Procedência: Secretaria de Estado de Fazenda – SEF/MG

Interessada: Secretaria de Estado de Fazenda – SEF/MG

Número: 15.878

Data: 23 de maio de 2017

Classificação Temática: Servidor Público. Cargo em comissão de livre nomeação e exoneração sob o regime celetista. Direitos rescisórios.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. EMPREGADOS PÚBLICOS, DE RECRUTAMENTO AMPLO, OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO, SOB O REGIME CELETISTA. DIREITOS RESCISÓRIOS. MULTA FUNDIÁRIA DE 40%. POSICIONAMENTO ATUAL DO TST. IMPOSSIBILIDADE.

Não são devidos os pagamentos de verbas rescisórias em razão de exoneração de detentores de cargos de recrutamento amplo, de livre nomeação e exoneração, sob o regime celetista, nas empresas públicas estatais, bem como nas sociedades de economia mista estaduais.

Isto porque, este tipo de contratação não gera vínculo empregatício entre o ocupante do cargo comissionado e o ente público, mas simples vínculo administrativo, de caráter precário e transitório, com possibilidade de exoneração *ad nutum*.

Mantido o posicionamento adotado no Parecer AGE nº 15.149/12.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Secretaria de Estado de Fazenda para que seja analisada por esta Consultoria Jurídica possível divergência entre o Parecer AGE nº 15.149/2012 e o Parecer AGE nº 15.439/2015 que tratam do

Rafaella Barbosa Ledo
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

pagamento de verbas rescisórias em razão de exoneração de detentores de cargos de recrutamento amplo nas empresas estatais.

2. A consulente solicita orientação sobre qual posicionamento deve ser adotado pelas empresas estatais mineiras.

3. É o relatório. Passo a opinar.

PARECER

4. O Parecer nº 15.149, de 01 de fevereiro de 2012, teve por objeto a consulta elaborada pelo Procurador-Chefe da Procuradoria do Tesouro, Precatório e Trabalho da Advocacia-Geral do Estado (PTPT) acerca dos direitos trabalhistas rescisórios dos detentores de cargos comissionados de provimento amplo, regidos pela CLT.

5. Na ocasião opinou-se pelo indeferimento do pagamento das verbas rescisórias típicas de demissão imotivada em caso de exoneração de empregado público admitido sem concurso público para cargo demissível *ad nutum*, pelos seguintes fundamentos:

a) Necessidade de exegese conjugada dos artigos 37, II 39 e 173, § 1°, II da Constituição Federal. Uma vez que a parte final do art. 37, II da Constituição possibilita, excepcionalmente, o preenchimento de cargos no serviço público sem a prévia necessidade de concurso público, temos a categoria dos cargos em comissão, cuja a ocupação é transitória. De sorte que os empregados em comissão (servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista), por analogia à figura dos cargos comissionados, não gozam da garantia da estabilidade, podendo ser dispensados *ad nutum;*

b) Nestes casos, a relação jurídica em que se dá a contratação do servidor/empregado público não lhe garante o deferimento de determinadas

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

parcelas específicas da legislação trabalhista, isto diante da natureza administrativa do cargo e da possibilidade de o ente estatal exonerar dentro dos critérios próprios de conveniência administrativa;

c) A jurisprudência do TST mostrava-se firme no sentido de que o pagamento de verbas rescisórias ao servidor ocupante de cargo em comissão é incompatível com o regime constitucional previsto no art. 37, II da CF, sob o fundamento de que a relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e o servidor nomeado para ocupar cargo em comissão é de natureza administrativa e não trabalhista, ainda que se adote o regime celetista como sendo o regime jurídico aplicável à determinada relação, uma vez que os cargos em questão possuem natureza administrativa, a título precário. Colacionados diversos julgados do TST neste sentido.

d) Ao final do parecer foi recomendada a padronização do procedimento no âmbito da Administração Pública Indireta Estadual, de modo que as sociedades de economia mista e as empresas públicas quando da celebração dos contratos de trabalho constassem de forma expressa a ressalva de que os contratados não fazem jus ao pagamento de aviso-prévio, bem como ao pagamento da indenização rescisória de 40% do saldo fundiário, e, ainda, a orientação de fazer constar da CTPS a seguinte anotação: "*contratado para cargo de natureza administrativa em caráter precário.*"

6. Já o Parecer nº 15.439, de 02 de fevereiro de 2015, resulta do estudo realizado para a Presidência da COHAB MINAS acerca da existência ou não de direito subjetivo, por parte de empregados públicos daquela Entidade que exercem "cargos em comissão", de recrutamento amplo, sob regime celetista, à multa de 40% sobre o saldo de FGTS.

7. É posto o entendimento pacífico, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, quanto à aplicabilidade do regime de contratação celetista a todas as empresas estatais. Contudo, o regime jurídico dos empregados públicos sofre derrogações, em virtude do regime jurídico administrativo. E é exatamente em razão dessas derrogações que se apresenta a dúvida quanto à aplicação do FGTS e, consequentemente, da multa de 40% em casos de dispensa sem justa causa, aos

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

empregados públicos que exercem "cargos de confiança", sob o regime celetista, nas empresas estatais.

8. Sustenta-se que por ser o regime celetista o regime jurídico de trabalho dos empregados públicos, a competência para legislar sobre a matéria é afeta privativamente à União, nos termos do art. 22, I, CF. Assim, ressalvadas as derrogações do próprio regime constitucional aplicável à Administração Pública, compreende-se que não seria legítimo ao ente federativo que criar entidades administrativas sob a forma de empresas estatais, de direito privado, pinçar na legislação trabalhista quais direitos quer assegurar a seus empregados. Nem mesmo por lei, já que inexistiria a possibilidade de revogação ou derrogação por quem não tem competência legislativa.

9. Argumenta-se ainda que o FGTS é um direito fundamental social (tratado no Título II da Carta de 1988) e, por isso, não seria passível de interpretação restritiva, ainda que sistêmica.

10. Ademais, neste segundo parecer são trazidas diversas ementas de julgados no TST que abriram divergência entre as Turmas daquela Corte, sendo que a decisão da 3ª turma abaixo transcrita foi invocada a título de divergência em embargos à Seção Especializada de Dissídios Individuais (SDI 1), com o fito de sistematizar o entendimento jurisprudencial do TST. Vejamos:

> "RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO PELA CLT. EMPREGO DE PROVIMENTO EM CONFIANÇA. RESILIÇÃO. EFEITOS. MULTA DO FGTS - CABIMENTO.
>
> 1.Não há empecilhos de ordem constitucional ou legal para que os Municípios contratem sob o regime da CLT, desde que o façam como seu regime jurídico único (o que significa não manter, o ente, quadro regido pela CLT e quadro institucional, simultaneamente).
>
> 2. É já antiga a compreensão de que a Administração Pública, ao contratar pelo regime da CLT, está equiparada ao empregador da iniciativa privada, quanto às normas ordinárias, com o acréscimo das travas de alçada constitucional.

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

> 3. **Quando a Constituição Federal, no art. 37, inciso II, alude a - cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração - , para dispensar o prévio concurso, para provimento, e a ausência dos procedimentos legais, para o afastamento do servidor, está, em verdade, no que se cogita de empregados públicos ocupantes de empregos de provimento em confiança ou em comissão, a renegar qualquer estabilidade e a afastar a necessidade de motivação para a resilição contratual: garante a dispensa imotivada. A dispensa imotivada do empregado público é disciplinada pelos mesmos preceitos que a orientam em campo privado. Sim, porque as normas pertinentes (a Lei nº 8.036/90, para o caso em foco) não oferecem a possibilidade de sua meia aplicação.**
>
> 4. A franquia de que disporá o Poder Público, no caso, será a dispensa imotivada - aqui contraposta à impossibilidade de dispensa imotivada dos empregados públicos que detenham empregos de provimento efetivo.
>
> 5. Frisando-se a necessidade de se ter em mente que cargo público não é sinônimo de emprego público, será impossível, **com todas as vênias, sufragar a compreensão de que a pessoa jurídica de direito público possa contratar pela CLT - mesmo que para emprego de provimento em confiança - e, tendo atendido a todos os ditames próprios, venha a furtar-se do recolhimento do FGTS, na medida em que o princípio da legalidade, neste universo, exigirá o integral cumprimento do ordenamento trabalhista.** Recurso de revista conhecido e provido." (RR-AIRR 58003220095150040 5800-32.2009.5.15.0040, 3ª Turma TST, DEJT 04.11.2011, Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira). Grifos nossos.

11. Com fundamento no referido julgado, o ilustre Procurador do Estado Alessandro Henrique Soares Castelo Branco conclui, com a ressalva de que a matéria é controvertida, ser devido o pagamento da multa de 40% sobre o FGTS, em caso de dispensa sem justa causa, de empregado público da consulente (COHAB Minas) contratado especificamente para exercício de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.

12. Entretanto, ressaltou que em se tratando de simples reversão de empregado efetivo ao cargo de origem, entende-se que não é devido o pagamento da multa, pela ausência de pressuposto da hipótese normativa que é a despedida, em sentido jurídico estrito considerada a perda do vínculo de emprego.

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

13. Ressalta-se que no Parecer nº 15.439/2015 já constava a advertência de que o acórdão dos embargos de divergência da SDI-1 ainda não havia sido publicado, havendo, à época, apenas a notícia do seu provimento no site do TST e em informativos jurídicos.

14. Por esta razão, logo após o Parecer nº 15.439/2015 foi elaborado o Parecer nº 15.443, de 23 de fevereiro de 2015, também proveniente de consulta da COHAB Minas, para esclarecer que não obstante a diretriz do TST, dada por meio da SDI-1, contemplasse o direito à multa de 40% sobre depósitos do FGTS *por parte de empregados comissionados, de recrutamento amplo,* inexistiria o direito de *Diretores não empregados* ao pagamento de multa de 40% sobre os saldos do FGTS, com fundamento no art. 18, § 1º, da Lei 8.036/93. Nesse sentido foi o posicionamento adotado pelo TST no julgamento do RR 295-23.2010.5.03.0052, que corroborou o entendimento ora adotado.

15. Desta feita, apresentados os fundamentos jurídicos e jurisprudenciais que embasaram os pareceres apontados pela consulente como divergentes, cabe-nos avaliar o **atual posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho** acerca da matéria, com o fito de padronizar a conduta das empresas públicas estatais.

16. De fato, como destacado no Parecer nº 15.439/15, a questão sobre o empregado público, em "cargo em comissão" de livre nomeação e exoneração ter direito a indenização de 40% do FGTS travou bastante polêmica nas turmas do TST, de modo que a ação nº 0072000-66.2009.5.15.0025 mostra-se paradigmática em construir uma das teses sustentadas, a qual nos parece ter prevalecido nos julgados mais atuais.

17. A ação trata de reclamação trabalhista ajuizada por Américo Napolitano Lino que foi nomeado pelo Município de Botucatu em dezembro de 2006 para ocupar cargo de provimento em comissão de livre nomeação e exoneração, sob regime celetista, tendo sido exonerado em dezembro de 2008.

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

Pleiteou-se o recolhimento do FGTS no período por ter exercido cargo em comissão, acrescido da multa de 40%.

18. Em primeira instância a ação foi julgada improcedente para absolver o reclamado dos pedidos da demanda. O TRT da 15ª Região reformou em parte a sentença de origem e condenou o Município reclamado ao recolhimento do FGTS do reclamante de todo o período laborado. Já a 2ª turma do TST julgou improcedente o recolhimento do FGTS. Por fim, em Embargos ao Recurso de Revista em que foi requerida a reforma do acórdão turmário por divergência jurisprudencial com julgado proferido pela 3ª Turma do TST, os Ministros da SDI-1 acordaram em reformar o acórdão recorrido proferido pela 2ª Turma do TST e restabelecer o acórdão do TRT da 15ª Região. O julgado restou assim ementado:

> PROCESSO Nº TST-E-RR-72000-66.2009.5.15.0025
>
> **A C Ó R D Ã O (Ac. SDI-1)**
>
> RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. FGTS. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME JURÍDICO CELETISTA. Controvérsia sobre direito de servidor público de município investido em cargo em comissão submetido ao regime jurídico celetista aos depósitos do FGTS. Nesta instância recursal não há questionamento acerca da competência da Justiça do Trabalho. Ainda que se trate de cargo em comissão demissível ad nutum, característica que marca a ausência de estabilidade no cargo e a possibilidade de haver dispensa sem motivação, não pode o ente público renegar a aplicação da legislação trabalhista a qual se vinculou no momento da nomeação em cargo em comissão. Se na época da nomeação do reclamante o regime jurídico vigente no Município também era o trabalhista, não há empecilho para a condenação no pagamento dos depósitos do FGTS em benefício de servidor que exerceu cargo em comissão. Relator revê entendimento porque forte esta fundamentação. Recurso de embargos conhecido e provido.

19. O acórdão acima foi publicado no DEJT no dia 13/03/15, sendo que após sua publicação houve a interposição de Recurso Extraordinário, mas que não foi admitido, ocorrendo o trânsito em julgado em 03/07/2015.

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

20. Novamente a questão foi submetida à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais nos Embargos ao Recurso de Revista nº 20786.26.2014.5.04.0006, que por entender que este tipo de contratação não gera vínculo empregatício entre o ocupante do cargo comissionado e o ente público, mas simples vínculo administrativo, de caráter precário e transitório, com possibilidade de exoneração *ad nutum,* é inconstitucional com a Constituição Federal a condenação ao pagamento de verbas rescisórias, como o aviso prévio e a multa de 40% do FGTS.

21. Destacou-se que não se olvidou o entendimento da SDI-1 firmado no julgamento do processo E-RR 72000.66.2009.5.15.0025, de relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho (DEJT 13/03/15), de que os servidor público investido em cargo em comissão submetido ao regime celetista tem direito aos depósitos do FGTS, sob o fundamento de que não pode o ente público renegar a aplicação da legislação trabalhista a qual se vinculou no momento da nomeação do cargo comissionado. Esse julgado, por sua vez, teve seu acórdão publicado no DEJT no dia 30/09/16. Vejamos a ementa:

> PROCESSO Nº TST-E-RR-20786-26.2014.5.04.0006
>
> **A C Ó R D Ã O SbDI-1**
>
> EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. REGIME CELETISTA. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS. Discute-se se a exoneração do reclamante, ocupante de cargo comissionado, contratado sob o regime celetista, gera direito ao pagamento da indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS. In casu, o reclamante foi contratado para exercer o cargo em comissão de Assessor Jurídico, nível 111, na reclamada. A característica dos cargos em comissão, na forma prevista na ressalva do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, é a livre exoneração. Assim, o vínculo que se estabelece entre o ente público e o servidor nomeado para provimento de cargo em comissão tem caráter precário e transitório, não possuindo o servidor, portanto, direito ao pagamento das verbas rescisórias, como a multa de 40% do FGTS. Nessas circunstâncias, a exoneração do reclamante está amparada por lei, não tendo a reclamada cometido nenhuma ilegalidade. Assim, a contratação de servidores, pela Administração Pública, para o exercício de cargo em comissão não gera vínculo empregatício entre o ocupante do cargo comissionado e o ente

público, mas simples vínculo administrativo, de caráter precário e transitório, com possibilidade de exoneração ad nutum, sendo incompatível com a Constituição Federal a condenação ao pagamento de verbas rescisórias, como o aviso-prévio e a multa de 40% do FGTS. Importante destacar que não se olvida o entendimento desta Subseção firmado no julgamento do processo ERR-72000-66.2009.5.15.0025, de relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, cujo acórdão foi publicado no DEJT de 13/3/2015, de que servidor público investido em cargo em comissão submetido ao regime celetista tem direito aos depósitos do FGTS, sob o fundamento de que não pode o ente público renegar a aplicação da legislação trabalhista a qual se vinculou no momento da nomeação do cargo comissionado. Contudo, o objeto da pretensão, no caso dos autos, não é o depósito do FGTS, mas, sim, a indenização de 40% incidente sobre o saldo depositado devida pela exoneração do autor do cargo em comissão, razão pela qual não se aplica o entendimento sufragado no referido precedente. Embargos conhecidos e providos.

22. E de forma a corroborar ainda mais com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, destacamos ainda a recente decisão, publicada em no DEJT **28/04/17**, que manteve este mesmo entendimento:

PROCESSO Nº TST-RR-561-19.2013.5.04.0006

A C Ó R D Ã O
(5ª Turma)

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT. MULTA PREVISTA NA CLÁUSULA COLETIVA 47ª DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.
Trata-se a **controvérsia sobre o direito de ocupante em cargo em comissão que presta serviço a sociedade de economia mista** – Companhia de Processamento de Dados do Município de Porto Alegre – PROCEMPA - **submetido ao regime jurídico celetista**. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o provimento de cargo em comissão, autorizado pelo art. 37, inc. II, da Constituição da República, depende do preenchimento de determinados requisitos previstos em lei e ostenta natureza administrativa. Portanto, **o vínculo que se estabelece entre o ente público e o servidor nomeado para provimento de cargo em comissão tem caráter precário e transitório, não possuindo, portanto, direito ao pagamento das verbas rescisórias** (multa de 40% sobre o saldo do FGTS, multa

prevista no art. 477 da CLT e multa prevista em cláusula coletiva). Precedentes. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.

23. Subsistem, portanto, na atual jurisprudência do TST os mesmos fundamentos jurídicos que sustentaram o Parecer AGE nº 15.149/2012, no sentido de firmar o entendimento de ser indevido o pagamento das verbas rescisórias típicas de demissão imotivada em caso de exoneração de empregado público admitido sem concurso público para cargo demissível *ad nutum.*

CONCLUSÃO

24. Por todo o exposto, com espeque nos fundamentos jurídicos já expendidos Parecer AGE nº 14.149/12 e na atual jurisprudência da SDI-1 do TST ora colacionada, opinamos pela manutenção do entendimento de que não são devidos os pagamentos de verbas rescisórias em razão de exoneração de detentores de cargos de recrutamento amplo, de livre nomeação e exoneração, sob o regime celetista, nas empresas públicas estatais, bem como nas sociedades de economia mista estaduais.

25. Isto porque, este tipo de contratação não gera vínculo empregatício entre o ocupante do cargo comissionado e o ente público, mas simples vínculo administrativo, de caráter precário e transitório, com possibilidade de exoneração *ad nutum,* de modo a não incidir o pagamento de verbas rescisórias, como o aviso prévio e a multa de 40% do FGTS. Não obstante, porém, persista o direito do empregado ter o recolhimento dos depósitos do FGTS.

26. É o parecer que se propõe a apreciação.

Rafaella Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4

ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
Consultoria Jurídica

Belo Horizonte, 10 de maio de 2017.

RAFAELLA BARBOSA LEÃO
Procuradora do Estado
MASP 1.186.062-4 – OAB/MG 107.724

Aprovado em: 11 de maio de 2017.

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Advogado-Geral do Estado

Sérgio Alves Batista Júnior
ADVOGADO GERAL DO ESTADO