


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

COMARCA de São Carlos  
 FORO DE SÃO CARLOS  
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
 Rua D. Alexandrina, 215  
 CEP: 13560-290 - São Carlos - SP  
 Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

**SENTENÇA**

Processo nº: **0013815-64.2013.8.26.0566**  
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário**  
 Requerente: **Sidney Rosalino**  
 Requerido: **Município de São Carlos**

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

Aos 08/11/2013 16:34:21 faço estes autos conclusos ao MM. 1º Juiz Auxiliar. Eu,  
 (a) esc., subscrevi.

**RELATÓRIO**

**SIDNEY ROSALINO** propôs ação trabalhista contra o **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS** alegando que foi admitido nos quadros da Prefeitura Municipal em 22/05/95 sendo afastado em 12/01/10. A contratação foi sem concurso público. O regime, celetista. O réu, todavia, jamais recolheu o FGTS. Sob tais fundamentos fáticos, pugna pela condenação do município do FGTS.

A ação foi movida na Justiça Trabalhista.

O réu foi citado e apresentou contestação (fls. 18/37), alegando a competência absoluta da Justiça Comum e, no mérito, que o autor manteve dois vínculos distintos com o réu. O primeiro (Atendente-DF), entre 22/05/95 e 31/12/04. O segundo (Assessor de Gabinete VII), entre 01/01/05 e 12/01/10. Quanto ao primeiro, o réu alega, de início, prescrição total, uma vez decorrido o prazo bienal previsto no art. 7º, XXIX, "a", da CF, e no mérito a inexistência de obrigação de recolher o FGTS. Quanto ao segundo, o réu alega, de início, prescrição parcial, em relação aos créditos constituídos há mais de cinco anos contados da propositura da ação (tb. art. 7º, XXIX, "a", CF), e no mérito a inexistência de obrigação de recolher o FGTS.

O autor apresentou réplica (fls. 149/162), mencionando que a Lei Municipal nº 13.486/04, em seu art. 25, autoriza a conclusão de que faz jus ao recebimento do FGTS.

A Justiça Trabalhista proferiu sentença (fls. 191/193) de improcedência, que foi anulada pelo TRT declarando-se absolutamente incompetente a Justiça Trabalhista, encaminhando-se os autos a esta Justiça Comum (fls. 240/241).

**FUNDAMENTAÇÃO**

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC, uma vez que a prova


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

COMARCA de São Carlos  
 FORO DE SÃO CARLOS  
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
 Rua D. Alexandrina, 215  
 CEP: 13560-290 - São Carlos - SP  
 Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

documental é suficiente para a solução da controvérsia.

Prescrição Bial: O autor foi admitido em 22/05/95 e afastado em 12/01/10, sem solução de continuidade nos vínculos estabelecidos pois o primeiro (Atendente-DF) encerrou-se em 31/12/04 e o segundo (Assessor de Gabinete VII) iniciou-se no dia seguinte, 01/01/05, 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, 12/01/10 (aposentadoria por invalidez). A ação foi movida em 11/03/11, ou seja, antes de decorrido o prazo bial. Rejeita-se a alegação.

Prescrição Quinquenal: Superada a prescrição bial, observe-se que 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, da mesma forma, esta alegação do réu.

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. 42, 46/48, 67, 71. São 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.

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


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

COMARCA de São Carlos  
 FORO DE SÃO CARLOS  
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
 Rua D. Alexandrina, 215  
 CEP: 13560-290 - São Carlos - SP  
 Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

PAULO MANUS, j. 03/10/2012, 7ª Turma.

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

A Lei Municipal nº 13.486/04 (fls. 163/180), 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 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. 29, caput e § 1º da lei municipal vem sepultar 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 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



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

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

CEP: 13560-290 - São Carlos - SP

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

custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, em R\$ 724,00, observada a AJG.

P.R.I.

São Carlos, 03 de fevereiro de 2014.

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

**Aos 03/02/2014 recebi os presentes autos em cartório. Eu, (a) esc., subscrevi.**