

Consoante entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, dado em repercussão geral (RE 705.140 – RS), são nulas as contratações sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, não ensejando quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Nos termos da jurisprudência do STJ, o Decreto nº 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.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, **em negar provimento a 2º apelação e dar provimento parcial à remessa necessária e à 1º apelação.**

RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário e apelações cíveis combatendo a sentença, fls. 143/148, do juízo da 1ª Vara da Comarca de Catolé do Rocha que, nos autos da Reclamação Trabalhista, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a edilidade ao pagamento das férias, terço constitucional, décimo terceiro salário e valores referentes ao FGTS. Deixou, no entanto, de condenar ao pagamento do adicional de insalubridade.

Nas razões recursais do 1º apelo, fls. 149/157, o município sustenta que a autora foi contratada de forma precária, sem realização de concurso, dessa forma, não tem direito a nenhuma verba trabalhista, exceto a saldo de salário. Afirma ainda que o pagou o 13º salário consoante às fls. 43/60. Pugna pela improcedência da ação.

A demandante, de igual modo, interpôs apelação, fls. 158/164, sustentando fazer jus ao adicional de insalubridade com base no laudo pericial acostado aos autos, bem como pela aplicação análoga da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho. Requer o provimento da apelação para que o município seja obrigado a pagar o referido benefício.

Contrarrazões pela edilidade às fls. 168/176

Cota Ministerial sem manifestação meritória às fls. 195/197.

É o relatório.

V O T O

Ricardo Vital de Almeida – Juiz Convocado

In casu, a autora ajuizou a presente demanda afirmando que fora contratada pela municipalidade para exercer a função de agente comunitária de saúde desde 01 de novembro de 1991, cujo regime jurídico fora posteriormente modificado para estatutário em 23 de maio de 2008, conforme portaria de fl. 22.

Com base nisso, aponta a inadimplência da Edilidade quanto ao recolhimento do FGTS, desde a sua admissão até a mudança do regime jurídico; bem como pela ausência de implantação do adicional de insalubridade, e pagamento dos valores retroativos.

Em sua contestação, o ente promovido assevera que a contratação da autora foi nula, eis que não adveio de concurso público. No mérito, rebate os argumentos trazidos na inaugural e pede a improcedência do pedido.

Conforme relatado, o juízo sentenciante decidiu pela procedência parcial do pedido, determinando, o pagamento do FGTS não recolhido desde a admissão até a transmutação do regime, além de férias, terço constitucional e décimo terceiro salário no prazo prescricional de cinco anos.

Pois bem.

Em que pese a autora tenha demonstrado trabalhar para o promovido desde 01/11/1991, conforme os contracheques de fls. 11/15, não ficou clara a forma de sua admissão. Não existe nos autos uma única prova submetendo a apelada à realização de concurso público ou processo seletivo.

Vale frisar que o art. 37, §2º, da Constituição Federal, aduz que **“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.”** Os incisos I e II do mesmo artigo estão assim dispostos:

“I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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;”

Assim considerando, basta uma simples leitura das regras para se chegar à conclusão de que as contratações sem a presença de concurso público são eivadas de nulidade.

No caso em apreço, não há falar em contrato temporário, haja vista o tempo de permanência da autora no serviço público, razão pela qual a contratação é nula de pleno direito.

Conforme entendimento consignado pelo STF, em sede de repercussão geral, 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 (Recurso Extraordinário nº 705.140 – Rio Grande do Sul – Plenário – Relator: Min. Teori Zavascki – Julgado em 28/08/2014)

Feito este registro, é cediço que cabe à edilidade, em se tratando de relação de trabalho, provar que inexistente para a autora/apelada qualquer direito de ter em sua conta vinculada os depósitos do FGTS.

Tratando-se de pedido de pagamento de verbas salariais devidas, não há que se atribuir a servidora o ônus de comprovar a falta de pagamento, sendo-lhe suficiente demonstrar o seu vínculo junto ao município, o que fez através dos documentos de fls. 11/22.

Portanto, conforme entendimento consignado pelo STF, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 705.140, o Município de Catolé do Rocha deve ser condenado a recolher apenas o

FGTS, excluindo-se as férias, terço constitucional e décimo terceiro salário, bem como afastar o pedido de pagamento do adicional de insalubridade.

Quanto ao período de recolhimento do FGTS, a sentença merece reparo.

A regra de transição não alcança **as ações em que a Fazenda Pública figura no polo passivo.**

O Decreto nº 20.910/1932 dispõe: 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.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FGTS. COBRANÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. PREVALÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. PRECEDENTES. "O Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral. Desse modo, o prazo prescricional para a cobrança de débito relativo ao FGTS em face da Fazenda Pública é de cinco anos" (REsp 1.107.970/PE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 10/12/2009). 2. Agravo interno não provido. (STJ; AgRg-REsp 1.525.652; - MG (2015/0073615-9) Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJe 16/03/2016)

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. 2. Precedentes: AgRg no AREsp 461.907/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 02/04/2014; REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg no AgRg no REsp 1.539.078; - RN (2015/0146801-5) Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJe 16/09/2015)

Este egrégio Tribunal de Justiça assim decidiu:

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 nº 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. (TJPB; APL 0028654-24.2010.815.0011; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira; DJPB 04/05/2016; Pág. 17)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. Ação de cobrança. Contratação de caráter temporário. Prazo indeterminado e inobservância da regra do concurso público. Violação do art. 37, II e IX, da CF. Contrato nulo. Direito ao FGTS. Atual entendimento do STF. Precedente do STF e desta corte. Prazo de prescrição de cinco anos Decreto nº 20.910/ 32. Provimento parcial do apelo e do reexame necessário. A contratação de servidor, com fulcro no art. 37, IX, da Constituição Federal de 1988, não revela qualquer vínculo trabalhista disciplinado pela consolidação das Leis do trabalho (clt), sendo certo que a relação existente entre o poder público e seus servidores contratados temporariamente será sempre de cunho jurídico-administrativo, ainda que tenha havido prorrogação indevida do contrato de trabalho. Nesse cenário, a nulidade contratual, por flagrante violação à exigência

constitucional de prévia aprovação em concurso público e falta de comprovação do excepcional interesse público, gera à parte contratada unicamente o direito ao saldo de salários e ao FGTS. **Em se tratando de contrato administrativo, para a cobrança de contribuições de FGTS, aplicável ao caso a prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, sendo devidas apenas as parcelas vencidas nos cinco anos anteriores à propositura da ação, e não de todo período laborado.** Ante o exposto, dou provimento parcial ao apelo, bem assim ao reexame necessário, tão somente para para condenar o apelante ao pagamento apenas das parcelas do FGTS vencidas após os cinco anos anteriores à propositura da ação. (TJPB; APL 0004111-24.2013.815.0181; Rel. Des. José Aurélio da Cruz; DJPB 01/04/2016; Pág. 7)

Dessa forma, ficam prescritas as cobranças anteriores a 05/08/2004, tendo em vista que a ação foi proposta em 05/08/2009.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO A 2º APELAÇÃO E DOU PROVIMENTO PARCIAL À REMESSA NECESSÁRIA E À 1º APELAÇÃO CÍVIL**, para excluir da condenação o pagamento das férias, terço constitucional e décimo terceiro salário, bem como o recolhimento do FGTS anterior a data de 05/08/2004, respeitando a prescrição quinquenal.

Juros de mora, a partir da citação, com índices previstos no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 (observando-se as suas alterações pela MP 2.180-35, de 24.08.2001 e pela Lei n. 11.960, de 30.6.2009).

Correção monetária, a contar de cada parcela devida, pelo INPC, até a entrada em vigor da Lei 11.960/09, e, posteriormente, com base nos “índices de remuneração básica da caderneta de poupança” até o dia 25.03.15, marco após o qual, os créditos deverão ser corrigidos pelo

Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ao tempo do efetivo pagamento, em razão da decisão do STF nas ADIs 4357 e 4425 e sua respectiva modulação de efeitos.

É como voto.

Presidiu o julgamento, desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 16 de agosto de 2016, o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides. Participaram do julgamento o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida(Relator) juiz convocado para substituir a Des. Maria das Graças Morais Guedes, o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides e o Exmo. Dr. Carlos Antônio Sarmiento, juiz conocado para substituir o Des. José Aurélio da Cruz.

Presente à sessão, o Exmo. Dr. Doriel Veloso Gouveia, Procurador de Justiça.

João Pessoa, 18 de agosto de 2016.

Ricardo Vital de Almeida
Juiz Convocado