

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **0008389-66.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Obrigações**
 Requerente: **SAMUEL TADEU AMARAL**
 Requerido: **Câmara Municipal de Sao Carlos e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Carlos Eduardo Montes Netto**

Vistos.

O ESPÓLIO DE SAMUEL TADEU AMARAL, representado por Victor Ragassi Amaral propôs RECLAMAÇÃO TRABALHISTA contra a CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS alegando, em sua inicial (fls. 04/07), que o Sr. Samuel Tadeu Amaral, falecido em 08/11/2007, foi admitido pela ré em 01/01/1999 para exercer a função de Secretário Administrativo, sendo optante pelo FGTS. Que a presente ação foi proposta pelo filho do Sr. Samuel, menor de idade, razão pela qual não ocorreu a prescrição. Que o salário mensal era de R\$3.591,91 acrescido de 50% de gratificação, triênio de 10% e prêmio assiduidade de 6%, totalizando R\$6.282,26. A jornada era de 40 horas semanais. Que a ré efetuou os depósitos do FGTS apenas no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2000, ou seja, não foram depositados os valores de janeiro de 2001 a novembro de 2007 (rescisão do contrato em razão da morte do Sr. Samuel). Requereu a condenação da ré ao pagamento do FGTS do período de janeiro de 2001 a novembro de 2007 e juntou documentos.

Aditamento da inicial para constar no polo passivo o Município de São Carlos e não a Câmara Municipal (fl. 36).

Citado, o réu ofereceu contestação (fls. 43/63) alegando preliminarmente a incompetência do juízo em razão da matéria, a carência de ação por ilegitimidade passiva e a prescrição parcial. No mérito, aduz que o autor foi nomeado sem concurso público, contratado por regime especial e não CLT. Que seu cargo era em comissão, portanto não possui direito em relação aos depósitos do FGTS, anotação na CTPS, guias de seguro desemprego, férias não usufruídas e verbas rescisórias. Impugnou a assistência judiciária e os honorários advocatícios. Requereu a improcedência dos pedidos e juntou documentos.

Réplica às fls. 144/151.

Foi acolhida a exceção de incompetência (fls. 152/154) declarando incompetente a Justiça do Trabalho.

Interposto recurso ordinário pelo autor às fls. 155/163, recebido à fl.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

164 e contrarrazoado às fls. 165/172.

Negado provimento ao recurso às fls. 179/182.

Ciência às partes sobre a redistribuição do feito a esta vara (fl. 190).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Concedo ao autor os benefícios da assistência judiciária gratuita, ante o pedido de fl. 07.

Preliminares:

A. Ilegitimidade passiva:

Embora possua personalidade processual, ou seja, capacidade de estar em juízo, a Câmara Municipal não é dotada de personalidade jurídica própria.

Não deve ela integrar o polo passivo da presente lide, eis que o objeto da demanda não é pertinente à defesa de interesses funcionais do referido órgão, pois se trata de ação com o escopo do autor receber FGTS.

Logo, afasto a preliminar arguida, uma vez que a responsabilidade pelos atos da Câmara de Vereadores é do Município.

B. Prescrição:

O espólio tem legitimidade para representar o trabalhador falecido na reclamação trabalhista. Neste sentido:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. 1. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. HERDEIRO. Esta Corte Superior, ao interpretar o artigo 1º da Lei nº 6.858/80, tem entendido que os dependentes habilitados perante a Previdência Social e os sucessores previstos na lei civil tem legitimidade para pleitear os direitos do titular não recebidos em vida decorrentes da relação empregatícia, independentemente de inventário ou arrolamento, sendo que a falta de habilitação dos herdeiros perante a previdência Social, por si só, não autoriza a extinção do processo sem julgamento do mérito, na medida em que a habilitação pode ser feita até mesmo quando da liquidação da sentença. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...) (TST-RR-13200-66.2009.5.06.0002, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 25.5.2012).

No presente caso, o herdeiro Victor, dependente habilitado perante a Previdência Social (fl. 35), na data da morte do pai, possuía 12 anos, ou seja, era absolutamente incapaz.

No tocante à regra prescricional aplicável aos herdeiros menores da sucessão de trabalhador maior falecido, por força do art. 8º da CLT, é subsidiariamente aplicável ao caso o art. 198, I, do Código Civil que estabelece



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

que não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, que era o caso do herdeiro.

O representante do espólio deixou de ser relativamente incapaz em 02/01/2011, portanto o prazo prescricional passou a fluir nesta data. A ação foi ajuizada em 15/12/2011.

O prazo prescricional contra a Fazenda Pública é norma especial, previsto no Decreto 20.910/32, que prevalece sobre a lei geral do FGTS. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, como se vê:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. COBRANÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. PREVALÊNCIA DO DECRETO 20.910/32. 1. O Decreto 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. Ressalte-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.” (REsp 1107970/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 10/12/2009)

Aliás, o tema foi também analisado pelo STF, em sede de repercussão geral, no ARE 709212, oportunidade em que a Corte atualizou sua jurisprudência e fixou o entendimento de que o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados a título de FGTS é de cinco anos, e não de trinta anos:

“Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

Portanto, a prescrição ocorreu em relação aos períodos anteriores a 21/10/2003, considerando que apesar de não ocorrer a prescrição contra o absolutamente incapaz, por ocasião da abertura da sucessão, já se encontravam prescritos os períodos anteriores a 08/11/2002 em relação ao autor da herança e que o representante do espólio deixou de ser relativamente incapaz em 02/01/2011, portanto, o prazo prescricional passou a fluir nesta data e a ação foi ajuizada apenas em 15/12/2011, devendo ser computado no prazo prescricional o período compreendido entre 02/01/2011 e 15/12/2011, que totaliza 11 meses e 13 dias.

Mérito:

O reclamante foi contratado para exercer a o cargo de secretário administrativo, em cargo em comissão, conforme documento de fl. 82. Assim, não pode pretender receber verbas trabalhistas previstas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O cargo do autor está elencado no item VI, à fl. 125, enquadrado como serviço de comando, assessoria e chefia, o que confirma a afirmação da ré de que o autor foi contratado para cargo de livre nomeação e exoneração.

O artigo 37, II, da Constituição Federal prevê que 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 declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Por sua vez, é certo que a Constituição Federal concedeu autonomia para os Municípios estabelecerem o regime de trabalho de seus funcionários, tendo em vista a melhor adequação deste regime as possibilidades financeiras de seu orçamento.

Ou seja, aos servidores públicos municipais devem ser aplicadas as disposições previstas nas próprias leis municipais e não as regras trabalhistas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda, o fato de ter sua CTPS anotada pelo Município (fl. 13) não pode alterar a natureza jurídica de sua contratação. Por essas razões, inaplicáveis as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho ao seu caso, de forma que merecem ser rejeitados os pedidos de pagamento de FGTS.

Nesse sentido:

“RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. Apiaí. Cargo em comissão. Exoneração. FGTS. Anotação na CTPS. 1. Cargo em comissão. Regime estatutário. A autora foi nomeada para cargo em comissão,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de regime jurídico estatutário e não celetista. 2. FGTS e anotação na CTPS. Reconhecido o vínculo estatutário entre servidor e administração, inexigíveis as obrigações decorrentes da relação regida pelo vínculo "celetista". Recurso desprovido". (TJSP - Apelação nº 0000866-69.2010.8.26.0030. 10ª Câmara de Direito Público. Relator: Torres de Carvalho. Data de julgamento: 17/09/2012).

"Reclamação Trabalhista - Servidor Público Municipal Cargo Comissionado - Reconhecimento de vínculo - Aviso prévio - FGTS - Horas Extras - Servidores públicos admitidos sem prestar concurso público, para cargos em comissão, estão submetidos ao regime estatutário. Ausência de vínculo laboral. FGTS indevido. Precedentes desta Corte e do STJ. Horas extras indevidas. Jurisprudência do TJSP e Lei Municipal. Sentença mantida. Recurso desprovido." (TJSP - Apelação nº 0000767-73.2007.8.26.0299. 9ª Câmara de Direito Público. Relator: Décio Notarangeli. Data de julgamento: 28/03/12).

"Servidor Público Municipal - Cargo em comissão - Pretensão ao recebimento de verbas trabalhistas não pagas decorrentes de sua exoneração Impossibilidade - Relações nas quais o Estado estabelece unilateralmente aos seus servidores o regime de trabalho e de remuneração - Recurso não provido". (Apelação nº 0020318-33.2011.8.26.0482. 11ª Câmara de Direito Público. Relator: Francisco Vicente Rossi. Data de julgamento: 05/03/12). De qualquer forma, conforme já decidiu este Egrégio Tribunal em caso semelhante: "(...) se a própria Justiça do Trabalho, ao examinar o feito, afastou a qualificação do regime celetista, reconhecendo o regime estatutário, para o caso, não há, então, como atribuir à apelante, na Justiça Comum, benefícios próprios da CLT, sob o argumento de que seu regime de trabalho é celetista." (Apelação nº 0008601-78.2010.8.26.0637. 1ª Câmara de Direito Público. Relator: Vicente de Abreu Amadei. Data de julgamento: 12/03/2013).

Ante o exposto, julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos e condeno o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de verba honorária que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa, ressalvados os benefícios da AJG.

P.I.

São Carlos, 14 de dezembro de 2016.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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