



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Decisão Monocrática

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0048830-63.2013.815.2001 –
Capital

RELATOR : Juiz Ricardo Vital de Almeida
1º APELANTE : Erasmo Batista Correa
ADVOGADO(S) : Carlos Alberto Pinto Mangueira (OAB 6003)
2º APELANTE : Estado da Paraíba
PROCURADORA : Delosmar Domingos de Mendonça Júnior
APELADO : Estado da Paraíba
APELADOS : os mesmos
REMETENTE : Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da
Capital

PREJUDICIAL DE MÉRITO. FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. FRAGILIDADE. INCIDÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REJEIÇÃO.

Nos termos da jurisprudência do STJ, o prazo prescricional referente à cobrança de débito relativo ao FGTS é de cinco anos.

MÉRITO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES CÍVEIS. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME ESPECIAL. NULIDADE DA CONTRATAÇÃO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTE DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. RE 705.140/RS. DIREITO AOS DEPÓSITOS DE FGTS. PERÍODO TRABALHADO E NÃO PRESCRITO. CONECTIVOS LEGAIS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DE ACORDO COM A DECISÃO DO STF NAS ADIS 4357 E 4425 E SUA RESPECTIVA MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO E PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA E DO SEGUNDO APELO.

Consoante orientação proclamada pelo STF, em sede de repercussão geral (RE 705.140/RS), a contratação declarada nula não gera quaisquer efeitos jurídicos, a não ser o pagamento do saldo de salários pelo período laborado e dos valores correspondentes aos depósitos de FGTS.

A aplicação dos índices nas condenações em desfavor da Fazenda Pública deve ser amoldada a orientação do Supremo Tribunal Federal após a modulação dos efeitos conferidos no julgamento das ADIS 4425 E 4357.

Vistos, etc.

Trata-se de **Remessa Necessária** e de **Apelações Cíveis** interpostas por Erasmo Batista Correa e pelo Estado da Paraíba insurgindo-se contra a sentença (fls. 79/83) do Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa, que julgou parcialmente procedente a **Ação de Obrigação de Fazer** promovida pelo primeiro apelante contra a edilidade.

Na sentença o julgador condenou o Estado da Paraíba ao pagamento do depósito do FGTS referente ao quinquênio anterior ao ajuizamento da presente demanda. Reconheceu a sucumbência recíproca, devendo o percentual observar o regramento do art. 86 do CPC.

Em apelação, Erasmo Batista Correa suscita a prejudicial de prescrição, sob o fundamento de ser trintenária, por se tratar de FGTS. No mérito, i) devido o FGTS cobrado na sua integralidade; ii) equívoco ao apreciar o pleito de gratificação de risco de vida, pois, pelo momento, não se executa sentença, mas postula o pagamento, em razão do desvio de função e ser a gratificação própria das atribuições então desempenhada; iii) legítimo o recolhimento da contribuição previdenciária sobre o valor referente ao desvio de função; iv) devido o pagamento de horas extras e adicionais noturnos, fls. 84/102.

Em apelação, o Estado da Paraíba aduz: i) ser descabido o depósito do FGTS, pois a contratação temporária é regida pela norma de direito administrativo; ii) contrato nulo não gera direitos; iii) prescrição quinquenal; iv) alteração dos juros de mora e correção, com incidência da Lei 9.494/97, fls. 103/114.

Intimação para apresentar as contrarrazões, apenas se manifestou Patrícia Borges e refutou as alegações da parte adversa, fls. 116/123. O Estado da Paraíba ficou inerte, fls. 135.

Parecer do Ministério Público opinando pelo desprovimento das

apelações e da remessa, fls. 138/147.

É o relatório.

Voto.

1 - Da Prejudicial de Prescrição:

O autor Erasmo Batista Correira entente que em nenhum momento direito referente ao pagamento de FGTS foi atingido pela prescrição, por ser trintenária e não quinquenária.

Na espécie, o pagamento dos depósitos de FGTS deve se limitar aos cinco anos que antecederam ao ajuizamento da ação, de acordo com o que determina o Decreto 20.910/32, por ser esta norma especial. Ressalto que a modulação do prazo prescricional estampado no Recurso Extraordinário 709.2012/DF¹, fazendo distinção entre cinco e trinta anos o prazo prescricional, tem lugar para as demandas que não envolvam a Fazenda Pública.

Ademais, ainda que se revele o FGTS verba de índole social e trabalhista, mas por ter no polo passivo da demanda a Fazenda Pública, o prazo prescricional é de cinco anos², em razão da incidência do citado Decreto³.

Também a respeito da prescrição das dívidas passivas da Fazenda Pública dispõe a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça⁴:

Portanto, a verba condenatória devida refere-se aos cinco anos antes da propositura da ação, de sorte que outro período anterior fora alcançado pelo lapso prescricional, consoante delineado na sentença.

Por todos esses motivos, rejeito a prejudicial de prescrição trintenária.

¹Recurso 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.

²PROCESSUAL 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.

1. "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. (AgRg no REsp 1525652/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

³Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e 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.

Art. 2º - Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou pôr vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

⁴Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.

2 - Mérito.

Em razão da matéria entrelaçada nos recursos, a análise dar-se-á de forma conjunta.

2. 1. Considerando a ausência de pagamento do FGTS, o magistrado considerou devida, em parte, a postulação e condenou o promovido ao “*pagamento dos valores correspondentes ao depósito FGTS durante o período compreendido ao quinquênio anterior a propositura da ação*”.

In casu, o vínculo estabelecido entre a parte autora e a edilidade restou comprovada por meio dos documentos, de que fora contratado, com prestação de serviços perante Cadeias Públicas (Soledade, Cuité e Pocinhos).

Com efeito, para melhor deslinde da questão, esclareço que as Cortes Superiores firmaram entendimento de que, em sendo o servidor admitido, sem a prévia aprovação em concurso público e descaracterizada a justificativa de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF) exposta na contratação, até mesmo diante das funções exercidas, o vínculo laboral deve ser considerado **nulo**. Esta é exatamente a situação dos autos.

Fixada essa premissa – *de que a contratação é nula* – é imperativo se observar o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso (RE 705.140/RS) submetido à sistemática da repercussão geral (art. 543-B, CPC), que tratou da matéria relativa aos “*efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública de empregado não submetido à prévia aprovação em concurso público*” (tema 308 das repercussões gerais)

No referido julgado (RE 705.140/RS), a Suprema Corte – *na linha do que já proclamara no RE 596.478, também submetido à sistemática da repercussão geral* – decidiu que a contratação considerada nula, por violação à exigência do ingresso no serviço público através de concurso, não gera efeitos jurídicos, **salvo a percepção do saldo de salário (correspondente ao período laborado) e ao levantamento de depósitos de FGTS**.

Eis a ementa do *decisum*:

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 reprova 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.⁵

In casu, por considerar que o contrato de trabalho objeto desta ação é nulo (pelos motivos supra) e da orientação do Supremo Tribunal Federal, verifico que é devido o pagamento do FGTS.

Aliás, este foi o entendimento declinado na sentença e que se encontra alinhado ao das Cortes Superiores, porquanto foi no sentido de acolher a súplica da parte autora referente ao pagamento do FGTS⁶, dada a nulidade do vínculo contratual.

2. 2. Por outro lado, em alusão ao pedido do autor, de reconhecimento de desvio de função, não há prova nesse sentido.

Como desde o início do contrato o autor prestou serviços perante o Sistema Penitenciário (fls. 18/21), por aproximadamente seis anos, inexistente evidente desvio de função, até porque desempenhava suas funções em Cadeias Públicas. O r. desviou somente estaria caracterizado se estivesse desempenhando atribuições diversas para o qual foi contrato, o que não restou demonstrado nos autos.

2. 3. Quanto ao pleito de gratificação de risco de vida, como afirma haver sido concedida em outra demanda, visualizo que a sua efetividade deve ser por meio de cumprimento de sentença e não requer a sua execução nestes autos.

⁵ STF - RE 705140, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014.

⁶PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. FGTS. NULIDADE DE CONTRATO POR AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS FUNDIÁRIOS. CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN. CARÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284 DO STF.

1. **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.**

2. Precedentes do STJ: REsp 863.453/RN, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12.11.2007; REsp 892.451/RN, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2007; REsp 877.882/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 28.02.2007; REsp 827.287/RN, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.06.2006; REsp 892719/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.03.2007, DJe 02.06.2008. [...] Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1110848/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009)

2. 4. Em relação pagamento de hora extra e adicional noturno, na exordial, afirma que trabalhava em regime de plantão e ainda desempenhava atribuições além da carga horária, de modo a ensejar hora extra. Afirma a juntada de documento demonstrando a escala de serviço padrão.

Carece de fundamento a assertiva, porquanto não demonstrou o trabalho noturno ou mesmo trabalhar além jornada, tampouco a escala de plantão.

Demais disso, o contrato nulo apenas gera direito a saldo de salário e não outros benefícios.

2. 5. Finalmente, em observância ao apelo do Estado da Paraíba requer ajuste da correção monetária e juros de mora.

Os juros de mora são 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) e a 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”⁷ 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.

Diante desse cenário:

1) Nego provimento à Apelação interposta por Erasmo Batista Correa;

2) Dou provimento parcial a Remessa Necessária e ao Apelo apresentado pelo Estado da Paraíba para ajustar os juros e correção monetária conforme acima delineado.

P. I.

João Pessoa, 2 de agosto de 2018.

Juiz Ricardo Vital de Almeida
Relator

g/04

⁷ Art. 1º-F da Lei nº 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.