



1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.3.013739-7
APELANTE / APELADO: ANTÔNIO BENTES DOS SANTOS
ADVOGADO: CARLENILSON ANTÔNIO DE SOUSA SANTANA
APELANTE / APELADO: MUNICÍPIO DE SANTARÉM
PROCURADORA MUNICIPAL: MARIA DOLOURES CAJADO BRASIL
RELATOR (A): DES (A) MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO MUNICÍPIO DE SANTARÉM. TEMPESTIVIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA POR ANTÔNIO BENTES DOS SANTOS. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A DA LEI Nº. 8.036/90 REJEITADAS. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO ANTE AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. ENTENDIMENTO CONFORME DECISÕES DO STF. DIREITO AO RECEBIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA DE TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. RECOLHIMENTO DE VERBA PREVIDENCIÁRIA AO INSS. CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIDO.

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 interposto, à unanimidade de votos, para manter a decisão de primeiro grau.

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

Belém/PA, 28 de novembro de 2016.

Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo MUNICÍPIO DE SANTARÉM (fls. 289/304) e por ANTÔNIO BENTES DOS SANTOS (fls. 322//327), em face de sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Santarém (fls. 277/287), que, com fundamento no art. 269, I do antigo CPC, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, declarando a nulidade do contrato (por não reconhecer a natureza trabalhista), deferindo o recolhimento do FGTS (considerando a prescrição quinquenal a partir do ajuizamento da ação), o recolhimento da verba previdenciária ao INSS (pois



tais valores já foram descontados), indeferindo o reconhecimento do vínculo trabalhista, anotação da CTPS e multa do art. 467 da CLT.

A sentença foi publicada no Diário de Justiça eletrônico em 10 de janeiro de 2011 (Edição nº. 4714/11), conforme certidão à fl. 287.

Irresignado, o Município de Santarém interpôs o recurso de apelação (fls. 289/304), pugnando a reforma do julgado de primeiro grau, alegando, preliminarmente, a carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido, bem como a inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei nº. 8.036/90. No mérito, sustenta a impossibilidade de ato nulo gerar direito, a improcedência do FGTS e do recolhimento previdenciário.

Também foi interposta Apelação por Antônio Bentes dos Santos (fls. 322/327), pugnando pela desconsideração da prescrição quinquenal, com conseqüente recebimento total dos valores.

O Município de Santarém apresentou contrarrazões ao recurso de apelação interposto por Antônio dos Santos às fls. 330/334, relatando a intempestividade do recurso e a impossibilidade de concordância com os argumentos ventilados.

Autos foram encaminhados ao Ministério Público (fl. 340), retornando com parecer sem apresentação de manifestação, por ausência de necessidade de intervenção (fls. 342/345).

O feito passou à minha relatoria à fl. 349 e no dia 28 de março de 2014 determinei o sobrestamento e remessa à Coordenadoria de Triagem de Recurso Extraordinário e Especial (fl. 350). Posteriormente os autos retornaram (fl. 352).

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 interposto pelo Município de Santarém é tempestivo e 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. Com relação ao recurso de apelação interposto por Antônio Bentes dos Santos, constato a intempestividade, pois foi apresentado fora do prazo legal, razão pela qual não o conheço. A sentença de mérito foi publicada em 10 de janeiro de 2011 (segunda-feira), devendo ter sido apeado até o dia 25 de janeiro de 2011. No entanto, o mesmo foi interposto no dia 4 de fevereiro de 2011, sendo latente a intempestividade.

Antes de adentrar ao mérito recursal, necessário debater sobre as



preliminares levantadas pela Fazenda Pública Municipal de Santarém, com relação à carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido, bem como a inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei n.º. 8.036/90.

Não há o que se falar em carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido, vez que são verbas decorrentes de contratos temporários que foram repetidamente prorrogados, perdendo o caráter excepcional / eventual, podendo ser cobradas em juízo. Logo, revela-se a possibilidade jurídica do pedido e a necessidade de rejeição da preliminar suscitada. Da mesma forma já vem sendo entendido por outros Tribunais:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO TEMPORÁRIO - NATUREZA JURÍDICA ADMINISTRATIVA - PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS - NULIDADE - DIREITOS SOCIAIS INDEVIDOS. 1. As prorrogações sucessivas descaracterizam a excepcionalidade do contrato temporário, tornando-o nulo. 2. A nulidade do contrato temporário não altera o vínculo jurídico da contratação, nem garante ao trabalhador os direitos sociais previstos no art. 39, § 3º da Constituição Federal, excetuando-se apenas o direito aos salários e ao levantamento dos depósitos do FGTS, sem a multa. (TJ-MG - REEX: 10684140012908001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 08/09/0015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/09/2015)

Com relação à inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei n.º. 8.036/90, entendo não assistir razão à parte apelante, pois não há o que se falar em ilegalidade do texto legal que garante o depósito do FGTS ao trabalhador que tenha seu contrato de trabalho declarado nulo. Tal posicionamento também é majoritário nos Tribunais, vez que o artigo acima mencionado não ofende a Constituição Federal, conforme transcrição dos julgados abaixo:

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A, DA LEI 8036/90. Não se verifica qualquer inconstitucionalidade do art. 19-A da Lei 8036/90, sendo devidos os salários e valores referentes ao FGTS, nas hipóteses de contrato nulo com a administração pública, nos termos da Súmula 363 do TST. (TRT-1 - RO: 1990005220065010281 RJ, Relator: Patricia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 10/12/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 28-01-2013)

AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ITAU DE MINAS. CONTRATO TEMPORÁRIO. FGTS. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. ART 19-A DA LEI 8036/90. APLICABILIDADE SOMENTE QUANTO AOS CONTRATOS DECLARADOS NULOS SEGUNDO O ART. 37, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SENTENÇA MANTIDA. Diante de vínculo com o Município decorrente de contrato administrativo de serviço temporário, mostra-se descabido o pagamento de vantagens inerentes aos trabalhadores contratados sob a égide da CLT. V.V.: APELAÇÃO CÍVEL - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - SERVIDOR - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - FGTS DEVIDO - JULGAMENTO DO RE N.º 596.478/RR PELO STF - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A, DA LEI N.º 8.036/90 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - PRECEDENTES DO STJ - REFORMAR A SENTENÇA. - No julgamento do RE n.º 596.478/RR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão atinente à constitucionalidade do art. 19-A, da Lei n.º 8.036/90, acrescido pela MP n.º 2.164-41, prevalecendo o entendimento segundo o qual o trabalhador, contratado sem concurso, que teve seu contrato de trabalho declarado nulo, faz jus ao recebimento do FGTS, não havendo inconstitucionalidade na referida norma. - Conforme precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicada a prescrição quinquenal à cobrança de FGTS, nos moldes do Decreto n.º 20.910/32, em detrimento da Súmula 210, daquele Tribunal Superior, por ser, o decreto, norma especial, de observância obrigatória, nos casos de cobrança contra a Fazenda Pública. - Reformar a sentença. (TJ-MG - AC: 10529100011111001 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento:



18/02/2016, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/02/2016)

EMB .DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 596.478 RORAIMA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário decidido pelo Plenário. Repercussão geral reconhecida. Artigo 19-A da Lei 8.036/90. Constitucionalidade. Recurso extraordinário não provido. 1. A decisão embargada está em consonância com o que foi decidido pelo Pleno da Corte, que, após reconhecida a repercussão geral da matéria, julgando o mérito, consolidou o entendimento de que o art. 19-A da Lei nº 8.036/90 não ofende a Constituição Federal e possui natureza declaratória de direitos. 2. Ausência de omissão ou de obscuridade, tendo sido afastada a tese da inconstitucionalidade do dispositivo sob o argumento da sua irretroatividade a partir da edição da nº MP 2.164-41. Manutenção da decisão do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Sendo assim, conforme relatado acima, rejeito as preliminares levantadas pelo Município de Santarém.

No mérito recursal, sustenta a impossibilidade de ato nulo gerar direito, a improcedência do FGTS e do recolhimento previdenciário.

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.

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 Antônio Bentes dos Santos foi contratado em abril do ano de 1996 e foi exonerado em janeiro de 2006. 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.

Examinando os autos, verifico que a parte autora formulou na peça inicial o pedido de recebimento das verbas referentes ao FGTS, tendo o juízo de primeiro grau entendido, corretamente, pelo reconhecimento ao direito ao recebimento de tal fundo.

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 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 (, 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 ingressou com a ação judicial, 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).

Sendo assim, correta está a sentença de primeiro grau que determinou o pagamento do FGTS, com observância da prescrição quinquenal a partir do ajuizamento da ação, bem como referente ao recolhimento da verba previdenciária ao INSS, visto que tais valores foram descontados, devendo ser repassados à entidade competente.



Com base no plexo de fundamentos acima narrados, não conheço do recurso interposto por Antônio Bentes dos Santos, em virtude da latente intempestividade e conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Santarém, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença de primeiro grau em todos os fundamentos.

É como voto.

Belém-PA, 28 de novembro de 2016.

Desembargadora MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora