



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO N. 0011277-45.2014.815.2001

ORIGEM: Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital

RELATOR: Desembargador João Alves da Silva

APELANTES: Rute Macedo Cordeiro de Araújo e outros

(Adv. Priscilla da Costa Machado e outros)

APELADO: Município de João Pessoa, (Procuradora Francisca Andreza Alves)

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FGTS. CONTRATO TEMPORÁRIO. RECOLHIMENTO DEVIDO. QUESTÃO SUBMETIDA AO REGIME DE JULGAMENTO REPETITIVOS DO COLENDO STJ. REFORMA DA SENTENÇA. MULTA RESCISÓRIA DE 40%. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. CPC, ART. 557, § 1ºA.

- “[...] O STF entende 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” (AI 767.024-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24.4.2012). 3. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 3.8.2009). 4. Por expressa previsão legal, 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, incluído pela MP 2.164-41/2001)”¹

RELATÓRIO

Trata-se de recurso apelatório interposto por Rute Macedo Cordeiro de Araújo e outros contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, Exmo. Juiz de Direito Antônio Carneiro de Paiva Júnior, nos autos da ação ordinária, proposta pelos apelantes em face do Município de João Pessoa, Poder Público ora

¹ STJ - AgRg no REsp 1434719/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, 24/04/2014, DJe 02/05/2014.

recorrido.

Na sentença ora objurgada, o douto magistrado *a quo* julgou improcedente a pretensão vestibular, por entender não ser devido o pagamento da verba relativa ao FGTS em se tratando de regime administrativo-estatutário, e não de contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

Irresignados, os autores vencidos interpuseram o presente apelo, pugnando pela reforma do *decisum* proferido, argumentando, em síntese: o reconhecimento da nulidade das contratações discutidas *in casu*; a inteligência do artigo 19-A, da Lei n. 8.036/1990, atinente à extensão do FGTS aos contratos nulos e a Jurisprudência dominante do STJ e do TJPB; o direito à multa rescisória de 40%.

Intimada, a Municipalidade recorrida ofertou contrarrazões, opinando pelo desprovimento do recurso e consequente manutenção da decisão vergastada, o que fizera ao rebater cada uma das arguições recursais.

Diante da desnecessidade de intervenção do Ministério Público, deixo de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do artigo 169, § 1º, do RITJPB c/ o artigo 82, do Código de Processo Civil.

É o relatório que se revela essencial.

DECIDO

De início, compulsando-se os autos e analisando-se a casuística posta em deslinde, verifica-se que a controvérsia devolvida a esta Corte é de fácil solução e não demanda maiores esclarecimentos, nos termos dos parágrafos *infra*.

A esse respeito, fundamental destacar que a casuística em disceptação transita em redor do suposto direito das autoras ao recebimento de direitos trabalhistas (FGTS) e multa de rescisória de 40%, relativamente aos períodos trabalhados por cada uma das mesmas mediante contratações temporárias reputadas nulas, compreendido entre os anos de 2005 e 2014.

à luz de tais considerações e quanto ao recolhimento do FGTS, entendo que merece guarida o pedido formulado pelas recorrentes, merecendo destaque a legislação aplicável à espécie, assim como os julgados recentes e abalizados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, os quais bem esclarecem a controvérsia:

Lei 8.036/1990, Artigo 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.

“Cinge-se a controvérsia a decidir se há obrigatoriedade de pagamento de FGTS em caso de exoneração de servidor contratado temporariamente sem concurso público. 2. O STF entende 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" (AI 767.024-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 24.4.2012). 3. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 3.8.2009). 4. Por expressa previsão legal, 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, incluído pela MP 2.164-41/2001).²

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. CONTRATO ADMINISTRATIVO TEMPORÁRIO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PAGAMENTO DE FGTS. OBRIGATORIEDADE. 1. O STJ, em acórdão lavrado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (REsp 1.110848/RN), firmou entendimento segundo o qual a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS. 2. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento 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". (AI 767024 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma). Precedentes. 3. Recentemente, a Segunda Turma deste Tribunal, firmou entendimento no sentido de que "Em razão de expressa previsão legal, "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 # incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001). "(AgRg no AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/5/2013, DJe 22/5/2013) Agravo regimental improvido, com aplicação de multa de 1%. (AgRg no AREsp 393.829/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013).

² STJ - AgRg no REsp 1434719/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, 24/04/2014, DJe 02/05/2014.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO DEPÓSITO E LEVANTAMENTO. SÚMULA 466/STJ. 1. "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" (Súmula 466/STJ). Em razão de expressa previsão legal, "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 # incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001). 2. Ressalte-se que "a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS" (REsp 1.110.848/RN, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.8.2009 # recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC). 3. No caso, "o Tribunal de origem decidiu que o fato de o contrato temporário ser declarado nulo não induz ao pagamento do FGTS". Contudo, "tal entendimento destoa da jurisprudência do STJ, que é no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, consoante previsto no art. 37, II, da CF/88, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando, para o trabalhador, o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada do FGTS" (REsp 1.335.115/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.9.2012). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg AgRg no REsp 1291647/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª TURMA, 16/05/2013, DJe 22/05/2013).

Diante dessa inteligência em referência, verifica-se que, na presente casuística, não subsiste qualquer razão para o não recolhimento do FGTS relativo ao período dos serviços prestados pelas funcionárias apeladas.

A seu turno, quanto ao pleito de concessão da multa rescisória de 40% (quarenta por cento), prescrita na Lei do FGTS, tenho que o mesmo se encontra descabido nas circunstâncias em deslinde, mormente quando se verifica a ausência de previsão legal acerca de sua incidência nas conjunturas de contratações nulas efetuadas pelo Poder Público, haja vista não se tratar o caso de demissão sem justa causa, esta, único fato gerador da sanção rescisória pretendida pelo polo recorrente.

Assim, frisem-se os precisos termos do julgado seguinte:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE DE CONTRATAÇÃO. RECOLHIMENTO DO FGTS. SENTENÇA

JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR. [...] O art. 19-A, da Lei n. 8.036/90, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.164/2001, autoriza o pagamento de FGTS em caso de nulidade do contrato com o ente público. Precedentes do STJ e STF; 5. Reconhecida a nulidade da contratação temporária do autor, é devido o pagamento do FGTS pelo período contratado, com base na remuneração percebida pelo acionante, incluindo as parcelas denominadas CET e plantão noturno; 6. Não é devido o pagamento da multa de 40%, ante a total falta de previsão legal da mesma para o caso de reconhecimento de nulidade de contrato de trabalho com o Poder Público, ressaltando que a referida parcela caracteriza-se como uma forma de indenização para as hipóteses de demissões sem justa causa, o que não se verificou na espécie; 7. Honorários advocatícios fixados no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJ-BA - 03435694320128050001, 09/12/2013, 1ª Câmara Cível, 18/12/2013).

Ademais, necessário se frisar que o ônus da prova quanto ao direito aos direitos alegados pelas recorridas é do Município recorrente, por constituir fato extintivo do direito da autora, conforme previsão expressa do art. 333, II, do CPC.

Adstrito ao tema, percucientes são os seguintes julgados:

“É ônus do Município provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo que afaste o direito do servidor ao recebimento das verbas salariais pleiteadas. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz. Assim, tendo o juízo monocrático seguido as balizas legais, não há o que se alterar. Estando a matéria pacificada por jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça, impõe-se a negação do seguimento de recurso, nos termos do caput do art. 557 do CPC” (TJPB - AC 052.2007.000931-2/001 – Rel. Juiz convocado Rodrigo Marques Silva Lima – DJ 15/10/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS SALARIAIS RETIDAS. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ILEGALIDADE. DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À EDILIDADE MUNICIPAL. 1/3 DE FÉRIAS NÃO GOZADAS. PAGAMENTO DEVIDO. DESPROVIMENTO. - Configura-se enriquecimento ilícito a retenção de salários por parte do Município, sendo este ato ilegal e violador de direito líquido e certo. - A edilidade municipal 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. (TJPB – ROAC 008.2005.000410-3/001 – Rel. Juiz convocado Carlos Neves da Franca Neto – DJ 10/10/2008)

“[...] Haja vista que a alegação de pagamento de salário representa fato extintivo de direito, compete ao empregador produzir prova capaz de elidir a presunção de veracidade existente em favor do trabalhador” (TJPB - ACRA Nº 051.2006.000439-0/001- Rel. Juiz convocado Arnóbio Alves Teodósio – DJ 29/02/2008)

Também é apropriada a lição de Nelson Nery Júnior, para quem:

“O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu”³.

Assim, em não tendo restado comprovado, *in concreto*, o pagamento da verba ora discutida e devidas às prestadoras de serviços apelada, a reforma do *decisum* de 1º grau é imperativa, devendo, todavia, ser afastada o pedido do acréscimo da multa de 40%, em razão do raciocínio acima esposado.

Em outras palavras, considerando que a decisão da Corte Superior foi tomada em sede de procedimento próprio para o exame dos recursos repetitivos, tenho por bem acompanhar o entendimento ali apontado para determinar o recolhimento do FGTS no período devidamente comprovado pelas partes insurgentes.

De outra banda, quanto aos juros de mora e à correção monetária, urge ressaltar que o STJ firmou entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública **“[...] para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, os juros de mora incidirão da seguinte forma: percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-lei 2.332/87, no período anterior a 27/08/2001, data da publicação da Medida Provisória 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei 9.497/97; percentual de 0,5% ao mês, a partir da Medida Provisória 2.180-35/2001, até o advento da Lei 11.960, de 29/06/2009 (DOU de 30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97; juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, incidindo a correção monetária, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, calculada com base no IPCA, a partir da publicação da referida Lei (30/06/2009).⁴**

Por fim, prescreve o art. 557, § 1º-A, do CPC que, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso, dispensando que o mesmo seja julgado no colegiado.

Em razão das considerações tecidas, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do CPC, assim como na Jurisprudência dominante do STJ, **dou provimento parcial ao recurso apelatório**, para o fim específico de, julgando parcialmente procedente o pedido, determinar o recolhimento do FGTS em favor das apelantes, relativamente aos períodos respectivos das

³ Código de Processo Comentado. Nery Jr., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. 6ª ed. pág. 696:

⁴ STJ, AgRg REsp 1086740/RJ, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, 6ª TURMA, 10/12/2013, 10/02/2014.

contratações nulas, valores os quais devem ser devidamente acrescidos de juros de mora e de correção monetária nos termos supramencionados e a contarem, respectivamente, da citação e da data em que deveriam ter sido recolhidos.

Ademais, condeno o Poder Público demandando ao pagamento de honorários de sucumbência, os quais arbitro em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos precisos termos dos artigos 20, incisos §§ 3º e 4º, e 21, parágrafo único, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 28 de janeiro de 2015.

Desembargador João Alves da Silva
Relator