



Acórdão n.º
Apelação Cível n.º 0010454-86.2011.814.0301
Secretaria Única de Direito Público e Privado
Órgão julgador: 1ª Turma de Direito Público
Comarca: Belém/PA
Apelante: Estado do Pará
Procurador: José Rubens Barreiros de Leão
Apelada: Laise Maria Ribeiro Mesquita Santos
Defensor: Anderson da Silva Pereira
Relator (a): Exma. Desa. Elvina Gemaque Taveira

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA NO EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESVIRTUAMENTO DO VÍNCULO COMISSIONADO. AUSÊNCIA DE DIREITO AO FGTS. INAPLICABILIDADE DOS TEMAS 191, 308 E 196 DO STF. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO. SENTENÇA TOTALMENTE REFORMADA.

1. A sentença condenou o Estado do Pará ao pagamento de FGTS de todo o período em que a ex-servidora laborou na Administração Estadual, por considerar que houve desvirtuamento da contratação temporária.
2. Embora o vínculo entre as partes tenha sido tratado como contrato temporário desde a petição inicial até interposição da apelação pelo Ente Público, as provas dos autos, tais como, contracheques e portaria de exoneração comprovam que, na realidade, a apelada foi investida para exercício de cargo em comissão e até sua exoneração auferiu remuneração condizente com o cargo comissionado.
3. Todos os contracheques colacionados aos autos, que datam de 2007 a março de 2009, informam sua lotação na Governadoria do Estado e seu vínculo comissionado, inexistindo qualquer ato ou provas que indiquem que sua nomeação e permanência na Administração foram realizadas com o objetivo de frustrar a licitude do Concurso Público.
4. A alegação de que a ex-servidora foi cedida à Secretaria de Estado de Saúde para exercer funções de natureza permanente, configura inovação, pois aforada após a prolação da sentença. Inexistência documento que confirme a tese.
5. Ausência de direito ao FGTS. A situação em nada se assemelha aos casos que atraem a aplicação dos temas 191, 308 e 196 do STF, tendo em vista não versar sobre contratação temporária nula, mas de cargo cuja a investidura e dispensa fica a critério da conveniência e



oportunidade da Administração.

6. Apelação conhecida e provida. Reexame conhecido. Sentença totalmente reformada, para julgar improcedente a ação, extinguindo o processo com resolução de mérito.

7. Inversão do ônus da sucumbência. Condenação da apelada ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, cuja exigibilidade ficará suspensa, por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

8. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer e dar provimento à Apelação e ao Reexame Necessário, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

9ª Sessão Ordinária – 1ª Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 25 de março de 2019. Julgamento presidido Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível (processo nº 0010454-86.2011.814.0301) interposta pelo ESTADO DO PARÁ contra o LAISE MARIA RIBEIRO MESQUITA SANTOS, diante da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda do Comarca de Belém, nos autos da Ação de Cobrança de FGTS c/c Pedido de Tutela Antecipada, ajuizada pela apelada.

A sentença (fls.94/97) teve a seguinte conclusão:

II – Dispositivo:

Posto isto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na exordial, para CONDENAR O ESTADO DO PARÁ AO PAGAMENTO DOS DEPÓSITOS RELATIVOS AO FGTS da requerente, relativo a todo o período laborado, qual seja, de 01/04/2007 a 31/03/2009, devidamente atualizados por índices oficiais até a data do efetivo pagamento, devendo os juros ser calculados desde a data da citação e a correção monetária feita pelo INPC/IBGE, a partir da data em que deveriam ter sido pagos ao Autor os depósitos do FGTS, a serem apurados em liquidação.



Sem custas e, honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, a serem suportados pelo requerido.

Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 475, I do Diploma Processual Pátrio.

Em razões recursais (fls.315/326), o Estado do Pará suscita prescrição quinquenal, requerendo que seja declarada a prescrição de todo e qualquer direito que tenha por causa de pedir a prestação de serviço anterior aos cinco anos da propositura da ação. No mérito, sustenta que o FGTS é incompatível com a contratação temporária, sendo a exoneração do servidor contratado mediante o vínculo precário, ato discricionário da Administração.

Defende ainda, a impossibilidade de condenação do Estado sem o reconhecimento da nulidade do contrato, alegando a existência de julgamento extra petita, por considerar que o autor não requereu a declaração de nulidade; a existência de distinção entre a causa e o Resp.1.110.848 RN e RE 596.478 RR.

Ao final, pugnou pela reforma da sentença para que seja julgada improcedente a ação.

Em contrarrazões (fls.118/129), a apelada requereu a manutenção da sentença.

Distribuídos a minha relatoria (fls.130), os autos foram encaminhados ao Órgão Ministerial, que deixou de se manifestar acerca do mérito, afirmando não se tratar de hipótese de intervenção (fls.134).

Em despacho proferido às fls.139, pontuei que embora ao longo do processo, o vínculo entre a Administração e a ex-servidora tenha sido tratado como contratação temporária, a apelada ocupava cargo em comissão de Assessor Especial I, com lotação na Governadoria do Estado. Por essa razão, determinei que as partes apresentassem manifestação acerca da questão.

Em resposta (fls.143), a apelada afirmou ser fato que o servidor nomeado para exercício de cargo em comissão não possui direito ao FGTS, porém sustenta que sua situação é diversa, pois apesar de ter sido investida em cargo dessa natureza, exercia atividade de caráter permanente após sua cessão à Secretaria de Estado de Saúde, o que configuraria a violação constitucional suscetível de ensejar a condenação ao pagamento do fundo.

Intimido, o Estado do Pará não se manifestou, conforme certificado às fls.144.



É o relato do essencial.

VOTO

DO REEXAME NECESSÁRIO E DA APELAÇÃO CÍVEL

Considerando a amplitude da matéria devolvida ao Tribunal e, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do Reexame Necessário e da Apelação com fundamento no CPC/73, passando a apreciá-los em conjunto.

A apelada ajuizou ação ordinária sustentando que laborou na Administração estadual na condição de servidora temporária durante o período de 01.04.2007 a 31.03.2009 e que fora dispensada sem o pagamento da contraprestação devida. Requereu a condenação do Estado ao pagamento de FGTS de todo o período laboral, bem como, de honorários advocatícios

A sentença recorrida julgou procedente a pretensão da autora, considerando nula a contratação da ex-servidora, sob a justificativa de que não fora precedida de concurso público e, por ter se estendido ao longo dos anos, violando o art.37, II da Constituição Federal.

Ocorre, que embora a questão tenha sido tratada durante todo o processo como contrato temporário, sendo esta, inclusive, a tese defendida pela apelada na petição inicial, a análise mais detida dos autos revela que, na realidade, a ex-servidora ingressou no serviço público estadual para o exercício do cargo em comissão de Assessora Especial I, com lotação na Governadoria do Estado – Palácio do Governo, conforme cópia do Decreto de exoneração (fls.14), cópias dos contracheques de junho de 2007 a março de 2009 (fls.23/47).

O inciso II do art.37 da Constituição Federal estabelece como norma geral para o ingresso no serviço público, a prévia aprovação em concurso público. Contudo, o mesmo dispositivo traz exceção ao postulado, ao permitir a admissão de servidores mediante contratação temporária e para o exercício de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Senão vejamos:

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;

A situação retratada nos autos configura exceção à regra do concurso diversa da contratação temporária, pois não exige a observância de prazos máximos preestabelecidos em lei para a sua duração.

A apelada foi investida para exercício de cargo em comissão e até sua exoneração auferiu remuneração condizente com o cargo comissionado. Todos os contracheques colacionados aos autos, que datam de 2007 a março de 2009, informam sua lotação na Governadoria do Estado e seu vínculo comissionado, inexistindo qualquer ato ou provas que indiquem que sua nomeação e permanência na Administração foram realizadas com o objetivo de frustrar a licitude do Concurso Público.

Quanto à tese de que a ex-servidora foi cedida à Secretaria de Estado de Saúde para exercer funções de natureza permanente, cumpre desde logo ressaltar que, além de constituir uma inovação aforada após a prolação da sentença, não há nenhum documento que comprove o alegado.

Apenas consta dos autos, cópia de processo administrativo em que a ex-servidora diz ter trabalhado após a exoneração. Embora haja declaração assinada pela Chefe de Gabinete à época, informando que a apelada laborou na Secretaria de Estado de Educação entre 23/04/2009 até 25 de maio de 2009, o documento contrasta com o registro de frequência do período, o qual não contém confirmação da presença da apelada (fls.63/73), situação observada pela Consultoria Jurídica da SESPA, conforme cópia do parecer de fls.75.

Como se vê, a situação em nada assemelha-se aos casos que atraem a aplicação dos temas 191, 308 e 196 do STF, tendo em vista não versar sobre contratação temporária nula, mas de cargo cuja a investidura e dispensa fica a critério da conveniência e oportunidade da Administração. Logo a exoneração não é capaz de ensejar direito ao recebimento de FGTS. Nesse sentido confira-se o precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça:

EMENTA. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. FGTS. CARGO EM COMISSÃO. OCUPANTE DEMISSÍVEL AD NUTUM. DEPÓSITO DE FGTS INDEVIDO. 1. O cargo em comissão previsto no artigo 37, II, parte final, da Constituição Federal, por ser de livre nomeação e exoneração, prescinde de concurso público e possibilita a demissão ad nutum. Assim, para esse tipo de contratação de natureza estatutária, não são aplicáveis as regras da CLT. Indevidos, pois, os depósitos do FGTS. 2. Recurso conhecido e provido. (TJPA. 2018.03425688-48, 194.780, Rel. LÚZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-08-23, Publicado em 2018-08-24).



Corroborar com esse entendimento o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CARGO COMISSIONADO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. EXONERAÇÃO. FGTS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO NÃO COMPROVADA. ONUS DO ART. 373, I, DO CPC/2015. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - Apelante que exerceu o cargo de Assistente C, CC-4, da Secretaria Municipal de Fazenda de Niterói, de 01/05/2009 a 28/04/2014. Improcedência do pedido de nulidade da contratação do autor, bem como para condenar o réu a efetivar o depósito do FGTS - Cargo comissionado que é de natureza administrativa e, portanto, não se sujeita às normas da CLT, sendo indevido o pagamento de FGTS, por falta de previsão constitucional, na forma do art. 39, § 3º c/c art. 7º, da CRFB/88 - Embora o apelante afirme a ilegalidade de sua nomeação, por exercer funções comuns, sem atribuição de chefia, direção ou assessoramento, em suposta contrariedade ao disposto no art. 37, II e V, da CRFB/88, não comprovou tal assertiva, ônus que lhe incumbia, a teor do art. 373, I, do CPC/2015, sequer pleiteando a produção de prova testemunhal ou documental suplementar, de modo a comprovar a atividade exercida. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ - APL: 00902005720148190002 RIO DE JANEIRO NITEROI 2 VARA CIVEL, Relator: MARIA HELENA PINTO MACHADO, Data de Julgamento: 07/03/2018, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/03/2018)

Sendo assim, a sentença merece total reforma, para que seja julgada improcedente a ação, merecendo ser provida a apelação do Estado, ainda que por fundamento diverso do que o suscitado pelo Ente Público

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA

Considerando a improcedência da ação, impõem o reconhecimento da inversão do ônus da sucumbência, observando-se o que dispõem o inciso III do §4º do art.85 e o §3º do art.98 ambos do CPC/2015:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

(...)

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.



Deste modo, a apelada deve ser condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que fixo em 10%, sobre o valor da causa cuja exigibilidade ficará suspensa, por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, CONHEÇO DA APELAÇÃO E DO REEXAME NECESSÁRIO, DANDO-LHES PROVIMENTO, para julgar improcedente a ação, extinguindo o processo com resolução de mérito, condenando ainda, a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, cuja exigibilidade ficará suspensa, nos termos da fundamentação.

P.R.I.

Belém, 25 de março de 2019.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora