



**ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES**

DECISÃO TERMINATIVA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006640-10.2013.815.0571 – Comarca de Pedras de Fogo

Relator : Wolfram da Cunha Ramos – Juiz convocado em substituição ao Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides.

Apelante : Rosimere Maria de Lima e Silva

Advogado : Carlos Alberto Pinto Manguiera (OAB/PB 6.003)

Apelado : Município de Pedras de Fogo, representado por seu Prefeito constitucional

Advogado : Erony Felix da Costa Andrade (OAB/PB 18.012-A)

**APELAÇÃO CÍVEL — COBRANÇA — PROFESSORA —
CONTRATO NULO — FGTS — PAGAMENTO DEVIDO —
PRESCRIÇÃO — APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO PREVISTA
NO ARE 709.212 — PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.**

– “O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do RE nº. 765.320/MG, em sede de Repercussão Geral, uniformizando o entendimento sobre a matéria, decidiu que o agente público cujo contrato temporário tenha sido declarado nulo possui direito ao recebimento do saldo de salário convencionado e ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90. 3. O Superior Tribunal de Justiça se adequou ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do ARE nº. 709.212/DF, com Acórdão publicado em 19 de fevereiro de 2015, decidiu que o exercício da pretensão de cobrança dos valores devidos ao FGTS deve respeitar o prazo prescricional de cinco anos, conforme disposto no art. 7º, XXIX, da CF, atribuindo, entretanto, efeitos prospectivos à Decisão, para garantir que o prazo prescricional cujo curso se iniciou antes do referido julgamento permaneça trintenário, nos termos do art. 23, §5º, da Lei nº. 8.036/90.” (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00003383420148150181, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, j. em 12-12-2016)

Vistos, etc.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Rosimere Maria de Lima e Silva em face da sentença de fls. 186/192 que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer ajuizada pela recorrente em desfavor do Município de Pedras de Fogo, julgou procedente em parte o pedido, condenando o demandado ao pagamento do FGTS, a ser apurado em liquidação de sentença, respeitada a prescrição quinquenal.

Inconformada, a promovente apresentou recurso apelatório (fls. 193/212), pugnando pela reforma da sentença para reconhecer o desvio de função, aplicar a prescrição trintenar na condenação do FGTS e fixar os honorários sucumbenciais.

Contrarrazões. (fls. 217/221)

Instada a se pronunciar, a d. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer (fls. 229/232), opinando pela rejeição da preliminar e, no mérito, apenas pelo prosseguimento da apelação.

É o Relatório. Decido.

Em síntese, a autora foi contratada pelo Município de Pedras para exercer a função de “Professora” e teve seu contrato de trabalho extinto unilateralmente pelo Município em razão da ocupação de emprego público sem a necessária aprovação em concurso público. Alegou, ainda, ter permanecido em desvio de função ao receber salário inferior ao trabalho exercido na função de professor.

Diante dos fatos, ingressou com a presente demanda judicial alegando desvio de função, além de ter desempenhado suas atividades laborais sem o recebimento do valor total dos depósitos do FGTS recolhido pelo promovido.

Dirimindo a controvérsia, o magistrado *a quo* julgou procedente em parte o pedido, condenando o demandado ao pagamento do FGTS, a ser apurado em liquidação de sentença, respeitada a prescrição quinquenal.

No recurso apelatório a demandante pugnou pela reforma da sentença para reconhecer o desvio de função, aplicar a prescrição trintenar na condenação do FGTS e fixar os honorários sucumbenciais.

Pois bem.

Do Desvio da Função

Prefacialmente, há de se destacar que, ao contrário do que alega a recorrente, a hipótese ora estudada não revela qualquer desvio de função.

Conforme se afere dos autos, a autora não exercia cargo efetivo, tendo sido contratada temporariamente pelo município para prestar serviços como professora, não constando nos autos maior detalhamento do labor a ser prestado.

De outra senda, ocorre desvio de função quando o servidor público realiza atribuições de cargo diverso para o qual foi originariamente investido, ou seja, é compelido a realizar tarefas privativas de cargo diverso do seu.

Como visto, a autora não prestou concurso público, não possuindo com o ente público vínculo estatutário, pertencendo sim ao quadro de pessoal temporário, sob o regime de prestador de serviço.

Ocorre que, compulsando a documentação acostada aos autos, observa-se que a apelante não comprovou ter sido compelida a prestar serviços diversos dos quais foi inicialmente contratada, ou seja, não restou evidenciado uma mudança nas

atribuições originariamente dispostas à contratada, visto que, desde o início, como ela mesmo alegou, realizou a função de professora, inexistindo nos autos qualquer especificação acerca do objeto contratual..

Importante ressaltar que não se desconhece o entendimento firmado pelo STJ, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.091.539/AP) e cristalizado pela Súmula 378, no sentido de que “reconhecido o desvio de função, o servidor faz *jus* às diferenças salariais decorrentes”

Contudo, o caso tratado no acórdão do referido recurso repetitivo diz respeito a servidor público estadual nomeado para uma função, mas que passou a exercer atribuições estranhas à função para o qual foi nomeado. No caso em tela, como dito, cuida-se de servidora temporária que já foi contratada para exercer a função de professora, não havendo que se cogitar em desvio de função, portanto.

Assim, não resta configurada a hipótese de desvio de função, e, por conseguinte, pela impossibilidade da equiparação salarial da contratada temporária com o paradigma, servidor estável, uma vez que possuem vínculos jurídicos diversos com o Município, vedando a Constituição Federal a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Ora, pensar de modo diverso é vilipendiar a regra constitucional do concurso público. Nos termos do art. 39, I, da Constituição Federal, os cargos, empregos e funções públicas serão acessíveis àqueles que preenchem os requisitos previstos em lei, sendo regra a investidura em cargo ou emprego público, após prévia aprovação em concurso, por força do inciso II, do mesmo artigo.

Desta feita, não há que se falar em isonomia de salários daqueles investidos em cargo público após aprovação em concurso público com os contratados a título precário por excepcional interesse público.

Frise-se, pois, que a relação jurídica estabelecida por servidora contratada com a administração pública municipal é de natureza administrativa, sujeita ao regramento disciplinado no contrato de trabalho firmado pelas partes, inclusive no que se refere à remuneração, podendo esta ser livremente fixada pela Administração.

Em caso deveras semelhante, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO TEMPORÁRIO PARA ATENDER A NECESSIDADE DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA COM SERVIDORA EFETIVA - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. 2. O art. 39, § 1º, inciso II, do mesmo Texto, por sua vez, ressalta a necessidade de que sejam observados, para fins remuneratórios, os requisitos para investidura no cargo, os quais são nitidamente distintos em relação a servidores efetivos e aqueles contratados temporariamente. 3. Impossibilidade de equiparação salarial entre servidores efetivos e contratados temporários com fundamento no princípio da isonomia, ainda que exerçam a mesma função. Inteligência da Súmula n. 339 do STF. 4. Recurso a que se nega provimento. (TJ-MG - AC: 10145110627117001 MG , Relator: Áurea Brasil, Data de Julgamento:

03/10/2013, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/10/2013)

Assim, não resta caracterizado o desvio de função alegado inicialmente pela autora.

DO FGTS

Importante destacar, primeiramente, que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o agente público, cujo contrato temporário tenha sido declarado nulo, possui direito ao recebimento do saldo de salário convencionado e ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nos termos do art. 19-A, da Lei 8.036/90.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REQUISITOS DE VALIDADE (RE 658.026, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE DE 31/10/2014, TEMA 612). DESCUMPRIMENTO. EFEITOS JURÍDICOS. DIREITO 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. 1. **Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito 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.** 2. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (RE 765320 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 15/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 22-09-2016 PUBLIC 23-09-2016)

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. (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)

Apesar de não ser regra a concessão do FGTS aos agentes públicos sujeitos ao regime jurídico-administrativo, tal direito é extensivo aos contratados temporariamente cuja contratação for nula.

Conforme se verifica da documentação colacionada, a autora foi contratada sem que houvesse a justificativa de necessidade temporária de excepcional interesse público, o que torna seu contrato nulo, haja vista a inobservância aos dispositivos constitucionais relativos à matéria, dessa forma, **devidos os depósitos referentes ao FGTS.**

No tocante ao prazo prescricional, cumpre ressaltar que o STJ vem aplicando o entendimento do ARE 709.212 para os casos em que a Fazenda Pública figure como parte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. 1. O Superior Tribunal de Justiça realinhou sua jurisprudência para acompanhar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 19-A da Lei n. 8.036/90 sob o regime da repercussão geral (RE 596.478/RR, Rel. Para acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 28.02.2013), reconheceu serem "extensíveis aos servidores contratados por prazo determinado (CF, art. 37, inciso IX) os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Política, inclusive o FGTS, desde que ocorram sucessivas renovações do contrato" (RE-AgR 752.206/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29.10.2013). [...] 3. **O termo inicial da prescrição deve observar o disposto no julgamento do ARE 709.212, em repercussão geral, qual seja, "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" (ARE 709212, Relator: 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).** 4. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 1606616/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016).

A modulação do ARE 709.212 menciona:

“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.” (ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em

Analisando-se a supramencionada modulação verifica-se que, nos casos em que o prazo prescricional esteja em curso, aplicar-se-á o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, **a partir da decisão (15/02/15)**.

Para exemplificar como seria sua aplicação prática, o Ministro Gilmar Mendes mencionou que se na data da decisão tivesse transcorrido 27 anos do prazo prescricional, faltariam 3 anos para o fim da prescrição. Por outro lado, se na data da decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, a parte não terá mais 7 anos para pleitear seu direito, pois ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, contado-se da data do julgamento.

Nesses termos, verifica-se que o “termo inicial da prescrição” começa a contar da data em que se iniciou o contrato de trabalho.

No presente caso, como a apelante começou a laborar em 1991, conforme documentos juntados às fls. 31/36, desde então a mesma possuía direito aos depósitos do FGTS.

Na data da publicação do ARE 709.212 (15/02/15), o prazo prescricional do FGTS de fevereiro 1991 contava 24 (vinte e quatro) anos. Assim, como o direito da autora nasceu em 1991, a prescrição é trintenária, de modo que a mesma teria até 2021 para pleitear tal direito. Contudo, seguindo a lição exposta na modulação, aplica-se ao caso o novo prazo de 5 anos, contado-se da data do julgamento (15/02/15), de modo que o apelante teria até 2020 o direito de ajuizar ação pleiteando o pagamento do FGTS.

Na situação em exame verifica-se que a ação foi ajuizada em 2013, ou seja, dentro do prazo legal, logo, devido o FGTS de todo o período laborado pela apelante.

Importante destacar que este entendimento também é aplicado pelo Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, conforme trecho de acórdão a seguir exposto:

“Ocorre que a prescrição de 5 (cinco) anos não poderia ser aplicada na hipótese dos presentes autos.

Isto porque apesar do novo entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal estabelecer novo prazo prescricional para levantamento dos depósitos do FGTS, qual seja, de 05 (cinco) anos, e não mais de 30 (trinta) anos, nos casos como os dos presentes autos, **há de se observar a modulação apontada no decisum paradigma**, que previu efeitos meramente prospectivos ao julgamento, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

O serviço público prestado pelo autor na função de Gari se deu do ano 2000 até fevereiro de 2010, data da sua exoneração. A ação fora proposta em janeiro de 2011.

Nas hipóteses em que a prescrição já se encontrava em andamento antes do julgamento do ARE nº 709.212, caso dos autos, a prescrição não é quinquenal, devendo ser mantida para esses casos a regra trintenária associada à regra de que não pode ultrapassar 05 (cinco) anos após o

juízo do Recurso Extraordinário, o qual fora publicado em 19 de fevereiro de 2015.

“In casu”, a prescrição já se encontra em curso desde o ano 2000, e, não se aplicando o novo entendimento da prescrição quinquenal, visto que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fora “ex nunc”, **são devidos ao promovente o levantamento dos depósitos efetuados no FGTS desde a sua contratação em 2000 à data em que cessou o vínculo empregatício, qual seja, fevereiro de 2010, não havendo período atingido pela prescrição trintenária.**

(...)

a sentença “a quo” merece ser reformada, declarando-se que a prescrição aplicável ao caso é a trintenária, não havendo, em relação à cobrança dos depósitos do FGTS, período atingido pela prescrição.” (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001411020118150141, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS, j. em 13-12-2016)

Ora, como bem ressaltou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do ARE 709.212, “*não há dúvida de que os valores devidos ao FGTS são 'créditos resultantes das relações de trabalho', na medida em que, conforme salientado anteriormente, o FGTS é um direito de índole social e trabalhista, que decorre diretamente da relação de trabalho (conceito, repita-se, mais amplo do que o da mera relação de emprego).*” (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)

Sendo assim, por ser um direito social garantindo constitucionalmente, há de ser aplicada a modulação prevista no ARE 709.212.

Feitas estas considerações, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO APELATÓRIO**, a fim de que seja aplicada a prescrição trintenária, devendo o débito do FGTS abranger todo o período trabalhado pela autora/apelante.

No que tange aos honorários advocatícios, tendo em vista a sucumbência recíproca, condeno as partes no valor de R\$ 1.000,00 *pro rata*, nos termos do art. 86 e 98 § 3º do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 01 de agosto de 2018.

Wolfram da Cunha Ramos
Relator / Juiz convocado

