



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 30/11/2016 – ITEM 39

PEDIDO DE REEXAME

TC-001867/026/13

Município: Ribeirão do Sul.

Prefeita: Eliana Maria Rorato Manso.

Exercício: 2013.

Requerentes: Prefeitura Municipal de Ribeirão do Sul – Prefeita - Eliana Maria Rorato Manso.

Em Julgamento: Reexame do Parecer da E. Primeira Câmara, em sessão de 10-03-15, publicado no D.O.E. de 11-04-15.

Advogados: Juscelino Gazola (OAB/SP nº 79.817), Leonardo Torquato (OAB/SP nº 303.215) e outros.

Acompanham: TC-001867/126/13 e Expedientes: TC-026864/026/13 e TC-000509/004/14.

Procurador de Contas: João Paulo Giordano Fontes.

Fiscalização atual: UR-4 - DSF-II.

RELATÓRIO

Em sessão de 10 de março de 2015, a Colenda Primeira Câmara emitiu parecer favorável às contas da **Prefeitura Municipal de Ribeirão do Sul**, relativas ao **exercício de 2013**, recomendando a adoção de medidas saneadoras em relação a diversos desacertos, dentre eles o cancelamento de imediato do recolhimento de FGTS a servidores comissionados, tendo em vista a reiterada interpretação jurisprudencial desta Corte.

Inconformada com a recomendação, a Prefeita Sra. Eliana Maria Rorato Manso interpôs “Pedido de Reexame Parcial”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

às fls. 116/126, acrescido dos documentos de fls. 127/153, buscando afastar exclusivamente a referida determinação.

Em suas alegações, enfatizou que todos os empregos em comissão, relacionados às fls. 04, 05 e 99, foram criados sob o regime regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo seus ocupantes optantes do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS.

Asseverou que as pessoas jurídicas de direito público interno estão livres para determinar qual dos regimes (estatutário ou celetista) se aplicam a seus servidores, pois a Emenda Constitucional nº 19/98 extinguiu o regime jurídico único.

Salientou que os servidores com contratos de trabalho regidos pela CLT, afetos ao Regime Geral de Previdência Social, fazem jus ao recebimento, através de depósito, do FGTS e aos demais direitos relativos a esse regime jurídico.

Registrou que a Medida Provisória nº 2.164-41/2001 reconheceu o direito ao FGTS ao trabalhador em serviço público, mesmo na hipótese de nulo o contrato por não observância da admissão mediante concurso público, conforme determina o artigo 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Ressaltou a obrigatoriedade de recolhimento do FGTS aos servidores temporários, cuja contratação se dá por tempo certo/determinado e na qual o servidor tem plena ciência que ao final do prazo contratual, encerra-se seu vínculo.

Baseado nessas premissas, sublinhou que se a lei reconhece o direito ao depósito do FGTS aos contratados pela Administração Pública em cargos/empregos efetivos, aos contratados em caráter temporário e, ainda, àqueles que tiveram seus contratos declarados nulos por desrespeito às regras obrigatórias, mais razão ainda seja garantido o mesmo direito ao servidor nomeado para exercer cargo/emprego em comissão, sobretudo porque se trata de exceção prevista na própria Constituição Federal.

Citou a alteração do enunciado da Súmula nº 363 do TST, o qual passou a vigorar com a seguinte redação:

“A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Prosseguiu transcrevendo decisões do TST que reconheceram ser devido o pagamento do FGTS a servidor público ocupante de cargo em comissão dispensado sem justa causa, tal qual aquelas dos "Embargos de Recurso de Revista - SBDI-1, E-RR-870/2004-051-11-00 - Ministro Horácio de Sena Pires - DJU de 01/12/2006" e "TST-E-RR-72000-66.2009.5.15.0025, SBDI-I, Min. Augusto César Leite de Carvalho, 02/10/2014."

Concluiu requerendo o provimento do recurso para o fim de considerar regular o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS aos servidores públicos que ocupam cargo/emprego em comissão junto ao Município de Ribeirão do Sul.

Os Órgãos Técnicos desta Corte manifestaram-se pelo conhecimento do pedido de reexame, por ter sido interposto dentro do prazo e por parte legítima.

No mérito, a Assessoria Técnica Jurídica observou que o tema é controverso e que há muito tempo tem suscitado divergências, inclusive no âmbito da Justiça Trabalhista, existindo decisões em sentido contrário, como é o caso do Recurso de Revista 847-18.2011.5.15.0149, de 25/02/2015 do Egrégio TST, entendendo que naquele caso deveria prevalecer o entendimento predominante



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

desta C. Corte de Contas, no sentido de que o regime de trabalho dos comissionados é incompatível com o recolhimento de FGTS.

Assim, com o aval de sua Chefia, concluiu pelo não provimento do apelo, mantendo-se o parecer favorável e todas as recomendações e determinações previstas no parecer de fls. 113/115.

O d. MPC igualmente se posicionou pelo não provimento do recurso, aduzindo que não foram trazidos aos autos decisões judiciais em favor do município para continuidade dos depósitos, salientando-se que, ao contrário das decisões deste Tribunal de Contas, é sabido que a matéria não está pacificada nos Tribunais Superiores, motivo pelo qual se entende indevido o recolhimento do benefício, nos exatos termos do voto do relator (fl. 107/108).

SDG divergiu manifestando-se pelo Provimento do recurso, ressaltando decisão do STF pela impossibilidade de sujeição da relação do Poder Público e seus servidores, inclusive temporários, à Consolidação das Leis Trabalhistas.

Concluiu destacando, ainda, que esta não é a realidade fática de muitos municípios e, diante dos desiguais provimentos judiciais emanados pelo TST e STF, entendeu que,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

naqueles onde a relação de trabalho for atualmente regida pela CLT e objetivando evitar gastos com aludidos encargos, restaria à Administração Pública Municipal discutir a celeuma na esfera da Justiça Comum, para assim obter adequada solução judicial, questionando a competência trabalhista.

É o relatório.

E



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

VOTO PRELIMINAR

O Parecer foi publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 11 de abril de 2015 e o apelo protocolado no dia 11 de maio do mesmo ano.

Respeitado o prazo do artigo 71 da Lei Complementar 709/93 e considerando a legitimidade do recorrente, dele conheço.



VOTO DE MÉRITO

Diante do quanto apresentado com as razões de recurso, tenho que as deliberações formuladas no julgamento da Primeira Instância não devem ser alteradas.

A questão crucial dos autos refere-se à recomendação exarada no voto condutor para que a Administração promova a paralisação do recolhimento de FGTS aos servidores comissionados, tendo em vista a reiterada interpretação jurisprudencial desta Corte em sentido contrário.

Sobre o tema, importante consignar que o E. Tribunal Pleno já se manifestou formalmente sobre a matéria em sessão de 27/09/2006, nos autos do TC-16827/026/05, na qual, acolhendo voto por mim proferido, respondeu negativamente à consulta efetuada pela Câmara de Motuca sobre a possibilidade de recolhimento de FGTS aos ocupantes de cargos em comissão.

Desse modo e em consonância com o entendimento que venho sustentando nos processos que tratam da matéria, registro que impera a precariedade do vínculo empregatício desses servidores, que são exoneráveis *ad nutum*, de sorte que não se pode falar em recolhimentos de encargos sociais relativos ao FGTS



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

para os ocupantes de cargos em comissão com características de chefia, direção ou assessoria.

De forma contrária, a defesa asseverou que os servidores com contratos de trabalho regidos pela CLT, estando afetos ao Regime Geral de Previdência Social fazem jus ao recebimento, através de depósito do FGTS e dos demais direitos relativos a esse regime jurídico.

A fundamentar sua tese, ressaltou que a Medida Provisória nº 2.164-41/2001 reconheceu o direito ao FGTS ao trabalhador em serviço público, mesmo na hipótese de nulidade do contrato por não observância da admissão mediante concurso público, conforme determina o artigo 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, citando, inclusive a alteração do enunciado da Súmula nº 363 do TST, que passou a vigorar com redação nesse sentido.

Sobre referida Súmula, já tive oportunidade de me manifestar acerca da sua não aplicabilidade para os cargos em comissão nos autos do TC-1539/026/14, que abrigou as contas da Prefeitura Municipal de Guararapes, posicionamento que continuo mantendo mesmo após a alteração noticiada pela defesa. Explico.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

O enunciado¹ da Súmula faz referência literal ao artigo 37, inciso II e § 2º, da CF, o qual ressalva as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, dessa forma não havendo que se falar em recolhimento de FGTS para comissionados.

A medida se mostrou acertada, uma vez que o pano de fundo da referida Súmula é a garantia do direito, inclusive do recebimento de FGTS, para os servidores que foram admitidos irregularmente no serviço público, não se enquadrando nessa hipótese os cargos em comissão, os quais estão previstos no inciso V, do artigo 37 da CF, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoria.

A corroborar essa tese, o próprio TST em recente decisão nos autos do Embargo em Recurso de Revista E-RR, nº 720005820075150018, sob a relatoria do e. Ministro José Roberto Freire Pimenta reconheceu a inaplicabilidade da Súmula nº 363 aos cargos em comissão, *in verbis*:

*TST - EMBARGO EM RECURSO DE REVISTA E-RR
720005820075150018 (TST)*

¹ “a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Relator: José Roberto Freire Pimenta. Julgamento: 05/03/2015.

Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

Publicação: DEJT 13/03/2015.

Ementa: EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007.

FGTS. EXERCENTE DE CARGO COMISSIONADO. DEPÓSITO INDEVIDO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 363 DO TST. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA Nº 296, ITEM I, DO TST. *Discute-se, no caso, a aplicação ou não da Súmula nº 363 do TST aos exercentes de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração. O referido verbete trata dos efeitos da nulidade da contratação de servidor público sem concurso público e tem a seguinte redação: "A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS". Com efeito, na hipótese enfrentada na Súmula nº 363 do TST, o trabalhador presta serviços à Administração Pública, como se servidor público fosse, sem que tivesse sido aprovado em concurso público, conforme exige o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. **No caso dos autos, no entanto, o reclamante ocupou cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, situação excepcional permitida pela Constituição Federal, na parte final daquele mesmo dispositivo, razão pela qual não há falar em nulidade da contratação nem tampouco em***



aplicação da Súmula nº 363 do TST, como pretende o ora embargante. Ademais, o recurso de embargos também não merece ser conhecido por divergência jurisprudencial. Conforme exposto anteriormente, na hipótese ora em exame, ***o reclamante ocupava cargo comissionado de livre nomeação e exoneração, razão pela qual a Turma entendeu serem indevidos os depósitos do FGTS.*** Os julgados apresentados a confronto, no entanto, trazem apenas a tese jurídica de que o contrato nulo em razão da ausência de concurso público tem como consequência apenas o pagamento dos depósitos do FGTS, sem a multa de 40%, e das horas efetivamente trabalhadas, de forma simples, nos termos da Súmula nº 363 do TST, sem explicitar a situação fática correspondente. Assim, não demonstrada a identidade dos fatos que teriam ensejado a existência de teses divergentes na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não se pode ter como cumprida a exigência da Súmula nº 296, item I, do TST. Embargos não conhecidos...(g.n.)

De modo a não restar dúvidas sobre a matéria, em recente decisão monocrática proferida pela Ministra Carmem Lúcia, junto ao E. STF, em Recurso Extraordinário com Agravo nº 957.620 – de interesse do Município de Iperó, publicada no DOU em 28/04/2016, foi denegado provimento ao agravo, confirmando-se decisão proferida junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *verbis*:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

"A despeito da arguição da municipalidade voltada a afirmar que o autor sempre foi ocupante de cargo em comissão, inclusive no período de vigência do contrato de prestação de serviços e do contrato temporário, o que se verifica é que tal situação somente vingou de 02.01.2002 até 17.01.2005, período no qual foi ele nomeado para o cargo de Assessor de Planejamento.

Como sabido é, a nomeação para o exercício de cargo em comissão não gera vínculo de emprego entre o servidor e a Administração Pública, mas sim uma situação diferenciada, que autoriza a dispensa ad nutum do ocupante do cargo comissionado.

Nesse norte, dada a precariedade da admissão e a instabilidade do vínculo e até mesmo a previsibilidade da dispensa, não há falar em declaração de vínculo empregatício e direito à percepção de verbas trabalhistas, mormente porque as verbas pleiteadas são privativas dos trabalhadores da iniciativa privada.

Sendo assim, razão não há para se declarar a nulidade da nomeação do autor para o cargo em comissão ou dos contratos anteriormente firmados, somenos para condenar a Municipalidade de Iperó ao pagamento de FGTS não recolhido no período, vez que, pelos motivos alinhavados, não lhe competia recolhê-lo. (g.m.)

Diante do exposto e acolhendo as manifestações de ATJ (Jurídica e Chefia) e do d. MPC, **voto no sentido do NÃO PROVIMENTO ao Pedido de Reexame das contas da Prefeitura Municipal de Ribeirão do Sul, relativas ao exercício de 2013,**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MARTINS COSTA

mantendo-se inalterado o Parecer de fls. 113/115, com todas as determinações e recomendações.

**RENATO MARTINS COSTA
CONSELHEIRO**