



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

DATA DA SESSÃO: 15/3/2011

APTE: PATRICIA COSTA SILVA

APDO: MUNICÍPIO DE CARIACICA

RELATORA: A SRA. DESEMBARGADORA MARIA DO CÉU PITANGA PINTO

REVISOR: O SR. DESEMBARGADOR FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY

R E L A T Ó R I O

A SRA. DESEMBARGADORA MARIA DO CÉU PITANGA PINTO
(RELATORA):-

Trata-se de apelação cível em razão da sentença de fls. 129/133, que julgou improcedente a pretensão deduzida na presente Reclamação Trabalhista, referente aos valores devidos a título de FGTS, concernentes aos depósitos não efetuados no período em que a apelante trabalhou para o Município apelado (de 01/06/1999 a 07/06/2005) no cargo de enfermeira, bem como extinguiu o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Restou consignado na sentença de piso, ainda, o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita da autora, a condenação da mesma ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses últimos fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ressaltando-se, por fim, a isenção da requerente.

Sustenta a recorrente a reforma da sentença, alegando, em síntese, que diversos são os entendimentos em que a prescrição para o direito de reclamar o FGTS é trintenária, conforme previsto no § 5º, do art. 23, da Lei nº 8.036/90. No mérito, aduz que os contratos temporários celebrados com a mesma são nulos de pleno direito e confirma mais uma vez seu direito de receber os depósitos de FGTS.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

Contrarrrazões às fls. 157/166, pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

À revisão.

Vitória, ES, em 16 de dezembro de 2010.

*

V O T O

PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO

A SRA. DESEMBARGADORA MARIA DO CÉU PITANGA PINTO (RELATORA):-

Sustenta a apelante, em síntese, que diversos são os entendimentos em que a prescrição para o direito de reclamar o FGTS é trintenária, conforme previsto no § 5º, do art. 23, da Lei nº 8.036/90.

Vislumbra-se que, ao sentenciar o feito, o Magistrado *a quo* reconheceu a prescrição das parcelas anteriores à data do ajuizamento da demanda, qual seja, em 24/04/2002.

Tratando-se a lide de pretensão ao recebimento de FGTS por servidor contratado temporariamente, que estabelece vínculo jurídico-administrativo com a Administração, tenho que não se aplicam os preceitos da legislação trabalhista, não havendo que se falar em prescrição trintenária, conforme deduzido pela autora, aplicando-se, *in casu*, a prescrição de 05 (cinco) anos prevista no Decreto nº 20.910/1932.

Sobre o tema, vale ressaltar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a aplicação do prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no Decreto 20.910/1932 aplica-se às demandas de cobrança de débito relativo ao FGTS, veja-se:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. COBRANÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32. 1. O Decreto nº 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. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 107 do extinto TFR: 'A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto n. 20.910, de 1932'. Nesse sentido: REsp 559.103/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.2.2004. 2. Resalte-se que esse mesmo entendimento foi adotado pela Primeira Seção/STJ, ao apreciar os EREsp 192.507/PR (Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 10.3.2003), em relação à cobrança de contribuição previdenciária contra a Fazenda Pública. 3. Recurso especial provido" [grifei] (REsp 1107970/PE; Rel. Ministra DENISE ARRUDA; Primeira Turma; Julg. em 17/11/2009).

Assim, não há que se falar em prescrição trintenária, haja vista que o Decreto em comento dispõe sobre hipótese específica de prazo prescricional para as ações movidas em face da Fazenda Pública.

Desta forma, correta a decisão do juízo de piso quando reconheceu a prescrição das parcelas anteriores a 24/04/2002.

É como voto.

*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY
(REVISOR) :-

Acompanho o voto da Eminente Relatora.

*

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA
GAMA :-

Voto no mesmo sentido.

*

V O T O

MÉRITO

A SRA. DESEMBARGADORA MARIA DO CÉU PITANGA PINTO
(RELATORA) :-

Conforme relatado, cuida-se de apelação cível em razão da sentença de fls. 129/133, que julgou improcedente a pretensão deduzida na presente Reclamação Trabalhista, referente aos valores devidos a título de FGTS, concernentes aos depósitos não efetuados no período em que a apelante trabalhou para o Município apelado (de 01/06/1999 a 07/06/2005) no cargo de enfermeira, bem como extinguiu o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Restou consignado na sentença de piso, ainda, o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita da autora, a condenação da mesma ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses últimos fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, ressaltando-se, por fim, a isenção da requerente.

Inicialmente, devo destacar que a presente foi proposta perante a Justiça do Trabalho, sendo decidido pelo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região que a mesma seria incompetente para processar e julgar a lide, encaminhando-a para a Justiça Estadual Comum.

Rememoro que a apelante ajuizou reclamação trabalhista em face do Município de Cariacica, alegando que manteve relação de trabalho com o ente requerido no período supracitado, totalizando 06 (seis) anos e 06 (seis) dias, no cargo de enfermeira.

Verifica-se que, no mérito, entendeu o juízo *a quo* que não teria a autora direito aos depósitos do FGTS, pois, somente os trabalhadores submetidos ao regime de trabalho da CLT fariam jus a tal direito.

Em sede de apelação, requer a recorrente a reforma da sentença, alegando para tanto, que os contratos temporários celebrados entre o Município apelado e a mesma são nulos de pleno direito e confirma mais uma vez seu direito de receber os depósitos de FGTS.

Pois bem. Feitas tais considerações, passo a análise do mérito recursal.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 37, inciso II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo admitida, contudo, a contratação por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, conforme a lei estabeleça, nos termos do inciso IX.

Vislumbra-se, no entanto, que o contrato de prestação de serviço celebrado entre a a recorrente e o Município de Cariacica foi renovado por diversas vezes, totalizando um período de 06 (seis) anos e 06 (seis) dias, ou seja, o caráter excepcional da referida contratação não existiu no caso em apreço.

Assim, tem-se uma violação ao regime do concurso público, imposto pelo inciso II, do art. 37, da Constituição Federal, pois, os contratos temporários reiteradamente firmados pelo Município não se enquadram nos moldes das ex-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

ceções previstas no inciso IX, do art. 31, da CF, e na Lei nº 8.745/93.

Nessa esteira, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEFENSOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, II e IX. Lei nº 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo: inconstitucionalidade. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. II. - Lei nº 6.094/2000, do Estado do Espírito Santo, que autoriza o Poder Executivo a contratar, temporariamente, defensores públicos: inconstitucionalidade. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente" (ADI 2229, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2004, DJ 25-06-2004 PP-00003 EMENT VOL-02157-01 PP-00122 RTJ VOL-00194-03 PP-00842).

O Município apelado utilizou os serviços da apelante por mais de 06 (seis) anos, mediante contratação irregular, transvestida de contrato temporário. Por essa razão, a recorrente faz jus a uma parcela mínima a título de contra-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

prestação, que compreende, além do seu salário, os depósitos de FGTS. Essa é a inteligência extraída da súmula nº 363 do TST, *in verbis*:

"Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos.

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS."

Corroborando este posicionamento, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"AGRAVO INTERNO - APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR TEMPORÁRIO - MUNICÍPIO DE VILA VELHA - CONTRATAÇÃO IRREGULAR - NULIDADE (ART. 37, II e § 2º, CF) - DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO INDEVIDO - RECURSO DESPROVIDO.

1. O reconhecimento da nulidade das contratações temporárias, por inobservância dos seus pressupostos constitucionais (art. 37, IX, CF), impede a formação do vínculo de emprego entre os respectivos trabalhadores e a entidade pública contratante (art. 37, II e § 2º, CF), obstando a percepção de qualquer verba inerente ao liame empregatício (entre as quais o décimo terceiro salário), exceto a contraprestação ajustada pelas horas tra-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

balhadas, respeitado o valor-hora do salário mínimo, e os valores referentes aos depósitos do FGTS incidente sobre as remunerações devidas. Orientação da Súmula nº 363 do TST e Jurisprudência do STF. 2. Sendo manifesta a contrariedade do pleito recursal com a jurisprudência firmada nos Tribunais Superiores, inexistente nulidade no julgamento monocrático da apelação, ressaltando que o agravante não trouxe sequer um julgado para demonstrar a alegada divergência jurisprudencial acerca da matéria debatida na decisão impugnada. 3. O art. 557 do CPC, com redação dada pela Lei nº 9.756/98, autoriza o relator a negar seguimento (*rectius*, provimento) a recurso fundado em tese jurídica contrária à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, mesmo não sumulada, objetivando desobstruir as pautas de julgamento e imprimir celeridade às demandas que realmente necessitem de pronunciamento colegiado. 4. Agravo interno desprovido" (destaquei) (TJES, Classe: Agravo Interno - (Arts. 557/527, II CPC) Ap. Cível, 35060073356, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 01/07/2008, Data da Publicação no Diário: 18/08/2008).

Logo, o Município de Cariacica deve pagar a recorrente o valor devido a título de FGTS durante o período em que a mesma laborou para o mesmo, respeitando-se as parcelas atingidas pela prescrição.

Desse modo, por se tratar apenas da aferição do *quantum debeatur*, o cálculo do montante devido ao recorrido deve ser feito em liquidação de sentença.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

Ante todo o exposto, **CONHEÇO do recurso de apelação e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, reformando-se a sentença de piso, para condenar o ente apelado ao pagamento dos depósitos mensais a título de FGTS, respeitando-se as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, devendo tal valor ser apurado em execução. **Por consequência, inverte-se o ônus sucumbencial.**

É como voto.

*

V I S T A

O SR. DESEMBARGADOR FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY (REVISOR):-

Senhor Presidente, respeitosamente, peço vista dos autos.

*

con/dod



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N° 012080183556

CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO: 22/3/2011

V O T O

(PEDIDO DE VISTA)

O SR. DESEMBARGADOR FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY (REVISOR):-

Trata-se de **pedido de vista** nos autos do processo em que é recorrente **PATRÍCIA COSTA SILVA**, elaborado para analisar a questão posta à apreciação desta Egrégia Câmara, a qual se encontra sob a relatoria da Eminente e culta Desembargadora Maria do Céu Pitanga Pinto.

A Eminente Desembargadora Relatora, ao julgar a apelação cível em questão, proferiu voto conhecendo o recurso de apelação interposto, para rejeitar a prejudicial de mérito - prescrição - e no mérito dar provimento em parte ao recurso, reformando a sentença de piso, *para condenar o apelado ao pagamento dos depósitos mensais a título de FGTS, respeitando-se as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, devendo tal valor ser apurado em execução, determinando, ao fim, a inversão do ônus sucumbencial.*

Feitas as considerações, passo a expor entendimento sobre o caso, para lançar algumas observações que resultam em ousar, respeitosamente, divergir do judicioso posicionamento da Eminente Desembargadora Relatora, no que tange à condenação do Município apelado ao pagamento dos valores a título de FGTS.

De fato, como muito bem pontuou a Eminente e culta Relatora quando do julgamento do recurso, não assiste razão ao Município apelado quanto à prejudicial de mérito arguida, apontando que a prescrição do direito de ação da apelante para reclamar o FGTS é trintenária, a teor do artigo 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, quando se tem pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

que "O Decreto nº 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. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula nº 107 do extinto TFR: "A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto n. 20.910, de 1932" (REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009).

Ultrapassada a prejudicial de mérito, a Eminente Relatora avaliou que em face da renovação reiterada do contrato de prestação de serviço celebrado entre a recorrente e o Município de Cariacica não restou configurado o caráter excepcional da referida contratação, conforme determinação expressa no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, que excepciona a regra de que para a investidura em cargo e função pública é necessária aprovação prévia em concurso público (inciso II, art. 37, CF).

Assim entendeu que o Município apelado utilizou os serviços da apelante por mais de 06 (seis) anos, mediante contratação irregular, transvestida de contrato temporário. Por essa razão, a recorrente faz jus a uma parcela mínima a título de contraprestação, que compreende, além de seu salário, os depósitos de FGTS, nos termos da Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho, razão pela qual conferiu parcial provimento ao recurso, a fim de reformar a sentença de fls. 129/133, condenando a municipalidade ao pagamento dos depósitos mensais a título de FGTS, respeitando-se as parcelas atingidas pela prescrição.

Peço vênias, porém, para divergir do judicioso posicionamento lançado pela Eminente e culta Desembargadora Relatora.

Em relação à cobrança do FGTS decorrente das contratações temporárias relativas ao período não alcançado pela prescrição quinquenal, entendo não assistir razão à



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

apelante. Isso porque o FGTS, como sabido, "*é sistema garantido e exclusivo do regime celetista*" (REsp 934.770/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJe 30/06/2008).

A Lei nº 8.036/1990, que regulamenta o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, dispõe em seu artigo 15, § 2º, que "*Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio*".

Analisando detidamente os autos, verifico que a apelante fora contratada pelo Município de Cariacica, de forma temporária, para atender necessidade de excepcional interesse público, pelo regime estatutário e não pelo celetista, não fazendo jus, portanto, à percepção do FGTS.

Com a devida vênia ao entendimento encampado pela Eminente e Culta Relatora, ainda que se verifique eventual irregularidade da contratação temporária da servidora, não se pode admitir que se transmude o seu regime de contratação para o trabalhista, a fim de lhe garantir a verba por ela pleiteada, em total desconformidade com a normatização regente.

Mutatis mutantis, colaciono os seguintes precedentes jurisprudenciais, que registram a impossibilidade de se transmutar o vínculo administrativo para o trabalhista:

"(...) O contrato de prestação de serviço temporário é concretizado nos moldes do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, que traz exceção à regra do concurso público para atender à necessidade de excepcional interesse do Poder Público. 2. A mera prorrogação do prazo de contratação de servidor temporário não tem o condão de transmutar o vínculo administrativo que este mantinha com



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

o Estado em relação de natureza trabalhista, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. (...)” (CC 104.835/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 30/09/2009).

“(...) A contratação temporária de trabalho, nos termos do art. 37, IX, da CF, tem natureza nitidamente administrativa, excluindo-se a competência da Justiça do Trabalho para a apreciação dos feitos relativos a esse vínculo. 2. A Emenda Constitucional nº 19/98, que permitia a pluralidade de regimes jurídicos pela administração, foi suspensa, neste ponto, pelo Supremo Tribunal Federal, impossibilitando a contratação de servidor público pelo regime trabalhista (ADI 2.135-MC/DF). 3. A Suprema Corte adotou o entendimento de que a mera prorrogação do prazo de contratação de servidor temporário não tem o condão de transmutar o vínculo administrativo que este mantinha com o Estado em relação de natureza trabalhista (RE 573.202/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). (...)” (CC 100271/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, Dje de 06/04/2009).

Salienta-se que, no caso, não houve propriamente prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário, mas de sucessivas contratações temporárias, sendo que o fato de não se tratar de função urgente e/ou emergencial, não autoriza a mudança da relação administrativa para a trabalhista.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 012080183556

Destarte, com a devida vênia ao entendimento encampado pela Eminente Relatora, voto no sentido de negar provimento ao apelo, mantendo *in totum* a sentença de folhas 129/133.

É como respeitosamente voto.

*

V O T O

O DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-

Eminentes Pares, data vênia, tenho entendimento contrário, razão por que acompanho o voto da Eminente Relatora.

*

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, rejeitar a preliminar arguida, para quanto ao mérito e por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

*