



Autos: 0801994-76.2021.8.12.0101

Requerente: Leidiane de Souza Nolasco Fraga

Requerido: Município de Dourados

Vistos.

Leidiane De Douza Nolasco Fraga, ingressou com *ação declaratória c/c cobrança de depósitos de FGTS* em desfavor do *Município de Dourados-MS*, todos qualificados na inicial, para pagamento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em 8% dos salários.

Alega para tanto que fora contratado pelo réu para exercer a função de professor sem concurso público por determinado tempo, sem relação estatutária. No que se refere ao contrato de professora houve várias prorrogações do contrato temporário, logo, por não se tratar de uma situação transitória ou emergencial o contrato é nulo e, por isso, deve-se declarar a unicidade contratual e condenar o réu ao pagamento do FGTS desde março de 2014 a dezembro de 2020. Instruída a inicial com documentos de f. 17-425.

Na contestação pugna o requerido (f.430-439) pela: prescrição; a função é exercida em caráter institucional e não contratual e que inexistente qualquer vício ou nulidade no ato de contratação do autor. Soma da contratação não ultrapassa dois anos. Requereu o acolhimento da prescrição e a improcedência do pedido.

Impugnação à contestação (f. 446-452).

É o breve relatório. **Decido.**

Da prescrição:

A verba pretendida e principal pedido é a condenação no pagamento de FGTS de todo o período trabalhado como professor convocado pelo Município. Pacificado e sedimentado que as ações para recebimento de FGTS têm como 5 anos o prazo prescricional.

O Decreto n. 20.910/32, complementado pelo Decreto-lei 4.597/42, dispõe expressamente, em seu artigo 1º, que: "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."

Nesse sentido, tem sido o entendimento da jurisprudência. Senão vejamos:

"RECURSO INOMINADO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO C/C COBRANÇA DE FUNDO DE GARANTIA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL CONTADA DO TEMPO DE AJUIZAMENTO DA DEMANDA – REGIME JURÍDICO – ADMINISTRATIVO – NULIDADE RECONHECIDA – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS – DIREITO AO RECOLHIMENTO DO FGTS – REPERCUSSÃO GERAL



RECONHECIDA PELO STF – RE Nº 765.320/MG - JULGAMENTO QUE SE APLICA AOS CASOS DE NULIDADE POR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO." (Recurso Inominado nº 0805951-67.2016.8.12.0002. 1ª Turma Recursal Mista. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Relatora: Joseliza Alessandra Vanzela Turine. Julgado em 23 de fevereiro de 2018. Acesso em www.tjms.jus.br).

Desta forma, aplico a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, contada retroativamente a partir do ajuizamento da demanda.

Afastada preliminar passemos ao mérito.

Mérito.

Toda a questão está lastreada na regularidade ou nulidade da convocação de professora pelo Município de Dourados por vários anos consecutivos, ainda que rompidos nas férias escolares.

A matriz constitucional da convocação está no artigo 37, inciso IX, da Carta Magna. A Lei Complementar Estadual n.º 87/00 discrimina as hipóteses desta convocação, assim como as Leis, também complementares e estaduais, n.º 97/01 e 115/05, contudo, antes da análise do crivo Constitucional para permissão da contratação de nada adianta as normas Estaduais, pois estas não podem se subtrair ao comando da Constituição Federal.

O artigo 37, inciso IX, dispõe: "XI - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público." Destaquei. Crível que o trabalho de educador é de excepcional interesse público, isto é, de grande relevância, porém, com certeza absoluta, por ser relevante e necessário, não o é temporário. Para clareza vale transcrever breve lição de Alexandre de Moraes a respeito do tema:

"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 público, 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." Sem destaques no original (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9 ed. Atualizada com EC n.º 31/00. São Paulo: Atlas, 2001. p. 317-8).

José Afonso da Silva bem sinaliza a exceção da contratação temporária:

"O art. 37, IX, prevê que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Essa é uma forma de prestação de serviço público diferente do exercício de cargo, de emprego e de função. O contratado é, assim, um prestacionista de serviços temporários.

Que lei? Acharmos que será a lei da entidade contratadora: lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as regras de competência federativa. Não há de ser lei federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não o permite. A Lei 8.745, de 9.12.1993, está de acordo com essa doutrina, tanto que só regulou a contratação por órgãos da Administração Federal direta, autárquica e fundações públicas. Mas ela traz diretivas que devem ser seguidas por leis estaduais e municipais, como, por exemplo, a indicação de casos de necessidades temporárias (art. 2º), a exigência de processo seletivo simplificado para o recrutamento do pessoal a ser contratado (art. 3º), o tempo determinado e improrrogável da contratação (art. 4º)." Também sem destaque no original (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 661)"

Pela natureza da prestação educacional do Estado ser obrigação indeclinável, obrigatória, de forma continuada, indiscutível a necessidade de professores e por força do artigo 37, devem ser concursados.

A contratação por vários anos consecutivos de professor, sem concurso público, não atende a temporariedade do serviço, ainda que exista lei que regulamente a contratação e o excepcional interesse público, falta-lhe a temporariedade. Esta temporariedade não significa contrato de tempo certo e sim transitoriedade, ausência de necessidade contínua da prestação de serviços. À guisa de exemplo e guardadas as devidas proporções é como se pretender a contratação temporária de policiais. O serviço de segurança pública não é temporário, é permanente e por isso impossível a contratação de policiais sem concurso público, ainda que exista excepcional interesse.

Uadi Lâmega Bulos, em comentários ao inciso IX, do art. 37, da CF, colaciona julgado do TST que alberga a tese acima adotada, verbis:

"EMENTA: Regime especial. Art. 106 da Constituição de 1969 e art. 37, IX, da Constituição de 1988. Os professores-recorridos, designados como 'suplementaristas' pela Lei Estadual 6.508, de 1973, conforme autoriza o art. 106 da Constituição de 1969, não estão enquadrados na hipótese restrita do art. 37, IX, da Constituição de 1988, uma vez que sua atividade laboral não visa atender 'a necessidade temporária de excepcional



interesse público'; isso, não porque o magistério público estadual não seja atividade de excepcional interesse público; antes pelo contrário, mas porque não se caracteriza como sendo atividade a merecer 'contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária'. Recurso conhecido e desprovido" (TST, ROAR 533/PR, rel. Min. Prates de Macedo. Dissídio individual, decisão: 21-9-1989, DJ!, de 7.12.1989, p. 18035)." Sem negrito no original (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. rev. e atual. até Emenda Constitucional n. 56/2007 - São Paulo : Saraiva, 2008, p. 660).

Sem a temporariedade, a contratação é nula de pleno direito por afronta ao comando constitucional do artigo 37, inciso IX, da Constituição da República. Nulo o contrato de convocação, tem-se que firmar o entendimento que, pelas várias renovações, por vários anos, fora único e contínuo, como uma só contratação.

A ilegalidade do contrato não implica na ausência de pagamento de salários por serviços prestados e FGTS, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. O contrato administrativo deve obedecer ao disposto na Lei n.º 8.666/93 e com a ausência de licitação se torna nulo. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

"Havendo vício de legalidade no contrato, deve este sujeitar-se à invalidação, ou anulação, como denominam alguns autores. Constituem vícios de legalidade, por exemplo, aqueles que dizem respeito aos requisitos de validade dos atos administrativos em geral, como competência, a forma, o motivo etc. Também invalida o contrato a ausência de licitação prévia. ...omissis...O efeito da declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente (art. 59 do Estatuto). Cuida-se de regra consoante com o princípio de direito público segundo o qual a invalidação produz efeitos ex tunc." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Júris, 2001, p. 174).

Contudo, ainda que nulo o contrato, nos autos há prova de que a parte autora efetivamente prestou serviço como educador ao Município. Desse modo, efetivamente prestou serviços ao requerido.

Incumbe analisar se operou com culpa ao firmar contrato com a administração sem concurso. Entendo que não. Nem todos se atentam para este fato, qual seja, a da necessidade da observância do concurso público, mormente quando o administrador todos os anos reitera sua prática de convocação de professores não concursados por tempo certo, sem tomar as devidas precauções. No caso em apreço, o Estado de Mato Grosso do Sul que laborou com culpa, eis que deveria ter se atentado para a contratação mediante as diretrizes do art. 37, da Constituição Federal.

A parte autora não atuou com culpa ou dolo e trabalhou para o réu. Deixar de pagar pelos serviços prestados e FGTS é enriquecer sem justa causa a Administração. Novamente, em socorro ao exposto acima, cito José dos Santos Carvalho Filho, verbis:



"Não obstante, nos termos do art. 59, parágrafo único, do Estatuto, " a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa". pretende o dispositivo evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração, tendo ela recebido um bem jurídico sem pagar por ele. O direito, como emana do texto, está condicionado a não ter o contratado contribuído para o vício gerador da invalidação." (ob. cit. p. 173-4).

Na mesma seara, entende Celso Antonio Bandeira de Mello, que após citar Hely Lopes Meirelles, conclui com o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo:

"Registre-se que Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, em monografia sobre Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, ao estudarem hipóteses e que um particular desenvolve atividade de proveito coletivo sem que hajam sido cumpridas as formalidades pré-contratuais ou contratuais, anotam que: "(...) o problema só adquire relevância se presentes os seguintes dados: a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; c) relação de nexos entre um e outro dos fenômenos acima apontados; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos". Expõem que, se a Administração não se opôs a tal atividade e, destarte, consentiu tacitamente em sua realização, ficará obrigada a indenizar seu autor, se impossível ou inconveniente a restauração ao statu quo ante.

Os autores, todavia ao invés de recorrerem ao princípio do enriquecimento sem causa – que, ao nosso ver, é indubitavelmente cabível -, reputam que a solução adequada no Brasil é a da responsabilidade do Estado, com base na correspondente previsão constitucional. De acordo com eles: "Na realidade, o princípio jurídico, que o tema coloca em pauta, é o da igualdade na distribuição das cargas públicas. Aquele que presta um serviço à coletividade fará, nas circunstâncias a que em seguida nos dedicaremos, jus à reparação, mesmo sem regularidade formal da relação jurídica, porque, em virtude da ação ou omissão do Estado, restou desprivilegiado frente aos demais administrados, quanto à repartição das cargas públicas genéricas. E essa situação, no direito Brasileiro, se soluciona com remissão ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal". Estamos em que o referido dispositivo e o princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa não são noções excludentes, mas, pelo contrário, se completam e convivem em plena harmonia." (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 613-4).

Logo, não só a remuneração pelo trabalho é devida, já paga no caso em tela, como as verbas fundiárias. O artigo 19-A da Lei n.º 8.036/90 não é inconstitucional e não ofende as diretrizes do art. 37, da CF, muito menos as regras da Lei n.º 8.666/93. Dispõe especificamente sobre o recolhimento do FGTS além das verbas remuneratórias. O TST já se manifestou por diversas vezes e concluiu pela constitucionalidade, conforme



arestos a seguir:

"AGRAVO – RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/07 NULIDADE DO CONTRATO RECOLHIMENTO DE FGTS INCONSTITUCIONALIDADE E IRRETROATIVIDADE DO ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/90 RENOVAÇÃO DAS VIOLAÇÕES DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS RECURSO DESFUNDAMENTADO – RENOVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 363 DO TST – Nas razões do agravo, o reclamado limitou-se a tratar apenas da matéria de fundo, renovando as violações e o dissídio jurisprudencial trazido no recurso de embargos. Nesse contexto, verifico que ao renovar as alegações de violações de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais o agravante não se insurgiu contra o óbice processual aplicado pela SBDI-1, relativo à nova redação do art. 894, inciso II, da CLT, atraindo, pois, a aplicação da Súmula nº 422 do Tribunal Superior do Trabalho. De igual modo, o recurso não merece ser conhecido no que se refere à reiterada alegação de dissídio jurisprudencial quanto às verbas asseguradas ao empregado na hipótese de contrato nulo por ausência de concurso público, uma vez que o entendimento desta Corte já está pacificado no sentido de que, declarada a nulidade do contrato de trabalho, os efeitos daí advindos não possibilitam o pagamento de parcelas decorrentes do contrato havido, a não ser daquelas referentes à contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores relativos aos depósitos do FGTS, conforme já pacificado nesta Corte." Exegese da Súmula nº 363 do TST. Agravo desprovido. (TST – A-E-RR 1143/2004-051-11-00 – 1ª SESBDI – Rel. Min. Vieira de Mello Filho – J. 04.08.2008)

"ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90 CONSTITUCIONALIDADE IRRETROATIVIDADE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 362 DA SBDI-1 ESTA EG. CORTE POSSUI ENTENDIMENTO PACÍFICO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19-A DA LEI Nº 8.036/90, ACRESCIDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.164-41/2001, RAZÃO PELA QUAL, INCLUSIVE, ALTEROU O TEXTO ORIGINAL DA SÚMULA Nº 363 (RESOLUÇÃO Nº 121/2003 – DJ 21.11.2003) – Os depósitos do FGTS são devidos inclusive em relação ao período anterior à vigência da aludida medida provisória, uma vez que o art. 19-a da Lei nº 8.036/90 não cria direito novo, mas apenas reconhece direito preexistente. O v. acórdão regional está conforme à Orientação Jurisprudencial nº 362 da SBDI-1 do TST. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO EFEITOS SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988 – A jurisprudência desta Corte está consolidada na Súmula nº 363, que, revista pela Resolução nº 121/2003, dispõe: CONTRATO NULO – EFEITOS – A conção de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no res 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. Merece reforma o acórdão recorrido, para restringir a condenação ao pagamento dos depósitos correspondentes ao FGTS." (TST – RR 481/2005-052-11-00 – 8ª T. – Relª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – J. 06.08.2008) Destaquei (in CD ROM Juris Síntese IOB n. 70 mar-Abr/2008).

Sem a inconstitucionalidade do artigo 19-A da Lei n.º 8.036/90, sua retroatividade, por reconhecer um direito preexistente, o pleito da parte autora deve ser julgado procedente, para se declarar como um único contrato as várias renovações de sua "convocação" como professora, por se tratar de contrato nulo (matéria de ordem pública - pode ser declarada ex officio).

Todavia, a incidência da condenação deve ser limitada ao período em que a parte autora efetivamente exerceu o cargo de professor. Assim, a condenação deve ser limitada aos meses: 04/2014 a 12/2014 (f.348-356); 02/2015 a 12/2015 (f.357-367); 02/2016 a 12/2016 (f.368-378); 03/2017 a 12/2017 (f.379-393); 03/2018 a 12/2018 (f.394-403); 02/2019 a 12/2019 (f.404-414) e 02/2020 a 12/2020 (f.415-425).

Portanto, considerando que no caso os documentos colacionados à exordial demonstram a continuidade da contratação ao longo dos anos, em flagrante afronta aos requisitos da temporariedade e da emergencialidade, resta configurada a nulidade dos contratos, nos termos do § 2º, do art. 37, da Constituição Federal, e, de consequência, resta devido o depósito do FGTS na conta vinculada da parte autora, devendo ser limitada aos períodos em que efetivamente exerceu o magistério.

Por fim, quanto à correção monetária, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao realizar o julgamento do REsp nº 1614874/SC (Tema 731), em 11.04.2018, estabeleceu a seguinte tese:

A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice.

Esse entendimento, vem sendo sedimentado pela Turma Recursal do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO CONFIGURADA – CORREÇÃO MONETÁRIA – TAXA REFERENCIAL (TR) – REsp 1614874/SC (TEMA 731 - STJ) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (TJMS. Embargos de Declaração Cível n. 0801673-46.2018.8.12.0101, Juizado Especial de Dourados, 3ª Turma Recursal Mista, Relator (a): Juíza Cíntia Xavier Letteriello, j: 03/03/2020, p: 05/03/2020).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO CONFIGURADA – CORREÇÃO MONETÁRIA – TAXA REFERENCIAL (TR) – REsp 1614874/SC (TEMA 731 - STJ) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (TJMS. Embargos de Declaração Cível n. 0819849-19.2017.8.12.0001, Juizado Especial Central de Campo Grande, 1ª Turma Recursal Mista, Relator (a): Juíza Gabriela Müller Junqueira, j: 29/03/2019, p: 01/04/2019.)



Deste modo, a correção monetária deverá incidir desde o efetivo prejuízo (Súmula 43/STJ), ou seja, a partir de cada parcela vencida e não paga, devendo ser calculada segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR).

Dispositivo.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 37, inciso IX, da CF c.c. art. 19-A, da Lei n.º 8.036/90, julgo procedentes os pedidos de ***Leidiane De Douza Nolasco Fraga***, em desfavor do ***Município de Dourados-MS*** para reconhecer a unicidade contratual, declarar nulos os contratos de convocação e condenar o requerido, observada a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, ao pagamento de FGTS referente ao período das contratações temporárias firmadas entre as partes, quais sejam, meses de aos meses 04/2014 a 12/2014 (f.348-356); 02/2015 a 12/2015 (f.357-367); 02/2016 a 12/2016 (f.368-378); 03/2017 a 12/2017 (f.379-393); 03/2018 a 12/2018 (f.394-403); 02/2019 a 12/2019 (f.404-414) e 02/2020 a 12/2020 (f.415-425).

Os valores devem ser atualizados monetariamente pela TR, desde o efetivo prejuízo (Súmula 43/STJ), acrescido de juros aplicados à caderneta de poupança desde a citação, conforme art. 1º- F, da Lei nº 9.494/97.

Julgo o processo com resolução de mérito nos termos do art. 487, inc. I, do CPC.

A análise do pedido de assistência judiciária gratuita será realizada pela instância recursal, porquanto a teor do art. 55 da Lei n. 9.099/95, não há incidência de custas e honorários nesta fase processual.

Dourados, **30 de agosto de 2021.**

Leila Sabrina Soares
Juiz Leigo
(assinado por certificação digital)



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul
Comarca de Dourados
2ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal

Processo nº 0801994-76.2021.8.12.0101
Classe: Procedimento do Juizado Especial Cível - FGTS/Fundo de Garantia
Por Tempo de Serviço
Requerente: Leidiane de Souza Nolasco Fraga
Requerido: Município de Dourados

Vistos, etc.

Homologa-se a sentença proferida pelo(a) Juiz(íza) Leigo(a),
para que produza seus jurídicos e legais efeitos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se com as cautelas devidas.

Dourados, 31 de agosto de 2021.

Rosângela Alves de Lima Fávero
Juíza de Direito