



PROCESSO Nº 0002819-53.2013.8.14.0012

Ó.JULGADOR: 2ª Turma de Direito Público

RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: AGENOR BENASSULY MOREIRA NETO

ADVOGADO: RAIMUNDO CÉLIO VIANA NETO – OAB 13.087

APELADO: ESTADO DO PARÁ – SECRETARIA EXECUTIVA DE SAÚDE PÚBLICA

PROCURADOR: GUSTAVO TAVARES MONTEIRO – OAB 17.182

RELATORA: DESA. NADJA NARA COBRA MEDA

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA DE FGTS. SENTENÇA DE PRESCRIÇÃO BIENAL DO CONTRATO DE TRABALHO, APÓS O DESLIGAMENTO. SERVIDOR TEMPORÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 02 (DOIS) ANOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I – Quanto a prescrição, é preciso registrar que, em 13/11/2014, o STF, no julgamento do ARE nº 709.212, com repercussão geral, mudou o seu entendimento que dizia que a prescrição para cobrança das parcelas de FGTS era de 30 (trinta) anos para admitir que ela é de 5 (cinco) anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32, obedecido o prazo bienal para a propositura da ação após o término do contrato de trabalho, em obediência ao art. 7º, XXIX, da CRFB/88.

II - Pelo exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, para declarar manutenção da prescrição dos pedidos formulados pelo Apelante, nos termos da fundamentação exposta.

ACÓRDÃO

Acórdão os Exmos. Srs. Desembargadores, que integram a Turma Julgadora da 2ª Turma de Direito Público, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por maioria, em conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo a sentença em seus termos, conforme o voto da Magistrada Relatora, proferindo voto-vista convergente o Exmo. Desembargador Luiz Gonzaga da Costa Neto, vencida a Exma. Desembargadora Diracy Nunes Alves.

Sala das sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, ao décimo dia do mês de agosto de 2017.

Julgamento presidido pela Exma. Desembargadora Luzia Nadja Guimarães Nascimento.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por AGENOR BENASSULY MOREIRA em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Cametá, que julgou improcedente a ação e extinguiu com julgamento de mérito a AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA proposta contra o ESTADO DO PARÁ – SECRETARIA EXECUTIVA DE SAÚDE PÚBLICA.

AGENOR BENASSULY MOREIRA ajuizou ação ordinária de cobrança de verbas trabalhistas, pela prestação de serviço como Agente Administrativo a SECRETARIA EXECUTIVA DE SAÚDE PÚBLICA – HOSPITAL REGIONAL DE CAMETÁ, na qualidade de servidor temporário sucessivamente prorrogado, durante o período de 01/06/1992 a 30/06/2010.

Recebida a ação, o Juízo julgou improcedente a ação e extinguiu o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, declarando prescrito o pedido com relação a valores relativos a FGTS, ante a inércia da parte Requerente ao longo dos 02 (dois) anos supervenientes ao término do vínculo jurídico-administrativo mantido com o Apelado.

Inconformado, AGENOR BENASSULY MOREIRA NETO interpôs o presente recurso de apelação, às fls. 194/200, alegando que a prescrição da pretensão de cobrança dos créditos requeridos pelo apelado, na Justiça Comum, se encerra em 03 (três) anos. Contrarrazões do ESTADO DO PARÁ, às fls. 205/212.

Remetidos os autos ao parecer ministerial a Douta Procuradora de Justiça (fls.



219/221), manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento do referido recurso. Vieram-me os autos conclusos para voto.

VOTO

Insurge-se a apelante, AGENOR BENASSULY MOREIRA NETO, contra sentença que julgou improcedente a ação de cobrança ajuizada contra o ESTADO DO PARÁ, ante a ocorrência da prescrição pleiteando que o Apelado seja condenado a pagar os valores correspondentes aos depósitos do FGTS sobre todo o período pelo Apelante laborado. Alega o Apelante que a prescrição dos créditos requeridos ocorrem em 3 (três) anos, logo tendo sido desligado do quadro temporário na data de 30/06/2010, e ajuizado a ação em 28/05/2013, ou seja, quase 3 (três) anos após a data de desligamento.

O presente recurso discute sobre o prazo prescricional das ações de cobrança de FGTS e demais parcelas pelos servidores temporários contratados de forma ilegal.

Quanto a esta questão, é preciso registrar que, em 13/11/2014, o STF, no julgamento do ARE nº 709.212, com repercussão geral, mudou o seu entendimento que dizia que a prescrição para cobrança das parcelas de FGTS era de 30 (trinta) anos para admitir que ela é de 5 (cinco) anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32, obedecido o prazo bienal para a propositura da ação, em obediência ao art. 7º, XXIX, da CRFB/88.

DIREITO DO TRABALHO. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS). COBRANÇA DE VALORES NÃO PAGOS. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (ARE 709.212/DF. REL. MIN. GILMAR MENDES)

No entanto, para fins de segurança jurídica, estabeleceu uma cláusula de modulação ex nunc, determinando que tal decisão gera efeitos a partir de então, não retroagindo.

Ocorre que no voto em comento, houve a ratificação, do que já se aplicava, quanto a prescrição do art. 7º, XXIX, da CF/88, no tocante a prescrição após a extinção do contrato de trabalho, ou seja, 2 (dois) anos.

Vejamos:

Constituição Federal

Art.7º

...

XIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

No presente caso, vigorando o contrato de 01/06/1992 a 30/06/2010, tendo sido ajuizada a demanda em 28/05/2013, ou seja, quase 3 (três) anos após a data de extinção do contrato, quando já restava prescrito em 30/06/2012.

Assim, não há que se falar em alteração da sentença que julgou improcedente o pedido ante a ocorrência da prescrição.

Pelo exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, para manter a sentença que escorreitamente declarou a prescrição dos pedidos formulados pela Apelante, nos termos da fundamentação exposta.

É o voto.

Belém, 10 de agosto de 2017.

Desa. NADJA NARA COBRA MEDA
RELATORA



SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO
APELAÇÃO CÍVEL N. 0002819-53.2013.8.14.0012
COMARCA: CAMETÁ
APELANTE: AGENOR BENASSULY MOREIRA NETO
ADVOGADO: RAIMUNDO CÉLIO VIANA DE CARVALHO
APELADA: ESTADO DO PARÁ
ADVOGADO: GUSTAVO TAVARES MONTEIRO
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES.

VOTO VISTA

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES:

Agenor Benassuly Moreira Neto, nos autos de ação de cobrança movida contra Estado do Pará, interpõe recurso de apelação frente sentença prolatada pelo juízo da 1ª vara da comarca de Cametá que julgou improcedente a ação e extinguiu o processo com julgamento do mérito, pois que entende que o ajuizamento da ação se deu fora do prazo bienal, contido no artigo 7º, XXIX da CF.

Aduz o apelante que o pleito não pode observar os ditames da justiça especializada do trabalho, haja vista tratar-se de ação de cobrança de direito indenizatório de verbas trabalhistas advindas do direito administrativo, tendo o prazo de três anos para ajuizar a ação contra a fazenda pública, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V do código civil. Requer, assim, o conhecimento e provimento do apelo para que se torne sem efeito a sentença prolatada para reconhecer o prazo de 03 (três) anos para ajuizamento da ação.

Em seu voto, a eminente desembargadora Nadja Nara Cobra Meda conheceu e negou provimento ao recurso, entendendo que o prazo prescricional para o ajuizamento da cobrança de FGTS e demais parcelas pelos servidores temporários contratados de forma ilegal é de 02 (dois) anos.

Refere o julgamento do R.Ext.709.2012 com repercussão geral que mudou o entendimento no que diz respeito à prescrição para a cobrança das parcelas de FGTS, que passou de 30 (trinta) anos para 05 (cinco) anos, obedecido o prazo bienal para a propositura da ação, nos termos do artigo 7º, XXIX da CF/88.

Assim, decidiu que tendo início o contrato em 01/06/1992 e fim em 30/06/2010, tendo o ajuizamento se dado em 28/05/2013, ou seja, quase 03 (três) anos após a data da extinção do contrato, restou prescrito o direito de ajuizamento da ação em 30/06/2012.



Após detida análise, data vênua, divirjo do voto da eminente relatora, no sentido de entender que a prescrição contra ações de cobrança contra a fazenda pública devem observar o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o ajuizamento da ação, nos termos do artigo 1º do decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932 e do artigo 2º, do decreto-lei 4.597/42.

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

O Decreto nº , de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

No caso, como há controvérsia sobre a aplicação do decreto 20.910/32 e o artigo 7º, XXXIX da CF, a solução é a utilização do critério da especialização.

O princípio da especialidade revela que a norma especial afasta a incidência da norma geral. *Lex specialis derogat legi generali*. A norma se diz especial quando contiver os elementos de outra (geral) e acrescentar pormenores

Como bem ensina Maria Helena Diniz:

O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominada especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre ela, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral.

Deste modo, o Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral, de modo que o prazo prescricional



referente à cobrança de débito relativo ao FGTS em desfavor da Fazenda Pública é quinquenal.

Neste sentido:

Ementa: PROCESSUAL 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)

Por outro lado, a questão sobre o prazo prescricional de ação indenizatória movida contra a fazenda pública ser de 05 (cinco) anos, já se encontra pacificada por meio da temática dos recursos repetitivos decidida de forma unânime no REsp 1251993/PR, que foi relatado pelo ministro Mauro Campbell Marques, na primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Neste julgado que deu origem ao tema 553 do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu-se que prescreve em cinco anos o direito ao ajuizamento das da indenização por reparação civil contra a fazenda pública, pois que a discussão se dá entre a utilização do art. 1º, do decreto 20.910/32 e o artigo 206, § 3º, V do CC. Entretanto, no julgado há ainda o entendimento de que todo e qualquer direito ou ação movida contra a fazenda pública, seja ela federal estadual ou municipal, prescreve em 05 (cinco) anos, nos termos do decreto 20.910/32. Eis a ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n



8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREpsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho ("Manual de Direito Administrativo", 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha ("A Fazenda Pública em Juízo", 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90). 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco ("Tratado de Responsabilidade Civil". Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs.



207/208) e Lucas Rocha Furtado ("Curso de Direito Administrativo". Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042). 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho ("Curso de Direito Administrativo". Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299). 6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011. 7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema. 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012)

Ainda, o recurso extraordinário 709.212/DF, deixa claro que o cerne da presente controvérsia dirimida no julgamento diz respeito, tão somente, a definição do prazo prescricional aplicável à cobrança judicial dos valores devidos pelos empregadores e pelos tomadores de serviços, ao Fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS). Tanto é assim, que a parte dispositiva do presente julgamento assim se perfaz:

Ante o exposto, fixo a tese, à luz da diretriz constitucional encartada no inciso XXIX do art. 7º da CF, de que o prazo prescricional aplicável



à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é quinquenal.

Ante o exposto, dou procedência ao ponto para afastar a prescrição (decadência) bienal aplicada para o ajuizamento da ação, desta forma, aplicando o prazo de 05 anos previsto no decreto lei 20.910/32.

Por conseguinte, vencida a questão do prazo prescricional para o ajuizamento da ação adentro no mérito, nos termos do artigo 1013, § 4º do CPC, que determina que art.1013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e § 4º. Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

De início, passo a decidir sobre o prazo prescricional para a cobrança dos valores devidos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709212, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, modificou posicionamento anterior a fim de reconhecer o prazo prescricional quinquenal do FGTS em relação à Administração Pública, modulando seus efeitos, vejamos a ementa do julgado:

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)

No voto condutor do Acórdão o Ministro Gilmar Mendes esclarece acerca da modulação, de modo que a decisão acima possui 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.

Deste modo, como a apelada foi contrata em 01/06/92 e demitido em 30/06/2010 (fato não contestado), tendo ajuizado a presente demanda em 07/06/2013 (fl.02), e sendo a data da decisão do Supremo de 13/11/2014, os 05 (cinco) anos se projetam para 13/11/2019. Assim, a prescrição é quinquenal, pois se contada do termo inicial a apelada tem pouco mais de 18 (dezoito) anos, ainda faltando 09 (nove) anos para 30 anos, o que se projetado daria 2023. Logo, tendo ocorrido primeiro o prazo prescricional de 05 (cinco) anos em 2019, o prazo quinquenal será aplicado.

Da impossibilidade jurídica do pedido

Sustentou o apelante que a parte autora firmou contrato administrativo com o apelante, sob fundamento da lei complementar estadual n.07/1991, que no seu artigo 4º prevê que o regime jurídico aplicável aos servidores temporários é de natureza administrativa, motivo pelo qual se submetem a regras da lei estadual n.8.810/94, que não prevê direito ao depósito de FGTS,, razão pela qual impossível o pedido deduzido pela ora apelada.

A ação de reclamação trabalhista objetivando o recebimento de verbas trabalhistas geradas durante o contrato temporário pode ser ajuizada. Não há vedação expressa no ordenamento jurídico. Encontram-se diversos precedentes jurisprudenciais nos Tribunais Superiores reconhecendo o direito ao recolhimento do FGTS em caso de contrato administrativo que venha a se tornar nulo.

Embora as divergências doutrinárias, seja a verificação quanto à possibilidade jurídica do pedido restrita ao seu aspecto eminentemente processual, de previsibilidade, pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor, seja, por outra visão, com vistas à inexistência no ordenamento jurídico de uma previsão que o torne inviável, deve o Julgador, verificar, de forma abstrata, se o pedido formulado tem correspondência na lei ou se há no mundo jurídico pátrio alguma vedação expressa do mesmo, haja vista que, como bem enfatizou. A possibilidade



denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é/será. Com efeito, a possibilidade do pleito trazido pela autora, encontra respaldo tanto nesta Corte, como no Sodalício Superior.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência que entende 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.

Neste sentido:

Ementa: Administrativo. Servidor público. Contratação temporária. Declaração de nulidade do contrato por ausência de concurso público. Direito ao levantamento do FGTS. 1. O Tribunal de origem decidiu que o fato de o contrato temporário ser declarado nulo não induz ao pagamento do FGTS. 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. 2. Recurso Especial provido. (REsp 1335115/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012).

A Corte Suprema entende que cabe à Justiça Comum pronunciar-se sobre a relação entre servidores e o Poder Público, inclusive quando a lide envolver o requerimento de verbas rescisórias, FGTS e outros encargos semelhantes, dada a prevalência da questão de fundo. Neste sentido:

EMENTA Agravo regimental na reclamação. Administrativo e Processual Civil. Dissídio entre servidor e o poder público. ADI nº 3.395/DF-MC. Cabimento da reclamação. Incompetência da Justiça do Trabalho. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade das decisões deste Tribunal (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88). Não se reveste de



caráter primário ou se transforma em sucedâneo recursal quando é utilizada para confrontar decisões de juízos e tribunais que afrontam o conteúdo do acórdão do STF na ADI nº 3.395/DF-MC. 2. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo. O problema relativo à publicação da lei local que institui o regime jurídico único dos servidores públicos ultrapassa os limites objetivos da espécie sob exame. 3. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requererem verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, ainda que desvirtuada ou submetida a vícios de origem. 4. Agravo regimental não provido. (Rcl 7857 AgR / CE - Relator Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 06/02/2013 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Assim, a preliminar não merece prosperar, posto que o pedido não é vedado pelo ordenamento jurídico, ao contrário, sua natureza pode ser reconhecida em juízo.

Mérito

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, já analisou o art. 37 da Constituição Federal, proclamando a nulidade de pleno direito da investidura sem concurso público. Neste sentido: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 596478/RR, que uniformizou a discussão acerca da matéria, oportunidade em que a Suprema Corte afirmou serem nulos os contratos de trabalho que não observaram a regra disposta no art. 37, II, e § 2º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. O voto proferido pela Ministra Ellen Grace, delimita a nulidade desses contratos temporários, in verbis:

Passo a analisar a validade do art. 19-A da Lei 8.036/90, acrescentado pela MP 2.164-41, em face do art. 37, II e § 2º da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. O dispositivo constitucional estabelece a exigência de concurso público para a investidura em cargos ou empregos públicos e comina a pecha da nulidade para a sua inobservância, nos seguintes termos: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do



Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego', na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. " A exigência de concurso público constitui instrumento para a concretização dos princípios da impessoalidade e da eficiência. 4. Para que a exigência de concurso efetivamente cumpra função de salvaguarda do interesse público, a Constituição é clara quanto às consequências de eventual violação: punição da autoridade responsável e nulidade do ato. Tais sanções dão a exata dimensão da importância que a Constituição atribuiu ao concurso público e torna inequívoca a negativa de efeitos à investidura indevida. A nulidade é vício que implica invalidade na origem e insanável, impedindo que o ato produza os efeitos jurídicos que normalmente lhe seriam próprios e inerentes. O ato nulo é natimorto. Este Supremo Tribunal Federal já analisou o art. 37 da Constituição, proclamando a nulidade de pleno direito da investidura sem concurso público.

Nesta oportunidade, a eminente Ministra Relatora colacionou julgados do Supremo Tribunal Federal demonstrando a firme posição daquela Corte acerca da nulidade dos contratos para investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. A Ministra Ellen Grace afirmou que:

Este Supremo Tribunal Federal já analisou o art. 37 da Constituição, proclamando a nulidade de pleno direito da investidura sem concurso público. Veja-se a emenda do AgRegAl 677.753-5, relator o Ministro Ricardo Lewandowski,: "I - Ambas as Turmas deste Tribunal assentaram entendimento de que a nulidade do contrato de trabalho firmado com entidade da Administração Pública sem a prévia realização de concurso público não gera efeitos trabalhistas. II - Recurso Protelatório. Aplicação de multa. III - Agravo regimental improvido. " 5. Resguarda-se, tão-somente, o pagamento dos salários pelo trabalho prestado, de modo a evitar o enriquecimento sem causa do Estado. O Ministro Celso de Melo, em decisão monocrática



que proferiu no AI 743.712AgR destacou a existência de entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Suprema Corte, que reconhece, como único efeito jurídico válido resultante do pacto celebrado, o direito à percepção do salário referente ao período efetivamente trabalhado". Também em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Britto a posição do Tribunal restou clara: "1. Após a Carta Magna de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contrato gera, tão-somente, o direito ao pagamento dos salários pelos dias efetivamente trabalhados, pena de enriquecimento sem causa do Poder Público." (AI 502140 AgR).

Ademais, no citado julgamento do RE-RG 596.478, o Exmo. Senhor Ministro Luiz Fux, corroborando o entendimento da Ministra Ellen Grace afirmou em seu voto, in verbis:

que o artigo 37, § 2º, da Constituição Federal é explícito, até como uma forma de desestimular contratações fraudulentas, não estimular as fraudes, ao dispor que a não observância do disposto nos incisos II e III do artigo 37, que versa exatamente sobre a contratação para o serviço público sem concurso, quer dizer, não observado o concurso, o ato é acoimado de nulidade.

Como se pode observar a questão da nulidade dos contratos temporários desprovidos de concurso público já foi enfrentada pela Suprema Corte de Justiça, de modo que a sentença recorrida se mostra correta ao decretar a nulidade do contrato de trabalho do autor firmado com o Municipal apelante.

Do direito ao recebimento do FGTS

Considerando o reconhecimento da nulidade do contrato de trabalho em razão da ausência de prévia aprovação em concurso público, importante assinalar os seus efeitos jurídicos, como o direito ao pagamento do FGTS ao servidor temporário, pelo que, ressalto a aplicação, in casu, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 596478/RR e recentemente (ARE 960.708/PA), objetivando uniformizar o entendimento referente à discussão travada.

Nesse sentido, restou decidido pela Suprema Corte, in verbis:

Ementa: 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. (STF, Relator: Min. ELLEN GRACIE. Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 13/06/2012, Tribunal Pleno. REPERCURSÃO GERAL. Div. 28.02.2013. P. 01/03/2013. Trânsito em julgado 09.03.2015).

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, inicialmente criado pela Lei n. 5.107/1966 e atualmente regido pela Lei n. 8.036/1990, surgiu como alternativa ao regime celetista anterior que tratava das garantias ao trabalhador demitido, tornando-se a única a partir da Constituição de 1988. Portanto, a sua criação teve motivação exclusiva para os celetistas.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, foi incluído na Lei que rege o FGTS o art. 19-A, que passou a contemplar sua incidência também aos servidores temporários da Administração Pública, vejamos:

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.

Este dispositivo legal acabou por criar hipótese nova de incidência do FGTS e em função da questão relativa à nulidade dos contratos temporários celebrados com pessoas não selecionadas através de concurso público, teve sua constitucionalidade analisada pelo Supremo Tribunal Federal, através do RE 596478, em repercussão geral, o qual reconheceu sua validade, vejamos:

EMENTA: 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, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMENT VOL-02679-01 PP-00068)

Nesta decisão o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a repercussão geral da matéria, julgou o Recurso Extraordinário 596478/RO, por meio do qual o Estado de Roraima pretendia obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90.

No julgamento do recurso, os ministros compreenderam que, independentemente da natureza jurídica do FGTS (se tem caráter indenizatório; se tem natureza de salário diferido ou indireto; se se trata de um fundo ou poupança forçada), o fato é que ele tem, inquestionavelmente, caráter compensatório pelo tempo de trabalho prestado, e surgiu para compensar a perda da estabilidade pelo trabalhador. Realizaram comparativo com o trabalho exercido por menor. O contrato de trabalho travado com um menor é nulo, mas o Fundo de Garantia, não há dúvida, é devido ainda assim o que demonstraria, de forma clara, que a nulidade do contrato de trabalho não impõe a exclusão do FGTS. De fato, não se pode confundir a nulidade do contrato de trabalho com a inexistência dele. No caso ocorreu a contratação irregular do trabalhador que, embora inválida, existiu no plano fático e esse fato, sem dúvida, produz efeitos jurídicos. Os ministros entenderam que não se pode negar que houve uma contratação irregular de servidor, mas afastar da Administração o dever de arcar com o pagamento do FGTS acabaria por premiar a ineficiência e a ilegalidade do ato. O Supremo, no caso, conferiu consequências jurídicas ao ato considerado nulo em homenagem a outros princípios constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, cabe algumas reflexões. O Tribunal Pleno do STF reconheceu válido o direito ao FGTS de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja considerado nulo por ausência de aprovação prévia em concurso público. Um dos principais fundamentos para esta tese é a doutrina de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, citados pelo Ministro Gilmar Mendes



em seu voto, in verbis:

A questão da ineficácia do contrato de trabalho seria resolvida em termos tão simples se fôra possível aplicar ao mesmo, com todo rigor, a teoria civilista das nulidades. Mas, a natureza especial da relação de emprego não se compadece com a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a consequência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito. Mas, é consequência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade é que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho. Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera DE LA CUEVA, ao criticar a opinião de HUECK-NIPPERDEY. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista das nulidades. A distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em relação a este.' (Curso Elementar de Direito do Trabalho, 1963, pp. 115/116)

Portanto, não poderia o Estado se beneficiar de sua própria torpeza ao levantar a bandeira da nulidade do contrato, pois não pode devolver a força de trabalho desempenhada pelo trabalhador.

Em seguida, o STF novamente proferiu julgamento, também em



grau de repercussão geral, rubrica 308: Efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública de empregado não submetido à prévia aprovação em concurso público. O Pleno compreendeu que as 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. Vejamos:

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 Constituição 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 (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. (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)

Estes julgados passaram a suscitar novas questões a serem analisadas O que seria o trabalhador? Segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho, os servidores públicos podem ser divididos em estatutários, trabalhistas e temporários, divisão esta que atende a dois critérios: a natureza do vínculo jurídico que liga o servidor ao Poder Público e a natureza dessas funções. Vejamos:

Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos. Nos estatutos estão inscritas todas as



regras que incidem sobre a relação jurídica, razão porque nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado. (...)

A segunda categoria é a dos servidores públicos trabalhistas (ou celetistas), assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes na Consolidação das Leis do Trabalho. Seu regime básico, portanto, é o mesmo que se aplica à relação de emprego no campo privado, com as exceções, é lógico, pertinentes à posição especial de uma das partes – O Poder Público. A última categoria é a dos servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da Lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos.

Dito isto, o conceito de trabalhador não pode ser mitigado e relacionado apenas aos celetistas, pois na verdade todos os servidores públicos prestam serviços e, lato sensu, também podem ser considerados trabalhadores.

Corroborando esse entendimento, as turmas do Supremo passaram a ampliar o direito do depósito de FGTS também aos servidores temporários, vejamos:

1ª TURMA:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. DIREITO AO DEPÓSITO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. RE 596.478-RG. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JULGAMENTO DE MÉRITO. 1. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido aos servidores temporários, nas hipóteses em há declaração de nulidade do contrato firmado com a Administração Pública, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do RE 596.478-RG, Rel. para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe de 1/3/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - PRAZO SUPERIOR AO ADMITIDO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - NULIDADE DO ATO - FGTS - DIREITO AO RECOLHIMENTO -



PRECEDENTE DO STF. 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (RE 830962 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 24-11-2014 PUBLIC 25-11-2014)

2ª Turma:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Contratação temporária. Nulidade do contrato. Direito ao recebimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. 1. O Plenário da Corte, no exame do RE nº 596.478/RR-RG, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, concluiu que, 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. 2. Essa orientação se aplica também aos contratos temporários declarados nulos, consoante entendimento de ambas as Turmas. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 867655 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 03-09-2015 PUBLIC 04-09-2015)

Portanto, de forma frontal, clara e expressa o Supremo Tribunal Federal estendeu direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal e definiu que o direito aos depósitos do FGTS é extensível aos servidores temporários que tenham seus contratos considerados nulos por inexistência de aprovação prévia em concurso público, independentemente se a natureza da sua contratação é celetista ou administrativa. Em verdade, a questão está estabilizada no Supremo Tribunal Federal, intérprete da Constituição e cuja compreensão, em meu sentir, deve ser necessariamente reproduzido nesta Corte.

Frise-se que esta relatora não desconhece o fato de que os servidores públicos temporários do Estado do Pará e municipais, por força de Lei, tem seus contratos com natureza administrativa e nem que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente (Rcl 7157 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-050 divulg 18-03-2010 public 19-03-2010 ementa vol-02394-01 PP-00094 RTJ VOL-00213- PP-00496 RT v. 99, n. 897, 2010, p.



117-121 LEXSTF v. 32, n. 376, 2010, p. 151-158 REVJMG v. 61, n. 192, 2010, p. 378-381).

Contudo, o Agravo Regimental na Reclamação n. 7157 se refere a conflito de competência e não trata diretamente de casos relacionados ao FGTS relativo a servidores temporários, de modo que não é precedente aplicável ao caso e, como já dito, não importa se a natureza do contrato celebrado entre a administração e o temporário é celetista ou administrativa, pois em ambos os casos o STF em decisão mantida por suas duas turmas, entende que é ao servidor estendido e garantido o direito aos depósitos de FGTS.

Da multa de 40% e dos demais direitos trabalhistas

A Administração possui discricionariedade para efetuar contratação temporária nos termos do art. 37, IX, da CF/88, vinculando-se o poder público à legalidade, necessidade e conveniência da contratação especial, como ensina Alexandre de Moraes:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(...)

A primeira exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público.

(...)

Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:

- excepcional interesse público;
- temporariedade da contratação;
- hipóteses expressamente previstas em lei.

A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional."

É fato incontroverso que a contratação firmada entre o apelado e a Administração teve aparência temporária e emergencial, visando a atender a situação excepcional vivenciada pela Administração Pública, contratação esta que apenas produz os direitos previstos na legislação específica, ou seja, no regime estatutário.



A doutrina classifica os temporários como servidores públicos, conforme nos ensina José dos Santos Carvalho Filho:

(...) na verdade, se configuram como um grupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos.

Desta forma, apesar do servidor não ter sido admitido pela administração através de prévio concurso público na época das parcelas que agora requer, não pode deixar de considerar que mesmo a tinha o seu contrato de forma precária, não sendo aplicável o regramento celetista ao caso, com exceção apenas a questão do FGTS, pois esta deriva de lei específica, cuja constitucionalidade será analisada no tópico posterior.

O contrato temporário celebrado entre as partes desvirtuou o mandamento constitucional, pois a manutenção de contrato por longo tempo para suprir atividades não emergenciais, mas sim perenes do Estado (como no caso a a manutenção de serviços públicos), viola o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que a administração deveria promover concurso público para suprir suas necessidades. Desta forma, ao não se abrigar nas disposições constitucionais o Contrato de Trabalho Temporário é nulo e como tal deve ser considerado.

Por outro lado, é evidente que apesar de nulo o contrato gerou efeitos, principalmente porque os atos do servidor não podem ser desfeitos e tampouco pode ser devolvida a atividade e o trabalho desenvolvido, sendo assim evidente que faz jus ao saldo de salário (pagamento pelos dias efetivamente trabalhados). Neste sentido há jurisprudência de nossa Egrégia Corte:

(...)

2. O valor correspondente ao salário do apelado nada mais é do que a contraprestação que qualquer empregador deve dispor ao seu empregado pela prestação correspondente dos serviços que se beneficiou.

(ACÓRDÃO N. 101.137. DJE. 14/10/2011. APELAÇÃO CÍVEL Nº. 20113018207-9. COMARCA DE ORIGEM: ÓBIDOS. APELANTE: MUNICÍPIO DE ÓBIDOS - PREFEITURA MUNICIPAL (ADV. ANTÔNIO SALES GUIMARÃES CARDOSO). APELADA: EDIMAR BENTES DE ANDRADE (ADV. ANTÔNIO EDSON DE OLIVEIRA MARINHO JR). DESEMBARGADOR RELATOR: JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO).

No caso, a multa fundiária de 40% (quarenta por cento) possui previsão expressa na CLT, mas não há disposição legal que estenda para o servidor público temporário, pois o art. 19-A da lei 8.036/1990 apenas se refere ao FGTS e não a sua multa. Assim esta parcela deve ser indeferida por falta de amparo legal.

Mesma sorte assiste ao pedido de adicional de insalubridade., uma vez que o contrato temporário é considerado nulo e não possui caráter trabalhista, mas sim administrativo.

Do dispositivo



Deste modo, conheço e dou provimento ao recurso para dar prosseguimento a ação, uma vez que o ajuizamento não se encontra prescrito, pois que a ação restou ajuizada dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, nos termos do decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Por conseguinte, adentro do mérito para reconhecer, tão somente, o direito ao recebimento do FGTS, no prazo prescricional quinquenal, com juros e correção monetária a partir do efetivo prejuízo (súmula 43 e 54 do STJ), nos termos do artigo 1º-F da Lei 9.494/97
É o voto.

Belém, 30 de março de 2017.

Desembargadora Diracy Nunes Alves
Relatora

PROCESSO Nº 00028195320138140012
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: AGENOR BENASSULY MOREIRA NETO (ADVOGADO: RAIMUNDO CÉLIO VIANA DE CARVALHO – OAB/PA Nº 13087)
APELADO: ESTADO DO PARÁ (PROCURADOR DO ESTADO: GUSTAVO TAVARES MONTEIRO – OAB/PA Nº 17182)
RELATORA: DESA. NADJA NARA COBRA MEDA
RELATOR VOTO VISTA: DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

VOTO VISTA

Tratam os autos de Apelação Cível interposta por Agenor Benassuly Moreira Neto, contra sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Cametá, em ação ordinária de cobrança de que julgou improcedente a ação e extinguiu o feito com julgamento de mérito, considerando prescrito o pedido de cobrança de FGTS em razão do disposto no art. 7º, XXIX, da CF/88 ante a inobservância, pelo Apelante, do prazo prescricional de 02 anos contados da extinção do contrato de trabalho para o aforamento da demanda (contrato foi extinto em 30.06.2010 e a ação foi ajuizada em 28.05.2013).

A eminente Desª Relatora, em seu voto de fls. 224/226, considerou acertada a decisão do Juízo 'a quo', posto que a ação foi ajuizada após o biênio previsto na norma constitucional. Alicerça, pois, o seu entendimento na norma constitucional e no ARext 709.212, do STF, julgado em 13.11.14, sob a égide da chamada repercussão geral.

A sempre douta Desª Diracy Nunes solicitou vista dos autos. Apresentou voto (fls. 227/230) divergindo do entendimento esposado pela eminente relatora. Pelo seu entendimento, a Desª Diracy Nunes considera que a solução do caso passa pela aplicação do critério da especialização no qual a norma especial (no caso o Decreto nº 20.910/32 que define a aplicação da



prescrição nos feitos em que é parte a Fazenda Pública) afastando, pois, a regra do art. 7º, XXIX, da CF/88, asseverando que:

Deste modo, o Decreto 20.910/32, por ser norma especial, prevalece sobre a lei geral, de modo que o prazo prescricional referente à cobrança de débito relativo ao FGTS em desfavor da Fazenda Pública é quinquenal.

Ainda que tivesse posicionamento firmado e conhecido sobre o tema, a posição da Desª Diracy Nunes causou-me instigação. Pedi vista dos autos para melhor estudo do caso e definição, técnica, de minha posição, de todos conhecida.

É o relatório.

Pedirei vênias à Desª Diracy Nunes para, no caso em debate, acompanhar a eminente Desª Relatora.

Creio que, aqui neste caso, a solução não passe pelo critério da especialização pelo simples fato de que não estamos tratando de normas de mesma categoria jurídica ou situadas no mesmo patamar hierárquico.

Todos sabemos que quando há conflito entre normas jurídicas existem várias formas ou critérios para dirimi-lo, a saber: hierarquia, especialidade, cronologia. O critério da especialidade é aquele que aplicamos uma lei específica (ou especial) para casos específicos (ou especiais). Normalmente é utilizado na solução de conflitos de normas de mesma estrutura hierárquica.

O critério da cronologia, como se vê do nome, busca solucionar o conflito pela utilização da norma mais recente sobre o tema discutido e que, normalmente, revoga a mais antiga.

No critério da hierarquia é aquele em que a norma superior é utilizada em detrimento da inferior. Basta que lembremos a famosa pirâmide de Hans Kelsen sobre hierarquia das normas (na qual, no topo, está a norma constitucional). Neste critério, havendo mais de uma norma sobre ao assunto, será sempre utilizada para a solução do conflito a norma superior em detrimento da inferior.

Toda interpretação constitucional se assenta no princípio da supremacia da constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Pela força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com o Diploma Maior.

E foi isto o que decidiu o STF ao mudar a sua jurisprudência sobre o tema. Considerou incongruente que a Lei Maior estipulasse um prazo prescricional sobre a matéria e a lei inferior um prazo mais dilatado. Optou, então, pela regra clássica de solução do conflito pelo critério da hierarquia das normas.

Mas, o que se discute aqui, vai além do prazo prescricional. Todos, independente, da norma aplicada (seja a constitucional, seja a do decreto 20.910/32) sabemos que a prescrição do FGTS, com a decisão recente do STF, passou a ser de 05 anos, quinquenal, portanto.

A Desª Diracy Nunes discorda, porém, é do prazo de 02 anos ao final do término do contrato de trabalho para a propositura da ação tal como previsto na norma constitucional e advoga o prazo simples de cinco anos do Decreto 20.910/32 sem a necessidade do ajuizamento da demanda em até dois anos da extinção do contrato de trabalho.



O problema é que a norma constitucional que DEVE ser aplicada ao caso em razão da sua hierarquia traz, em seu bojo, na verdade, dois prazos, que, a depender do doutrinador, podem ser ambos prescricionais, ou um prescricional e outro decadencial.

Mas o certo é que se tem o prazo decadencial de 05 anos, findo o qual se extingue o direito material (ou o direito potestativo) e, mais importante, o prescricional de 02 após o término da relação contratual para reclamar o FGTS ou qualquer outro crédito decorrente de ação de trabalho. Eles não se confundem.

Só que para ter direito aos últimos cinco anos de recolhimento do FGTS, o trabalhador precisa reclamar tal direito através da competente ação ajuizável em até 02 anos da expiração do contrato de trabalho. Ou ainda, nada obsta, que reclame os recolhimentos ainda com o contrato em vigor quando o prazo a ser reclamado também será de 05 anos para trás.

A prescrição é a perda do direito à ação ou a extinção do direito de ação, pelo credor/servidor/trabalhador em razão de sua inércia pelo não aforamento da demanda judicial de sua pretensão no prazo de 02 anos, previsto no art. 7º, XXIX, parte final, da CF/88.

Este prazo prescricional não se confunde com o prazo decadencial de 05 anos, previsto na parte inicial do art. 7º, XXIX, da CF/88 e que foi referendado pelo STF, no julgamento do ARExt 709212. Ou seja: o trabalhador/servidor tem direito aos últimos cinco anos de cobrança do depósito do FGTS desde que observe o prazo prescricional de 02 anos, contado do final de contrato de trabalho, para o exercício da ação de cobrança, ou para ser mais consentâneo com a doutrina moderna, perde o direito à pretensão de exigir o crédito não depositado de FGTS, que é extinto pela prescrição bienal.

No caso, ele perde o direito material em razão de sua inércia no exercício do direito de postulação ou de ação.

A doutrina, explanando o alcance da decisão do STF no ARExt 709212, tem lecionado:

Apesar do acima exposto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 13 de novembro de 2014, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212/DF, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é o previsto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, por se tratar de direito dos trabalhadores urbanos e rurais, expressamente arrolado no inciso III do referido dispositivo constitucional.

Prevaleceu, assim, o entendimento de ser aplicável ao FGTS o prazo de prescrição de cinco anos, a partir da lesão do direito (e não apenas o prazo prescricional bienal, a contar da extinção do contrato de trabalho), tendo em vista, inclusive, a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas. Vale dizer, uma vez respeitado o prazo prescricional de dois anos, que se inicia com o término da relação de emprego, somente são exigíveis os valores devidos nos últimos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação.

Com isso, decidiu-se que o prazo prescricional de 30 anos, previsto no art. 23, § 5º, Lei 8.036/1990 (e no art. 55 do Regulamento do FGTS,



aprovado pelo Decreto 99.684/1990), é inconstitucional, por violar o já mencionado art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988. (GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA, FGTS E PRAZO PRESCRICIONAL NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF, IN REVISTA DO TRT ELETRÔNICA DO TRT-9ª REGIÃO, VOL. 41, PÁGINA 9, 2015)

Aliás, o próprio TST, guardião e último bastião do Judiciário quando se trata de relações trabalhistas, em data de 09.06.2015, através da Resolução nº 198, alterou a redação da Súmula 362 (que tratava da prescrição trintenária do FGTS), que passou a vigor com o seguinte enunciado:

SÚMULA 362. FGTS. PRESCRIÇÃO

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Com tais considerações, entendo:

a) o prazo de reclamação do crédito do FGTS, antes trintenário por força de lei infraconstitucional, passou a, de maneira geral, ser quinquenal em razão da decisão do STF no ARExt 709.212, que concedeu plena e imediata eficácia ao disposto no art. 7º, XXIX, da CF/88;

b) Em tal circunstância, prevalece, como solução de conflito entre a Carta Magna e o Decreto nº 20910/32, o critério não da especialidade (usado em conflitos de normas de igual patamar jurídico), mas o critério da hierarquia, onde o disposto na Legislação Maior ou Superior prevalece sobre o disposto em legislação hierarquicamente inferior;

c) Também por conta de tal critério, e em razão de expressa previsão no texto constitucional, o prazo para reclamar a falta de depósito de FGTS, prescreve em 02 (dois) anos a contar do término do pacto laboral, tal como previsto, repito, na CF/88 (art. 7º, XXIX), na decisão do STF no ARExt 709212, e na atual redação da súmula nº 362, do TST.

Assim, com um pedido de vênias a Desª Diracy Nunes, acompanho o voto da eminente Desª Nadja Nara, relatora do presente Apelo.

É o meu voto.

Belém, 10 de agosto de 2017.

DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO.
RELATOR