



Ibitinga/SP, 19 de fevereiro de 2016

À Câmara Municipal da Estância Turística de Ibitinga-SP

Assunto: Resposta ao Ofício nº. 87/2016

Objeto: Esclarecimentos sobre recolhimento de FGTS para os cargos comissionados da FEMIB

Exmo. Sr.
Windson Pinheiro
Presidente da Câmara Municipal

O Superintendente da FEMIB – Fundação Educacional Municipal de Ibitinga, no uso de suas atribuições legais e regimentais, que esta subscreve, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com o devido respeito e acatamento, em resposta ao Ofício em referência, que tem como objeto a prestar esclarecimentos sobre o recolhimento da FGTS para os cargos comissionados da Fundação, nos seguintes termos:

A Fundação passou a recolher o FGTS para os cargos comissionados a partir de setembro de 2014 em cumprimento à decisão judicial da Justiça do Trabalho, nos autos da Ação Trabalhista nº. **0001431-60.2012.5.15.0049**, movida pelo SINDISERV – Sindicato dos Servidores Públicos de Ibitinga, da Vara do Trabalho de Itápolis/SP, confirmada por V. Acórdão, ambos em anexo.

Em resposta aos questionamentos temos que:

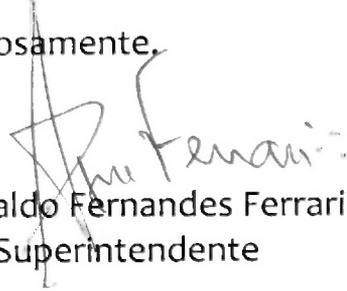


1. Sim. Existem funcionários que contam com o benefício de recolhimento do FGTS, em virtude da decisão judicial mencionada;
2. Os nomes e cargos de cada servidor estão na listagem em anexo;
3. O recolhimento está em vigor desde setembro de 2014;
4. Os recolhimentos estão baseados na decisão judicial transitada em julgado em anexo.

Assim, com base nos princípios da eficiência, moralidade e publicidade, bem como com o intuito de empregar as melhores práticas de gestão dos recursos públicos, orgulha-se a Fundação em informar a Vossa Excelência que cumpre irrestritamente as determinações judiciais, colocando-nos à disposição para esclarecimentos complementares e todo o mais que se fizer necessário.

Aproveita o ensejo para renovar votos de elevada estima e distinta consideração.

Atenciosamente,


Agnaldo Fernandes Ferrari
Superintendente



VARA DO TRABALHO DE ITÁPOLIS
PROCESSO 0001431-60.2012.5.15.0049

TERMO DE AUDIÊNCIA

Aos vinte e três dias do mês de outubro do ano de 2012, às 17h15, na sala de audiências desta Vara, na presença da Juíza do Trabalho, Fernanda Cristina de Moraes Fonseca, foram apregoados os litigantes.

Ausentes as partes.

Prejudicada a última tentativa de conciliação.

Profere-se a seguinte **SENTENÇA**:

SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE IBITINGA - SINDISERV, devidamente qualificado nos autos, ajuizou reclamação trabalhista em face de **FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE IBITINGA - FEMIB**, alegando ser parte legítima para propor a ação. Sustentou que os substituídos são ocupantes de cargo em comissão regidos pela CLT e não tiveram o depósito do FGTS efetuado em conta vinculada. Postulou pela condenação em honorários advocatícios e aplicação de juros pela taxa SELIC. Juntou procuração e documentos, atribuindo à causa a importância de R\$ 10.000,00.

Inconciliados.

Em contestação instruída com documentos (fls. 56/68) a reclamada alegou preliminarmente ilegitimidade de parte e litispendência. No mérito aduziu que os recolhimentos do FGTS não são devidos tendo em vista que relação entre o servidor comissionado e a Administração tem índole administrativa e natureza precária, podendo ser dispensado a qualquer tempo. Impugnou o pedido de honorários advocatícios e postulou pela aplicação da Lei nº 11.960/2009 quanto aos juros. Juntou documentos.

Não foram produzidas provas em audiência.

Remanesceram inconciliados.

Relatados.

DECIDE-SE E FUNDAMENTA-SE



PRELIMINARMENTE

CARÊNCIA DA AÇÃO – ILEGITIMIDADE DE PARTE

Tratando-se de condição para o exercício do direito de ação, matéria de ordem pública, examina-se a legitimidade para a atuação do demandante como substituto processual.

Com a redação conferida ao artigo 8.º, inciso III da Constituição Federal e advento da lei nº 8.073/90, despontou na ordem jurídica a autorização ampla e irrestrita para que o Sindicato atue na defesa dos interesses coletivos e individuais de toda a categoria profissional, residindo esta prerrogativa no “nexo que correlaciona o interesse (jurídico) da entidade com o interesse (jurídico) do membro ou associado” (CALMON DE PASSOS).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, o que levou ao cancelamento da Súmula 310 do C. TST.

Portanto, é lícito concluir que o Sindicato tem legitimidade para substituir a seus associados, não só para postular o cumprimento de acordos ou convenções coletivas (lei 8.984/95), como nas demandas nas quais postule diferenças dos depósitos do FGTS e recolhimentos previdenciários, tratando-se do exercício de suas prerrogativas legais.

Nesse sentido o entendimento deste E. Tribunal:

Substituição Processual - A sociedade contemporânea é uma sociedade de massas. É uma sociedade em que, cada vez mais, se faz conveniente que a defesa dos direitos vinculados a uma classe, comunidade ou coletividade, se faça por intermédio de suas respectivas entidades representativas, pois a própria justiça, de há muito, já não mais suporta a imensa repetição de demandas idênticas, ou quase por inteiro semelhantes, que lhe atravancam os mecanismos, praticamente condenado-a a lentidão e à prolação de um sem número de decisões contraditórias. A legislação em vigor reconhece tal necessidade, e a expressamente autoriza. No caso específico dos Sindicatos, a autorização está inserida no inciso IV do art. 82, da Lei nº 8.078/90, c/c o inciso 11 do art. 81 daquele mesmo diploma (CLT, art. 769), e, principalmente, no art. 3º da Lei nº 8.073/90. Este último dispositivo permite a substituição processual pelo sindicato em caráter amplo, tanto do ponto de vista subjetivo (atingindo todos os integrantes da correspondente categoria profissional, associados ou não), quanto objetivo (aplicando-se a todas as demandas cujo conteúdo possua natureza transindividual). (TRT 15ª R. - Proc. 12.410/95 - Ac. 2ª T. 26.655/97 - Rel. Juiz Manoel Carlos Toledo Filho - DOESP 15.09.1997).

Assim, considerando que o autor postula o depósito ou indenização substitutiva do FGTS para os substituídos que exerçam ou exerceram cargo em comissão, está-se diante de direito homogêneo que, se reconhecido, será devido a todos os comissionados na mesma condição. Rejeita-se a preliminar.



LITISPENDÊNCIA

Há litispendência entre duas ações, quando se verificar tríplice identidade: entre as partes, pedido e causa de pedir.

O autor ajuizou a presente ação em face da Fundação Educacional Municipal de Ibitinga - FEMIB, integrante da Administração Pública Indireta do Município de Ibitinga.

Destaque-se que a fundação pública possui personalidade jurídica própria (fls. 70) e não se confunde com o município, sendo, evidentemente, detentora de autonomia administrativa e financeira, devendo realizar concurso público para admissão de funcionários.

Assim, como a ação 716-14.2008.5.15.0049 foi ajuizada em face do Município de Ibitinga, não há identidade entre as partes, rejeitando-se a preliminar de litispendência.

MÉRITO

Postula o reclamante depósito do FGTS ou pagamento de indenização substitutiva para todos os substituídos que ocupam ou ocuparam cargo em comissão na reclamada.

É fato que os cargos em comissão são destinados à livre nomeação e exoneração e tem índole eminentemente administrativa.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles *a instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico.* (in Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., pág. 394).

Partindo-se de referida premissa, poder-se-ia concluir que os funcionários comissionados não teriam direito ao recolhimento mensal do FGTS.

Entretanto, como a reclamada adota o regime celetista para reger os vínculos mantidos com seus servidores, fato este incontroverso nos autos, os mesmos beneficiam-se dos direitos arrolados na Constituição Federal e outros previstos na CLT, sendo que um arcabouço jurídico adere aos contratos formulados, independentemente da vontade ou manifestação das partes.

Por certo, ante as peculiaridades que regem a contratação dos ocupantes de cargo em comissão, muitos direitos previstos no diploma mencionado não lhe são aplicáveis, dentre os quais, a multa de 40% do FGTS, exemplificativamente.

Assim, deve a reclamada proceder ao recolhimento fundiário como determina o artigo 7º, III da Constituição Federal. Importante destacar que o § 2º do artigo 15 da Lei nº 8.036/1990 não previu a exclusão dos ocupantes de cargo em comissão, como fez com servidores públicos civis e militares com regime jurídico próprio.



Dessa forma, pelos fundamentos supra, defere-se aos ocupantes de cargo em comissão, regidos pela CLT, atuantes na reclamada, o depósito do FGTS em conta vinculada, parcelas vencidas e vincendas (enquanto perdurar o contrato de trabalho). Para os contratos de trabalho já extintos, a reclamada deverá proceder ao depósito do FGTS em conta vinculada, relativos ao período em que vigorou o contrato de trabalho, limitado ao biênio anterior ao ajuizamento desta ação. Todos os valores devidos a título de FGTS (tanto dos servidores em atividade, quanto dos contratos extintos) deverão ser depositados, eis que caberá ao órgão competente analisar a possibilidade ou não de levantamento do respectivo valor. Não sendo efetuado o recolhimento, o valor será executado nestes autos, mas transferido para a conta vinculada de cada substituído.

Os valores serão apurados em regular liquidação de sentença, com juros, calculados, desde a propositura e até que seja efetuado o depósito do FGTS em conta vinculada, nos termos da Lei 11.960/2009 que alterou o artigo 1º da Lei 9.494/1997. Correção monetária, na forma da súmula 381 do C. TST.

Não há incidência de recolhimentos fiscais e previdenciários diante da natureza do provimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Preenchidos os requisitos da Lei 5584/70, encontrando-se o reclamante assistido pelo Sindicato da Categoria e tendo firmado declaração de pobreza (OJ 304 da SDI do C. TST), defere-se honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação reversíveis à entidade assistente, calculados na forma do artigo 11 parágrafo 1º da Lei 1060/50.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTES** pedidos formulados na reclamação trabalhista proposta por **SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE IBITINGA – SINDISERV** contra **FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MUNICIPAL DE IBITINGA** condenando a reclamada a efetuar o depósito do FGTS, em conta vinculada, dos servidores ocupantes de cargo em comissão e ao pagamento de honorários advocatícios (15%), na forma da fundamentação.

Não há recolhimentos fiscais, previdenciários diante da natureza do provimento.

Incidência de juros e correção monetária na forma da fundamentação.

Arbitra-se a condenação o valor de R\$ 20.000,00, com custas pelo reclamado no importe de R\$ 400,00, das quais fica isento do recolhimento, nos termos do artigo 790-A da CLT.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Sujeita-se a reexame necessário.
Sentença proferida e publicada em audiência.
Cientes as partes.
Nada mais.

Fernanda Cristina de Moraes Fonseca
Juíza do Trabalho

5ª TURMA - 9ª CÂMARA

PROCESSO: 0001431-60.2012.5.15.0049

REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE ITÁPOLIS

RECORRENTE: FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MUNICIPAL DE IBITINGA

**RECORRIDO: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE IBITINGA
- SINDISERV**

JUÍZA SENTENCIANTE: FERNANDA CRISTINA DE MOREAS FONSECA

Inconformada com a r. sentença de fls. 95/97, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, recorre a reclamada às fls. 99/112, arguindo preliminar de ilegitimidade ativa do sindicato e de litispendência. Alega que os ocupantes de cargos em comissão não fazem jus aos depósitos de FGTS. Requer a exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios e que indevida a cumulação de juros moratórios com os juros remuneratórios com aplicação da taxa SELIC.

Contrarrazões pelo reclamante às fls. 115/117.

O MM. Juízo de origem, de ofício, remete os autos para reexame necessário.

Manifestação pelo membro do Ministério Público do Trabalho às fls. 120/verso, opinando pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

Conheço do Recurso, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade. O reclamante atribuiu à causa o valor de R\$10.000,00, e da r. sentença recorrida consta o arbitramento da condenação em R\$20.000,00. Ambos os valores são inferiores a 60 salários mínimos, considerando o valor do salário mínimo vigente à época do ajuizamento da ação (R\$622,00). Não conheço da remessa oficial, pois inaplicável a sujeição, de ofício, ao duplo grau de jurisdição previsto no *caput* do art. 475 do CPC, da sentença em que o valor condenatório não exceda 60 salários mínimos, ainda que arbitrado provisoriamente, consoante disposto no § 2º do mesmo artigo.

Preliminarmente – Da ilegitimidade ativa

Nestes autos, o Sindicato autor, na qualidade de substituto processual, pretende os depósitos do FGTS em conta vinculada dos substituídos ou então o pagamento de indenização substitutiva, de modo que se trata de direito individual homogêneo, posto que decorrem de origem comum (Art. 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor).

O art. 8º, III, da Constituição Federal garante a possibilidade de substituição processual ampla dos sindicatos na defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos dos integrantes da categoria que representa, de forma que o exercício da substituição processual é amplo.

Nesse sentido decidiu o C. TST, *in verbis*:

“RECURSO DE REVISTA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. AMPLITUDE. A teor do que dispõe o art. 8º, inc. III, da Constituição da República, o sindicato possui ampla representatividade da categoria correspondente para, na qualidade de substituto processual promover, em juízo, a defesa dos direitos individuais ou coletivos da categoria que representa. Precedente da Quinta Turma e outros da SbDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.”(TST, 5ª T., RR-67000-55.2009.5.09.0671, Ministro Relator Emmanoel Pereira, DEJT 04/11/2011)

Destarte, fica rechaçada a preliminar de ilegitimidade ativa.

Preliminarmente – Da litispendência

Conforme informado pelo próprio recorrente, figura no pólo passivo dos autos 00718-2008.049.15.00.7 o Município de Ibitinga e, nos presentes autos a Fundação Educacional Municipal. Dessa maneira, não havendo coincidência do pólo passivo das ações, impossível o reconhecimento da litispendência.

Do FGTS – cargo em comissão

Incontroverso nos autos que os substituídos exerceram cargo em comissão, bem como restou patente que o município reclamado aplicava aos seus funcionários o regime celetista (art. 1º da lei municipal 1.570/93; transcrição, fls. 44).

Embora regidas pela CLT, as nomeações em comissão detém caráter especial, pois a livre exoneração – *ad nutum* – é condição do contrato de trabalho, afastando qualquer direito à estabilidade, necessidade de motivação, ou aviso prévio para a rescisão contratual, da qual o empregado tem conhecimento desde o momento da contratação.

*Hely Lopes Meirelles*¹ leciona que o cargo em comissão é aquele que “só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função” (grifei).

Por outro lado, o §1º do art. 18 da Lei 8.036/90, que estabelece o pagamento da multa do FGTS, assim estabelece:

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do

¹ Direito Administrativo Brasileiro, 18a ed., Malheiros Editores, pág. 362

contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Entretanto, a contratação de cargo em comissão garante ao empregador a possibilidade de dispensa imotivada.

Destarte, a exoneração *ad nutum* do cargo em comissão não pode ser considerada como dispensa arbitrária ou sem justa causa, afastando a aplicação do art. 18, §1º da Lei 8.036/90.

Nesse sentido, trago à colação ilustrativo aresto do C. TST:

“RECURSO DE REVISTA. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À MULTA DE 40% SOBRE O FGTS E AO AVISO-PRÉVIO.

A decisão recorrida encontra-se em consonância com o entendimento que tem prevalecido nesta Corte, no sentido de que o ocupante de cargo em comissão, mesmo contratado sob o regime da CLT, não tem direito ao pagamento dos valores relativos à multa de 40% sobre o FGTS e ao aviso-prévio indenizado, porquanto se trata de contratação a título precário, sem nenhuma garantia, sendo o cargo de livre nomeação e exoneração, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (Processo: RR - 96700-03.2006.5.10.0009 Data de Julgamento: 16/06/2010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 18/06/2010)

Assim sendo, reformo a r. sentença de origem para excluir a condenação da reclamada aos depósitos de FGTS em conta vinculada de parcelas vencidas e vincendas.

Dos honorários advocatícios

Em consequência da reforma da r. sentença de origem e, portanto, ausente a sucumbência da reclamada, reformo a r. sentença para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Dos juros

Prejudicada a análise do pedido de reforma referente aos juros, tendo em vista a reforma da r. sentença.

Ante as razões expendidas, decido **DEIXAR DE CONHECER** da remessa necessária e **CONHECER** do Recurso voluntário interposto pela reclamada e, ultrapassadas as preliminares arguidas, **DAR-LHE PROVIMENTO** para excluir a condenação da reclamada aos depósitos de FGTS em conta vinculada das parcelas vencidas e vincendas e para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da fundamentação, julgando improcedentes os pedidos deduzidos na inicial. Custas, em reversão, pelo autor, calculadas sobre o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atribuído à causa, no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais), de cujo recolhimento fica isento, vez que beneficiário da Justiça gratuita.

SUZANA MONREAL RAMOS NOGUEIRA

Desembargadora Relatora

5ª TURMA - 9ª CÂMARA

PROCESSO: 0001431-60.2012.5.15.0049

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE ITÁPOLIS

EMBARGANTE: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE IBITINGA - SINDISERV

EMBARGADO: ACÓRDÃO Nº 000924/14 DA 9ª CÂMARA, DA 5ª TURMA DO E. TRT DA 15ª REGIÃO

SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE IBITINGA
- SINDISERV apresenta Embargos de Declaração às fls. 127/128, alegando erro material quanto ao quanto decidido a respeito dos depósitos de FGTS.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Embargos de Declaração, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O Sindicato embargante afirma que o pedido formulado dizia respeito tão-somente aos depósitos do FGTS em conta vinculada e não à multa de 40% sobre o respectivo saldo, tendo o v. acórdão incorrido em erro material ao excluir a condenação do reclamado.

De fato, houve erro material, uma vez que o pedido inicial e a condenação em nenhum momento fizeram referência à multa de 40%.

Os cargos demissíveis *ad nutum*, como é o caso do ocupado pelos substituídos, impedem apenas o recebimento da multa de 40% sobre o FGTS, ante a incompatibilidade entre a natureza do cargo e a finalidade da referida multa.

Contudo, tendo a reclamada optado pela adoção do regime celetista, deve observar as regras estabelecidas pela CLT, dentre elas, a obrigatoriedade de depósito do FGTS.

Neste sentido, já se pacificou a jurisprudência deste Eg.

Tribunal:

Súmula n. 29 – “SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO DA CLT. CARGO EM COMISSÃO. DEPÓSITOS DO FGTS. DEVIDOS. O servidor público, submetido ao regime da CLT e investido em cargo em comissão, faz jus ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.” (Aprovada pela Resolução Administrativa n. 08, de 20 de agosto de 2012).

Assim sendo, mantenho o quanto decidido pelo MM. Juízo de origem e, conseqüentemente, corrijo o erro material apontado pelo embargante.

Ante as razões expendidas, decido **CONHECER** dos Embargos de Declaração opostos pelo recorrido e **ACOLHÊ-LOS** para manter o quanto decidido pelo MM. Juízo de origem com relação aos depósitos de FGTS, conforme fundamentação.

JOÃO BATISTA DA SILVA

Juiz Relator