



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D ã O

05

APELAÇÃO CÍVEL nº 0000049-70.2011.815.0581

RELATOR : Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos

ORIGEM : Juízo da Comarca de Rio Tinto

APELANTE : Janaina Aparecida Lima Pontes

ADVOGADOS : Márcia Carlos de Souza (OAB/PB n. 7308) e João Camilo Pereira (OAB/PB n. 2834)

APELADO : Município de Rio Tinto, rep. por seu Procurador Clodonaldo Rodrigues de Pontes

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO –

Apelação Cível – Reclamação trabalhista – Procedência parcial no juízo primevo – Servidora municipal – Agente comunitário de saúde – Investidura sem prévia aprovação em concurso público – Contrato por prazo determinado – Renovações sucessivas – Contrato nulo – Período de 2000 a 2007 – Pleito de verbas indenizatórias – Posterior alteração para o regime estatuída pela Lei municipal nº 870/2007 – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Entendimento do STF firmado sob a sistemática das repercussões geral – RE 705.140/MG e RE 765.320/MG – Adicional de insalubridade – Necessidade de Lei municipal – Provimento parcial.

– A contratação por prazo determinado é uma exceção ao princípio da acessibilidade dos cargos públicos mediante concurso público de provas ou provas e títulos e foi criada para satisfazer as necessidades temporárias de excepcional interesse público, situações de anormalidades, em regra, incompatíveis com a demora do procedimento do concurso (art. 37, IX, da CF).

– A respeito dos direitos dos servidores contratados pela Administração Pública sem observância ao art. 37, II, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, decidiu que tais servidores fazem jus apenas ao recebimento dos salários referentes aos dias efetivamente trabalhados e ao depósito do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

- Súmula nº 42 do TJPB: *O pagamento de adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo depende de lei regulamentadora do ente do qual pertencer*

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos da apelação cível em que figuram como partes as acima mencionadas.

A C O R D A M, em Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso apelatório, nos termos do voto do relator e de súmula de julgamento de folha retro.

R E L A T Ó R I O

Trata-se de apelação cível interposta por **JANAINA APARECIDA LIMA PONTES**, objetivando reformar a sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da Comarca de Rio Tinto, nos autos da reclamação trabalhista, em face do **MUNICÍPIO DE RIO TINTO**.

Prolatada a sentença (fls. 159/168), a juíza de base julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na exordial, para condenar o promovido ao pagamento do décimo terceiro salário dos anos de 2004 a 2007, bem como o terço constitucional de férias referente ao período de 2004 a 2007, com acréscimo de correção monetária e juros moratórios de 0.6% (zero virgula seis) por cento ao mês até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Irresignada, a promovente interpôs apelação (fls. 170/175), requerendo a condenação da edilidade ao pagamento do FGTS com prescrição trintenária, anotação e baixa da CTPS no período de 21/08/2000 à 19/12/2007, terço de férias do período de 2002 a 2007, décimo

terceiro salário integrais, salário família, e adicional de insalubridade em grau médio de 20% (vinte) por cento com reflexos.

Contrarrazões (fls. 176/179).

Instada a se manifestar a D. Procuradoria de Justiça proferiu parecer, opinando pelo prosseguimento do recurso, sem manifestação de mérito (fls. 185/186).

É o que tenho a relatar.

VOTO

Inicialmente, ressalto que os requisitos de admissibilidade e a controvérsia do presente recurso será analisada nos moldes da Lei nº 5.869/73, haja vista que, conforme preceitua o art. 14 da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), *“a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

Desse modo, tendo a apelação sido interposta em 10 de dezembro de 2015 (fl. 170), resta patente que deve ser aplicado o Código de Processo Civil anterior, consoante orientação do Enunciado Administrativo nº 2, do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Enunciado Administrativo nº 2 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitas estas considerações, antes de enfrentar o âmago do presente recurso, conheço do apelo, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade, à luz da Lei Processual nº 5.869/73. Satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes na lei processual, conheço dos recursos e passo a analisá-los.

O ponto crucial da presente lide consiste em saber se a promovente teria direito aos pagamentos das verbas indenizatórias, adicional de insalubridade e FGTS, com prescrição trintenária.

Observa-se que a contratação da recorrente junto ao Município de Rio Tinto é nula, porquanto não fora para necessidade temporária, excepcional interesse público, tampouco através de investidura em concurso público, por não haver quaisquer provas colacionadas aos autos que comprovem o contrário. Também desconfigura o caráter temporário em virtude do longo período da contratação.

Em tratando-se de contrato nulo, por ausência de prévia aprovação em concurso público, a jurisprudência atende à imperatividade do art. 19-A da lei 8.036/90, que dispõe:

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. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001).

A MP 2.164-41/01, ao acrescentar o art. 19-A à lei 8.036/90, confere ao empregado que teve seu contrato de trabalho declarado nulo, o direito ao pagamento dos valores referentes aos depósitos do FGTS, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do referido artigo, pois há expressa observância aos princípios constitucionais em que se funda a República Federativa do Brasil.

Com isso, a referida norma não está validando o contrato tido por irregular, mas apenas reconhecendo o direito ao FGTS, que não deixa de ser uma espécie de salário, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito da edilidade. Dessa forma, o apelado deve ser condenado ao pagamento dos depósitos no Fundo de Garantia.

Em abono ao disposto no dispositivo suso mencionado, o Tribunal Superior do Trabalho elaborou a Súmula 363, que dispõe:

"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."

Foi firmado assim pelo STF o entendimento de que, além das verbas próprias de direito administrativo, quando reconhecida a nulidade da contratação do trabalhador, em função da inobservância da regra constitucional de prévia aprovação em concurso público, subsiste o direito ao depósito fundiário.

Nesse sentido, segue a Jurisprudência dominantes dos Tribunais Superiores:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – FGTS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO – LEVANTAMENTO – ART. 29-C DA LEI 8.036/90 – PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO – JUROS DE MORA – TAXA SELIC.

[...] 3. O TST tem entendimento consolidado no sentido de que, nos casos de contrato declarado nulo por falta de concurso público, fica ressalvado o direito a salário pelo serviço prestado, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do empregador. Se é devido o pagamento de salário, consequentemente nasce para o ente público a obrigação de proceder ao depósito na conta vinculada do empregado (art. 15 da Lei 8.036/90). [...] 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 897043 / RN RECURSO ESPECIAL 2006/0233280-0.Ministra ELIANA CALMON (1114). T2 - SEGUNDA TURMA. DJ 11/05/2007 p. 392).

Também:

"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." (RE 596478, Relª Min. ELLEN GRACIE, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013).

Esta Egrégia Côrte de Justiça também segue essa linha de entendimento, vejamos:

“APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. REJEIÇÃO. MÉRITO. PRESTADOR DE SERVIÇO. CONTRATAÇÃO POSTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. AUSÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO NULO. AFRONTA AO ART. 37, II, DA CF. DIREITO AOS SALÁRIOS RETIDOS, 13º SALÁRIO E FÉRIAS, ACRESCIDAS DO TERÇO CONSTITUCIONAL. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. ÔNUS DO MUNICÍPIO. VERBAS DEVIDAS. FÉRIAS EM DOBRO E PIS. PARCELAS DEVIDAS AOS EMPREGADOS CELETISTAS. DESCABIMENTO. FGTS. DIREITO AO RECOLHIMENTO DAS PARCELAS RELATIVAS À EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO DO AUTOR. REMESSA NECESSÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 45 DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPRO-

VIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA E DO RECURSO VOLUNTÁRIO. O contrato de trabalho não é documento indispensável à propositura de ação de cobrança, quando existentes nos autos outros documentos capazes de comprovar a relação de trabalho estabelecida entre as partes. O Supremo Tribunal Federal, modificando posicionamento anterior, tem entendido que, em caso de nulidade do contrato de trabalho, ao empregado admitido no serviço público sem concurso são devidos, além do saldo de salários, o décimo terceiro, as férias e o terço constitucional. As férias em dobro e o PIS, são parcelas inerentes à relação de emprego regida pela CLT, não sendo devidas aos submetido a regime jurídico-administrativo. O Supremo Tribunal Federal 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. Não havendo a interposição de apelação do particular, o Tribunal de origem não pode tornar mais grave a condenação imposta à Fazenda Pública, mesmo que em sede de reexame necessário, nos termos da Súmula 45/STJ.”(Apelação Cível n.º 0000245-46.2011.815.1161, Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, RELATOR:Dr. Marcos Coelho de Salles – Juiz Convocado para substituir o Des.Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, PUBLICADO NO DIA 07/02/ 2014 - REPUBLICADO POR INCORREÇÃO).

E:

“APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA. CONTRATO TEMPORÁRIO. AGENTE DE COMBATE ÀS ENDEMIAS. PRORROGAÇÃO INDEFINIDA. NULIDADE RECONHECIDA.DIREITO À PERCEPÇÃO DO FGTS. ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELO STF. PROVIMENTO. 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. 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.(RE 596478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, DJe-040 DIVULG 28- 02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMEN VOL-02679-01 PP-00068).”(Apelação nº 0000668-07.2011.815.0611,Relatora: Desa. Maria das Graças, Terceira Câmara Cível, publicado em 19/05/2014).

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. SERVIDORA SUBMETIDA A DOIS REGIMES JURÍDICOS. CONTRAÇÃO INICIAL TEMPORÁRIA, SEM DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, E OCORRÊNCIA DA PRORROGAÇÃO DO VÍNCULO ALÉM DO PRAZO LEGAL. NULIDADE DE PARTE DO LIAME JURÍDICO. DEPÓSITO DO FGTS DEVIDO, RELATIVO AO LAPSO TEMPORAL CONSIDERADO NULO. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS REFERENTE AOS CINCO ANOS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. PROVIDIMENTO PARCIAL. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.478/RR, sob o regime de repercussão geral, consolidou o entendimento, segundo o qual é devido o recolhimento do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, na hipótese de admissão de pessoal pela Administração Pública, sem a realização de concurso público. Declarado nulo o vínculo, a parte faz jus ao recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço relativo aos cinco anos do ajuizamento da demanda, porquanto a cobrança o prazo prescricional para a exigência do depósito é quinquenal, consoante recente entendimento do Supremo Tribunal Federal. Como o Juízo a quo assegurou o depósito relativo às verbas prescritas, considerando que garantiu o recebimento entre o lapso temporal compreendido entre 1º de agosto de 1999 e 23 de maio de 2008, a remessa oficial deve ser provida em parte tão somente para declarar prescritas as prestações anteriores ao dia 05/08/2004, considerando que a demanda foi ajuizada em 05/08/2009. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00015522520108150141, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DA DESEMBARGADORA MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES, j. em 27-09-2016)

Em face da nulidade da sua contratação, é devido o recolhimento do FGTS, observado o prazo prescricional quinquenal.

No caso em análise, deve-se aplicar o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, conforme disposto no art. 7º, XXIX da Carta Magna. Por força da modulação dos efeitos no ARE 709.212/DF, haja vista, a declaração de inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, lei 8.036/90 e do art. 55 do decreto n. 99.684/90, por violar o já mencionado art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988.

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.

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.

Em relação ao pagamento do adicional de insalubridade, esta Corte de Justiça já decidiu acerca da necessidade de previsão em lei local sobre o benefício, inclusive quanto aos percentuais ou formas de pagamento.

O atual entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça, nos seguintes termos da súmula 42, “in verbis”: “*O pagamento de adicional de insalubridade aos agentes comunitários de saúde submetidos ao vínculo jurídico-administrativo depende de lei regulamentadora do ente do qual pertencer*”:

Dá análise dos preceitos supratranscritos, tem-se que a concessão do adicional em questão não foi suficientemente regulamentado pela edilidade promovida.

Considerando o teor do Enunciado administrativo n. 7, do STJ, “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”. Assim, porque a sentença vergastada fora publicada em 26 de novembro de 2015, deixo de fixar os honorários recursais.

Por tais razões, **DOU provimento parcial ao recurso apelatório**, para, tão somente, condenar aos depósitos do FGTS, observando-se a prescrição quinquenal em face da Fazenda Pública.

É como voto.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Luíz Silvío Ramalho Júnior. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Luíz Silvío Ramalho Júnior, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, e o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

Presente ao julgamento, o Exmo. Dr. Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa 12 de junho de 2018.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator