Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete da Desa. Maria das Graças Morais Guedes

A C Ó R D Ã O

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001492-80.2014.815.0151

Remetente	:	Juízo da 2ª Vara Mista da Comarca de Conceição
Relator	:	Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado)
Apelante	:	José André da Silva
Advogado	:	Leopoldo Anderson Mangueira de Lima
Apelado	:	Município de Santana de Mangueira
Advogado	:	Paulo Ítalo de Oliveira Vilar

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATAÇÃO NULA. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ART. 19- A. DA LEI Nº 8.036/90. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO AO RECOLHIMENTO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **PROVIMENTO**.

- O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento na constitucionalidade do art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público.

- A Corte Suprema estabelece que o prazo prescricional para percebimento do recolhimento do FGTS é de 05

(cinco) anos e não mais de 30 (trinta) anos, com arrimo no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

REMESSA NECESSÁRIA. SERVIDOR CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATO NULO. EFEITOS. SALDO DE SALÁRIO E FGTS. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. **PROVIMENTO PARCIAL**.

- Nos moldes da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 596.478/RR, sob o regime de repercussão geral, na hipótese de admissão de pessoal pela Administração Pública sem a realização de concurso público, é devido o saldo de salário e o recolhimento do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

- No julgamento do REsp 1.270.439/PR sob o rito do art. 543-C do CPC/73, o STJ firmou o entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública de natureza não tributária os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, enquanto que a correção monetária deve ser calculada segundo a variação do IPCA, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei n. 11.960/2009, por meio do julgamento nas ADIs n. 4.357-DF e 4.425- DF.

V I S T O S, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

A C O R D A, a Egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, em, dar**

provimento ao recurso voluntário e parcial provimento à Remessa Necessária.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por José André da Silva contra sentença prolatada e **remetida oficialmente** pelo Juízo da 2ª Vara Mista da Comarca de Conceição, lançada nos autos da Ação Ordinária de Cobrança por ele ajuizada em face do Município de Santana de Mangueira.

O julgador de primeiro grau, às fls. 67/74, julgou parcialmente procedentes os pleitos exordiais e condenou a Edilidade ao pagamento das seguintes verbas: **a)** férias proporcionais, acrescidas de 1/3, e décimo terceiro à 5/12 referente ao ano de 2014; **b)**férias integrais, acrescidas de 1/3, e décimo terceiro, ambos referente aos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013. Determinou a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês a teor do disposto no art. 1º F da Lei 9.494/97, a partir da citação e correção monetária pelo INPC, devidos a partir do inadimplemento. Condenou, por fim, ao adimplemento dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais, às fls.80/89, o apelante pugna pela reforma parcial da sentença para condenar o Município ao depósito do FGTS do período em que trabalhou como Gari, que ocorreu entre 1993 e 2014.

Contrarrazões apresentadas às fls. 98/106, requerendo a manutenção da decisão.

Cota ministerial sem manifestação meritória às fls.111/112.

É o que importa relatar.

V O T O

Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado) - Relator

Os presentes autos aportaram a esta Corte de Justiça tanto pela interposição do Recurso Apelatório pelo promovente, quanto em razão da Remessa Oficial.

Apelação Cível

Contam os autos que José André da Silva ajuizou a presente demanda em face do Município de Santana de Mangueira alegando, em síntese, ter sido contratado, por excepcional interesse público, para trabalhar como gari e nesse cargo permaneceu de janeiro de 1993 até maio de 2014. Afirma ainda, não ter recebido o 13º salário e férias acrescidas de 1/3 dos últimos 5 anos, além do pagamento do FGTS de todo o período trabalhado.

Pois bem.

O ponto controvertido do presente apelo cinge-se, tão somente, à possibilidade de depósito do FGTS em contrato considerado nulo.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 596.478/RR), firmou o entendimento de que as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público são ilegítimas e 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.

Eis a ementa do julgado:

> Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço 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 seu direito ao salário. 2. 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. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 596478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMENT VOL-02679-01 PP-00068).

Assim sendo entendo ser devido ao autor/apelante o depósito relativo ao FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Todavia, muito embora sejam devidos os depósitos, insta registrar que o demandante só faz jus aos recolhimentos dos cinco anos anteriores a data do ajuizamento da ação, tendo em vista o novo entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual estabelece que o prazo prescricional para percebimento do recolhimento do FGTS é de 05 (cinco) anos e não mais de 30 (trinta) anos, com arrimo no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> (...)
>
> XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

A propósito, recente julgado 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 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; Pág. 27).

Remessa Necessária

Acerca das contratações efetivadas pelo Poder Público, vale dizer que, nos termos da Constituição da República, artigo 37, inciso 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*", sendo que, consoante prescreve o inciso IX do mesmo artigo 37 da CR/88, "*a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*".

Cediço que para a utilização da exceção, que foge à obrigatoriedade dos concursos públicos, imprescindível restarem demonstrados o excepcional interesse público e a temporariedade da contratação.

Nessa ordem de ideias, como o servidor fora admitido de forma temporária, conclui-se que ele não se enquadra na condição de trabalhador submetido ao art. 7º da Constituição Federal, bem como não se aplica a CLT, pois o vínculo mantido com o Município era de natureza jurídico-administrativa.

No caso dos autos, restou sedimentado no primeiro grau que a função não apresenta caráter transitório e emergencial, tratando-se de necessidade permanente da Administração, logo, tem-se, de fato, um **contrato nulo**, porquanto não houve contratação de emergência nem prévia submissão a concurso público.

Ocorre que, aplicando-se o preceito supracitado, o contratado sequer faria jus à contraprestação pelos serviços realizados. Entretanto, a solução resultaria patentemente injusta, implicando afronta a outras regras e princípios consolidados, como a vedação ao enriquecimento sem causa, a proteção à boa-fé e à segurança jurídica.

Sendo indiscutível o vínculo do servidor com a Administração Municipal, cabe à Edilidade fazer prova de fato que impeça, modifique ou extinga o direito firmado pelo autor, nos ditames do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015. Vejamos:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

In casu, o autor/apelante comprovou o vínculo com o Ente Municipal **apenas no período compreendido entre novembro de 2009 e abril de 2013,** através dos contracheques encartados às fls.14/20.

Apreciando as pretensões autorais, o juízo *a quo* reconheceu a nulidade do contrato firmado entre as partes, por ausência de prévia aprovação em concurso público, porém julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais e determinou o adimplemento das seguintes verbas: **a)** férias proporcionais, acrescidas de 1/3, e décimo terceiro à 5/12 referente ao ano de 2014; **b)**férias integrais, acrescidas de 1/3, e décimo terceiro, ambos referente aos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013.

Por todo o arrazoado, merece reparo o *decisum* pois, como bem delineado, o contrato nulo só gera direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e ao saldo de salário. Dessa forma, excluo da condenação as verbas referentes às férias, integrais e proporcionais e o décimo de terceiro.

No tocante à fixação da correção monetária e dos juros de mora, inicialmente, a Corte Especial do STJ firmou a tese de que em todas as condenações da Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haveria a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, alterado pelo artigo 5º da Lei 11.960/09.

Posteriormente, em julgamento de recurso repetitivo

concluído em outubro de 2011, a Corte Especial do STJ consolidou tal entendimento ao declarar que o artigo 1º-F da Lei 9.494/97 é norma de caráter eminentemente processual, devendo ser aplicado sem distinção a todas as demandas judiciais em trâmite. **Entretanto, em 14 de março de 2013, o plenário do STF, no julgamento da ADI 4.357, declarou a inconstitucionalidade parcial por arrastamento do artigo 5º da Lei 11.960/09.**

Referida decisão do Pretório Excelso, alterou a jurisprudência do STJ e, **em 26 de junho de 2013, a Primeira Seção decidiu em sede de recurso repetitivo**, por unanimidade de votos, que, nas condenações impostas à Fazenda Pública **de natureza não tributária, como a dos presentes autos**, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, segundo artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

Sobre o tema:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VERBAS REMUNERATÓRIAS. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA EM CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ART. 5º DA LEI N. 11.960/09, QUE ALTEROU O ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIS 4.357/DF E 4.425/DF). RESP 1.270.439/PR, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.
> 1. **No julgamento do REsp 1.270.439/PR sob o rito do art. 543-C do CPC, esta Corte firmou o entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública de natureza não tributária os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, enquanto que a correção monetária deve ser calculada segundo a variação do IPCA, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º da Lei n. 11.960/2009, por meio do julgamento nas ADIs n. 4.357-DF e**

4.425- DF. 2. Agravo regimental não provido. **(AgRg nos EDcl no AREsp 121.357/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 22/10/2014)**

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO RECURSO APELATÓRIO** para condenar o Município de Santana de Mangueira ao depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do lapso temporal compreendido entre novembro de 2009 e abril de 2013. **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO REEXAME NECESSÁRIO** para afastar as condenações referentes às férias (integrais e proporcionais) e às gratificações natalinas. No tocante aos juros moratórios, determino que estes incidam no percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n.º 2.180-35/2001 até o advento da Lei n.º 11.960, de 30/06/2009, que deu nova redação ao art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, passando, doravante, a corresponder os juros aplicados à caderneta de poupança; e que a correção monetária seja calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, conforme estipulado no REsp 1.270.439/PR.

Por fim, condeno a parte autora/apelante ao pagamento dos honorários advocatícios, em face de sua sucumbência recursal, em R$ 1.000,00, *ex vi* art. 85, § 2º c/c § 3º do CPC/2015 e, em despesas e custas processuais, observada as regras da gratuidade judiciária.

É como voto.

Presidiu a sessão Ordinária desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba realizada no dia 06 de setembro de 2016, conforme Certidão do julgamento, o Exmo. Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeira (Relator), Juiz convocado para substituir a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes, o Exmo. Des. Saulo Henrique de Sá e Benevides e o Exmo. Dr. Carlos Antônio Sarmento, Juiz Convocado para substituir o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz. Presente à sessão, a Exma. Dra. Ana Cândida Espínola, Promotora de Justiça convocada.

Gabinete no TJ/PB, João Pessoa, 09 de setembro de 2016

Ricardo Vital de Almeida
Juiz convocado/Relator