

O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:

“Aprovo. Em 10/05/2012”

Procedência: Rádio Inconfidência Ltda

Interessado: Presidente da Rádio Inconfidência Ltda

Número: 15.174

Data: 10 de maio de 2012

Ementa:

CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO SOB O REGIME CELETISTA. RECRUTAMENTO AMPLO. AUSÊNCIA DE RETORNO AO CARGO APÓS TÉRMINO DE LICENÇA MÉDICA CONCEDIDA PELO INSS. ANÁLISE QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE ABANDONO DE EMPREGO. DEMISSÃO DO SERVIDOR. DIREITOS RESCISÓRIOS.

## RELATÓRIO

O Presidente da Rádio Inconfidência, Valério Antônio Fabris, formaliza questionamento a ser analisado por esta Consultoria Jurídica atinente à configuração do abandono de emprego de servidor ocupante de cargo comissionado de provimento amplo diante do seu não comparecimento após o término de licença médica concedida pelo INSS, bem como esclarecimento quanto aos eventuais direitos rescisórios advindos do desligamento do servidor.

A consulta é instruída por cópia das publicações dos atos de nomeação do servidor e de seu substituto, bem como comunicados de decisão emitidos pelo INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, ao longo do período de concessão do auxílio-doença.

De forma sintética, informa a Consulente contratação de servidor em fevereiro de 2007 para ocupar cargo em comissão para exercer a função de Assessor do Presidente. Após um ano de labor, referido servidor foi afastado pelo INSS após concessão de auxílio-doença, ocasionando a nomeação de outro servidor para o citado cargo.

Segundo informa ainda, o benefício foi suspenso pelo INSS em janeiro de 2010, sem que a decisão do Instituto fosse comunicada pelo servidor à Consulente Rádio Inconfidência. O benefício relativo ao auxílio-doença voltou a ser concedido ao servidor em setembro de 2011, após ingresso de ação judicial, perdurando até o final de dezembro de 2011.

Continuando, em janeiro de 2012 o benefício foi definitivamente suspenso, inclusive com a realização de nova perícia pelo INSS em 24/02/2012, sendo, por fim, constatada a ausência de incapacidade laboral, estando dito servidor, portanto, apto ao retorno laboral.

Diante dos fatos, a Consulente afirma ter encaminhado missiva ao servidor no final de março, sem precisar a data ou mesmo anexar à consulta cópia da correspondência enviada, ocasião em que o servidor teria comparecido à sede da Consulente.

Neste contexto fático, segundo o entender da Rádio Inconfidência, o servidor deveria ter retornado ao trabalho em janeiro de 2010, quando o INSS negou pela primeira vez a continuidade do benefício, que voltou a ser pago após decisão judicial; ou ainda, em janeiro do corrente ano, pelo que, caracterizado estaria o abandono de emprego, mesmo sem a sua publicação oficial.

Diante dos elementos trazidos, indaga por fim a Consulente:

*“- A Rádio Inconfidência Ltda pode dar o abandono de emprego, vez que ele não voltou dentro de 30 dias, conforme súmula 32 TST, mesmo tendo ele atendendo a convocação da Rádio, quase 3 meses depois?”*

*- Sendo negativa a resposta anterior, a Rádio Inconfidência Ltda é obrigada a pagar as verbas rescisórias ao funcionário comissionado?”*

Breve relato, passo a opinar.

#### PARECER

*Ab initio*, cabe pontuar: a questão submetida à análise tem contornos de direito constitucional e de direito do trabalho.

A Rádio Inconfidência é uma empresa pública estadual e integra a administração indireta do Estado de Minas Gerais, porém, possui natureza de direito privado.

Exatamente por ser uma pessoa jurídica de direito privado, a Consulente se equipara ao particular e se submete, em relação aos seus servidores, ao regime trabalhista, conforme disposto no artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal.

Embora empresa pública, a Rádio Inconfidência é pessoa jurídica de direito privado e se equipara ao particular em todos os direitos e obrigações trabalhistas, sem privilégio algum, sendo obrigada ao regime jurídico trabalhista, capitaneada pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesta toada, elenca o art. 482 da CLT as práticas do empregado que constituem justa causa ensejando a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, dentre elas, prevê a alínea “i”, o abandono de emprego.

Disciplinando a matéria, MAURÍCIO GODINHO DELGADO, ensina que *“a lei enquadró-a no rol das justas causas, certamente com o objetivo de acentuar o ônus probatório do empregador, inviabilizando alegações de pedido de demissão tácito sem maior fundamento”*. (in Curso de Direito do Trabalho, Ed LTR, 7ª edição, pág. 1199).

Por assim dizer, transferido o encargo probatório ao empregador, no caso, a Rádio Inconfidência, afere-se sua fragilidade, posto não ter feito, ou pelo menos não comprovado pelos documentos enviados à análise desta Casa, correspondência dotada de aviso de recebimento ou comprovação de ter sido levado a conhecimento do empregado a intenção da empresa em desligá-lo uma vez decorrido o trintídio legal após o término de sua licença às expensas do INSS.

O renomado jurista alerta para o fato de que *“a jurisprudência não tem conferido validade a convocações por avisos publicados em órgãos de imprensa, por se tratar, na verdade, de uma espécie de notificação ficta, de raríssimo conhecimento pelo trabalhador. Mais apropriado tem sido o envio de telegrama pessoal à residência do obreiro, com aviso de recebimento, alertando-o sobre sua potencial infração e convocando-o para o imediato retorno ao serviço.”* (obra citada, p. 1200).

O mesmo autor opina pela possibilidade de dispensa de tal formalidade apenas na evidência de circunstâncias concretas que deixem indubitável a intenção de romper o vínculo, como a constatação ilustrativa *“de que o obreiro ingressou em novo emprego, em horário incompatível com o do antigo contrato”*. (obra citada, pág. 1199).

Dito isto, respondendo ao primeiro questionamento da Consulente, o abandono de emprego não se presume, afastando-se a aplicação da

Súmula 32 do TST, uma vez que o ônus *probandi* é da Rádio Inconfidência que não observou as formalidades legais, tampouco há notícia da forte intenção do servidor no rompimento do vínculo contratual.

Apenas a título de esclarecimento, com relação às datas, entende-se que após a continuidade do benefício concedido pela via judicial de forma retroativa, considera-se que o término de concessão do auxílio-doença coincide com a data da realização da perícia médica, ou seja, em 24 de fevereiro do corrente ano.

De toda sorte, frise-se, não há elementos na consulta que comprovem o cumprimento pela Rádio Inconfidência da prova inconteste da ocorrência do abandono de emprego, uma vez não ter sido o obreiro advertido do risco, elemento objetivo imprescindível à configuração do instituto.

Definido o ponto, passemos à segunda indagação relativa ao pagamento das verbas rescisórias ao servidor. Acerca da matéria esta Casa já se posicionou em outras ocasiões no concernente aos direitos trabalhistas rescisórios dos detentores de cargos comissionados de provimento amplo, ainda sob a égide da CLT junto às variadas entidades de direito privado estadual, compreendidas aqui, as empresas públicas.

Como dito, as empresas públicas integram a administração indireta do Estado de Minas Gerais, porém, possuem natureza jurídica de direito privado, e, por se tratar de pessoas jurídicas de direito privado, tais entidades se equiparam ao particular e se submetem, em relação aos seus servidores, ao regime trabalhista, conforme disposto no artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal:

“§1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: ...II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”

Doutra ponta, pertinente aos servidores objeto da consulta, prevê a Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inc. II, a possibilidade de preenchimento de cargos no serviço público sem a exigência prévia de concurso público para assim dispor:

“Art. 37...

*II – a 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 declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”*

O art. 21, § 1º da Constituição Mineira repete o entendimento da Carta Maior, sendo que, o art. 20, inciso III, acrescido pela Emenda à Constituição nº 49 de 13/6/2001, conceitua os servidores públicos que exercem a atividade administrativa no âmbito estadual:

*“III – nas sociedades de economia mista, empresas públicas e demais entidades de direito privado sob o controle direto ou indireto do Estado, por empregado público detentor de emprego público ou função de confiança.*

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, classifica os cargos públicos, sob o ângulo das garantias e características, em três categorias: cargos vitalícios, cargos efetivos e cargos em comissão. Em relação ao último, disciplina que *“os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante.*

*Por isso é que na prática alguns o denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF)”. (“Manual de Direito Administrativo”, Lúmen Júris Editora, 18ª ed., pág. 544)*

Desta sorte, os empregos em comissão, por analogia à figura dos cargos comissionados, não gozam da garantia de estabilidade, podendo ser dispensado *ad nutum*, ou seja, sem qualquer motivação para tanto.

Por estabilidade, segundo o mesmo autor, entende-se *“o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC 19/98, que alterou o art. 41 da CEF, pelo qual era*

*anteriormente exigido o prazo de apenas dois anos.” Ainda segundo o autor, a mesma Emenda estatuiu que “a aquisição da estabilidade depende ainda de avaliação especial de desempenho do servidor, a ser realizada por comissão funcional com essa finalidade.”*

Na esteira de seu posicionamento, afirma que *“a regra da estabilidade, contida no art. 41 da CF, refere-se a servidor nomeado, e o §1º dita que o servidor estável só perderá o seu cargo por sentença judicial ou processo administrativo.”* Assim, conclui no sentido de que *“a estabilidade não é estendida aos titulares de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, sendo incompatível com a transitoriedade de exercício que caracteriza este tipo de cargo”*.

Ao dispor sobre cargos em comissão e funções de confiança, VICENTE PAULO esclarece em sua obra que *“a mesma autoridade competente para nomear e competente para, a seu critério, exonerar o servidor ocupante do cargo comissionado. A exoneração não possui caráter punitivo, não precisa ser motivada; não precisa ser instaurado processo administrativo, nem garantido o contraditório ou ampla defesa.”*

Por fim, afirma que *“o ocupante de cargo em comissão não adquire, em nenhuma hipótese, estabilidade em cargo comissionado, não importa durante quanto tempo o servidor o exerça”*. (“Aulas de Direito Constitucional”, Ed. Impetus, 7ª. Edição, pág. 257).

Nesta toada, os ocupantes dos cargos em questão, desde a sua nomeação têm conhecimento prévio de que se tratam de cargos demissíveis *ad nutum*, podendo, destarte, serem afastados a qualquer tempo.

Noutras palavras, a relação jurídica em que se deu a contratação do servidor não lhe garante o deferimento de determinadas 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.

E, no que pertine aos direitos sociais conferidos aos trabalhadores rurais e urbanos conferidos pelo art. 7º da Constituição Federal de 1988, tratou a mesma Carta de explicitar de forma taxativa aqueles que seriam estendidos aos servidores públicos, conforme se denota da dicção do art. 39, §3º acrescido pela EC nº 19 de 04 de junho de 1998:

*“§3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII,*

*XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”.*

Nesta linha, cuidou a Constituição Federal de excluir, aos ocupantes de cargos públicos, o direito ao regime do FGTS e ao aviso-prévio previstos nos incisos III e XXI do artigo 7º da Carta Magna.

Com base nestas premissas, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho se firmou 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.

A propósito:

**RECURSO DE REVISTA – CARGO EM COMISSÃO – ENTE PÚBLICO – CONTRATAÇÃO A TÍTULO PRECÁRIO – VALORES RELATIVOS AO AVISO PRÉVIO, MULTA DE 40% DO FGTS E SEGURO DESEMPREGO – PAGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – Em se tratando da ocupação dos cargos em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, não há de se falar em pagamento de valores relativos a aviso prévio, multa de 40% do FGTS e seguro-desemprego, ainda que o Município adote o Regime Celetista como sendo o regime jurídico aplicável às relações de trabalho estabelecidas pelo referido Ente Público, pois os cargos em questão possuem natureza administrativa, tratando-se de contratação a título precário, sendo esse o entendimento predominante no âmbito desta Corte. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e não provido. (TST – RR 522/2008-140-15-00.2 – Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Maria de Assis Calsing – DJe 06.08.2010 – p. 1499)**

**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. (TST-RR-96700-03.2006.5.10.0009. 8º Turma. Rel. Dora Maria da Costa. Pub. Em 16.06.2010).

Pede-se vênia para transcrever excerto do voto da eminente Minstra-Relatora neste julgado: *“sob tal contexto, e de modo a não estabelecer premissa que descaracterizaria o ingresso excepcional do empregado público nomeado por mera confiança, sem prévio concurso público, e assim, demissível ad nutum, como forma de ingresso burlativo à regra geral do concurso público, já que não se pode dar efeitos iguais a situações distintas como tais, aplico a exegese possível para a consideração de descabimento do aviso prévio para a ocorrência de tal ato de desligamento, assim como para a indenização compensatória de 40% do saldo fundiário, por não caracterizar a demissão como imotivada, mas fruto de capacidade especial deferida pela Constituição ao agente investido da capacidade de nomear e exonerar cargos de livre provimento, inclusive os empregos públicos sob exame.”*

RECURSO DE REVISTA – CARGO EM COMISSÃO – CONTRATAÇÃO PELO REGIME CELETISTA – FGTS E MULTA DE 40%. A Carta Política, no art. 37, inciso II, parte final, autoriza as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração. Nesses termos, a contratação de servidor, pela Administração Pública, para o exercício de função comissionada, não gera vínculo de emprego entre eles, mas sim uma situação diferenciada, com possibilidade de dispensa *ad nutum*, mesmo que o regime jurídico adotado pelo ente público seja o celetista, como na hipótese dos autos. Não há cabimento, dada a previsibilidade e a precariedade da dispensa dos ocupantes de cargos em comissão, falar-se em qualquer tipo de compensação decorrente da despedida, tal como a multa de 40% do FGTS, que deve ser excluída da condenação. (TST-RR-

396-2002-026-09-00-9- Rel. Vantuil Abdala, pub. 03.10.2007. 2ª Turma).

Neste julgado, retira-se do voto do Ministro Relator, quando da análise da verba atinente à indenização fundiária:

*“Essa verba visa a compensar a demissão sem justa causa do trabalhador comum, restringindo, assim, a possibilidade de livre dispensa em se tratando de contrato por prazo indeterminado.*

*Refere-se à norma de proteção ao empregado, em face do poder do empregador de resilir o contrato sem a anuência do empregado. No caso de a contratação haver-se dado exclusivamente para o exercício de cargo em comissão, admitir o pagamento da multa fundiária, quando da demissão do servidor, implicaria modificar a natureza da relação havida entre esse e a Administração, retirando-lhe as suas características.”*

De toda sorte, os cargos em comissão no serviço público, conforme dicção do art. 37, II e V, excepcionados à regra da inserção no serviço público mediante submissão a concurso público, geram situações jurídicas diferenciadas e, por consequência, efeitos jurídicos também distintos.

À estabilidade no emprego e garantia integral dos direitos inerentes à função pública, opõe-se a precariedade da inserção no cargo do servidor comissionado. Se aquele é demissível mediante processo administrativo que lhe assegure a ampla defesa, o comissionado é demissível *ad nutum*, segundo a conveniência administrativa, frise-se.

Como consequência, não lhe são devidos o aviso prévio e as parcelas relacionadas ao FGTS, por se tratarem de direitos próprios a regime jurídico diverso, inexistindo nesta regra qualquer violação ao princípio da isonomia.

O que se depreende da tormentosa questão, é a necessidade de se aplicar de forma conjugada a exegese dos artigos 37, 39 e 173 da Constituição Federal.

Isto porque, como esclarece MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, *“os da primeira categoria (estatutários) submetem-se ao regime estatutário [...], não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com concordância da Administração e do*

*servidor, porque se tratam de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes*". Continua a autora "os da segunda categoria (celetistas) são os contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**, 20ª ed, SP: Atlas, 2007, PAG. 434).

## CONCLUSÃO

Assim, ante a consulta formulada, opina esta Consultoria Jurídica pela ausência de configuração de abandono de emprego pelo servidor citado na consulta diante do inadimplemento das formalidades legais, e, ainda, na hipótese de desligamento do servidor, recomenda-se o pagamento apenas das parcelas relativas às férias, 13º salário e eventual saldo de salário, afastando-se demais direitos trabalhistas e rescisórios típicos de demissão imotivada em caso de exoneração de empregado público admitido sem concurso público para cargo demissível *ad nutum*, conforme exegese conjugada dos artigos 37, 39 e 173 da Constituição Federal.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 07 de maio de 2012

Ana Paula Muggler Rodarte  
Procuradora do Estado  
Masp 598204.6  
OAB/MG 68.212

“APROVADO EM: 09/05/12”  
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO  
Procurador Chefe da Consultoria Jurídica  
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597