


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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0012631-05.2015.8.26.0566**
Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Cargo em Comissão**

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

RELATÓRIO

AVANI REGINA GONÇALVES DIAS propôs ação trabalhista contra MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS alegando que ocupou cargo na Prefeitura Municipal entre 11/01/2001 e 31/12/2012, sob regime celetista. O réu, todavia, jamais recolheu o FGTS. Sob tais fundamentos fáticos, pugna pela condenação do município do FGTS, com os descontos legais de INSS e IR.

A ação foi movida na Justiça Trabalhista.

O réu foi citado e apresentou contestação (fls. 18/37), alegando a competência absoluta da Justiça Comum, refutando os demais argumentos da autora.

Não houve réplica.

A Justiça Trabalhista declarou-se absolutamente incompetente e encaminhou os autos a esta Justiça Comum (fls. 72/73vº).

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.

A ação é improcedente, uma vez que o vínculo empregatício estabelecido entre as partes não possui natureza celetista, e sim estatutária. O cargo ocupado pela autora é cargo em comissão. É de livre provimento e exoneração.

O seu enquadramento constitucional, a despeito de perplexidades redacionais nos diplomas municipais, dá-se no art. 37, V, segunda figura da CF.

O exercício da atividade profissional reveste-se de caráter temporário e precário. A incompatibilidade com o FGTS, destinado às relações trabalhistas, ainda que públicas, é flagrante.


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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

O essencial é que o FGTS não está previsto, na CF, para os servidores ocupantes de cargo público: o art. 39, § 3º menciona diversos direitos dos trabalhadores que se estendem aos titulares de cargos, não o fazendo em relação ao FGTS.

Assim entende o TST:

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 da autora.

A Lei Municipal nº 14.845/2008, em seu art. 31, estabelece:

Art. 31. 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 de livre nomeação/designação e exoneração, 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 não é compatível com o regime constitucional dos cargos em comissão ou com qualquer outro 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 o FGTS.

Se não bastasse, o art. 35, caput e § 1º da lei municipal vem sepultar qualquer resquício de dúvida, ao esclarecer quais são os únicos ocupantes de cargos


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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

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 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. 35. 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** a autora em custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, em R\$ 880,00, observada a AJG.

P.R.I.

São Carlos, 26 de fevereiro de 2016.

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