



1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.3.002125-1
JUÍZO DE ORIGEM: COMARCA DE PRAINHA
APELANTE: MUNICÍPIO DE PRAINHA
ADVOGADO: ÁPIO CAMPOS FILHO
APELADO: ODIVANHE SILVA DA SILVA
ADVOGADO: GLEYDSON ALVES PONTES
RELATOR (A): DES (A) MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. REJEIÇÃO. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO ANTE AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. ENTENDIMENTO CONFORME DECISÕES DO STF. DIREITO AO RECEBIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA DE TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA NOS TERMOS DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores e o Juiz Convocado que integram a 1ª Câmara Cível Isolada deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em conhecer e negar provimento ao presente recurso de Apelação, à unanimidade de votos, mantendo a decisão de primeiro grau nos mesmos termos.

Julgamento presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Gleide Pereira de Moura.

Belém/PA, 12 de dezembro de 2016.

Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível (fls. 65/70) interposta por MUNICÍPIO DE PRAINHA, em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Prainha (fls. 56/63), que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, declarando nulo o contrato firmado entre as partes e condenando o ente municipal ao pagamento das verbas do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS. Houve, inclusive, condenação aos honorários advocatícios arbitrados no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignado, o apelante tenta reformar o julgado a quo alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença em virtude do contraditório e da



ampla defesa, vez que não ocorreu a instrução do processo. No mérito, suscita a regularidade do contrato firmado e a necessidade de indeferimento de todos os pedidos formulados na inicial.

A parte apelada apresentou contrarrazões recursais às fls. 72/75, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau em todos os fundamentos.

No dia 24 de abril de 2012, determinei o sobrestamento do feito e remessa à Coordenadoria de Triagem de Recurso Extraordinário e Especial (fls. 88/89). Posteriormente, os autos retornaram para confecção de voto e inclusão do feito em pauta de julgamento.

Relatados.

Voto.

Quanto ao juízo de admissibilidade, entendo necessário fundamentar o recebimento no antigo Código de Processo Civil, vez que foi interposto na sua vigência. Sendo assim, vejo que o recurso é tempestivo, adequado à espécie, nos termos do art. 511 do CPC. Portanto, preenchidos os pressupostos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e intrínsecos (cabimento, legitimidade e interesse para recorrer), sou pelo seu conhecimento.

Preliminarmente, entendo que não assiste razão à parte apelante quando pugna pela nulidade da sentença em virtude de desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, pois, após análise dos autos, não se verificou qualquer ofensa ou desrespeito às regras materiais e processuais. O pedido do autor / apelado não necessita de instrução processual, pois refere-se a matéria de direito, cabendo ao magistrado, dentro da discricionariedade legal, a tramitação que irá aplicar ao caso concreto.

Foi oportunizado prazo para que a parte ré / apelante contestasse a inicial, inclusive com a possibilidade de juntada de documentos que embasassem as alegações. No entanto, não foi anexada qualquer prova, nem foi descrito rol de eventuais testemunhas, não sendo admissível que neste grau recursal tente anular a sentença prolatada.

Nos termos do art. 330, I do antigo CPC, cabe ao magistrado conhecer diretamente o pedido quando não houver prova a ser colhida em audiência, razão pela qual correta foi a atitude do Juízo de Piso. Sendo assim, rejeito a preliminar levantada.

No mérito recursal, argui sobre a necessidade de reformar totalmente a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, com o conseqüente indeferimento dos pedidos feito na inicial. Embasa a alegações com a informação de que o contrato realizado entre as partes foi devido e observou os requisitos legais.



Pois bem, é pacífico que a admissão de servidor sem concurso público é nula, com exceção dos cargos em comissão e dos serviços temporários. A contratação de servidor temporário é permitida pela Constituição Federal (art. 7º, inciso IX) quando houver necessidade temporária de interesse público excepcional, devidamente comprovado.

A partir do momento em que a Administração Pública prorroga sucessivamente o vínculo com o servidor temporário, presume-se que a excepcionalidade e a temporariedade da necessidade que gerou a contratação findaram-se. No caso em questão, vínculo entre apelante e apelado persistiu por quase 10 (dez) anos.

Assim, ainda que em um primeiro momento o servidor tenha sido contratado para serviço temporário / excepcional / por prazo determinado, sendo regido pelo Regime Jurídico-Administrativo, a longa permanência de tal vínculo modifica a incidência desse regime, tendo em vista o desvirtuamento da relação, passando à égide do Regime Trabalhista - CLT. Neste sentido, faz-se importante a transcrição da lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Numa vertente, entende-se que essa causa – o fator tempo- não é idônea para converter o regime especial no regime trabalhista, noutra advoga-se essa possibilidade em face do desvirtuamento do regime inicial. A despeito da anomalia, parece-os melhor este último entendimento, e por mais de uma razão: a uma, porque a permanência do servidor comprovaria a inexistência de qualquer temporariedade do vínculo, como o exige a Constituição; a duas, porque outra orientação só prejudica o servidor, que não teria as parcelas relativas à rescisão do contrato de trabalho, não sendo razoável sobre os efeitos da má gestão administrativa. Reitere-se, contudo, que tal polêmica só se justifica se a pessoa federativa tiver editado a sua lei específica para o regime especial; caso o contrário, o vínculo terá mesmo que ser trabalhista, seja temporário ou permanente. (FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 22ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.2009)

No presente caso, senhor Odivane Silva da Silva foi contratado em abril de 1997 até dezembro de 2006 para exercer, a título de servidor temporário, o cargo de Auxiliar Administrativo. Assim, considerando que houve a prorrogação do contrato por quase de 10 (dez) anos, fica patente a excepcionalidade do vínculo, sendo a contratação totalmente desvirtuada dos ditames legais, devendo o contrato ser declarado nulo.

Quanto à possibilidade do contrato nulo produzir efeitos, o entendimento do STF sedimentado no julgamento do RE nº 596.478-RR é cristalino no sentido de que é devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, conforme ementa que ora transcrevo:

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 nº 596.478. Redator para Acórdão: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 13/06/2012. Divulgado em 28/20/2013)

Por ocasião do julgamento, a Ministra Ellen Gracie, na condição de relatora do recurso, proferiu voto declarando inconstitucional o artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, por entender que este afronta o artigo 37, inciso II e § 2º da Constituição Federal. Consignando que:

(...)o conhecimento e o cumprimento da Constituição é dever de todos, tanto das autoridades quanto dos particulares. Na investidura em emprego público sem concurso público, ambos incorrem em violação à Constituição, devendo suportar os ônus de tal conduta, dentre as quais a nulidade do ato..

Contudo, os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cezar Peluso acompanharam a divergência levantada pelo Ministro Dias Toffoli, compreendendo que na teoria das nulidades, não há princípios absolutos, de modo que é possível reconhecer que, não obstante sua invalidez teórica, o ato é suscetível de produzir alguns efeitos, dentre os quais o reconhecimento do pagamento de salário etc., e também, neste caso específico, o depósito de Fundo de Garantia.

Deste modo, não há que se falar em impossibilidade do contrato declarado nulo gerar efeitos, nos termos do voto proferido pelo STF.

Quanto ao direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, impende acrescentar o entendimento do Ministro Teori Zavascki no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se arguia a afronta do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90 aos artigos 2º e 18, caput, artigo 5º, inciso XXXVI, artigo 7º, inciso III, artigo 37, inciso II e § 2º e artigo 169, inciso II, todos da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Não convence o argumento segundo o qual a nulidade dos contratos de trabalho não pode gerar direito ao FGTS. Tal raciocínio parte de um pressuposto absolutamente inadmissível, segundo o qual as consequências da nulidade devem ser inteiramente carregadas ao trabalhador, não ao tomador do trabalho. A falta de juridicidade de tal pressuposto se mostra ainda mais manifesta quando se tem presente que a nulidade do contrato, por ausência de concurso, foi causada fundamentalmente pelo contratante, não pelo empregado. É de se considerar, ademais, o inafastável fato da realidade, de que, embora fundada em ato jurídico formalmente ilegítimo, houve a efetiva prestação do trabalho, da qual tirou proveito a Administração contratante.

Consequentemente, em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas de natureza não tributária, os juros moratórios devem corresponder à Taxa Referencial aplicada à caderneta de poupança, consoante a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, sem efeito retroativo e a correção monetária deve ser calculada segundo a variação do IPCA-E, conforme decisão de modulação dos efeitos das ADI nº 4357-DF e 4425-DF.

Examinando os autos, verifico que a parte autora / apelante formulou na



peça inicial o pedido de recebimento das verbas referentes ao FGTS com o acréscimo de multa no importe de 40% (quarenta por cento), tendo o juízo singular entendido pelo não reconhecimento ao direito ao recebimento da multa. Apenas fazendo um acréscimo, entendo que a multa de 40% (quarenta por cento) sobre o FGTS é incabível no caso, em decorrência de interpretação lógica do julgamento do Recurso Extraordinário paradigma nº RE 705.140/RS que reconheceu aos servidores temporários tão somente o direito ao recebimento do FGTS e do saldo de salário eventualmente existente, conforme ementa:

EMENTA: 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 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 (, art. ,).
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. da Lei /90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.
3. Recurso extraordinário desprovido. (RE nº 705.140-RS. Relator Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 28/08/2014. Divulgado em 04/11/2014).

Por derradeiro, cabe pontuar que no presente caso há a aplicação da prescrição quinquenal, por força do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 que é norma especial, a qual prevalece sobre a norma geral, ou seja, deverá a parte ser ressarcida dos cinco anos anteriores à data em que foi retirada do serviço público, conforme decisões abaixo:

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 8.036/90 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo decreto 99.684/90. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da lei 9.868/99. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, Pleno, ARE nº 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014).

Com base no plexo de fundamentos acima narrados, conheço e nego provimento ao presente recurso de apelação. No entanto, por ser matéria de ordem pública, entendo necessário reformar o julgado de primeiro grau com relação ao limite da prescrição quinquenal, ou seja, limitado o recebimento aos cinco anos anteriores à data em que deixou o serviço público, incidindo correção monetária pelo índice IPCA-E e juros de mora na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

É como voto.

Belém-PA, 12 de dezembro de 2016.

Desembargadora MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora