



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL e REMESSA NECESSÁRIA

PROCESSO Nº 0002324-93.2013.815.0751.

Origem : *4ª Vara da Comarca de Bayeux.*

Relator : *Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*

Apelante : *Município de Bayeux.*

Advogado : *Glauco Teixeira Gomes.*

Apelado : *Maria das Neves da Silva.*

Advogado : *Igor Ximenes Guimarães.*

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. TERÇO DE FÉRIAS, GRATIFICAÇÃO NATALINA E FGTS. RECONHECIMENTO DE NULIDADE NA CONTRATAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO EXCLUSIVO AO FGTS. INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS. MATÉRIA APRECIADA EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBMETIDO AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. OBSERVÂNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997 COM A REDAÇÃO DADA PELO LEI Nº 11.960/2009 NO ÂMBITO DOS JULGAMENTOS DAS ADI'S 4357 E 4425. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS.

- A contratação de servidor público após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice em seu art. 37, inciso II e §2º, salvo quando se tratar de cargo comissionado criado por lei ou de temporário, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

- O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 705.140/RS, submetido ao regime de repercussão geral, firmou a orientação

jurisprudencial no sentido de que “*essas contratações ilegítimas 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 nº 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS*”.

- A Suprema Corte decidiu, em modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, que: “*fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários*” (Questão de Ordem nas ADI's 4.357 e 4.425).

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, dar provimento parcial ao reexame necessário e ao recurso apelatório, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Remessa Oficial e Apelação Cível** interposta pelo **Município de Bayeux-PB**, contra sentença (fls.44/47) proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Comarca de Bayeux que, nos autos da Ação de Cobrança ajuizada por **Maria das Neves da Silva** em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido autoral.

Na peça de ingresso, o autor relata que foi contratado em caráter temporário por excepcional interesse público pelo ente promovido para a função de Auxiliar de Serviços Gerais em 01/09/2008.

Aduz, contudo, ter sido demitida sem justa causa em 30/12/2012, deixando o Município de adimplir com as seguintes obrigações: depósito de FGTS, férias e décimo terceiro.

Contestação apresentada (fls. 29/36), sustentando a edibilidade a ilegalidade da contratação e, ainda, a quitação de todos os meses trabalhados.

Sobreveio, então, sentença de improcedência da ação (fls. 44/47, cujo dispositivo assim restou redigido:

“Isto posto e tudo mais que dos autos consta e princípios de direito aplicáveis à espécie, JULGO PROCEDENTE EM PARTE, o pedido e faço com base no art. 487, I do CPC c/c art. 37, II da CF e

*art. 19-A da Lei 8.036/90, para declarar a nulidade do contrato firmado entre o suplicante e o suplicado, por ausência de prévio concurso público, e , em consequência, condenar o Município de Bayeux-PB a pagar ao suplicante o valor relativo aos depósitos de **FGTS**, do período 04/10/2008 a 30/12/2012, **décimo terceiro salário**, sendo proporcional o do ano de 2008 (3/12 avos) e integrais os dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012 e **férias**, acrescidas do respectivo terço constitucional sendo proporcional as do ano de 2008 (2/12 avos) e integrais as dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012, tudo com correção monetária da data do vencimento da prestação e juros de mora no mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança, estes a partir da citação, descontando-se os valores porventura há pagos, desde que comprovados durante a execução da sentença.”*

Inconformado, o Município interpôs Recurso Apelatório (fls. 49/53), sustentando a nulidade contratual e os seus reflexos, não fazendo jus a direitos inerentes aos celetistas, a exemplo do FGTS. Pugna, pois, pela reforma do *decisum*., julgando-se improcedente a demanda.

Contrarrazões às fls. 56/60.

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça, opinou pelo prosseguimento do feito sem manifestação meritória (fls. 64/68).

É o relatório.

VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e da apelação, passando à análise conjunta de suas razões recursais.

Conforme relatado, a presente demanda tem por objeto o inconformismo da edilidade quanto à condenação no pagamento de verbas laborais, não percebidas durante o período laboral, quais sejam: depósito de FGTS, férias e décimo terceiro.

Inicialmente, registro o acerto do *decisum* quando reconhece a ausência de caráter excepcional e a ilegalidade na forma de contratação da parte demandante para o exercício da função de “Auxiliar de Serviços Gerais”, situação que apenas foi corroborada pela continuidade na prestação do serviço, confirmando a permanência e habitualidade das funções.

Como é cediço, revela-se imprescindível a realização de certame para a investidura em cargo ou emprego público, salvo na hipótese de nomeação para cargo em comissão ou contratação por tempo determinado para atender a excepcional interesse público.

No caso em apreço, como acima destacado, verifica-se que a contratação da parte autora não se enquadra em nenhuma das duas exceções. E, por isso, é eivada de nulidade nos termos do §2º do art. 37 da Carta Magna que dispõe: *“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”*.

De fato, verifica-se que a contratação do recorrido se deu sem a realização de prévio concurso público, para exercer uma atividade que restou demonstrada ser permanente e não temporária, desnaturando por completo a característica de necessidade temporária de excepcional interesse público dos contratos celebrados pelas partes, exigido no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, o que torna tal instrumento nulo.

A despeito de o texto constitucional ser claro quanto à nulidade do ato, surgiu certa controvérsia na doutrina e jurisprudência acerca dos efeitos da invalidade do ato de contratação na esfera jurídica do particular que efetivamente prestou serviços ao ente público contratante. Estabeleceu-se, pois, uma ponderação entre a nulidade do ato prevista no §2º do art. 37 e a responsabilidade do Estado para com o terceiro contratado extraída do §6º do mesmo dispositivo legal.

Como ponto incontroverso, restou fixada a obrigação estatal de ressarcir o contratado irregularmente – promovendo paralelamente a punição da autoridade responsável pelo ato –, em respeito ao princípio geral de direito referente à vedação ao enriquecimento sem causa. Assim, firmou-se o entendimento de que, apesar de nulo, o ato de contratação não pode gerar benefícios ilegítimos à entidade pública responsável por sua formação, havendo que se garantir a contraprestação dos serviços efetivamente prestados.

Pois bem, a exata delimitação dessa contraprestação consistiu no ponto nodal da controvérsia instaurada. De um lado, imiscuídos das ideias fundantes e próprias ao Direito do Trabalho, despontou a corrente defendendo a plena aplicação das normas trabalhistas e a garantia de todos os direitos laborais respectivos, tais como o aviso-prévio, a gratificação natalina, as férias e respectivo terço, a indenização referente ao seguro-desemprego, entre outros.

De outra monta, verificando a estrita finalidade de não gerar a nulidade o enriquecimento ilícito para ambas as partes contratantes, destacou-se a corrente que afirma que a invalidade da investidura impede o surgimento dos direitos trabalhistas, havendo de se observar tão somente a mera contraprestação estrita pelo trabalho prestado. Este conceito se revela suficiente e razoável para o devido resguardo da vedação à percepção de vantagem ilícita por ambas as partes envolvidas na contratação irregular, seja a Administração seja o terceiro beneficiado.

O último entendimento, acima abordado, coaduna-se perfeitamente com o repúdio constitucional à inobservância do concurso público para a contratação de pessoal, bem como com todos os demais princípios de Direito Administrativo, revelando, como denominada pelo Supremo Tribunal Federal, uma nulidade jurídica qualificada.

Há de se destacar que, além da contraprestação pelo trabalho, traduzia no pagamento da quantia correspondente aos salários dos meses trabalhados, por expressa previsão legal, contida no art. 19-A da Lei nº 8.036/1990 – introduzida pela Medida Provisória nº 2.164-41/2001, mesmo em sendo declarado nulo o contrato de trabalho nas hipóteses previstas no §2º do art. 37 da Constituição Federal, é devido o depósito do FGTS.

Logo, uma vez declarada a nulidade de contratação por ausência de concurso público, ao prestador de serviço é garantida apenas a verba referente ao **salário mensal no período efetivamente trabalhado e ao FGTS**, por expressa previsão legal.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 705.140/RS, submetido ao regime de repercussão geral, firmou a orientação jurisprudencial no sentido de que essas contratações são ilegítimas e, por conseguinte, não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, salvo o direito a percepção dos salários relativos ao período trabalhado e, quando for o caso, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Trago à baila a ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO.

1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprovava severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas 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. 3. Recurso extraordinário desprovido.” (RE 705140, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014).

Para melhor elucidar a temática, destaco o teor do Informativo de Jurisprudência nº 756 da Corte Suprema:

“É nula a contratação de pessoal pela Administração Pública sem a observância de prévia aprovação em concurso público, razão pela qual não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados eventualmente contratados, ressalvados os direitos 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. Com base nessa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário no qual trabalhadora — que prestava serviços a fundação pública estadual, embora não tivesse sido aprovada em concurso público — sustentava que o § 2º do art. 37 da CF (“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”) não importaria a supressão de verbas rescisórias relativas a aviso prévio, gratificação natalina, férias e respectivo 1/3, indenização referente ao seguro desemprego, multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT entre outras. Discutiam-se, na espécie, os efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública sem observância do art. 37, II, da CF. O Tribunal asseverou que o citado § 2º do art. 37 da CF constituiria referência normativa que não poderia ser ignorada na avaliação dos efeitos extraíveis das relações estabelecidas entre a Administração e os prestadores de serviços ilegítimamente contratados. Destacou a importância que a Constituição atribuiria ao instituto do concurso público e às consequências jurídicas decorrentes de sua violação. Mencionou, também, que as Turmas possuiriam jurisprudência assente no tocante à negativa de pagamento, com base na responsabilidade extracontratual do Estado (CF, art. 37, § 6º), de outras verbas rescisórias típicas do contrato de trabalho, ainda que a título de indenização. O Colegiado consignou que o suposto prejuízo do trabalhador contratado sem concurso público não constituiria dano juridicamente indenizável e que o reconhecimento do direito a salários pelos serviços efetivamente prestados afastaria a alegação de enriquecimento ilícito. RE 705140/RS, rel. Min. Teori Zavascki, 28.8.2014.” (grifo nosso).

Diante do exposto, peço vênia para consignar o desacerto da decisão de primeiro grau que não obstante reconhecer a nulidade contratual, condenou o município no pagamento de FGTS, férias e décimo terceiro, quando faz a autora jus apenas aos depósitos do FGTS.

Diante disto, compete ressaltar ser ônus do Município a produção de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos servidores, em face à natural e evidente fragilidade probatória destes.

No caso em apreço, o ente municipal em momento algum do processo sustentou o pagamento dos valores ou contestou a prestação de serviço pelo apelante, e, muito menos, trouxe aos autos prova idônea do efetivo pagamento da retrocida verba, não juntando qualquer documento capaz de infirmar a alegação de inadimplência sustentada na peça de ingresso, não se descuidando de demonstrar, de forma idônea, o fato impeditivo do direito do autor.

Assim, outro caminho não há a ser trilhado que não o do reconhecimento do direito do autor ao pagamento de FGTS do período trabalhado, respeitada a prescrição quinquenal.

Quanto à aplicação de juros e correção monetária em face da Fazenda Pública, verifica-se que a decisão do juiz singular merece reforma. Isso porque a situação em análise se enquadra no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 – com redação conferida pela Lei nº 11.960/2009, devendo-se, pois, observar os índices oficiais da remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Observe-se, ainda, que a Lei nº 11.960/2009 não pode retroagir, ou seja, incabível a sua aplicação em período anterior à sua vigência, consoante entendimento jurisprudencial do Tribunal da Cidadania, abaixo transcrito:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º DA LEI N. 11.960/2009. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF). VÍCIOS DO ARTIGO 535 DO CPC. OMISSÃO QUE SE VERIFICA. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM

EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

2. *O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.205.946/SP, sob o rito do art. 543-C, assentou que as normas disciplinares dos juros de mora possuem natureza eminentemente processual, devendo ser aplicadas aos processos em curso, em atenção ao princípio tempus regit actum. Precedentes.*

3. *Caso em que os juros de mora devem incidir da seguinte forma: (a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/8/2001, data de publicação da MP n. 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; (b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP n. 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; e (c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei n. 11.960/2009.*

(...)

(STJ/EDcl nos Edcl nos Edcl no AgRg no REsp 957810/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 17/09/2013).(grifo nosso).

Tal entendimento deve-se coadunar com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art.1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, tomada no âmbito dos julgamentos das ADI's 4357 e 4425.

A Suprema Corte decidiu, em modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, que: *“fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários”* (Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425).

Assim sendo, tem-se que, em condenações em face da Fazenda Pública, deve-se observar a incidência de juros de mora da seguinte forma: a) percentual de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.322/1987, no período anterior a 24/08/2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997; b) percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei n. 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997; c) percentual estabelecido para caderneta de poupança, a partir da Lei nº 11.960/2009 até 25/03/2015; e d) percentual de 0,5% ao mês a partir de 25/03/2015.

Dessa forma, no presente caso, em se verificando que a mora e

o ajuizamento da demanda ocorreram posteriormente ao advento da Lei nº 11.960/2009, deve-se observar a incidência dos índices de correção monetária e juros da caderneta de poupança até 25/03/2015, incidindo, após tal data, o índice de correção pelo IPCA-E e os juros de mora de 0,5% ao mês.

Por tudo o que foi exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL E À REMESSA NECESSÁRIA**, reformando a sentença para suprimir da condenação o pagamento de férias e décimo terceiro, mantendo apenas os depósitos de FGTS, respeitada a prescrição quinquenal. Determino, ainda, a incidência dos índices de correção monetária e juros da caderneta de poupança até 25/03/2015, incidindo, após tal data, o índice de correção pelo IPCA-E e os juros de mora de 0,5% ao mês.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira, o Exmo. Dr. Miguel de Britto Lira Filho, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, e o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Presente ao julgamento, o Exm. Dr. Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 07 de fevereiro de 2017.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator