


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **3001517-86.2013.8.26.0566**
Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Concurso Público / Edital**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

CONCLUSÃO

Aos 07/03/2014 09:30:14 faço estes autos conclusos ao Meritíssimo Juiz de Direito Auxiliar de São Carlos. Eu, esc. subscrevi.

MARCILIO NOBRE DE ALMEIDA propôs reclamação trabalhista contra o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** alegando que foi admitido nos quadros municipais em 01/11/95 para o cargo de Atendente-DF (Deficiente Físico) e em 01/01/05 foi nomeado para o cargo em comissão Assessor de Gabinete VII. Sempre, porém, exerceu a função de atendente. Aos 24/03/10 foi exonerado ilegalmente. A sua dispensa ofendeu o disposto no art. 93, § 1º da Lei nº 8.213/91. Se não bastasse, deixou de receber horas extraordinárias que lhe eram devidas. Tem direito às diferenças de FGTS com a multa de 40%, aviso prévio e a multa do art. 477 da CLT. A contratação foi sem concurso público. O regime, celetista. Sob tais fundamento, pede a reintegração no cargo, recebimento de salários não pagos durante o período de ilegal afastamento, horas extraordinárias, FGTS, multas do art. 467 e 477 da CLT.

A ação foi movida na Justiça Trabalhista.

O réu foi citado e apresentou contestação (fls. 24/45), alegando, preliminarmente, prescrição e a competência absoluta da Justiça Comum e, no mérito, que o autor manteve dois vínculos distintos com o réu. O primeiro (Atendente-DF), entre 01/11/95 e 31/12/04. O segundo (Assessor de Gabinete VII), entre 01/01/05 e 28/02/10. São cargos em comissão que não geram os direitos alegados na inicial.

Os autos foram remetidos a esta Justiça Comum, na qual o autor não apresentou réplica (fls. 183).

FUNDAMENTAÇÃO

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC, uma vez que a prova documental é suficiente para a solução da controvérsia.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Prescrição Bial – Reconhecimento (Salvo FGTS): A pretensão de recebimento de quantia, pelo autor, está prescrita, pois excedido o prazo bial inscrito na parte final do art. 7º, XXIX da CF, contado da extinção do vínculo supostamente trabalhista/celetista.

O autor foi admitido em 01/11/95 e afastado em 28/02/10, sem solução de continuidade nos vínculos estabelecidos pois o segundo (Assessor de Gabinete VII) iniciou-se no dia subsequente ao encerramento do primeiro (Atendente-DF), devendo ser considerado, para efeito de incidência do prazo bial tratado no art. 7º, XXIX, "a", da CF, a data em que houve desvinculação efetiva entre as partes, ou seja, 28/02/10.

A ação foi movida após de decorrido o prazo bial.

Acolhe-se a prescrição.

Prescrição FGTS – Não Reconhecimento: A prescrição do direito de reclamar o não-recolhimento da contribuição para o FGTS é trintenária, e não quinquenal (Súm. 362, TST; Súm. 210, STJ), de modo que não se acolhe esta alegação do réu pertinente ao FGTS.

Mérito: A ação é improcedente, uma vez que o vínculo empregatício estabelecido entre as partes não possui natureza celetista, e sim estatutária. Os dois cargos ocupados pelo autor (Atendente-DF; Assessor de Gabinete VII) são cargos em comissão, como vemos às fls. 58, 110/111, 112, 116. São de livre provimento e exoneração. Quanto ao cargo de Atendente-DF (que o autor sugere não ser de comissão), isto resulta claramente do art. 6º da Lei nº 45/93, com a redação dada pela Lei 10.909/94 (fls. 114/115).

O seu enquadramento constitucional, a despeito de perplexidades redacionais nos diplomas municipais, dá-se no art. 37, V, segunda figura da CF, tratando-se de vínculo estatutário, de caráter temporário e precário.

A incompatibilidade com o FGTS, com as horas extraordinárias, com o aviso prévio, com as multas prevista na CLT e com o art. 93, § 1º da Lei nº 8.213/91 é flagrante, sem qualquer relação com os cargos públicos estatutários de caráter precário como o em discussão.

Tenha-se em conta, ainda, que na CF, no art. 39, § 3º, menciona diversos direitos dos trabalhadores que se estendem aos titulares de cargos, não o


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

fazendo em relação a estes, discutidos nos autos.

Assim o diz o TST, *verbi gratia*, em relação ao aviso prévio e FGTS:

RECURSO DE REVISTA. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. VERBAS RESCISÓRIAS. **A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o ocupante de cargo em comissão, mesmo contratado sob o regime da CLT, não faz jus ao pagamento da indenização referente ao aviso prévio e ao recolhimento do FGTS, por se tratar de contratação a título precário, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1806-73.2011.5.15.0024, Rel. Min. DELAÍDE MIRANDA ARANTES, j. 06/11/2013, 7ª Turma)

No mesmo sentido: RR - 118700-72.2009.5.15.0099, Rel. Min. PEDRO PAULO MANUS, j. 03/10/2012, 7ª Turma.

Há que se observar que mesmo a legislação municipal não autoriza a conclusão alcançada pelo autor.

A Lei Municipal nº 13.486/04, em seu art. 25, estabelece:

Art. 25. Aos ocupantes de cargos em comissão e funções gratificadas aplicam-se as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho **que sejam compatíveis com o seu regime constitucional, além das previstas na legislação municipal.**

A norma municipal, como se vê, confere aos ocupantes dos cargos em comissão a incidência somente das normas da CLT que sejam compatíveis com o regime constitucional de tais cargos.

Ocorre que o FGTS, as horas extraordinárias, o aviso prévio, as multas prevista na CLT e a garantia do art. 93, § 1º da Lei nº 8.213/91 não são compatíveis com o regime constitucional dos cargos em comissão ou com qualquer outro cargo público, e não emprego público, pelo fato de estes ensejarem, necessariamente, vínculo administrativo estatutário. A CF não contempla e não autoriza a figura do emprego em comissão, somente do cargo em comissão. E, quanto aos cargos públicos, o art. 39, § 3º da CF, referido alhures, não garante os direitos postulados.

Se não bastasse, o art. 29, caput e § 1º da lei municipal vem sepultar, em relação ao FGTS, qualquer resquício de dúvida, ao esclarecer quais são os únicos ocupantes de cargos em comissão que tem direito ao recolhimento do FGTS: aqueles que já ocupavam um emprego público (não cargo público, pois o dispositivo fala em contrato de trabalho) anterior, que continuam a ter o FGTS recolhido com


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

base no vencimento de origem. Ou seja, o que enseja o recolhimento do FGTS nesse específico caso é o contrato de trabalho anterior, a anterior relação de emprego de natureza celetista, não o vínculo estatutário. Tudo em razão de que, como a norma municipal aclara, o contrato de trabalho anterior não é interrompido com a nomeação para o cargo em comissão.

In verbis:

Art. 29. O **contrato de trabalho** do servidor público efetivo não será interrompido com a nomeação para o cargo em comissão ou designação para função gratificada.

§ 1º A base de cálculo para efeitos de depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, no caso de nomeação para cargo em comissão, será o vencimento de origem.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedente a ação, e **CONDENO** o autor em custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, em R\$ 724,00, observada a AJG.

P.R.I.

São Carlos, 21 de março de 2014.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA