



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012115-75.2013.815.0011.

Origem : *3ª Vara da Fazenda Pública de Campina Grande.*

Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*

Apelante : *Estado da Paraíba.*

Procurador : *Flávio Luiz Avelar Domingues Filho.*

Apelada : *José de Assis Souza.*

Advogados : *Margarete Nunes de Aguiar (OAB/PB 17.824).*

APELAÇÃO CÍVEL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RELATIVA À FALTA DE RECOLHIMENTO DO FGTS. PRAZO QUINQUENAL. APLICAÇÃO DA NORMA ESPECÍFICA DE DEMANDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SITUAÇÃO DIVERSA DA RAZÃO DE DECIDIR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 709.2012, INAPLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO ANTE A DIFERENCIAÇÃO DO CASO APRECIADO E DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. REFORMA DA SENTENÇA QUE RECONHECEU DIREITO AO FGTS DE TODO O PERÍODO TRABALHADO. LIMITAÇÃO AO PRAZO QUINQUENAL.

– Os servidores públicos têm o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a cobrança de verbas salariais, conforme previsto no art. 1º do Decreto nº. 20.910/32.

– Não tendo sido objeto de apreciação pela Suprema Corte a compatibilidade constitucional do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 em sede de pretensão ao recolhimento do FGTS, bem como considerando a interpretação infraconstitucional pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça aplicando o critério da especialidade e afirmando que contra a Fazenda Pública não há que se cogitar em prescrição trintenária, resta inaplicável a regra de

transição estabelecida pela modulação dos efeitos da decisão do Recurso Extraordinário nº 709.2012.

– Faz-se necessária a reforma da sentença, para que seja observada a prescrição quinquenal em relação à pretensão de percepção dos valores do FGTS contra o ente promovido.

MÉRITO. AÇÃO DE COBRANÇA. SALÁRIO. FGTS. ADMISSÃO SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE DA CONTRATAÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DO SALÁRIO E FGTS. 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.PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

– A contratação de servidor público após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice em seu art. 37, 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 parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Trata-se de **Remessa Necessária e Apelação Cível** interposta pelo **Estado da Paraíba** contra sentença (fls. 69/76) proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Campina Grande que, nos autos da Ação de Cobrança ajuizada por **José de Assis Souza** em face do ente estatal, julgou procedente o pleito autoral.

Na peça de ingresso, afirmou o autor que foi admitido na Secretaria de Educação e Cultura do Estado da Paraíba como prestador de serviços, desde abril de 1994, atuando na unidade de trabalho EEEF Alceu do Amoroso Lima, na função de vigia. Informou que foi demitido em 23 de janeiro de 2013, não lhe sendo pago o salário deste último mês trabalhado nem o FGTS. Requereu, pois, a procedência da demanda e a condenação do ente público ao pagamento das verbas indicadas.

Devidamente citado, o **Estado da Paraíba** apresentou peça contestatória (fls. 39/47), alegando que o promovente foi dispensado em 1º de janeiro de 2013, não havendo que se falar no pagamento do salário deste mês. Sustentou a nulidade da contratação, ante a ausência de concurso público, concluindo pela impossibilidade do pagamento de FGTS.

Réplica impugnatória (fls. 59/61).

Fazendo a entrega da prestação jurisdicional, o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido contido na exordial, condenando o **Estado da Paraíba** ao pagamento do salário de janeiro de 2013, bem ainda ao pagamento do FGTS de todo período laboral, não recolhidos no tempo devido.

Inconformado, o ente estatal interpôs Recurso Apelarório (fls. 80/92), aduzindo, preliminarmente, a prejudicial de mérito, sob o argumento de prescrição quinquenal das contribuições para o FGTS. No mérito, defendeu ter restado comprovado nos autos a integralidade do pagamento dos salários de todos os meses trabalhados, restando, no entanto, ausente a comprovação dos serviços prestados no mês de janeiro pelo autor. Asseverou, ainda, a impossibilidade de condenação quanto ao pagamento do FGTS, ressaltando que a regra do art. 19-A da Lei 8.036/1990 é restrita aos empregados públicos regidos pela CLT.

Embora devidamente intimada, a parte autora não apresentou contrarrazões (fls. 95).

A Procuradoria de Justiça, em manifestação de lavra da Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, opinou pelo prosseguimento do recurso, sem intervenção meritória do Órgão Ministerial (fls. 99/100).

É o relatório.

VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso apelatório, passando à análise de seus argumentos.

- Da Prescrição na temática do FGTS

- Do Histórico do Entendimento pela Prescrição Trintenária até o estabelecimento da Prescrição Quinquenal pelo Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade do art. 23, §5º, da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto nº 99.684/1990

Como é cediço, a prescrição em matéria de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS restou sedimentada por meio Enunciado nº 362 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que previa que *“é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”*.

No âmbito da Corte Superior do Trabalho, o prazo trintenário já se revelava como entendimento dominante desde 1980, quando se editou, através de uma interpretação da então vigente Lei nº 5.107/1966 (responsável pela criação do FGTS), o Enunciado nº 95, cuja redação assim preconizava: *“é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”*.

A definição do lapso temporal passou, primeiramente, pelo estabelecimento da natureza jurídica do FGTS, tendo se entendido tratar-se de um valor de cunho previdenciário, sob o fundamento de a sua finalidade se revelar como uma verdadeira alternativa à pretensa “estabilidade no emprego”. Tal conclusão ganhou reforço argumentativo pela regra extraída do então art. 20 da lei nº 5.107/1966, segundo o qual a cobrança judicial e administrativa dos valores do FGTS ocorreriam de modo análogo à cobrança das contribuições previdenciárias.

Assim sendo, definiu-se que se aplicava à pretensão de recolhimento da verba o disposto no art. 144 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/1960), que fixava o prazo de 30 (trinta) anos para a cobrança das contribuições previdenciárias.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, com a promulgação da Lei nº 8.036/1990, o FGTS restou disciplinado de forma

específica e atual, prevendo-se, no novo diploma legal, no §5º de seu art. 23, a necessidade de respeito do “privilégio” à prescrição trintenária, norma reproduzida igualmente no art. 55 do Decreto Regulamentar nº 99.684/1990.

Eis o arcabouço legislativo e jurisprudencial então reinante acerca do prazo prescricional relativo ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 709.2012 perante o Supremo Tribunal Federal, houve uma rediscussão acerca do próprio entendimento da natureza jurídica da verba trabalhista, à luz do disposto no art. 7º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que, de forma expressa, incluiu o FGTS como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, extirpando a possibilidade de se concluir pela natureza tributária, previdenciária, de salário diferido, entre outras.

De acordo com o Ministro Relator Gilmar Mendes, *“trata-se, em verdade, de direito dos trabalhadores brasileiros (não só dos empregados, portanto), consubstanciado na criação de um ‘pecúlio permanente’, que pode ser sacado pelos seus titulares em diversas circunstâncias legalmente definidas (cf. art. 20 da Lei 8.036/1995)”*.

O Ministro asseverou, contudo, que, a despeito do esclarecimento introduzido pela nova ordem constitucional, a Suprema Corte continuou a adotar a tese da prescrição trintenária. Destacou, porém, a necessidade de se adequar a linha jurisprudencial ao teor da regra contida no art. 7º, inciso XXIX, da Carta Constitucional, que prevê o prazo prescricional quinquenal para os créditos resultantes das relações de trabalho.

Frisou-se, ainda, no julgado do Supremo Tribunal Federal que não há que se falar em desarrazoabilidade da redução do prazo prescricional pela suposta alegação de impossibilidade fática de o trabalhador exigir judicialmente, na vigência do contrato de trabalho, o depósito das contribuições. Isso porque a própria Lei nº 8.036/1990 criou instrumentos para que o trabalhador, na vigência do contrato, tenha ciência da realização dos depósitos pelo empregador e possa, direta ou indiretamente, exigí-los, facultando, ainda, a exigência do depósito pelo respectivo sindicato.

Assim, entendeu-se pela inconstitucionalidade do art. 23, §5º, da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990. Considerando o reconhecimento da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendeu-se por bem modular os efeitos da decisão, concedendo-lhes efeitos meramente prospectivos, ou seja, para o futuro. Eis a ementa do julgado:

“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”.

(STF, 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).

Como regra de transição na modulação, restou sedimentada a seguinte propositura:

A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos ex nunc (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento.

Dessa forma, numa demanda ordinária trabalhista perante a Justiça Laboral, a prescrição pelo não recolhimento do FGTS até a data da decisão do STF continua com o prazo prescricional de 30 anos. Os prazos em curso terão regras de transição: o prazo restante (se inferior a cinco anos) ou quinquenal (quando o prazo restante for superior a cinco anos), ambos contados da decisão do STF (13/11/2014).

- Da Inaplicabilidade da Regra de Transição às Ações de Cobrança de FGTS contra a Fazenda Pública

Consoante acima destacado, o Supremo Tribunal Federal reviu o posicionamento acerca da aplicação da Lei nº 8.036/1990, superando o entendimento tradicional no sentido de que, como regra geral, a prescrição do FGTS é trintenária, por força da norma extraída do art. 23, §5º, da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990.

A celeuma jurídica apreciada pela Suprema Corte, assim, restringiu-se à constitucionalidade da previsão de prazo prescricional de 30 (trinta) anos para a pretensão do recolhimento de FGTS, em afronta ao art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para os créditos resultantes das relações de trabalho.

Em nenhum momento, o precedente obrigatório se reportou à situação específica da Fazenda Pública, que possui regramento prescricional próprio, preconizado em norma especial, qual seja o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, que, inclusive, prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para qualquer demanda contra o Poder Público.

Sobre o tema, a interpretação consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de demanda ajuizada em face da Fazenda Pública, aplica-se o lapso de prescrição especificamente estabelecido pelo Decreto nº 20.910/1932, legislação esta que não foi objeto do Recurso Extraordinário nº 709.2012.

A propósito, confira-se a ementa do julgado do Tribunal da Cidadania, proferido em sede de uma demanda de cobrança por prestador de serviço em face do ente público contratante:

“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 1539078/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 16/09/2015). (grifo nosso).

Tal posicionamento, inclusive, ressoa muito antigo no âmbito da Corte Superior de Justiça, consoante se extrai de um julgado de Relatoria do Ministro Luiz Fux, hoje integrante do Supremo Tribunal Federal:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. DÉBITO RELATIVO AO FGTS. PRESCRIÇÃO CONTRA A FAZENDA

PÚBLICA. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. APLICABILIDADE.

1. A admissão do Recurso Especial pela alínea 'c' exige a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham casos confrontados, bem como pela juntada de certidão ou de cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, a citação do repositório oficial de jurisprudência que o publicou, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas.

2. O prazo trintenário não se impõe na hipótese de cobrança de crédito relativo a FGTS contra a Fazenda Pública, devendo ser a prescrição, in casu, quinquenal, no termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.

3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Recurso especial improvido”.

(STJ, REsp 559.103/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 16/02/2004, p. 222). (grifo nosso).

Assim sendo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de reformular o entendimento geral acerca da prescrição em sede de FGTS não interfere na aplicabilidade do prazo prescricional em demanda contra a Fazenda Pública, uma vez que fundamentada em norma diversa daquela declarada inconstitucional e cujos efeitos foram modulados.

A situação da prescrição do FGTS contra a Fazenda Pública, pois, não se confunde com a prescrição do FGTS em demandas contra empregadores em geral, inexistindo, sequer, dependência entre as temáticas, uma vez que regidas por normas diversas. Ora, independentemente da conclusão do STF pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 23, §5º, da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, prevendo a prescrição trintenária, a resolução das situações contra a Fazenda Pública se resolve inexoravelmente pela aplicação da norma infraconstitucional específica, em nada influenciando a inconstitucionalidade declarada.

Diante do que restou explicitado, percebe-se a necessidade de aplicação da teoria constitucional do “distinguishing”, consistente na técnica de distinção entre o precedente e o caso concreto em apreciação, mais especificamente, entre a solução aparentemente adequada ao caso concreto e os detalhes destes que podem conduzir ao afastamento da fria aplicação do precedente. Sobre o tema, confira-se a lição de Fredie Didier Júnior:

“Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a

despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”.

(DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 43).

Logo, não tendo sido objeto de apreciação pela Suprema Corte a compatibilidade constitucional do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 em sede de pretensão ao recolhimento do FGTS, bem como considerando a interpretação infraconstitucional pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça aplicando o critério da especialidade e afirmando que contra a Fazenda Pública não há que se cogitar em prescrição trintenária, resta inaplicável a regra de transição estabelecida pela modulação dos efeitos da decisão do Recurso Extraordinário nº 709.2012.

- Da Prescrição Quinquenal do FGTS em ações contra a Fazenda Pública

A relação mantida entre as partes, de cunho jurídico-administrativo, encontra-se tutelada pelo Direito Administrativo, sendo a ela inaplicáveis regras específicas das relações jurídicas de cunho celetista. Em verdade, os servidores públicos têm o prazo prescricional de **05 (cinco) anos** para a cobrança de verbas salariais, conforme previsto no art. 1º do Decreto nº. 20.910/32:

“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”.

Assim, denota-se que aquele que pretende perceber valores da Fazenda Pública, observará o prazo de cinco anos, contados da data do fato do qual se originarem. Contudo, atentar-se-á, ainda, que, tratando-se de relações de trato sucessivo, só fará jus à percepção de valores referentes ao último quinquênio, consoante dicção da Súmula 85 do STJ.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios ressoa tranquila, em aplicação do posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça acima destacado. Confirmam-se arestos desta Corte de Justiça|:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VÍNCULO PRECÁRIO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO. DIREITO AO FGTS, COM RESPEITO À PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTES

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO ADIMPLEMENTO. ÔNUS DA FAZENDA PÚBLICA. DESRESPEITO AO ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VERBAS CELETISTAS. NÃO RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º-F, DA LEI 11.960/2009 PARA O CÁLCULO DE JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

- A despeito do reconhecimento da nulidade do contrato de trabalho originariamente firmado com a administração pública, faz jus o servidor aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Precedentes desta Corte.

- '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.' (STF. RE 863125 AgR / MG - MINAS GERAIS. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. em 14/04/2015)''

(TJ-PB - APL: 00067297420148152001 0006729-74.2014.815.2001, Relator: DES JOSE RICARDO PORTO, Data de Julgamento: 25/09/2015). (grifo nosso).

“EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. CONTRAÇÃO TEMPORÁRIA, ANTERIOR AO PROCESSO SELETIVO, CELEBRADA A TÍTULO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO QUE SOFREU INÚMERAS PRORROGAÇÕES. CONTRATO NULO. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DO FGTS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE PAGAMENTO DAS FÉRIAS, DOS RESPECTIVOS TERÇOS CONSTITUCIONAIS, DA INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO NÃO CADASTRAMENTO NO PASEP, E DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. APELAÇÃO DA AUTORA.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO RETROATIVO À VIGÊNCIA DA LEI MUNICIPAL QUE PREVÊ SEU PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ANALOGIA COM NORMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS OU COM LEI DE OUTRO ENTE FEDERADO. AUTONOMIA MUNICIPAL. SÚMULA N.º 42 DO TJPB. CADASTRAMENTO NO PASEP. SERVIDORA QUE AUFERE MENSALMENTE REMUNERAÇÃO INFERIOR A DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS. CADASTRAMENTO NÃO COMPROVADO. DEVER DA EDILIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. SÚMULA N.º 490, DO STJ. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARA COBRANÇA DO FGTS. PRECEDENTES DO STF. REFORMA DA SENTENÇA NESSE PONTO. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA E DO APELO.

(...)

3. O prazo prescricional referente à cobrança de débito relativo ao FGTS em desfavor da Fazenda Pública é quinquenal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

4. 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 corrigidas 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, Quarta Câmara Cível, Apelação Cível Nº 0000913-21.2012.815.0631, Relator: Ricardo Vital De Almeida, Juiz Convocado Para Substituir O Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, julgado em 31/05/2016). (grifo nosso).

Pois bem, na situação dos autos, percebe-se que o juízo sentenciante condenou o ente federado ao pagamento do FGTS de todo o período laborado pelo demandante, que ingressou no serviço público em 04/04/1994 (fls. 56), sendo dispensada das funções em 23 janeiro de 2013 (fls. 18), tendo ajuizado a presente demanda tão somente em 08/05/2013. Nesse cenário, faz-se necessária a reforma parcial da sentença, para que seja observada a prescrição quinquenal em relação à pretensão de percepção dos valores do FGTS contra o ente promovido.

- Do mérito:

Como relatado, a presente demanda tem por objeto o inconformismo do **Estado da Paraíba** quanto à condenação imposta em decorrência da declaração de nulidade de contrato de prestação de serviços, determinando o pagamento de salário retido e FGTS ao servidor, **José de Assis Souza**, durante todo o período laborado.

Pois bem. Inicialmente, há de se ressaltar o acerto da decisão de primeiro grau quando reconhece a ausência de caráter excepcional e a ilegalidade na forma de contratação da parte demandante.

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 do autor para exercer o cargo de vigia não se enquadrou em nenhuma das duas exceções, tendo perdurado de 4 de abril de 1994 a 23 de janeiro de 2013. 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”*.

Com efeito, 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 verificada 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).

Assim sendo, em se verificando a nulidade contratual, bem como o entendimento firmado acerca da contraprestação devida ao servidor contratado irregularmente, constata-se que a sentença não merece retoque neste ponto, devendo se manter a determinação quanto ao pagamento do salário proporcional de janeiro de 2013 e do FGTS do período trabalhado, respeitando, como já dito, a prescrição quinquenal.

Especificamente quanto ao salário proporcional do mês de janeiro de 2013, é de se ressaltar que competia à parte promovida comprovar seu efetivo adimplemento. Todavia, o ente demandado se limitou apenas a alegar que o salário de janeiro de 2013 não seria devido ao autor, posto que ele havia sido dispensado em 1º de janeiro de 2013, e, por isso, qual não faria jus à referida verba salarial.

Ocorre que, a despeito de sua defesa, o ente estatal não juntou aos autos qualquer documento que ratificasse as suas alegações, ao passo que o promovente, a seu favor, colacionou folha de ponto assinada e carimbada pela diretora da escola onde laborava, comprovando ter trabalhado até o dia 22 de janeiro de 2013 (fls. 18).

Portanto, o **Estado da Paraíba** ficou-se inerte quanto ao seu mister de trazer aos autos elementos que evidenciassem as suas alegações, não comprovando fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral, consoante o disposto no art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil, motivo pelo qual deve ser mantida a condenação neste ponto.

- Dos Juros de Mora e Correção Monetária

Em relação aos juros de mora e correção monetária, deve-se observar 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).

Dessa forma, no presente caso, 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.

- Conclusão

Ante o exposto, com fundamento nos argumentos acima aduzidos, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO APELO** para adequar a condenação ao pagamento do FGTS ao período efetivamente trabalho, observando-se, contudo, a prescrição quinquenal em face da Fazenda Pública, bem como para que se observe 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.

Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Luíz Silvio Ramalho Júnior, o Exmo Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, e o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 17 de abril de 2018.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator