

PARECER/CONSULTA TC-019/2017 – PLENÁRIO

DOEL-TCEES 19.2.2018 - Ed. nº 1072, p. 44

Processo: TC-3380/2017

Assunto: Consulta

Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Pinheiros

Consulente: Arnóbio Pinheiro Silva

NÃO CABE AOS MUNICÍPIOS EFETUAR OS DEPÓSITOS DE FGTS AOS AGENTES PÚBLICOS COMISSIONADOS, SEJAM ESTATUTÁRIOS OU CELETISTAS, EM RAZÃO DA NATUREZA DO CARGO/EMPREGO QUE OCUPAM - NÃO CABE AOS MUNICÍPIOS EFETUAR OS DEPÓSITOS DE FGTS AOS AGENTES PÚBLICOS DESIGNADOS TEMPORARIAMENTE - DTs, EM RAZÃO DO CARÁTER EMINENTEMENTE TEMPORÁRIO DO CARGO.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada pelo **Sr. Arnóbio Pinheiro Silva**, Prefeito Municipal de Pinheiros, nos seguintes termos:

Considerando que a Constituição Federal em seu artigo 37, IX prevê a possibilidade de contratação de servidores em regime de Designação Temporária para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; Considerando que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a relação jurídica estabelecida entre os servidores contratados pela Administração Pública Direta em regime de Designação Temporária e o ente contratante é de caráter jurídico administrativo (ADI 3395); Considerando que o município de Pinheiros/ES também possui em seus quadros servidores ocupantes de cargo em comissão e que ainda, adota o Regime Jurídico Único como sendo o celetista; Considerando que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço encontra-se regulado pela Lei 8036/90, porém, segundo precedentes da Justiça do Trabalho é conferido aos empregados públicos regidos pela CLT; Considerando ainda, que as Leis Municipais nº 1316/16 e 1321/2017 que dispõem sobre autorização para contratação de servidores em regime de Designação Temporária dispõem que as contratações far-se-ão, nos termos das respectivas leis e ainda, do artigo 1º, VI, da Lei Municipal nº 884/2007. Indaga a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo: **I. É obrigatório que os municípios efetuem o depósito de parcela de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em**

favor dos servidores contratados em regime de designação temporária, bem como aos ocupantes de cargos em comissão? II. A resposta a indagação anterior seria diferente caso haja lei municipal conferindo expressamente o regime celetista a tais servidores?

A Secex Recursos analisou os pressupostos de admissibilidade na Instrução Técnica de Consulta 26/2017, opinando pelo seu conhecimento.

Em seguida, o Núcleo de Jurisprudência e Súmula (NJS), por meio do Estudo Técnico de Jurisprudência ETJURISP nº 15/2017, concluiu pela inexistência de deliberações sobre a matéria neste Tribunal.

Desta forma, os autos foram encaminhados à Secex Recursos que elaborou a Instrução Técnica de Consulta 29/2017, com opinamento de mérito sobre a matéria questionada e no mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas, por meio do parecer 3496/2017.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Verifico estarem presentes os requisitos de admissibilidade da consulta e a observância de todas as formalidades processuais; quanto ao mérito, acompanho integralmente a Instrução Técnica de Consulta 29/2017, que transcrevo a seguir:

O mérito da presente consulta diz respeito a questionamento feito a este Tribunal acerca da obrigatoriedade de os entes municipais realizarem os depósitos das parcelas referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, para agentes públicos municipais contratados temporariamente (Designação Temporária) e também para os ocupantes de cargos em comissão. E ainda, se as respostas anteriores seriam diferentes, caso uma lei municipal conferisse expressamente o regime celetista aos referidos agentes públicos (DTs e comissionados).

Sobre a temática deve-se ressaltar, em primeiro lugar, que a Constituição Federal impôs, em seu artigo 37, II, a realização de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, excepcionando a regra apenas para situações expressamente nela definidas, dentre as quais menciona-se os ocupantes de cargos em comissão e as contratações temporárias, sendo a

primeira prevista no artigo 37, V e a segunda no artigo 37, IX, todos da Constituição Federal:

Art. 37. A Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, pessoalidade e eficiência, e, também, ao seguinte:

II. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou 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 declarada em lei de livre nomeação e exoneração.

V. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas as atribuições de direção, chefia e assessoramento.

IX. A Lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Observa-se que os agentes públicos efetivos, nomeados após aprovação em concurso público, bem como os que exercem cargos comissionados, que são livremente nomeados, para exercerem atribuições de direção, chefia e assessoramento, podem ser ocupantes de cargos ou empregos na Administração Pública, o que será definido pelo regime jurídico adotado por cada ente político da federação.

Isso porque, embora a Constituição Federal, em sua redação original, tenha estabelecido, em seu artigo 39, *caput*, a possibilidade de um único regime para cada ente político, a Emenda Constitucional nº 19/98 modificou tal regra, que foi, posteriormente, suspensa, em sede de liminar, pela ADI 2.135-4 de 2008, determinando o retorno à regra do regime jurídico único para cada unidade federativa, com efeitos *ex nunc*, ou seja, da decisão em diante, e não retroativamente.

Assim, a regra que hoje vigora é que cada ente político deve escolher um único regime jurídico, estatutário ou celetista, para todos os seus servidores, sejam eles efetivos ou comissionados, sendo que no primeiro caso, tem vigência as regras do Estatuto dos Servidores, aprovado por lei de iniciativa do chefe do

executivo do ente federado, e, no segundo, a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, também aplicável obrigatoriamente aos agentes públicos vinculados às pessoas jurídicas de direito privado que fazem parte da Administração Pública, bem como aos trabalhadores da iniciativa privada.

Observa-se, que quando aplicado o regime celetista, os agentes públicos, embora tenham sido aprovados em concurso público, não adquirirão estabilidade como os demais, cujos entes adotaram o regime estatutário, sendo, portanto, ocupantes de empregos públicos e sujeitando-se às regras celetistas, com direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, que os protege de eventuais demissões.

De outro lado, caso o ente federado adote o regime estatutário, serão os agentes ocupantes de cargos públicos, devendo obedecer às regras estabelecidas em lei de iniciativa do Chefe do Executivo, e, portanto, sem direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, visto que têm direito à estabilidade, após 3 anos de estágio probatório, conforme artigo 41 da Constituição Federal.

No entanto, a dúvida que remanesce diz respeito à aplicação ou não das referidas regras também aos agentes públicos ocupantes de cargos comissionados e aos DT's (Designação Temporária).

Em relação aos primeiros, os comissionados, diferente dos DTs, a depender o regime jurídico adotado pelo ente federado, poderão seguir o regime estatutário ou celetista. Se adotado o primeiro regime (estatutário), a presente dúvida não permanece, já que a eles não serão aplicadas as regras celetistas e, portanto, não serão devidos os depósitos relacionados ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço-FGTS. Mesmo assim, também não terão eles direito à estabilidade, ainda que preenchidos os requisitos do artigo 41 da Constituição Federal, tendo em vista, a natureza do cargo em que ocupam, que nos termos do artigo 37, V, da Lei Maior, são de livre nomeação e exoneração.

De outro lado, se o ente federado adotar o regime celetista, a presente dúvida necessita ser enfrentada, já que caso a eles sejam aplicáveis as mesmas regras direcionadas aos celetistas de maneira geral, existiria, em princípio, a obrigatoriedade do ente municipal efetuar os depósitos relativos ao FGTS.

No entanto, é preciso investigar se a referida regra é aplicável também aos comissionados celetistas, ou seja, aqueles detentores de empregos em comissão, conforme termo utilizado por José dos Santos Carvalho Filho¹, cujo trecho a seguir se transcreve:

[...] Em relação às pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista), é frequente a alusão a “cargos efetivos” e “cargos em comissão” (ou “cargos de confiança”). A despeito de serem referidos na CLT, trata-se de utilização do modelo adotado no regime estatutário, visando ao delineamento da organização funcional. Cargo, como já vimos, é instrumento próprio do regime estatutário, e não do trabalhista. Portanto, aludidas expressões indicam, na verdade, “empregos efetivos” e **“empregos em comissão”, todos eles regidos pela CLT** – Consolidação das Leis do Trabalho, diferentemente dos verdadeiros cargos públicos, regidos pelos estatutos funcionais do respectivo ente federativo. (Grifo nosso).

Isso porque, os empregados comissionados, se de um lado são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, de outro também são regidos pela Constituição Federal, que em seu artigo 37, V, embora não esclareça o regime jurídico ao qual pertencem, deixa claro que se trata de situação específica e excepcional, que impõe uma relação jurídico-administrativa com o ente, que os diferencia dos demais trabalhadores celetistas.

Neste sentido, tem-se como primeiro desafio, averiguar a compatibilidade dos empregados em comissão, em razão natureza jurídica do emprego que ocupam, com o instituto do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, que previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas e regulamentado pela Lei nº 8.036/90, tem por objetivo principal proteger o trabalhador contra despedidas involuntárias e/ou imotivadas.

Acrescenta-se, na oportunidade, que a referida lei, em seu artigo 15 e parágrafos estabelecem expressamente quem são os empregadores que devem efetuar os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS em favor de seus empregados, estes definidos como as pessoas físicas que prestam serviço ao empregador, tomador de serviços ou locador de mão-de-

¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo:Atlas, 2013, p615.

obras, excepcionando aqueles regidos por regime próprio, conforme a seguir se transcreve:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os artigos 457 e 458 da CLT e a gratificação de natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4749, de 12 de agosto de 1965.

Parágrafo 1º. Entende-se por trabalhador toda pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Parágrafo 2º. **Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime próprio.** (grifo nosso)

[...]

Embora a lei referenciada seja bastante abrangente em relação aos beneficiados, é preciso interpretar o referido dispositivo de modo cuidadoso para não correr o risco de conclusões equivocadas, já que, conforme mencionado, os ocupantes de empregos em comissão pertencem a uma categoria híbrida na Administração.

Ressalta-se, conforme dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 37, V, que os ocupantes de cargos ou empregos em comissão só podem exercer atribuições de direção, chefia e assessoramento, podendo ser livremente nomeados e exonerados pelo administrador, uma vez que tais vínculos só perdurarão enquanto existir confiança.

Assim, embora celetistas, têm os referidos agentes relações de natureza administrativa e não contratual com a Administração Pública, já que a Constituição Federal estabelece para eles regras específicas, não aplicáveis

aos trabalhadores celetistas de maneira geral, o que não deixa de constituir uma espécie de regime próprio.

Neste sentido é o entendimento do Ministério Público Especial de Contas de São Paulo, expresso em artigo de autoria de seu Procurador Geral, publicado no sítio eletrônico do referido órgão, cujo trecho a seguir se transcreve:²:

[...] De qualquer forma, o FGTS manteve seu caráter de buscar inibir a despedida imotivada, ao fixar ao empregador o ônus de pagar ao empregado uma multa de 40% sobre o montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho. **Assim, o FGTS é fortemente ligado ao princípio da continuidade da relação de emprego. Parece evidente que nenhum comissionado, por ser exonerável ad nutum, se abriga sob a proteção deste nobre princípio do direito trabalhista. Não custa lembrar que a própria criação de um cargo em comissão, por exigir de quem vier a ocupá-los o estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade com a autoridade nomeante, liga-se à ideia de temporariedade, com provimento em caráter precário.** Por outro lado, atividades ininterruptas e permanentes, que devem ser desempenhadas com profissionalismo e sem sobressaltos a despeito da troca momentânea das autoridades nomeantes, não podem ser destinadas ao provimento em comissão, por não se coadunarem com a ocupação em caráter transitório. **Portanto, em razão da previsibilidade da dispensa a que está sujeito o comissionado, é incongruente que lhe sejam aplicadas normas trabalhistas de índole protetiva, que visem a compensar a demissão imotivada, com os recolhimentos ao FGTS.** [...] (Grifo nosso).

Sobre a temática, a Justiça do Trabalho, que tem competência específica para apreciar as relações jurídicas decorrentes de contratos trabalhistas, é bastante oscilante, posicionando-se de forma divergente, ora entendendo devidos os depósitos do FGTS para agentes celetistas comissionados, ora não, e, em outros casos, enfrentando questões relativas à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS e aviso prévio. Assim vejamos³:

² Demarchi Costa, Rafael Neubem – Procurador Geral do Ministério Público Especial de Contas do Estado de São Paulo. Comissionados têm direito a FGTS. Disponível em MPC.sp.gov.br. em 29 de junho de 2017.

³ Disponível em: www.jusbrasil.com.br, em 30 de junho de 2017.

I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE NA VIGÊNCIA DA Lei 13.015/2014. FÉRIAS. PAGAMENTO EM DOBRO (AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO LEGAL; SÚMULA 23 DO TST). Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. II. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO NA VIGÊNCIA DA Lei 13.015/2014. DEPÓSITOS DO FGTS. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME DA CLT. **A subseção I Especializada em Dissídios Individuais unificou o entendimento de que os trabalhadores contratados para cargos em comissão, embora não possuam direito ao aviso prévio e ao acréscimo de 40% do FGTS, em razão de sua demissibilidade ad nutum, fazem jus ao depósito mensal do FGTS durante o período contratado, por observância do regime ao qual se vinculou o município para a contratação, no caso, a CLT.** Incidência da Súmula 333 do TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST – ARR:108788520145150022, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 05/04/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT **11/04/2017**).

CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO – AVISO PRÉVIO E FGTS INDEVIDOS – O artigo 37, inciso II da Constituição da República autoriza a nomeação para cargos em comissão, definidos em lei como de livre nomeação e exoneração. **Os contratos daí oriundos são de natureza administrativa, nos quais não há a configuração da relação de emprego, porque caracterizados pela precariedade e previsibilidade da dispensa, ainda que os servidores do réu estejam submetidos ao regime da CLT, por força de lei municipal. Assim, indevidos os depósitos do FGTS, multa de 40% e aviso prévio.** (TRT-3 – RO: 00286201007003008 0000286-07.2010.5.03.0070, Relator: Maria Lucia Cardoso Magalhães, Nona Turma, Data de publicação:**27/10/2010**, DETJ. Página 103.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA – DESCABIMENTO. SERVIDOR PÚBLIC CONTRATADO PARA

EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. DEPÓSITOS PARA O FGTS E INDENIZAÇÃO DE 40% INDEVIDOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

Ausentes as violações legais e constitucionais indicadas e sem divergência jurisprudencial válida, (CLT, art. 896, a), não prospera o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST – AIRR: 1406820065150038140-68.2006.5.15.0038, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: **26/11/2008**, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 06/02/2009)

TERRACAP. CARGO/EMPREGO EM COMISSÃO DECLARADO EM LEI DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. PAGAMENTO DO AVISO PRÉVIO E DA MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. INCOMPATIBILIDADE. O ocupante de cargo/emprego em comissão declcarado em lei de livre nomeação e exoneração, apesar de ter o contrato balizado pelos ditames da CLT, não tem direito ao pagamento de aviso-prévio e multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. Isso porque essa modalidade de cargo/emprego reveste-se de caráter precário e transitório, características estas que o empregado tem conhecimento no momento de sua nomeação (?TRT-10-RO: 871201100110006 DF 00871-2011-001-10-00-6 RO, Relator: Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, Data de Julgamento: 23/05/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: **15/06/2012** no DEJT).

SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME CELETISTA. DEPÓSITOS DE FGTS E FÉRIAS DEVIDOS. No caso dos autos, a reclamante foi contratada para exercer o cargo em comissão de coordenadora de ação social do município de Pereiras, sob o regime celetista. 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. Contudo, na hipótese dos autos, o ente público não pode se abster de aplicar a legislação trabalhista, uma**

vez que se trata de vínculo celetista. Dessa forma, correta a decisão Regional, pela que se deferiu à reclamante o pagamento das férias e dos depósitos de FGTS. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR:5332120135150111, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: **23/09/2015**, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015)

EMPREGADO PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. DEPÓSITOS DO FGTS. NÃO CABIMENTO. 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 ter caráter precário e transitório, não possuindo, portanto, direito aos depósitos de FGTS,** conforme entendimento consolidado nesta Corte. Nessas circunstâncias, a demissão do reclamante está amparada por lei, não tendo o Município reclamado cometido nenhuma ilegalidade. Entendimento contrário equivaleria a restringir a faculdade de livre nomeação prevista no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, além de onerar os cofres públicos com indenizações descabidas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR: 34002820085150018 34700-28.2008.5.15.0018, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/05/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT **17/05/2013**). (Grifos nossos).

Verifica-se, portanto, que a matéria é extremamente divergente, mesmo em relação as decisões proferidas pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, prevalecendo, contudo, mais recentemente, serem devidos, nos casos de empregados comissionados, os depósitos de FGTS, embora não os sejam, o aviso prévio e a multa de 40% incidente sobre os depósitos.

Se levássemos em consideração apenas as decisões da Justiça do trabalho acerca da matéria, estaríamos diante de uma grande insegurança jurídica, além da questão estar sendo resolvida baseando-se em fundamentos típicos da referida justiça, que considera a hipossuficiência do trabalhador em sua relação de trabalho, situação bem diversa da existente entre o agente comissionado e a Administração Pública que, além de ser essencialmente jurídico-administrativa,

baseia-se na fidúcia, não sendo, portanto, adequada, em princípio, à aplicação das regras protetivas da Justiça do Trabalho.

A divergência ganha ainda mais relevância quando se verifica que esta se situa menos em relação ao direito em si, e muito mais em relação à competência para apreciação da matéria, se a Justiça do Trabalho ou a Justiça Comum, conforme interpretação do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 114. Compete a Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Isso porque, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado jurisprudência em precedentes, tais como, o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3395), relatada pelo Ministro Cezar Peluso (aposentado), suspendendo toda e qualquer interpretação do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, que insira na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e os servidores a ele vinculados, por ser esta típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo, conforme a seguir transcreve-se⁴:

Reafirmada competência da Justiça comum em julgar causas entre Poder Públicos e servidores. Por seis votos a três, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou, nesta quarta-feira (24) jurisprudência firmada no sentido de que a **relação de trabalho entre o poder público e seus servidores apresenta caráter jurídico-administrativo e, portanto, a competência para dirimir conflitos entre as duas partes é sempre da Justiça comum, e não da Justiça do Trabalho**. A decisão foi tomada no julgamento de recurso (agravo regimental) interposto pelo governo do Amazonas contra decisão do relator do Conflito de Competência (CC) 7231, ministro Marco Aurélio. Ele determinou a devolução, ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), de processo trabalhista iniciado na 6ª Vara do Trabalho de Manaus, que havia chegado àquela corte trabalhista por

meio de recurso de revista. O TST havia declarado a incompetência para julgar o caso, tendo em vista a jurisprudência da Suprema Corte. Cumprindo a determinação do ministro marco aurélio, a corte trabalhista encaminhou o processo ao juízo da 2ª vara da Fazenda Pública de Manaus, mas também este declinou de sua competência. Assim, coube ao STF decidir a quem cabe julgar o processo. (Grifo nosso).

Transcreve-se também, na oportunidade, ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do conflito de competência nº 7231, acima referenciado⁵:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESPECIAL ADMINISTRATIVO INSTITUÍDO PELA LEI Nº 1.674/84, DO ESTADO DO AMAZONAS, COM FUNDAMENTO NO ART. 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 01/69. AÇÕES QUE NÃO SE REPUTAM ORIUNDAS DA RELAÇÃO DE TRABALHO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. NATUREZA JURÍDICA IMUTÁVEL. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NA ADI 3.395/MC. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INTRODUZIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO AOS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal vem se pronunciando, portanto, no sentido de ser da Justiça comum a competência para apreciação dos vínculos jurídico-administrativo existentes entre o agente público e a Administração Pública, sejam estes temporários ou comissionados e, ainda que o pedido diga respeito a verbas previstas em leis trabalhistas, o que inclui o FGTS.

Neste sentido, a decisão em Agravo Regimental na Reclamação 7857 do Ceará, cujo trecho do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli⁶, se transcreve:

⁴ Notícias do STF, em 24 de abril de 2013, Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 04 de julho de 2017.

⁵ Ag.Reg. no conflito de competência 7231-Am, Relator Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Luiz Fux, Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 04 de julho de 2017.

[...] 1. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo [...] 2. Não compete à Justiça do Trabalho o exame de litígios baseados em contratação temporária pra exercício da função público, ainda que com prazo excedido [...] 3. É irrelevante a existência de pedidos fundados em verbas trabalhistas para descaracterizar a competência da Justiça comum. 4. O desvirtuamento da relação jurídico-administrativa não atrai a competência da Justiça do Trabalho [...] 5. Pedido de pagamento de verba de FGTS não atrai a competência da Justiça do Trabalho [...] 6. Compete à Justiça comum julgar ações envolvendo servidores submetidos a regime instituído por lei local em vigência antes ou após a Constituição Federal de 1988 [...] 7. **Dissídios envolvendo cargos em comissão devem ser julgados pela Justiça Comum. Interessado nomeado para ocupar cargo público de provimento comissionado que integra a estrutura administrativa do Poder Judiciário Sergipano. Incompetência da Justiça trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sem vinculados a ele por relação jurídico-administrativa [...]** 8. Não cabe ao STF, em reclamação, examinar argumentos relativos à nulidade do vínculo entre o servidor e o poder público [...] (Grifo nosso).

Na decisão referenciada, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal⁷:

Agravo regimental na reclamação. Administrativo e processual civil. Dissídio entre servidor e o poder público. ADI nº 3395/DF-MC. Cabimento da reclamação. Incompetência da Justiça do Trabalho. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade das decisões deste Tribunal (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, parágrafo 3º, CF/88.) Não se reveste de caráter primário ou se transforma em sucedâneo recursal quando é utilizada para confrontar decisões de juízos e tribunais que afrontam o conteúdo do acórdão do STF na ADI 3395/DF-MC. 2. **Compete à Justiça**

⁶ Acesso em Ag. Reg. Na Reclamação 7857 Ceará. Disponível em www.redir.stf.jus.br. Acesso em 04 de julho de 2017.

⁷ STF – Rcl:7857 CE, Relator Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DKe-040 DIVULG 28/02/2013 PUBLIC 01/03/2013.

comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo. O problema relativo à publicação da lei local que institui o regime jurídico único dos servidores públicos ultrapassa os limites objetivos da espécie sob exame. 3. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de requererem verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, ainda que desvirtuada ou submetida a vícios de origem. 4. Agravo regimental não provido. (Grifo nosso).

Ademais, a controvérsia objeto da presente consulta, ao menos indiretamente, acabou indo parar no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.478, em que se discutiu a temática a partir da análise da constitucionalidade incidental do artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, que dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade dos depósitos de FGTS em casos de contratações nulas, decorrentes de desobediência à regra constitucional da prévia aprovação em concurso público como requisito para assunção de cargo público sujeito a provimento restrito, entendendo a Corte Superior, que nestes casos seriam devidos os depósitos de FGTS, conforme ementa que a seguir se trascreve⁸:

Recurso extraordinário. Direito administrativo. Contrato nulo. Efeito. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço na conta do trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do artigo 37, parágrafo 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso Extraordinário ao qual se nega provimento.

No referido julgamento, os Ministros acabaram discutindo acessoriamente a questão em debate, conforme se verifica pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa, que entendeu que seria temerário onerar o poder público com gastos relativos a depósitos de FGTS a pessoas contratadas para exercerem cargos em comissão, que não têm a legítima expectativa de manterem suas relações de trabalho, conforme trecho que a seguir se transcreve:

Discute-se neste recurso extraordinário a constitucionalidade do artigo 19-A da Lei 8036/1990, acrescido pela MP 2.164-41, que assegura direito ao FGTS à pessoa que tenha sido contratada sem concurso público. Até o momento, as eminetes Ministras Ellen Gracie (relatora) e Cármen Lúcia votaram pelo parcial provimento do recurso extraordinário, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo. Em sentido contrário votaram os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Ayres Britto. Pedi vista dos autos na sessão de 17/11/2010 e trago meu voto-vista. Eu também considero o art. 19-A da Lei 8036/90 inconstitucional, mas por motivo que transcende o reconhecimento da invalidade da relação jurídica de trabalho, em razão da falta de requisito essencial para o qual o FGTS foi criado. Desde o final dos anos 30, nosso sistema jurídico prevê mecanismos de proteção do trabalhador contra desemprego. Nesse contexto, o Fundo de Garantia por Temp de Serviço – FGTS atende a uma finalidade muito específica, que é amparar o trabalhador contra a demissão involuntária e imotivada (art. 7º, I e II da Consituição de 1988, art. 158, XIII da Constituição de 1967, art. 157, XII da Constituição de 1946, art. 137, f da Constituição de 1937). Como soubemos, a adoção do FGTS objetivara aperfeiçoar o meio eleito para corrigir as graves distorções da estabilidade do emprego, que era a principal salvaguarda contra a demissão involuntária e imotivada até a criação e regulamentação do antigo Fundo de Indenizações Trabalhistas (Lei 3.740/1958 e Decreto 53.787/1964). Diferentemente do FIT, estruturado como sistema optativo de incentivos tributários, a contribuição ao FGTS é compulsória. Porém, tal como o FIT, o FGTS continua a ter por motivação principal o risco de demissão involunária e imotivada. **Decorre da motivação do FGTS que apenas trabalhadores com legítima**

⁸ Recurso Extraordinário 596.478 – RR, Relator: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento:13/06/2012, Tribunal Pleno, Data de publicação: Repercussão Geral – Mérito. Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 03/07/2017.

expectativa a preservarem a função social da relação de emprego são o público-alvo primordial da medida de proteção, considerados o arbítrio ou a frivolidade das razões do empregador. A legislação de regência do FGTS incorpora diversas nuances da motivação deste mecanismo de segurança da relação de emprego. Trago exemplos. O servidor público ocupante de cargo efetivo não pode ser exonerado ou demitido sem justa causa. Por não haver risco jurídico de demissão imotivada, tal classe de servidores não faz jus ao FGTS ou a fundo semelhante. Apenas se a demissão ocorrer por violação dos limites impostos pela responsabilidade fiscal é que caberá indenização em dinheiro (hipótese especialíssima de exoneração motivada, mas involuntária). Em sentido semelhante, os ocupantes de cargos em comissão de livre provimento e exoneração não recebem depósitos em suas eventuais contas de FGTS. Em regra, a dispensa destes servidores é formalmente imotivada, bastando que o interessado ou a pessoa competentes opte pela exoneração. Como estes profissionais não têm expectativa jurídica legítima de se perpetuarem nos cargos independentemente da vontade da Administração (a exoneração não é eventual, a única incerteza é quanto ao momento), o instrumento de proteção contra a despedida involuntária e imotivada não lhes socorre. (Grifo nosso).

No mesmo julgamento, a Ministra Cármen Lúcia, assim se manifestou em seu voto:

[...] Se o fundo de garantia veio para dar uma estabilidade, ou para compensar uma estabilidade, o raciocínio, a meu ver, some, com a devida vênia [...] por uma razão simplérrima: jamais haverá estabilidade de servidor que não é concursado, porque conta-se para a estabilização do servidor, não para contratos de trabalho na iniciativa privada, aquele que não tiver feito o concurso. São três anos após o concurso e depois de ter passado por um processo, que todos nós sabemos que contrato nenhum a título precário passa, que é exatamente o de saber se ele pode se estabilizar. Em terceiro lugar, porque o próprio Supremo Tribunal retomou a norma originária que se continha antes da Emenda Constitucional nº 19, e portanto, afatou a possibilidade até

mesmo de se ter regime celetista no serviço público enquanto não julgarmos o mérito daquela ADI. (Grifo nosso).

Conforme se pode verificar, o Supremo Tribunal Federal entendeu que sendo a relação de trabalho nula, por descumprimento de regras constitucionais referentes à obrigatoriedade de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos na Administração, salvo exceções expressas na própria Constituição Federal, ainda que o regime seja estatutário, os agentes públicos terão direito a receber os depósitos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço- FGTS. Mesmo assim, acabou apreciando a questão, ao menos nos fundamentos de alguns votos dos ministros julgadores.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁹ também concluiu ser irrelevante o fato do agente público comissionado ser estatutário ou celetista, para fins de avaliação acerca de serem ou não devidos os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS. Isso, em razão da natureza do cargo que ocupam, conforme ementa que a seguir se transcreve:

ALESSANDRA PEREIRA GIL ajuizou ação de cobrança contra MUNICÍPIO DE CORDEIRO. Diz que ocupou cargo em comissão na Câmara Municipal de Cordeiro e foi exonerada sem o pagamento das verbas devidas. Pede o pagamento de indenização por férias, com acréscimo de 1/3, e 13º salário proporcional. A sentença julgou procedente o pedido (fls. 57/61). Apela o réu ao argumento de que o ocupante de cargo em comissão não tem direito às verbas pleiteadas (fls. 65/73). Contrarrazões em prestígio do julgado (fls. 74/76). É o relatório. Aos servidores ocupantes de cargo público, seja ele de provimento efetivo ou comissionado, são assegurados décimo terceiro salário e gozo de férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais do que o salário normal (art. 39, parágrafo 3º, da CRFB). Nesse contexto, a autora, que ocupou cargo público em comissão tem direito a receber, de forma proporcional férias e o décimo terceiro salário. Confira-se, a respeito, a jurisprudência desta Corte: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO. FGTS. MULTA. AVISO PRÉVIO. INCOMPATIBILIDADE. FÉRIAS E 13º SALÁRIO. POSSIBILIDADE. **1. Cargo em comissão é**

⁹ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Apelação 00014540720108190019 RJ 0001454-07.2010.8.19.0019, Relator: Desembargador Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Data de Julgamento: 05/02/2014, Décima Terceira Câmara Cível, Data de publicação: 20/03/2014. Disponível em www.tj-rj.jusbrasil.com.br. Acesso em 30/06/2017.

aquele de livre nomeação, que não obedece à regra do concurso público, em que o servidor pode ser exonerado a qualquer tempo, sem qualquer garantia da continuidade, uma vez que preenchido livremente pelo nomeante, normalmente por relação de confiança. 2. Considerando, então que os cargos em comissão são ocupados de forma precária, de exoneração *ad nutum*, verbas rescisórias relativas ao aviso prévio, multas e FGTS não são devidas, pois incompatíveis com a natureza do cargo. Precedentes. 3. A discussão do regime jurídico único adotado pelo município (se estatutário ou celetista) é irrelevante para os ocupantes de cargos em comissão, pois não possuem vínculo trabalhista com o município, mas tão somente vínculo administrativo. Precedentes. 4. Portanto, sem razão os apelantes quando requerem o desbloqueio do FGTS, aviso prévio e multa relativos ao período em que exerceram cargos em comissão, pois sem amparo jurídico. 5. Todavia, têm direito, os recorrentes, ao recebimento do 13º salário e férias não gozadas, tendo em vista a garantia constitucional para todo e qualquer trabalhador, previstos no primitivo parágrafo 2º do art. 39, da CR (atual parágrafo 3º do mesmo dispositivo, com redação determinada pela EC 19/98) Precedente deste Tribunal (Apelação nº 0000370-64.1997.8.0006 Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes). A sentença de procedência, portanto, está isenta de reparos. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, monocraticamente, com aplicação do art. 557, caput do CPC. (Grifo nosso).

Sobre a temática, pode-se ainda mencionar consulta respondida pelo Tribunal de Contas de Tocantins, formulada pela Câmara Municipal de Palmas, expressamente afirmando que em relação aos cargos em comissão, por serem de natureza administrativa e podendo os seus ocupantes serem exonerados *ad nutum*, afasta-se a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego, conforme trecho que a seguir também se transcreve¹⁰:

Dessa forma, os **ocupantes de cargos comissionados e funções de confiança, também gozam de mencionados direitos, tendo em vista**

pertencerem ao rol dos ocupantes de cargos públicos. Mencionados cargos são de natureza administrativa, podendo ser admitidos e exonerados ad num, o que afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego. Por ter esta natureza peculiar, os detentores de cargos comissionados não têm direito às seguintes verbas rescisórias: aviso prévio, FGTS, multa de 40% sobre o FGTS, e guias de seguro-desemprego; sendo lhes apenas: o décimo terceiro salário e o terço de férias, que têm natureza salarial e por isso devem ser pagas indistintamente aos ocupantes de cargo público, assim compreendidos também os cargos de confiança ou comissionados. Grifo nosso.

Quanto às Designações Temporárias (DTs), embora existam divergências na doutrina sobre serem estes cargos ou funções, ambas as correntes admitem que devem obedecer aos requisitos expressos no artigo 37, IX, da Constituição Federal, quais sejam, a ocorrência de uma situação excepcional e temporária, e, ainda, a existência de lei, que expressamente regule o regime que os vinculará, não sendo este nem o celetista e nem o estatutário, e sim um regime especial, cujas regras serão estabelecidas pelo ente político federativo, no exercício de sua competência legislativa.

A União, por intermédio da Lei Federal nº 8.745/93, alterada posteriormente pela Lei nº 9849/99, estabeleceu regras para as designações temporárias federais, tendo os demais entes federados a mesma liberdade.

Embora se admita, que em casos de omissões legislativas, referente às designações temporárias, sejam aplicadas às regras previstas para os trabalhadores de maneira geral, ou seja, as constantes da Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT, não se pode negar que é necessário verificar a compatibilidade destas com a natureza do cargo ou função.

Assim, do mesmo modo, que fora explicitado em relação aos cargos comissionados, que em razão de sua natureza são incompatíveis com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, por serem de livre nomeação e livre exoneração, em relação às Designações Temporárias, que têm por objetivo o

¹⁰ Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, Processo 329/2009, formulada pela Câmara Municipal de Palmas, Parecer 07/2009. Disponível em www.tce.to.gov.br. Acesso em 04 de julho de 2017.

atendimento temporário de uma necessidade excepcional, com mais razão a mesma conclusão se extrai.

Neste sentido, ainda que a lei do ente federativo estatal, ao regular as designações temporárias, previsse a necessidade de realização de depósitos, a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço -FGTS, tal regra seria incompatível com a natureza temporária da referida função, que objetiva, tão somente, o atendimento excepcional e temporário da Administração Pública.

Ressalta-se, no entanto, que quando as contratações temporárias ou mesmo para cargos comissionados desvirtuam-se dos objetivos da Constituição Federal, já que realizadas em desacordo com esta para burlar a necessidade de concurso público pela Administração Pública, a Corte Superior já decidiu, que em razão da nulidade, e, por afrontarem diretamente à Constituição Federal, são aplicáveis as regras conferidas aos trabalhadores, incluindo-se os depósitos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS.

Sobre a matéria, transcreve-se ementa do Recurso Extraordinário RE 765.320, que teve a Repercussão geral reconhecida¹¹:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REQUISITOS DE VALIDADE (RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 31/10/2014, TEMA 612). DESCUMPRIMENTO. EFEITOS JURÍDICOS. DIREITO À PERCEPÇÃO DOS SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO TRABALHADO E, NOS TERMOS DO ART. 19-A, DA LEI 8.036/90, A LEVANTAR OS DEPÓSITOS EFETURADOS NO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO –FGTS. 1. **Reafirma-se, para fins de repercussão geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período**

trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço –FGTS. 2. Recurso Extraordinário a que se dá parcial provimento com o reconhecimento da repercussão geral do tema e reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (Grifo nosso).

Conforme se pode verificar, o Supremo Tribunal Federal¹², resumindo jurisprudência consolidada naquela Corte acerca da matéria assim se posicionou, em casos de nulidade de designações temporárias:

Nulidade de contratação sem concurso público dá direito apenas a FGTS e salários do período. **Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que a nulidade da contratação de servidor público sem concurso, ainda que por tempo determinado e para atendimento de necessidade excepcional da Administração, gera como efeitos jurídicos apenas o direito de recebimento de salários durante o período e ao levantamento dos depósitos realizados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O tema é abordado no Recurso Extraordinário (RE) 765320, que teve repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual do Tribunal e julgamento de mérito com reafirmação de jurisprudência.** No caso dos autos, um servidor admitido em caráter provisório e excepcional para desempenhar a função de oficial de apoio judicial junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) ajuizou ação reclamatória trabalhista contra o Estado. Ele alega ter exercido a função, de natureza permanente e habitual, por três anos e oito meses, executando atribuições inerentes e típicas dos integrantes do quadro efetivo de pessoal do TJ-MG, em contrariedade ao artigo 37, II e IX, da Constituição Federal. Por terem sido realizada sem concurso, a contratação foi considerada nula e o trabalhador recorreu à Justiça requerendo o reconhecimento da relação de trabalho e o pagamento de verbas rescisórias celetistas, entre os quais o pagamento de valor correspondente ao FGTS relativo a todo o período, pagamento de aviso prévio, de cinco parcelas do seguro desemprego e da multa prevista na

¹¹ RE 765320 RG, Relator(a) Min. Teori Zavascki, julgado em 15/09/2016, processo eletrônico repercussão geral – mérito DJe203 divulg 22-09-2016 public 23-09-2016. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03/07/2017.

¹² Disponível em www.stf.jus.br, notícias, veiculado em 20 de setembro de 2016, acessada em 29 de julho de 2017.

CLT por quitação de verbas trabalhistas fora do prazo legal. O TJ-MG julgou improcedente o pedido sustentando que a Constituição não prevê o pagamento de verbas celetistas para servidores públicos estatutários e que não existe essa previsão legal na contratação temporária para atender a interesses excepcionais da administração pública. O relator do RE 765320, ministro Teori Zavascki, observa que a jurisprudência do STF estabelece que, para ser válida a contratação por tempo determinado deve atender a casos excepcionais previstos em lei, ser indispensável, além de vedar a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, sob pena de nulidade, conforme assentado na ADI2229. O Ministro salienta que, na ADI 3127, o plenário considerou constitucional o artigo 19-A da Lei 8036/90, que estabelece serem devidos os depósitos do FGTS na conta do trabalhador cujo contrato com a administração pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público. **O relator destaca que, a circunstância de o trabalhador ter sido submetido ao regime estatutário após sua contratação pelo Estado de Minas Gerais é irrelevante, pois como foi admitido sem o devido concurso público, a contratação é nula, o que lhe confere direito ao recebimento dos salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos efetuados, nos termos do artigo 19-A da Lei 8.036/90. “Propõem-se, assim, a reafirmação da jurisprudência do STF no sentido de que a contratação por tempo determinado para atendimento da necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do artigo 37, inciso IX, da CF não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários relativos ao período trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei 8036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS”, concluiu o relator em sua manifestação pela reafirmação da jurisprudência. No casos dos autos, foi dado parcial provimento ao recurso extraordinário para julgar parcialmente procedente os pedidos e condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento dos depósitos do FGTS referentes a todos o período trabalhado, corrigidos**

monetariamente pelo IPCA-E, desde o vencimento das obrigações, com incidência de juros de mora [...] Grifo nosso.

Deve-se esclarecer, que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão apenas em relação às nulidades de contratações realizadas com burla ao concurso público, sejam elas decorrentes de contratações temporárias, sejam de cargos em comissão ou ainda que de outras situações, entendendo que em tais casos, haverá a necessidade de realização dos depósitos relacionados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, bem como de outros direitos trabalhistas previstos na CLT, ainda que os agentes sejam estatutários.

Mais uma vez, no entanto, o Supremo Tribunal Federal acabou enfrentando indiretamente a questão debatida na presente consulta, ao discutir a natureza especial da Designação Temporária, que por objetivar o atendimento de necessidade excepcional e temporária de interesse público, tem regras próprias que os diferenciam dos demais.

Em alguns julgamentos, inclusive, a Corte Suprema, ao diferenciar as situações que não tratam de nulidade, assim se manifestou sobre não serem devidos os recolhimentos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS aos servidores temporários¹³:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. EXONERAÇÃO.FGTS.RECOLHIMENTO. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. REPERCURSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO. 1. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço –FGTS, quando subjudice a controvérsia sobre o recolhimento dos valores vinculados à conta dos servidores temporários cujo contrato firmado com a Administração Pública seja declarado válido, encerra a análise de normas infraconstitucionais e do conjunto fático-probatório dos autos. Precedente: AI 546.752-AgR, Rel. Ministro Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 24/03/2006. 2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento de contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da

¹³ STF – ARE 834772 TO, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento:21/11/2014, Data de Publicação DJ2-231 DIVULG 24/11/2014 PUBLIC 25/11/2014. Disponível em: www.stf.jusbrasil.com.br. Acesso em 03/07/2017.

ordem constitucional. Precedente: AI 719.740/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ e 25/9/2008. 3. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, parágrafo 3º, da CF. In casu, o acórdão recorrido assentou: “APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR. CARGO EM COMISSÃO. FGTS. VERBA INDEVIDA. RELAÇÃO ADMINISTRATIVA. VÍNCULO ESTATUTÁRIO. RECURSO IMPROVIDO”. 5. Agravo DESPROVIDO, Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos interposto por Francisco de Assis Soares, com fundamento no art. 544 do Código de Processo Civil, objetivando a reforma da decisão que inadmitiu seu recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão assim do: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR. CARGO EM COMISSÃO. FGTS. VERBA INDEVIDA. RELAÇÃO ADMINISTRATIVA. VÍNCULO ESTATUTÁRIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O servidor nomeado para exercer cargo em comissão, declarada em lei, de livre nomeação e exoneração, não faz jus ao recebimento do FGTS, pelo período trabalhado. 2. No caso em exame, o apelante foi contratado inicialmente em 22/08/2003, para exercer o cargo de Assistente CAD-06, e na sequência o cargo de Assessoramento direto AD-2, a partir de 15/08/2008, até a data de sua exoneração, em 30/12/2010, os quais se enquadram como de vínculo administrativo estatutário, circunstância que afasta o recebimento da verba de FGTS pleiteada, haja vista serem de provimento puramente em comissão. 3. Recurso de apelação conhecido e improvido. “Nas razões do apelo extremo aponta violação ao artigo 37, II e V, da Constituição Federal. O Tribunal a quo negou seguimento ao recurso extraordinário por entender que incide, no caso, o óbice da Súmula nº 279/STF. É o relatório. Decido. Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, parágrafo 3º, da CF). Não merece prosperar o presente recurso. O Fundo de Garantia por Tempo de

Serviço –FGTS, quando sub judice a controvérsia sobre o recolhimento dos valores vinculados à conta de servidores temporários cujo contrato firmado com a Administração Pública seja declarado válido, encerra a análise de normas infraconstitucionais e do conjunto fático-probatório dos autos. Neste sentido, menciono as seguintes decisões: RE 793.580, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe13/05/2014, RE 761.066, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 6/3/2014, RE 753.341, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 16/12/2013, RE 785.190, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 9/12/2013, ARE 727.375, Rel. Min. Roberto Barroso, DKe 5/12/2013 e AI 546.752-AgR, Rel. Ministro Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 24/3/2006, este último assim ementado: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Depósitos de FGTS. Condenação. Alegação de ofensa ao art. 37, II, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Ofensa constitucional indireta. Agravo regimental não provido. Aplicação da súmula 279. Não cabe recurso extraordinário que teria por objeto alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou até, inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República, e muito meno, de reexame de provas. **Por fim, destaco que a controvérsia posta neste agravo não guarda pertinência com a tratada no 596.478-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, cuja repercussão geral foi reconhecida, na qual se discutiu o direito de trabalhador contratado sem concurso público, ao depósito do FGTS, considerada a nulidade do contrato firmado com a Administração Pública. A presente demanda trata de situação diversa, uma vez que a discussão gira em torno da percepção de FGTS por servidores temporários, cujos contratos firmados com a Administração Pública não foram declarados nulos pelo Tribunal a quo. Ex positis, DESPROVEJO o agravo, com fundamento no disposto no artigo 21, parágrafo 1º, do RISTF Publique-se. Brasília, 21 de novembro de 2014. Ministro Luiz Fux, Relator Documento assinado digitalmente. (Grifo nosso).**

O Tribunal de Contas de Minas Gerais, em consulta¹⁴, ao discutir a possibilidade de aplicação aos Designados Temporariamente, mediante regime jurídico especial previsto em lei, de regras aplicáveis aos celetistas, afirmou que

¹⁴ TCE-MG Consulta nº 748.924, Relatora Conselheira Adriene Andrade, Tribunal Pleno da sessão do dia 29/07/2009. Disponível www.revista.tce.mg.gov.br. Acesso em 03/07/2017.

estas deveriam ser compatíveis com a natureza temporária da contratação, conforme conclusão que a seguir se transcreve:

[...] O regime jurídico que irá disciplinar a categoria dos servidores contratados temporariamente por excepcional interesse público será estabelecido pelo próprio ente contratante (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), mediante lei ordinária reguladora. Caso o contratante não possua uma lei que esclareça o regime jurídico a ser aplicado, ou, ainda, caso a contratação se torne irregular, perdendo suas características peculiares, considerar-se-á, para ambas as situações, o vínculo celetista, dado o seu caráter subsidiário. Com relação aos benefícios do regime, deverá ser concedido o núcleo mínimo de direitos e garantias constitucionais ao servidor. **Em caso de inexistência de lei, ou ainda, sendo esta omissa ou negligente quanto a direitos, serão conferidos aos servidores temporários os direitos e garantias previstos pelo direito do trabalho, desde que compatíveis com o caráter temporário da contratação [...]**

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, corroborando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração.

PARECER CONSULTA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DELIBERAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em conhecer da presente Consulta, para que no mérito seja respondida de acordo com a Instrução Técnica de Consulta 29/2017, nos seguintes termos:

- a) Não cabe aos municípios efetuar os depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS aos agentes públicos comissionados, sejam

estatutários ou celetistas, em razão da natureza do cargo/emprego que ocupam, que sendo de livre nomeação e exoneração, perfazem uma relação jurídico-administrativa com o ente federado e não celetista propriamente dita, e assim, ainda que regidos pela CLT, a eles não se aplicam algumas regras, consideradas incompatíveis com a natureza do cargo/emprego que ocupam, inclusive os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, que têm por objetivo proteger o trabalhador contra despedidas arbitrárias e imotivadas.

- b) Do mesmo modo, em relação aos agentes públicos designados temporariamente – DTs, que assumem o regime jurídico previsto na lei do ente federado, também não são devidos pelo ente público federado, os depósitos referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, em razão do caráter eminentemente temporário do cargo.
- c) As respostas anteriores não seriam diversas, caso existisse lei municipal expressamente determinando os referidos depósitos. A razão, mais uma vez, decorre da natureza dos referidos cargos/empregos, que perfazem com a Administração Pública uma relação jurídico-administrativa e não contratual, ainda que os referidos agentes sejam regidos pela CLT.
- d) Ressalta-se, que em casos de nulidade, decorrentes de infringência à imposição de concurso público, ou seja, quando a designação temporária ou o provimento em comissão forem irregulares e burlarem as regras constitucionais, são devidos os depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS aos agentes públicos, sejam eles estatutários, celetistas, ou vinculados ao regime especial nos casos dos temporários.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

Na 35ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada no dia 10 de outubro de 2017, o relator do processo, Cons. Carlos Ranna de Macedo, proferiu VOTO nos presentes autos, que tratam de Consulta, formulada pelo Ilmo. Prefeito do Município de Pinheiros, oportunidade em que acompanhei o voto do relator, mas requeri vista do processo para um pequeno adendo, que entendo oportuno ser complementada à resposta desta Consulta.

A Consulta versa acerca da obrigatoriedade de recolhimento do FGTS em favor dos servidores contratados em regime de designação temporária e aos ocupantes de cargo em comissão.

O tema fora abordado pelo voto do Relator, que proferiu seu voto em consonância ao posicionamento técnico, o qual aderi ao posicionamento firmado por comungar do mesmo entendimento e solicitei vista, apenas, para aduzir que nos casos de servidores ocupantes de cargo em comissão é oportuno acrescentar na resposta as hipóteses de assunção do cargo em comissão por Diretores Empregados e Não – Empregados das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

No caso de empregados regidos pela CLT que vierem a se tornar Diretor, a Súmula 269 do TST, estabelece que o contrato de trabalho fica suspenso não se computando o tempo de serviço do respectivo período para fins trabalhistas, salvo se mantida a subordinação jurídica, *in verbis*:

Súmula nº 269 do TST
DIRETOR ELEITO. CÔMPUTO DO PERÍODO COMO TEMPO DE
SERVIÇO (mantida)
- Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

Nos casos de Diretor Não – Empregado, embora a vinculação ao FGTS não seja obrigatória, pois a remuneração percebida pelo Diretor é considerada como um pró-

labore, o estatuto da empresa poderá admitir a vinculação ao Fundo de Garantia e a própria norma, que rege a matéria, também assegura a extensão desse direito aos diretores não empregados. Vejamos o que dispõe o art. 1º da Lei 6919/81:

Faculta a extensão do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço a diretores não empregados, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - **As empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão estender a seus diretores não empregados o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (F.G.T.S.)**

§1º - As empresas que exercerem a faculdade prevista neste artigo ficarão obrigadas a depositar, até o último dia de expediente bancário do primeiro decêndio de cada mês, em nome de cada um dos Diretores abrangidos pela decisão, importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida no mês anterior, aplicando-se, no que não contrariar esta Lei, o disposto na Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. (Redação dada pela Lei nº 7.794, de 1989). (destaques nosso)

Em razão da vinculação ao FGTS, ser facultativa para os casos de Diretores Não - Empregados, devendo para a concessão desse direito ter seu alcance conferido expressamente, o Decreto 99.684/90 assegurou a extensão nos casos de empresas públicas e sociedade de economia mista controlada direta ou indiretamente pela União:

Art. 7º O direito ao FGTS se estende aos **diretores não empregados de empresas públicas e sociedades controladas direta ou indiretamente pela União** (Lei nº 6.919, de 2 de junho de 1981).

Art. 8º As empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS.

Nesse contexto, verifica ser possível a extensão aos Diretores Não – Empregados de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública, se a concessão desse direito vier conferido expressamente pela Lei ou pelo Estatuto Social da entidade.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica, Ministério Público de Contas e do voto proferido pelo relator, Cons. Sebastião Carlos Ranna de Macedo, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. Aditar a resposta da Consulta autuado sob o número de processo 3380/2017 que:

- Nos casos de assunção de cargo em comissão de Diretor de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública por servidores **empregados** aplicar-se-ão as normas da Consolidação das Leis do Trabalho e demais normativas pertinentes que regem a matéria;
- Nos casos de assunção de cargo em comissão de Diretor de Sociedade de Economia Mista e Empresa Pública por servidores **não-empregados**, lei local ou o estatuto social da entidade poderão estender o direito ao FGTS.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DELIBERAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em conhecer da presente Consulta, para que no mérito seja respondida de acordo com a Instrução Técnica de Consulta 29/2017, nos seguintes termos:

1.1 Não cabe aos municípios efetuar os depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS aos agentes públicos comissionados, sejam estatutários ou celetistas, em razão da natureza do cargo/emprego que ocupam, que sendo de livre nomeação e exoneração, perfazem uma relação jurídico-administrativa com o ente federado e não celetista propriamente dita, e assim, ainda que regidos pela CLT, a eles não se aplicam algumas regras, consideradas incompatíveis com a natureza do cargo/emprego que ocupam, inclusive os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, que têm por objetivo proteger o trabalhador contra despedidas arbitrárias e imotivadas.

1.2 Do mesmo modo, em relação aos agentes públicos designados temporariamente – DTs, que assumem o regime jurídico previsto na lei do ente federado, também não são devidos pelo ente público federado, os depósitos referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, em razão do caráter eminentemente temporário do cargo.

1.3 As respostas anteriores não seriam diversas, caso existisse lei municipal expressamente determinando os referidos depósitos. A razão, mais uma vez, decorre da natureza dos referidos cargos/empregos, que perfazem com a Administração Pública uma relação jurídico-administrativa e não contratual, ainda que os referidos agentes sejam regidos pela CLT.

1.4 Ressalta-se, que em casos de nulidade, decorrentes de infringência à imposição de concurso público, ou seja, quando a designação temporária ou o provimento em comissão forem irregulares e burlarem as regras constitucionais, são devidos os depósitos de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS aos agentes públicos,

sejam eles estatutários, celetistas, ou vinculados ao regime especial nos casos dos temporários.

2. Unânime. Responder nos termos do voto do relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, com os acréscimos do voto-vista do conselheiro Domingos Augusto Taufner.

3. Data da Sessão: 31/10/2017 - 38ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros presentes: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Sérgio Manoel Nader Borges.

4.2. Conselheiros substitutos presentes: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição) e João Luiz Cotta Lovatti (em substituição).

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

CONSELHEIRO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões

Este texto não substitui o publicado no DOEL-TCEES 19.2.2018