/2010, publicado em 12/03/2010).
- 3 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PAGAMENTO DE SALÁRIOS ATRASADOS. CABIMENTO. PROVA DE FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA EDILIDADE. ART. 333, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, CAPUT, CPC. SEGUIMENTO NEGADO. Ao município cumpre o ônus de demonstrar a realização do pagamento pleiteado, nos termos do artigo 333, II, do CPC. Se não provou o pagamento, deve efetuar-lo, sob pena de ocorrência de enriquecimento ilícito do ente público em detrimento do particular, vedado pelo ordenamento jurídico (TJPB, Processo n.º 0372009000967-3/001, Tribunal Pleno, Rel. Des. João Alves da Silva, julgado em 20/02/2013).
- 4 AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. GOZO DE FÉRIAS. PAGAMENTO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. ÔNUS DO RÉU. COMPROVAÇÃO DO ADIMPLENTO PARCIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. REMESSA NECESSÁRIA. VERBA DEVIDA INDEPENDENTEMENTE DA COMPROVAÇÃO DO GOZO. PRECEDENTES DO STF E DESTE TRIBUNAL. IMPOSIÇÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS QUE NÃO FORAM ADIMPLIDAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA. 1. O art. 333, II, CPC, estabelece ser ônus do réu a comprovação quanto a existência dos fatos impeditivos direito do autor. 2. Após o período aquisitivo, o adimplemento do terço constitucional de férias é devido independentemente de seu efetivo gozo (TJPB, RN 0000980-29.2012.815.0261, Quarta Câmara Especializada Cível, Rel. Juiz

De mesma forma, cabia ao Ente Federado a prova do pagamento dos décimos terceiros salários, ônus do qual não se desvencilhou.

Os servidores públicos, em regra, não têm direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ante o disposto no art. 39, § 3.º, da Constituição da República⁵.

O Supremo Tribunal Federal, porém, firmou o entendimento de que o servidor temporário, sendo nulo o contrato de prestação de serviço, tem direito ao pagamento do saldo de remuneração e ao recolhimento e levantamento do FGTS, observada a prescrição quinquenal, aplicando-se a ele a regra do art. 19-A, da Lei Federal n.º 8.036/1990⁶, que disciplina a necessidade do recolhimento do FGTS em favor de servidores contratados temporariamente pela Administração⁷.

Ou seja, embora não seja a regra a concessão do FGTS aos agentes públicos sujeitos ao regime jurídico-administrativo, tal direito é extensivo aos contratados por excepcional interesse público cuja contratação for nula e, diferentemente do defendido pelo Apelante, não se restringe ao levantamento dos valores depositados, mas, também, ao recolhimento da quantia devida, caso os depósitos não tenham sido realizados na ocasião oportuna.

A contratação do Apelado foi nula violou o inciso IX do artigo 37 da Constituição da República, porquanto, embora fundada em excepcional interesse público, foi renovada sucessivamente, descaracterizando a necessidade temporária,

Convocado Marcos Coelho de Salles, DJPB 29/09/2014, p. 13).

- 5 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] III – fundo de garantia do tempo de serviço; ...

Art. 39. [...] § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

- 6 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, § 2.º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. 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.

- 7 Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. Contratação temporária. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Contrato por tempo indeterminado e inexistência de excepcional interesse público. Nulidade do contrato. 4. Efeitos jurídicos: pagamento do saldo salarial e levantamento de FGTS. Precedentes: RE-RG 596.478, red. do acórdão Dias Toffoli, e RE-RG 705.140, rel. min. Teori Zavascki. 5. Aplicabilidade dessa orientação jurisprudencial aos casos de contratação em caráter temporário pela Administração Pública. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 863125 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 06/05/2015).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Direito do trabalho. Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 e 55 do regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, ARE 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. 13/02/2015, DJE 19/02/2015).

fato que lhe confere direito não apenas à contraprestação pactuada, mas, também, aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O Juízo condenou o Município ao pagamento dos depósitos do FGTS devidos por todo o período de prestação dos serviços.

Em que pese haver súmula do STJ em sentido diverso⁸, a pretensão de recolhimento do FGTS está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos, sendo nesse sentido a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. **Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária.** Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, ARE 709212, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, DJe 19/02/2015).

Apesar de o STF haver modulado os efeitos dessa decisão, o próprio STJ, antes mesmo da modificação de entendimento, vinha se posicionando no sentido de que o Decreto n.º 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a norma geral, de modo que o prazo prescricional referente à cobrança de débito relativo ao FGTS em desfavor da Fazenda Pública é, também, quinquenal⁹, pelo que a Sentença carece de reforma nesse ponto.

Posto isso, **conhecida a Apelação e, de ofício, a Remessa Necessária, dou-lhes parcial provimento para, reformando a Sentença, restringir a condenação do Município de Patos à realização dos depósitos do FGTS devidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento desta Ação, mantendo-a nos demais termos.**

É o voto.

8 Súmula 210 – A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos.

9 ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FGTS. PRESCRIÇÃO. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO DECRETO 20.910/32. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral, de modo que o prazo prescricional referente à cobrança de débito relativo ao FGTS em desfavor da Fazenda Pública é quinquenal. 2. Precedentes: AgRg no AREsp 461.907/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014; REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1539078/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 16/09/2015).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. FGTS. DEMANDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO DECRETO N. 20.910/32. 1. [...] 2. “O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de débito relativo ao FGTS em face da Fazenda Pública é de cinco anos” (REsp 1.107.970/PE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 10/12/2009). 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no AREsp 461.907/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014).

Presidi o julgamento realizado na Sessão Ordinária desta Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 16 de fevereiro de 2016, conforme Certidão de julgamento, dele também participando, além deste Relator, o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho e o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida (com jurisdição plena para substituir o Exmo. Des. João Alves da Silva). Presente à sessão a Exma. Procuradora de Justiça Dra. Jacilene Nicolau Faustino Gomes.

Gabinete no TJ/PB em João Pessoa,

Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira
Relator