



1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012.3.018635-1
APELANTE: MUNICÍPIO DE ANANINDEUA
PROCURADOR MUNICIPAL: ROBERTO VICENTE DA SILVA
APELADO: ANTÔNIO SÉRGIO SOUZA SANTOS
PROCURADOR ESTADUAL: GLAUCIA MARIA CUESTA CAVALCANTE ROCHA E
OUTROS
RELATOR (A): DES (A) MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO Nº. 20.910/32. DIREITO AO RECEBIMENTO DE FÉRIAS NÃO GOZADAS, COM ACRÉSIMO DO TERÇO CONSTITUCIONAL E DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO ANTE AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. ENTENDIMENTO CONFORME DECISÕES MAJORITÁRIAS DOS TRIBUNAIS. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS VERBAS SALARIAIS. SENTENÇA DE PISO MANTIDA. 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, 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 (fls. 91/99) interposta por MUNICÍPIO DE ANANINDEUA, em face de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara de Cível de Ananindeua (fls. 86/88), que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a parte recorrente a pagar as verbas indenizatórias de férias dos períodos de 2005 a 2009, acrescidas do terço constitucional, bem como o décimo terceiro salário proporcional do ano de 2009. Arbitrou honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

A sentença foi publicada no Diário de Justiça eletrônico em 23 de março de 2012, conforme certidão à fl. 88.



Irresignado, o ente municipal, parte ré / apelante, interpôs Recurso de Apelação com intuito de reformar a decisão singular, argumentando, preliminarmente, a existência da prescrição. No mérito, frisa que a relação entre as partes era de prestação de serviço e não de contrato de trabalho, impossibilitando a procedência da ação de cobrança e deferimento para pagamento das verbas indenizatórias (fls. 90/99).

O apelo foi certificado como tempestivo (fl. 101), bem como recebido no duplo efeito (fl. 103). A parte apelada não apresentou contrarrazões ao recurso de apelação, conforme certificado à fl. 103v.

Autos vieram à minha relatoria à fl. 105.

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.

Antes de adentrar ao mérito recursal, há necessidade de enfrentamento da preliminar de prescrição levantada pela parte apelante.

Com relação a tal argumentação entendo não assistir razão a recorrente, pois o prazo prescricional que deve ser utilizado no caso concreto é o de 5 (cinco) anos, conforme previsto pelo art. 1º do Decreto nº. 20.910/32, que é mais especial ao caso. Assim sendo, tendo o vínculo entre as partes sido desfeito em fevereiro de 2009, nasceu a faculdade de a parte cobrar judicialmente as parcelas que entenda devidas, observado o prazo de 5 (cinco) anos. Após consulta à distribuição em primeiro grau, verifica-se que a demanda foi ajuizada em 1º de agosto de 2011, ou seja, dentro do prazo previsto em lei. Desta forma, rejeito a preliminar levantada.

Da mesma forma vem sendo entendido pelos Tribunais, inclusive por esta Câmara Cível, conforme julgados abaixo transcritos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇAS DO ADICIONAL DE REPRESENTAÇÃO DE INCORPORADA. SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. I Desacolhida a preliminar de prescrição ex vi art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e Súmula 85 do STJ. II - Extrai-se da legislação pertinente à matéria e da melhor jurisprudência emanada do STJ que resta patente e incontroverso o direito da autora em receber a diferença referente à representação de incorporada em função de exercício de cargo comissionado, bem como o recebimento das parcelas retroativas não atingidas pela prescrição, conforme decisão administrativa da Presidência deste e. Tribunal. III - À unanimidade de votos, Recurso de Apelação conhecido e PROVIDO PARCIALMENTE, para isentar o Município Demandado das custas processuais. Art. 15, alíneas g da lei estadual n 5.738/93 Regimento de Custas do Estado do Pará. Mantidos os demais termos da r.



sentença monocrática.

(TJ-PA - REEX: 201230105921 PA, Relator: LEONARDO DE NORONHA TAVARES, Data de Julgamento: 17/03/2014, 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 25/03/2014)

Constitucional e Administrativo - Ação de Cobrança - Servidor público - Prescrição quinquenal - Desvio de função - Diferenças salariais devidas. I - Não se insere o caso em tela em responsabilidade civil, mas, sim, de cobrança de diferenças salariais devidas em razão de desvio de função, aplicando-se, nesse caso, a prescrição quinquenal, prevista no Decreto nº 20.910/32, não merecendo guarida, portanto, a prejudicial suscitada pelo ente apelante; II - Possui o autor direito ao pagamento da diferença de remuneração decorrente do desvio de função imposto pelo Estado, consistente no exercício indevido de atribuições próprias de agente de polícia, com vistas a retribuir o serviço efetuado e coibir o enriquecimento ilícito da Administração Pública. Precedentes do STJ; II - Recurso conhecido e improvido.

(TJ-SE - AC: 2011213400 SE, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Data de Julgamento: 13/09/2011, 2ª.CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. VERBA DE SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº. 20.910/1932. MANUTENÇÃO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPROVIMENTO. 1. Em se tratando da pretensão de cobrança de verba de servidor público em face do ente federativo a que pertence, aplica-se a prescrição quinquenal, em observância à regra específica preceituada no Decreto nº. 20.910/32. 2. Quando o pedido de reconsideração revolve os mesmos argumentos apreciados e decididos na decisão agravada, não há como acolher o recurso. 3. Agravo conhecido e improvido.

(TJ-MA - AGR: 0067062013 MA 0000554-63.2012.8.10.0129, Relator: LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA, Data de Julgamento: 14/03/2013, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/03/2013)

Meritoriamente, a parte apelante sustenta que o vínculo entre as partes era de prestação de serviço e não de contrato de trabalho, impossibilitando a procedência da ação de cobrança e deferimento para pagamento das verbas indenizatórias.

Não assiste razão à parte recorrente, pois os valores requeridos em juízo são devidos à parte apelada. Não há o que se falar em contrato de prestação de serviço, em virtude das sucessivas renovações do contrato de trabalho, descaracterizando o caráter eventual da relação jurídica. A parte demonstrou o vínculo existente e a necessidade de receber as verbas que eram devidas, mas não foram repassadas, ensejando enriquecimento ilícito da municipalidade. Não é crível que a parte apelada tenha desempenhado seu trabalho sem receber as verbas que faz jus, cabendo a este Tribunal de Justiça o reconhecimento do direito.

A sentença de primeiro grau menciona corretamente a necessidade de pagamento das férias não gozadas, com o acréscimo constitucional, assim como o décimo terceiro proporcional, embasando o entendimento na legislação vigente e entendimento jurisprudencial dominante.

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 Sérgio Souza Santos foi contratado de 2005 a 2009 para exercer, a título de servidor temporário, o cargo de técnico de enfermagem. Assim, considerando que houve a prorrogação do contrato por vários 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.

Com base no plexo de fundamentos acima narrados, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, para manter a sentença de primeiro grau recorrida em todos os fundamentos.

É como voto.

Belém-PA, 28 de novembro de 2016.

Desembargadora MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora