



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

A C Ó R D Ã O

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001069-94.2015.815.0601

Origem : Comarca de Belém
Relator : Dr. Eduardo José de Carvalho Soares - Juiz convocado
Apelante : Município de Belém
Advogada : Rafaella Fernanda Leitão S. da Costa, OAB/PB 14.901
Apelado : Francisco de Assis Silva de Oliveira
Advogado : José Alberto E. da Silva, OAB/PB 10.248 e outros

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATO NULO. EFEITOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO-FGTS COM A OBSERVÂNCIA DO PRAZO QUINQUENAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. OBSERVÂNCIA DO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL (RE) 870947 DO STF. DESPROVIMENTO DO APELO E PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA.

- 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**, devendo ser observado, ainda, o prazo prescricional que, *in casu*, é quinquenal.

VISTOS, 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 **negar provimento ao apelo e dar parcial provimento à remessa**.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária e Apelação Cível contra sentença prolatada pelo Juízo da Comarca de Belém, lançada nos autos da “AÇÃO DE COBRANÇA” ajuizada por **Francisco de Assis da Silva Oliveira**.

A sentença (fls. 67/72) julgou procedente a pretensão deduzida na exordial, condenando o Município de Belém a pagar ao requerente as verbas relativas ao FGTS de todo o período de trabalho, respeitada a prescrição quinquenal, tudo com base no salário recebido à época, com juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação e correção monetária a partir da decisão.

Em suas razões recursais (fls. 74/79), o apelante requer que seja reformado o entendimento prolatado na sentença recorrida que concedeu o pagamento do depósito do FGTS respeitado a prescrição quinquenal, posto afrontar diretamente os preceitos constitucionais,

isentando o promovido a quaisquer pagamentos por ser da mais cristalina justiça.

Afirma que desde 1993 não recolhe FGTS dos servidores, em razão da instituição do Regime Jurídico Único dos Servidores Municipais.

Contrarrazões apresentadas às fls. 83/87, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Cota ministerial sem manifestação de mérito (fls. 92/94).

É o relatório.

V O T O

Exmo. Dr. Eduardo José de Carvalho Soares – Juiz Convocado.

Contam os autos que **Francisco de Assis da Silva Oliveira** foi contratado como celetista para trabalhar para o Município de Belém, na função de Porteiro, tendo exercido suas atividades nos períodos compreendidos entre 02/02/2010 a 31/12/2012, 01/05/2013 a 31/12/2013 e, 01/04/2014 a 31/12/2014 (fls. 12/14).

Acerca das contratações efetivadas pelo Poder Público, a Constituição da República aduz:

Artigo 37: (...)

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.

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 submetida ao art. 7º da Constituição Federal, bem como não se aplica a CLT, pois o vínculo mantido com o Estado era de natureza jurídico-administrativa.

In casu, 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 implicaria afronta a outras regras e princípios consolidados, como a vedação ao enriquecimento sem causa, a proteção à boa-fé e à segurança jurídica.

Nesse sentido, 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, a despeito da irregularidade da contratação, encontra-se pacífico na Corte Suprema e neste egrégio Sodalício o entendimento de que a parte autora faz *jus* aos valores correspondentes aos dias trabalhados e aos depósitos de FGTS.

A edilidade, por sua vez, não trouxe aos autos provas de ter efetuado o pagamento do FGTS, ônus que recai sobre ela por força do art. 373, II, do CPC/2015, sendo inviável impor ao autor prova de conduta omissiva do Estado, uma vez que este é o responsável pela emissão e guarda dos aludidos documentos.

A esse respeito:

Art. 373 do CPC/2015 – O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Portanto, cuidando-se de documentos alusivos ao pagamento de servidor, cabe ao ente demonstrar que houve a efetiva quitação das verbas pleiteadas, ou então, fazer prova de que o funcionário não faz *jus* ao direito reclamado, porquanto lhe pertence o ônus de trazer aos autos fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do promovente, conforme dispõe o art. 373, II, do CPC/2015.

Desse modo, como não ficou demonstrado o pagamento, a condenação do recorrente ao pagamento FGTS é medida que se impõe.

Com relação ao prazo prescricional, tenho que o tema foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no (Recurso Extraordinário com Agravo) - **ARE nº 709.212**, conforme julgado que transcrevo:

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.(ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015).

Observando o disposto no ARE 709.212 e o caso concreto, verifico que o termo inicial da prescrição data de 01/06/2005 (data da contratação declarada nula).

Então, de acordo com o referido julgado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso na data do julgamento (13.11.2014), aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir dessa decisão, sendo, portanto, o prazo prescricional da presente demanda de 05 (cinco) anos.

Isso porque a ação foi ajuizada em 26/10/2015 para questionar prestações relacionadas ao FGTS do contrato administrativo que perdurou no lapso temporal compreendido entre os anos de 2010 a 2014.

A protocolização da ação, portanto, ocorreu depois do dia 13.11.2014, e essa circunstância autoriza a condenação do demandado ao

pagamento dos depósitos do FGTS, obedecido o prazo prescricional quinquenal, conforme delineado na sentença.

No que se refere aos juros de mora e à correção monetária, necessária a seguinte ponderação:

Ao concluir, na sessão do dia 20/09/2017, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 870947, em que se discutem os índices de correção monetária e os juros de mora a serem aplicados nos casos de condenações impostas contra a Fazenda Pública, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu duas teses sobre a matéria¹.

A primeira tese aprovada, referente aos juros moratórios e sugerida pelo relator do recurso, ministro Luiz Fux, diz que “O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.”

Já a segunda tese, referente à atualização monetária, tem a seguinte redação: “O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”

Ainda, fixou-se o IPCA-E como índice de correção monetária a todas as condenações impostas à Fazenda Pública, para evitar

1 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356240>

qualquer lacuna sobre a matéria e para guardar coerência com as decisões do STF na Questão de Ordem nas ADIs 4357 e 4425.

No presente caso, a condenação determinou os acréscimos de juros de mora 1% ao mês a partir da citação, e correção monetária a partir da decisão.

Desse modo, a sentença merece ser corrigida quanto ao índice de correção monetária, que deve ser o IPCA-E, desde cada desconto, além de que os juros de moram devem obedecer ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO E DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA**, reformando em parte a sentença, para que o índice de correção monetária seja o IPCA-E, desde cada desconto, além de que os juros de mora obedeam ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

É como voto.

Presidiu o julgamento, realizado na Sessão Ordinária desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 28 de agosto de 2018, conforme certidão de julgamento de f. 101, o Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque(Presidente), o Exmo. Dr. Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz com jurisdição limitada, convocado para substituir a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes), o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Presente à sessão o Exmo. Dr. Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Gabinete no TJ/PB, em João Pessoa-PB, 04 de setembro de 2018.

Dr. Eduardo José de Carvalho Soares

