



ACÓRDÃO

APELAÇÕES N.º 0028654-24.2010.815.0011.

ORIGEM: 2.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande.

RELATOR: Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

1ª APELANTE: Zenilda Batista da Silva.

ADVOGADA: Patrícia Araújo Nunes.

2º APELANTE: Estado da Paraíba, representado por sua Procuradora Jaqueline Lopes de Alencar.

APELADOS: os Apelantes.

EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. SALÁRIOS RETIDOS, DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E FGTS MAIS MULTA DE QUARENTA POR CENTO. INDEFERIMENTO DOS PLEITOS RELATIVOS AO FGTS E À SANÇÃO PECUNIÁRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. **APELAÇÃO DA AUTORA.** CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. FGTS DEVIDO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. MULTA DE QUARENTA POR CENTO. INAPLICABILIDADE AO CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. **PROVIMENTO PARCIAL. APELAÇÃO DO RÉU.** SALÁRIOS RETIDOS, TERÇO DE FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. ÔNUS DO ENTE FEDERADO. DEMONSTRAÇÃO DA QUITAÇÃO APENAS PARCIAL DA GRATIFICAÇÃO NATALINA. PAGAMENTO DA DIFERENÇA. **PROVIMENTO PARCIAL.** CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÃO DO ÍNDICE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. SUPRIMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO INPC ATÉ A NOVA REDAÇÃO DO ART. 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. ÍNDICE DA CADERNETA DE POUPANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS PARA O DIA 25/03/2015. UTILIZAÇÃO DO IPCA-E A PARTIR DA DATA DA MODULAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o servidor temporário, cujo o contrato de prestação de serviço foi declarado nulo, tem direito ao recolhimento e levantamento de FGTS.
2. 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.
3. A exoneração de prestador de serviço contratado temporariamente pelo setor público independe da demonstração de justa causa, não fazendo ele jus, portanto, ao pagamento da multa de 40% prevista no art. 18, §1º, da Lei nº 8.063/90.
4. É ônus da Fazenda Pública provar, cabalmente, o pagamento dos salários retidos, décimo terceiro salário e terço constitucional de férias pleiteados por servidor que logrou demonstrar seu vínculo jurídico.

5. Provada a quitação apenas parcial do décimo terceiro pretendido por servidor, deve ser o Ente Federado compelido a quitar as respectivas diferenças.

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a correção monetária é matéria de ordem pública, de modo que é possível sua análise sem a necessidade de arguição das partes.

7. Por força da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de verbas salariais deve ser corrigida desde que cada parcela passou a ser devida, pelo INPC, até o advento da Lei nº 11.960/09, quando incidirá o índice da caderneta de poupança até 25/03/2015, data da modulação dos efeitos daquela decisão, momento em que será aplicado o IPCA-E.

VISTO, relatado e discutido o presente procedimento referente às Apelações Cíveis n.º 0028654-24.2010.815.0011, em que figuram como Apelantes Zenilda Batista da Silva e o Estado da Paraíba, e como Apelados os Apelantes.

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 das Apelações e dar-lhes provimento parcial.**

VOTO.

Zenilda Batista da Silva interpôs **Apelação** contra a Sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande, f. 59/62, nos autos da Ação de Cobrança por ela ajuizada em desfavor do **Estado da Paraíba**, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o Ente Federado ao pagamento do terço constitucional e décimo terceiro salário proporcional do ano de 2010, salário integral de junho de 2010 e proporcional do mês de julho, acrescidos de correção monetária a partir do inadimplemento e juros de mora pelo índice de caderneta de poupança, indeferindo o pleito referente ao recolhimento do FGTS e respectiva multa de 40%, por entender que se tratam de direitos tipicamente celetistas, fixando honorários advocatícios em R\$ 500,00 a serem pagos pelo Promovido.

Em suas razões, 66/71, alegou que faz jus ao depósito do FGTS de todo o período laborado, julho de 2004 a julho de 2010, já que, nos termos da Lei nº 8.036/90, o prazo prescricional é trintenário.

Asseverou que também devem ser adimplidos o terço constitucional de férias, 13º salário, aviso prévio e multa do art. 477, da CLT, requerendo o provimento do Recurso para que sejam julgados procedentes todos os pedidos.

O **Estado da Paraíba** também apelou, f. 85/90, argumentando que a Promovente prestou serviços até 1º de junho de 2010, motivo pelo qual não deve receber verbas alusivas a período posterior.

Aduziu que a admissão da Demandante não foi precedida de aprovação em concurso público, de modo que deve ser declarada nula, gerando direito apenas ao recebimento do saldo de salário.

Pleiteou o provimento da Apelação para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

Intimadas as partes para apresentarem Contrarrazões, somente o Estado da Paraíba atendeu o despacho, f. 73/84, repisando as argumentações contidas em seu Recurso e acrescentando que, na hipótese de ser condenado a depositar o FGTS, não deve ser compelido a pagar a sanção pecuniária de 40%, uma vez que não houve exoneração sem justa causa.

A Procuradoria de Justiça, f. 60/62, não ofereceu parecer meritório, por entender ausentes os requisitos para a sua intervenção.

É o Relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos Recursos.

O Promovido alega que a Autora prestou serviços do mês de julho de 2004 a junho de 2010 limitando-se a acostar documentos unilaterais oriundos do Sistema CODATA, f. 35/36, que não atestam efetivamente a exoneração, fato que poderia ser claramente provado com a juntada da Portaria de Exoneração ou do Termo de Rescisão Contratual.

A Autora, por sua vez, carrou aos autos a declaração prestada pela Diretora da Escola Estadual onde trabalhava, pertencente ao quadro funcional do próprio Demandado, confirmando a prestação de serviços até 05 de julho de 2010, f. 11, devendo prevalecer esta última data, já que a prova documental produzida pela Autora prevalece sobre os referidos documentos unilaterais.

Conclui-se, portanto, que a Promovente laborou para o Ente Federado, por meio de contrato temporário, no período compreendido entre 04 de julho de 2004 a 05 de julho de 2010, exercendo a função de Secretária da Escola Estadual Irmã Stefanie localizada no Município de Campina Grande.

É nula tal admissão em decorrência da ausência de justificativa da necessidade temporária de excepcional interesse público exigida pelo art. 37, IX, da Constituição Federal¹, transformando-se em verdadeira nomeação sem prévia aprovação em concurso público.

A precariedade da contratação, no entanto, não exclui o gozo dos direitos sociais inerentes aos demais servidores, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado, pois desempenhado efetivamente o labor, veda-se o enriquecimento sem causa da Administração, sendo inclusive um desestímulo aos Entes que quiserem burlar a regra do certame.

¹ Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Os pedidos alusivos ao aviso prévio e à multa do art. 477, da CLT não foram requeridos na Inicial, não podendo ser apreciados por configurar patente inovação recursal vedada pela legislação processual.

O Supremo Tribunal Federal² firmou posicionamento no sentido de que em caso de declaração de nulidade do contrato por excepcional interesse público o servidor temporário tem direito ao recolhimento do FGTS, aplicando-se a regra do art. 19-A da Lei 8.036/90³.

O Superior Tribunal de Justiça editou Súmula⁴ reconhecendo o direito de o contratado sacar o montante depositado a título de FGTS quando declarado nulo o seu vínculo com a Administração, decidindo ainda que deverá ser obedecida a prescrição quinquenal estabelecida no art. 1º, do Decreto nº 20.910/32⁵, por se tratar de legislação especial que prevalece sobre a regra geral do prazo trintenário⁶.

Considerando que a presente Ação foi ajuizada 06 de dezembro de 2010, f. 12, e a regra da Súmula nº 85, do STJ⁷, a Recorrente faz jus ao recolhimento do FGTS de 06 de dezembro de 2005 a 05 de julho de 2010, data da sua exoneração.

No que diz respeito ao pagamento da multa de 40% prevista no art. 18, §1º,

² 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, Relator(a): Min.GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 05-05-2015 PUBLIC 06-05-2015)

³ 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, § 2o, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

⁴ SÚMULA N. 466 do STJ - O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público.

⁵ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

⁶ 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. [...]. (AgRg no AgRg no REsp 1539078/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 16/09/2015)

⁷ Súmula nº 85, do STJ - Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

da Lei nº 8.036/90⁸, os Julgados das Câmaras deste Tribunal⁹ considera tal cobrança como indevida, porquanto a exoneração de prestador de serviço contratado temporariamente do setor público independe da demonstração de justa causa.

O entendimento dos Órgãos Fracionários desta Corte de Justiça¹⁰, no tocante ao terço constitucional de férias, décimo terceiro salário e aos salários retidos, é no sentido de que cabe à Fazenda Pública provar a efetiva quitação de tais garantias ao servidor, de acordo com o art. 333, II, do CPC, de 1973, cujo correspondente no CPC de 2015 é o art. 373, II¹¹.

No contracheque de f. 10 colacionado pela Autora, consta o décimo terceiro salário proporcional do ano de 2010, o que, em tese, demonstraria sua quitação, porém observa-se que foi considerado, para efeito do seu cálculo, que a Promovente trabalhou somente até 1º de junho de 2010, ocasionando a comprovação do adimplemento apenas parcial da verba, já que a prestação de serviço ocorreu até 05 de julho daquele ano, razão pela qual a Sentença deve ser reformada para seja quitada a diferença do décimo terceiro salário proporcional levando em conta o dia da exoneração.

Com relação à correção monetária, cujo índice não foi mencionado na Sentença, a jurisprudência do STJ¹² a definiu como matéria de ordem pública,

⁸ Art. 18. [...] § 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

⁹ [...]. É indevido o pagamento de multa equivalente a 40% (quarenta por cento) do FGTS, prevista no art. 18, §1º, da Lei nº 8.063/90, porquanto o desligamento da servidora do setor público independe da demonstração de justa causa, vigorando o poder de império da Administração nesse tipo relação jurídica. [...]. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00000607120128151161, - Não possui -, Relator DES. JOSE AURELIO DA CRUZ, j. em 05-03-2015)

¹⁰ PROCESSUAL CIVIL – REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER - SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – VERBAS SALARIAIS - PAGAMENTO DEVIDO – PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DEMANDA – AUSÊNCIA DE PROVA DE FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS E EXTINTIVOS DO DIREITO DA AUTORA – ÔNUS DA EDILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC – SÚMULA 253 DO STJ - NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO OFICIAL. - Caberia ao réu ter, com base no artigo 333, inciso II do CPC, comprovado por meio de documentação, o pagamento de verbas salariais insurgidas, referentes à condenação a ele imposta, o que não o fez. [...]. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00004781920128150511, - Não possui -, Relator DES. JOSE AURELIO DA CRUZ, j. em 14-12-2015).

¹¹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...];

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

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...];

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

¹² [...]. No tocante à correção monetária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a matéria é de ordem pública. Assim, a modificação de seu termo inicial de ofício no julgamento do recurso de apelação mostra-se possível. [...]. (AgRg no REsp 1424995/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJE 09/11/2015)

podendo ser analisada de ofício, ou seja, independente de arguição das partes.

O STF, no julgamento das ADINS 4.357 e 4.425¹³, declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, modulando os efeitos dessa decisão para 25/03/2015¹⁴, de modo que as verbas constantes do capítulo condenatório deverão ser corrigidas pelo INPC até o advento da Lei nº 11.960/09, quando incidirá o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança até a data da modulação, momento em que será aplicado o IPCA-E.

¹³ DIREITO CONSTITUCIONAL. [...]. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). [...]. 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquiram o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. [...]. (ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014)

¹⁴ QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...]. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) 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 a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). [...]. (ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015)

A declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, atingiu, quanto aos juros de mora, apenas as dívidas de natureza tributária, mantendo-se em relação a créditos salariais, razão pela qual o índice de caderneta de poupança determinado na Sentença deve ser mantido.

Posto isso, **voto pelo provimento parcial do Apelo interposto pela Autora para determinar que o Estado da Paraíba efetue o depósito do FGTS referente ao período não atingido pela prescrição quinquenal, compreendido entre 06/12/2005 a 05/07/2010, bem como para dar provimento parcial ao Recurso Apelatório manejado pelo Promovido, para, reformando a Sentença, determinar o pagamento apenas da diferença do décimo terceiro proporcional do ano de 2010 considerando o dia 05/07/2010 como a data da exoneração da Autora, aplicando, de ofício, às verbas concedidas na Sentença e neste *Decisum*, a correção monetária pelo INPC até a vigência da Lei nº 11.960/09, a partir de quando incidirá o índice da caderneta de poupança até 25/03/2015, momento em que será empregado o IPCA-E.**

É o voto.

Presidi o julgamento realizado na Sessão Ordinária desta Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 26 de abril de 2016, conforme Certidão de julgamento, dele também participando, além deste Relator, o Excelentíssimo Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho e o Exmo. Des. João Alves da Silva. Presente à sessão a Exma. Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Promotora de Justiça.

Gabinete no TJ/PB em João Pessoa,

Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira
Relator