



Poder Judiciário do Estado da Paraíba
Tribunal de Justiça
Gabinete da Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL N. 0001379-82.2011.815.0911

ORIGEM: Vara Única da Comarca de Serra Branca

RELATOR: Juiz Onaldo Rocha de Queiroga, convocado para substituir a Des^a Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

APELANTE: Odimar Barbosa

ADVOGADO: Juscelino de Araújo Anízio

APELADO: Município de Serra Branca

PROCURADORES: Raíssa Mahon Macêdo e Roberto Jordão

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR MUNICIPAL ADMITIDO POR CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CARÁTER EMPREGATÍCIO. INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA. AFRONTA AO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PAGAMENTO DE FGTS + MULTA DE 40%. JURISPRUDÊNCIA DO COLENO STF QUE ADMITE NOS CONTRATOS DE TRABALHO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DECLARADOS NULOS, APENAS O DIREITO AO FGTS, SEM A MULTA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VERBAS SALARIAIS INADIMPLIDAS: DIFERENÇAS SALARIAIS, DÉCIMO TERCEIRO E FÉRIAS ACRESCIDAS DO TERÇO CONSTITUCIONAL. DIREITO ASSEGURADO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À MUNICIPALIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TÉCNICO DE RAIOS-X. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.394/85. NECESSIDADE DE LEI LOCAL. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Não são aplicáveis os efeitos da revelia contra a Fazenda Pública (art. 320, inc. II, do CPC).

2. Diante da natureza administrativa da contratação, sem vínculo de emprego, são inaplicáveis as regras da Consolidação das Leis do Trabalho, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, pelo qual devem ser pautados os atos da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Lei Maior).

3. O contrato de servidor sem prévia aprovação em concurso público viola o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, sendo nulo. Contudo deve ser resguardado ao funcionário o direito aos valores referentes aos depósitos do FGTS, conforme a orientação da Súmula 363 do TST.

4. Súmula 363 do TST: "A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS."

5. É obrigação constitucional do Poder Público remunerar seus servidores pelos trabalhos prestados, sendo enriquecimento ilícito a retenção de seus salários.

6. A municipalidade é a detentora do controle dos documentos públicos, sendo seu dever comprovar o efetivo pagamento das verbas salariais reclamadas, considerando que ao servidor é impossível fazer a prova negativa de tal fato.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos.

A C O R D A a Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, **à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso apelatório.**

ODIMAR BARBOSA interpôs recurso apelatório contra sentença (f. 127/128) do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Serra Branca, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de cobrança ajuizada em face do MUNICÍPIO DE SERRA BRANCA.

O autor visa ao recebimento do aviso prévio, diferenças salariais, 13º salário proporcional e férias acrescidas do terço constitucional de 2009 e 2010, FGTS + multa de 40% sobre o saldo, horas extras, reflexos do RSR, vales-transporte, multa do art. 477, § 6º, da CLT e de adicionais noturno e de insalubridade.

Nas razões recursais o apelante reiterou os termos da petição inicial, alegando que, tendo efetivamente prestado serviço ao Município de Serra Branca, faz jus a todas as verbas ali pleiteadas. Aduziu que o município não apresentou contestação no prazo legal, nem apresentou as documentações requeridas, permanecendo inerte durante toda a fase processual. Por tal razão, requereu o provimento do apelo, para reformar-se a sentença, julgando-se procedente o pleito exordial (f. 132/135).

Contrarrazões apresentadas (f. 142/148).

Parecer Ministerial sem manifestação de mérito (f. 154/157).

É o relatório.

VOTO: Juiz Convocado ONALDO ROCHA DE QUEIROGA
Relator

Narra a peça exordial que o autor foi contratado em 17/09/2009, pelo Município de Serra Branca, para exercer o cargo de Técnico de Radiologia, no hospital público da cidade, percebendo a remuneração mensal de R\$ 454,00 (quatrocentos e cinquenta e quatro reais), sem a devida anotação em sua CTPS, tendo laborado até 16/11/2010, cumprindo jornada de trabalho em regime de plantões semanais de 24 horas. Alega que deixou de receber diferenças salariais, 13º salário proporcional e férias acrescidas do terço constitucional dos períodos de 2009 e 2010, FGTS + multa de 40% sobre o saldo, aviso-prévio, horas extras, reflexos do RSR, adicional de insalubridade, adicional noturno e multa do art. 477, § 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Convém, de início, ressaltar que apesar de o feito não ter sido contestado tempestivamente, a revelia, tratando-se de direitos indisponíveis da Fazenda Pública, não produz os efeitos do art. 320, inciso II, do Código de Processo Civil.

O cerne da questão diz respeito ao fato de o Juízo singular ter julgado improcedentes os pedidos, sob a alegação de que os documentos que instruíram a inicial não têm o condão de comprovar a relação jurídica

supostamente mantida entre as partes.

Compulsando atentamente os autos, observo que vínculo laboral entre o reclamante e o município restou demonstrado, bem como a prestação de serviço, pois os documentos por ele acostados revelam, sem sombra de dúvidas, a relação de emprego, de modo que faz jus ao recebimento do que não foi pago na forma devida.

O autor/apelante colacionou a prova que tinha em seu poder (cópias dos relatórios de exames e das ocorrências dos plantões), não se podendo exigir a produção de outras provas, quando ele não tinha possibilidade de fazê-lo. Ademais, a municipalidade não produziu sequer prova contrária aos fatos propalados na exordial, os quais serviram de sustentáculo ao direito do promovente.

Ademais, pelos documentos encartados no processo (f. 25/111) percebo que as assinaturas neles consignadas assemelham-se àquela constante da Carteira de Trabalho do recorrente (f. 12), o que aponta para a veracidade de suas informações.

Além disso, o Município de Serra Branca, ora apelado, nas contrarrazões, referiu-se ao reclamante como se ele fosse um Agente Comunitário de Saúde, mostrando sua irrisignação tão-somente contra o pedido do adicional de insalubridade, alegando que o servidor não faria jus ao seu recebimento, e, ainda que assim fosse, todos os equipamentos de proteção individual (EPI) são fornecidos e fiscalizados pelo município.

Em síntese, o Município de Serra Branca teve duas oportunidades para insurgir-se contra os pleitos do autor/apelante, mas de tal encargo não se desincumbiu, pois caberia a ele, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC, afastar o direito do autor mediante a apresentação de provas documentais (livro de ponto, cartão magnético, recibos, depósito ou transferência de crédito, etc) referentes ao vínculo e a efetiva contraprestação pecuniária, o que não se vislumbra nos autos.

Por outra banda, conforme restou demonstrado, o ingresso do autor, ora apelante, nos quadros da Administração Pública Municipal, **não se deu por concurso público**, o que afronta a Constituição Federal. Por conseguinte, os atos nulos não geram direitos, devendo a Administração ou até o Poder Judiciário anular o contrato.

Todavia o autor faz jus ao recebimento das verbas retidas: diferenças salariais; férias acrescidas do terço constitucional e 13º salário de 2009 e 2010, depósitos do FGTS, **com exceção** das horas extras, do adicional noturno, da multa rescisória de 40%, do aviso-prévio e do

adicional de insalubridade.

Segundo o art. 37, inciso II, da nossa Carta Magna, é nulo o contrato de prestação de serviço firmado posteriormente à Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.

O referido comando é expresso no sentido de que 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 na lei, com a ressalva dos cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

De fato, a Constituição Federal preceitua, no seu artigo 37, inciso II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso. Contudo a contratação do apelante foi por tempo determinado e para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, conforme posto no inciso IX do mesmo dispositivo.

Não mais são aceitas pelos tribunais as alegações de que, sendo nula a investidura, o contratado não faz jus às verbas reclamadas. Mas eventual falha na contratação não pode servir de subterfúgio para liberar o Administrador Público da obrigação de pagar a quantia devida, pois a não quitação caracterizaria enriquecimento sem causa por parte da Administração, em detrimento do serviço que lhe fora prestado, o que é manifestamente inadmissível.

Diante da comprovação de que o autor/apelante trabalhou para o município, indubitavelmente a remuneração lhe é devida. Ademais, não se pode esquecer que os vencimentos de servidores públicos constituem-se verba de natureza alimentar, que objetivam promover a satisfação das suas necessidades vitais básicas, de modo que não se deve cogitar atraso em seu pagamento, mesmo diante de eventuais dificuldades

orçamentárias.

Com relação às férias acrescidas do terço e ao décimo terceiro salário, entendo que deve prosperar a irresignação do apelante.

Os direitos aqui reclamados estão previstos na Constituição da República, que estabelece que são aplicáveis aos servidores ocupantes de cargos públicos, comissionados ou não, o décimo terceiro e as férias anuais remuneradas acrescidas do terço constitucional.

Quanto às férias acrescidas de um terço, trata-se de um direito previsto no art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal, conferido aos servidores ocupantes de cargos públicos, por força do art. 39, § 3º, da Lei Maior.

Quanto ao décimo terceiro salário, este também consiste em um direito consagrado constitucionalmente, nos termos do art. 7º, inciso VIII. Todavia, não provando o município o pagamento da referida verba, deve arcar com as consequências.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem, respectivamente, os seguintes entendimentos sobre o tema:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SERVIÇO PÚBLICO – CONTRATAÇÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO – RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DO CONTRATO – EXTENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – DIREITO AO DEPÓSITO DO FGTS – ORIENTAÇÃO QUE PREVALECE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RAZÃO DE JULGAMENTO FINAL, COM REPERCUSSÃO GERAL, DO RE 596.478/RR – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.¹

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 2. **Servidor público contratado em caráter temporário. Renovações sucessivas do contrato. Aplicabilidade dos direitos sociais previstos no art. 7º da CF, nos termos do art. 37, IX, da CF. Direito ao décimo-terceiro salário e ao adicional de férias.** 3. Discussão acerca do pagamento dobrado das férias. Questão de índole infraconstitucional. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.²

¹ RE 752206 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013.

² ARE 681356 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, ACÓRDÃO

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. EXTENSÃO AO SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os servidores contratados em caráter temporário têm direito à extensão de direitos sociais constantes do art. 7º do Magno Texto, nos moldes do inciso IX do art. 37 da Carta Magna.** 2. Agravo regimental desprovido.³

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. **DIREITOS SOCIAIS. DÉCIMO TERCEIRO E TERÇO DE FÉRIAS. APLICABILIDADE A CONTRATOS TEMPORÁRIOS SUCESSIVAMENTE PRORROGADOS.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.⁴

Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor temporário. Contrato prorrogado sucessivamente. Gratificação natalina e férias. Percepção. Possibilidade. Precedentes. **1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de 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.** 2. Agravo regimental não provido.⁵

Eis precedentes desta Corte de Justiça no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CARGO COMISSIONADO. DIREITO AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E FÉRIAS. PRECEDENTES DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLENTO, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA. ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO. - É direito de todo servidor público perceber seu salário pelo exercício do cargo desempenhado, nos termos do artigo 7º, X, da Carta Magna,

ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012.

3 ARE 663104 AgR, Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16-03-2012 PUBLIC 19-03-2012.

4 ARE 649393 AgR, Relatora: Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 13-12-2011 PUBLIC 14-12-2011.

5 AI 767024 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 23-04-2012 PUBLIC 24-04-2012.

considerando ato abusivo e ilegal qualquer tipo de retenção injustificada.- Levando-se em conta que a alegação de pagamento de verbas trabalhistas representa fato extintivo de direito, compete ao empregador produzir provas capazes de elidir a presunção de veracidade existente em favor dos servidores, que buscam o recebimento das verbas salariais não pagas. Inteligência do art. 333, II, do Código de Processo Civil.- Não logrando êxito, a municipalidade, em comprovar a sua adimplência, é de se considerar devido o pagamento da verba salarial a que faz jus o servidor. Precedentes desta Corte de Justiça. - "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUCIONAL FEDERAL. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. EXTENSÃO AO SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os servidores contratados em caráter temporário têm direito à extensão de direitos sociais constantes do art. 7º do Magno Texto, nos moldes do inciso IX do art. 37 da Carta Magna. 2. Agravo regimental desprovido." (STF - ARE 663104 AgR, Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 16-03-2012 PUBLIC 19-03-2012).⁶

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO EM COMISSÃO. FÉRIAS. ALEGAÇÃO DE QUE TAL DIREITO NÃO SE APLICA AOS OCUPANTES DE CARGO COMISSIONADO. RACIOCÍNIO QUE CONTRARIA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. SEGUIMENTO NEGADO. - **A Constituição Federal prevê, expressamente, o direito ao gozo de férias a o (sic) acréscimo pecuniário respectivo a todos os servidores públicos, sejam eles efetivos ou comissionados (CF, art. 7º, XVII, e art. 39, § 3º). "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".**⁷

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. VERBAS TRABALHISTAS. COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO. ÔNUS PROBATÓRIO CABÍVEL À EDILIDADE. ART. 333, II, DO

6 TJ/PB – AC. Nº 0001138-61.2013.815.0031 – Relator: Des. José Ricardo Porto. Publicado em 26/06/2014.

7 TJPB - Apelação Cível nº 001.2009.016485-4/001 – Relator: Des. JOÃO ALVES DA SILVA – Publicação: DJ 02/10/2010.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PAGAMENTO PARCIAL. DEMONSTRAÇÃO COM A APRESENTAÇÃO DAS FICHAS FINANCEIRAS DO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. - **É obrigação do Município comprovar que todas as remunerações foram pagas aos seus servidores, na forma consagrada pela lei, ou que não houve a prestação do serviço, por dispor a Administração de plenas condições para tal fim, sendo natural a inversão do ônus probatório.** - A demonstração de adimplemento por parte da Edilidade pode ser realizada a partir das fichas financeiras, as quais detêm presunção relativa de veracidade e legalidade.⁸

COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. RETENÇÃO DE SALÁRIOS. OBRIGAÇÃO IMPOSTERGÁVEL DO PODER PÚBLICO. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEVER DO MAGISTRADO. **ÔNUS DA PROVA DO PAGAMENTO. INCUMBÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO CRÉDITO PELO INPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO. - [...] **O servidor público tem como provar que recebeu os seus salários, mas não tem como demonstrar que não os recebeu.**⁹

Vê-se, assim, que, não havendo prova do adimplemento das férias acrescidas do terço constitucional e do 13º salário, a condenação do município ao seu pagamento é medida que se impõe.

Como é cediço, alegado o não pagamento das verbas trabalhistas, caberia ao município afastar o direito do autor, apresentando documentos e recibos referentes à contraprestação pecuniária, o que não se vislumbra nos autos.

A remuneração constitui-se verba de natureza alimentar, com fins de promover a satisfação das necessidades vitais básicas do servidor, de modo que não se deve cogitar seu atraso nem sua retenção injustificada.

Assim vem decidindo a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, pois incumbia ao apelado provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, *ex vi* do art. 333, inciso II, do

8 TJPB, Apelação Cível nº 00620090001667001, Relator DES. FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO, 4ª Câmara Cível, j. em 03/07/2012.

9 TJPB – Apelação Cível nº 042.2005.000903-6/001 - 4ª Câmara Cível - Relator: Juiz CARLOS ANTÔNIO SARMENTO.

CPC, considerando que a ele somente compete provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC).

No tocante às horas extras e ao adicional noturno, que o autor alega possuir, entendo que não devem prosperar tais pleitos.

Compulsando os autos, constato que as provas colacionadas são insuficientes a embasar o direito do demandante quanto às horas extras e seus reflexos e ao adicional noturno, uma vez que não restou demonstrado que ele tenha prestado serviço além do horário normal de trabalho e em horário noturno.

Assim, por ausência de prova, não há como acolher a sua pretensão. Apesar de ter juntado cópias já referidas, tais provas não são capazes de subsidiar o direito que alega possuir. Trata-se de documentos que não demonstram a carga horária trabalhada com a incidência de jornada extraordinária nem em horário noturno.

É pertinente salientar ainda que, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, o que, nesse aspecto, restou inexistente.

No tocante ao FGTS, conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e nesta Corte de Justiça, tem direito aos seus depósitos o trabalhador que teve seu contrato de trabalho declarado nulo em razão do descumprimento da norma constitucional que requer a necessidade de prévia aprovação em concurso público para nomeação ao cargo.

Eis arestos nesse norte:

CONTRATO DE TRABALHO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DECLARADO NULO – AUSÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – PRECEDENTE. O Tribunal reconheceu o direito aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a Administração Pública declarado nulo em razão da inobservância da regra constitucional a revelar a necessidade de prévia aprovação em concurso público. Precedente: Recurso Extraordinário nº 596.478/RR, mérito julgado a partir de repercussão geral admitida. Ressalva de entendimento pessoal.¹⁰

10 STF - ARE 736170 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013.

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.¹¹

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FGTS. MUNICÍPIO. CONTRATO TEMPORÁRIO. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO. NÃO REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO POR AFRONTA AO ARTIGO 37, II, [C.F.](#). DEPÓSITO DO FGTS DEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 19-A DA LEI [8.036-90](#). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO APELO. 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](#)). - Contrato Nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a [CF/1988](#), sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. [37, II](#) e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (Enunciado 363 TST, Revisado pela RA nº 121/03, DJ 19.11.03, Republicado DJ 25.11.03). ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, na conformidade do voto do Relator e da súmula de julgamento de fls., por votação unânime, NEGAR PROVIMENTO AO APELO, em desarmonia com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.¹²

Diante das considerações expendidas e da jurisprudência consolidada em casos semelhantes, apesar de o contrato de prestação de serviços com o apelado ter ocorrido sem submissão a concurso público, e, tratando-se de uma nulidade contratual, o órgão público, ao extinguir o contrato de prestação de serviço com o funcionário, no que se refere à sua condenação ao pagamento dos **depósitos fundiários**, está

11 STF - RE n. 596478, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Relator 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.

12 TJPB - APELAÇÃO CÍVEL n. 200.2010.002818-8/001, Relator: Des. Manoel Soares Monteiro, Primeira Câmara Cível, publicação: 04/11/2011.

cumprindo a Súmula 363 do Supremo Tribunal Federal. Portanto o autor faz jus **ao recebimento do FGTS (sem acréscimo da multa contratual)**, em razão da extinção do contrato temporário de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal assim já decidiu sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. EXTENSÃO AO SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os servidores contratados em caráter temporário têm direito à extensão de direitos sociais constantes do art. 7º do Magno Texto, nos moldes do inciso IX do art. 37 da Carta Magna. 2. Agravo regimental desprovido.¹³

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. DÉCIMO TERCEIRO E TERÇO DE FÉRIAS. APLICABILIDADE A CONTRATOS TEMPORÁRIOS SUCESSIVAMENTE PRORROGADOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.¹⁴

Cito precedente desta Corte de Justiça no mesmo tom:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTRATO TEMPORÁRIO POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. MUNICÍPIO. AGENTE DE SAÚDE. COMBATE À DENGUE. COBRANÇA DE VERBAS SALARIAIS. AUSÊNCIA DE LEI QUE REGULAMENTE O ART. 37, IX DA CF NO ÂMBITO MUNICIPAL. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL, INSCULPIDA NO ART. 39, § 3º DA CF. FÉRIAS, TERÇO DE FÉRIAS E 13ºS SALÁRIOS DEVIDOS. DIREITO CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL. REFORMA DO DECISUM. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA APELAÇÃO. - Havendo prova de que o autor prestou serviços junto à Municipalidade, na condição de servidor público admitido mediante contratos administrativos temporários, é de se reconhecer a procedência de sua pretensão ao recebimento do décimo terceiro salário e às férias, correspondente ao período laborado.¹⁵

Assim, tendo o apelante prestado serviço com continuidade,

13 ARE 663104 AgR/PE - Relator: Ministro Ayres Britto - Segunda Turma - Julgamento: 28/02/2012 - Publicação:19/03/2012.

14 ARE 649393 AgR/ MG - Relatora: Ministra Cármen Lúcia - Primeira Turma - Julgamento: 22/11/2011 - Publicação: 14/12/2011.

15 TJPB - Processo n. 07420060021610001 - Primeira Câmara Cível - Relator DES. José Di Lorenza Serpa - Julgamento: 06/05/2010.

durante um ano, suas expectativas merecem proteção, pois não contribuiu para a ilegalidade. Eventual responsabilização deve recair sobre os agentes públicos que a praticou, não havendo que se punir os contratados de boa-fé.

Nesse particular, o contrato inicialmente celebrado com o autor foi feito sem amparo legal, sendo declarado nulo, e a sua situação subsume-se à regra do art. 19-A da Lei n. 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, concluindo-se que ele faz jus aos valores referentes aos depósitos fundiários.

No tocante à **multa contratual rescisória de 40%**, sabendo-se que o contrato de prestação de serviços com o Município de Serra Branca ocorreu de forma ilegal, não se tratando de demissão sem justa causa, mas de uma nulidade contratual, o autor não terá direito, pois o órgão público, ao extinguir o contrato de prestação de serviço com o funcionário, como já afirmado, está cumprindo comando constitucional, não sendo permitido dar ao dispositivo (Súmula 363/STF) interpretação extensiva.

Quanto ao adicional de insalubridade, o demandante provou ser Técnico em Radiologia (f. 16), lotado no Hospital Público de Serra Branca. Assim, busca a implantação do adicional de insalubridade, utilizando como base a Lei Federal n. 7.394/85.

Ocorre que o fato de o recorrente ocupar o cargo público de Técnico em Radiologia não pode servir de supedâneo para a aplicação da lei acima mencionada, haja vista inexistir legislação municipal específica dispondo sobre a matéria. Para melhores esclarecimentos, convém transcrever os arts. 37 e 39 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

X - **a remuneração dos servidores públicos** e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Destaco precedentes desta Corte de Justiça que condicionam o pagamento do adicional de insalubridade à existência de lei local:

(...) Sendo a apelante servidora pública estadual, submetida ao regime estatutário, sujeita-se a legislação estadual, **razão pela qual não faz jus a majoração do adicional de insalubridade, pleiteada no percentual de 40% (quarenta por cento), nos moldes do art. 192, da legislação trabalhista.** A Constituição Federal garantiu a todos os servidores públicos os direitos elencados no art. 39, § 3º, esclarecendo-se que, apesar de não estar presente o adicional de insalubridade, não veda que legislação infraconstitucional institua ou mantenha tais vantagens a seus servidores, ficando, na verdade, a critério destes. **Tratando-se de servidora pública estadual, caberá a ao ente federativo respectivo o estabelecimento de critérios quanto ao adicional de insalubridade. (...).**¹⁶

REMESSA DE OFÍCIO. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO. GOVERNO DO ESTADO.PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ACOLHIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. PESSOA JURÍDICA DESPERSONALIZADA. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DE SERVIÇO PRESTADO. PAGAMENTO NÃO COMPROVADO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUBE AO ESTADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TÉCNICO DE RAIOS-X. APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL NO 7.394/85. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEI LOCAL.** PROVA NÃO COLACIONADA AOS AUTOS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEIS A FAZENDA PÚBLICA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DE OFÍCIO. (...) O adicional de insalubridade, concedido pelo Magistrado a quo no percentual de 40% (quarenta por cento), nos termos da Lei nº 7.394/85 merece correção, uma vez que **a Emenda Constitucional nº 19/98 condicionou o pagamento de adicional de insalubridade a servidores públicos à existência de legislação local. Assim, não se aplica aos servidores públicos estaduais e municipais retrocitada lei federal, que regulamenta a atividade de técnico em radiologia tão somente da iniciativa privada. (...).**¹⁷

Ante o exposto, considerando a impossibilidade de aplicação da legislação federal, não é permitido conceder o adicional de insalubridade pleiteado.

16 TJPB, AP n. 0010648-66.2010.815.0011, Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, Quarta Câmara Especializada Cível, DJPB 11/07/2014.

17 TJPB, Processo n. 00007589120128150251, 2ª Câmara cível, Relator: Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, julgado em 20/02/2014.

Por fim, no que diz respeito ao pedido de **aviso-prévio e multa do art. 477, § 6º, da CLT**, nesses pontos também não prospera o pleito apelatório porque tais verbas somente serão devidas nas relações de emprego regidas pela CLT, pois esses direitos não estão inseridos nos direitos sociais garantidos no art. 39, § 3º, da Carta Magna.

Ante o exposto, **dou provimento parcial à apelação**, para declarar nulo o contrato de prestação de serviço e condenar o Município de Serra Branca a pagar ao autor/apelante diferenças salariais; férias acrescidas de um terço constitucional e décimo terceiro salário proporcional de setembro/2009 a novembro/2010, bem como os depósitos do FGTS (sem multa contratual) do mesmo período, com correção pelo INPC, desde o inadimplemento, e juros de mora de 0,5% ao mês, *ex vi* do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, desde a citação. E, a partir da entrada em vigor da Lei n. 11.960/2009, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

No tocante aos honorários, como no caso houve **sucumbência recíproca**, uma vez que do veredicto resultou que as partes foram vencidas e vencedoras simultaneamente, na mesma proporção, e, levando-se em conta que, em se tratando de verba honorária, tendo sido vencida (parcialmente) a Fazenda Pública, há de aplicar-se a regra do art. 20, § 3º, "c" e § 4º c/c o art. 21, todos do CPC, **fixo-a no valor nominal de R\$ 2.000,00**, sendo **R\$ 1.000,00** em favor do advogado da parte autora, e **R\$ 1.000,00** em favor da parte demandada, fazendo-se a devida compensação.

Custas processuais na mesma proporção para o autor e para o ente público, dispensando a cota deste por força do art. 29 da Lei Estadual n. 5.672/92¹⁸, observando-se, em relação àquele, a regra do art. 12 da Lei 1.060/50, por ser destinatário da gratuidade processual.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Desembargador **ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS**, que participou do julgamento com **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito Convocado, com jurisdição plena, em substituição à Excelentíssima Desembargadora MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA) e com o Excelentíssimo Desembargador **OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO**.

¹⁸ Art. 29. A Fazenda Pública, vencida, não está sujeita ao pagamento de custas, mas fica obrigada a ressarcir o valor das despesas feitas pela parte vencedora.

Presente à Sessão a Excelentíssima Doutora **LÚCIA DE FÁTIMA MAIA DE FARIAS**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 17 de novembro de 2015.

Juiz Convocado ONALDO ROCHA DE QUEIROGA
Relator