



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 41

PEDIDO DE REEXAME

TC-002142/026/13

Município: Cajati.

Prefeitos: Luiz Henrique Koga e Ismael Pinto Fernandes.

Exercício: 2013.

Requerentes: Prefeitura Municipal de Cajati - Luiz Henrique Koga - Prefeito.

Em Julgamento: Reexame do Parecer da E. Primeira Câmara, em sessão de 17-11-15, publicado no D.O.E. de 11-12-15.

Advogados: Cirineu Silas Bitencourt (OAB/SP nº 160.365) e outros.

Acompanham: TC-002142/126/13 e Expediente: TC-041741/026/14.

Procurador de Contas: Celso Augusto Matuck Feres Junior.

Fiscalização atual: UR-12 – DSF-II.

RELATÓRIO

Em sessão de 17.11.2015, a C. Primeira Câmara decidiu emitir parecer favorável às contas da Prefeitura Municipal de Cajati, relativas ao exercício de 2013, recomendando ao Prefeito que cessasse o recolhimento do FGTS para os servidores ocupantes de cargos em comissão.

Posteriormente, o interessado interpôs Embargos de Declaração que foram providos, esclarecendo-se as razões da determinação de tal alerta.

Buscando a reforma do r. Parecer em relação à citada recomendação, foi interposto o Pedido de Reexame constante de fls. 347/361.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Em suas razões, o recorrente observou que o entendimento aparentemente consolidado nesta Corte não guardaria consonância com a jurisprudência da Justiça do Trabalho, situação que afrontaria o princípio da Segurança Jurídica.

Contestou a posição de que não seria devido o recolhimento de FGTS para os servidores comissionados, independentemente do regime jurídico adotado, por entender ser compulsório o cumprimento de tal obrigação em relação àqueles regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, independentemente da forma de provimento do cargo.

Salientou que o princípio da Segurança Jurídica estaria sendo posto em xeque se a decisão ora recorrida mantivesse a proibição do recolhimento do FGTS para ocupantes de cargos/empregos em comissão.

Expôs que a insegurança estaria no fato de que o entendimento majoritário e cabalmente dominante na Justiça Especializada, que cuida e tem competência para processar e julgar essa matéria, ou seja o E. Tribunal Superior do Trabalho, fixou-se no sentido da legalidade do recolhimento do FGTS para os empregados públicos comissionados celetistas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Citou vários julgados de 2015. proferidos pelo TST exatamente em tal sentido.

Observou que, em decorrência da existência de julgados posicionando-se desfavoravelmente ao citado recolhimento, a SDI-I do TST, quando do exame do Recurso de Embargos do processo RR-72000-66.2009.5.15.0025 em 02.10.2014 (Relator Ministro Augusto César Leite Carvalho), entendeu que a sistemática do FGTS é compatível com a nomeação para o emprego em comissão de livre nomeação e exoneração sob o regime celetista.

Diante disso, observou que a manutenção da recomendação desta Corte poderia provocar desequilíbrio das contas públicas, visto que certamente existirão reclamações trabalhistas buscando o recolhimento do FGTS, ocasião na qual a Prefeitura deverá arcar com seu pagamento ao final do processo, fato que instabilizará o seu caixa.

Apontou, ainda, que a questão levantada pelo recorrente nos embargos não fora sanada de forma definitiva, principalmente em relação aos servidores que são concursados e que continuariam em função comissionada. Assim, requereu que esse ponto obscuro fosse esclarecido.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Nessas condições, ponderando a dificuldade que enfrentará se recepcionar a tese impositiva demandada por esta Corte, concatenada ao fato da pacificação da matéria perante o TST, requer o provimento do Pedido de Reexame, para considerar legais os recolhimentos dos depósitos do FGTS para empregados públicos comissionados e servidores ocupantes de funções em confiança.

Os Órgãos Técnicos desta Corte manifestaram-se pelo recebimento do Pedido de Reexame, por ter sido interposto dentro do prazo e por parte legítima.

No mérito, sob o prisma jurídico, ATJ opinou pelo não provimento do recurso, mantendo-se integralmente a recomendação quanto ao item encargos sociais.

ATJ-Chefia considerou que deveria ser adotada a posição externada pelo eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho quando do julgamento das contas da Câmara Municipal de Pilar do Sul, em sessão de 07.07.2015, no sentido de: "até que a questão seja definitivamente pacificada, não mais recomendar aos Órgãos da Administração Pública que cessem o pagamento de FGTS aos comissionados admitidos pelo regime celetista, mantendo, contudo, o entendimento de que tais empregados não tem direito a nenhuma verba rescisória com natureza de indenização, como a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

multa de 40% sobre os valores depositados na conta vinculada do FGTS”.

Assim, opinou pelo provimento do apelo, para fins de ser emitido novo parecer, com a exclusão da recomendação em questão.

O douto MPC e SDG seguiram tal posicionamento, ponderando que essa posição está pautada na ausência de pacificação da questão no âmbito do Poder Judiciário.

É o relatório.

c



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

VOTO PRELIMINAR

O Parecer relativo às contas em apreço foi publicado no Diário Oficial do Estado de 11.12.2015 (sexta-feira), sendo interpostos Embargos de Declaração em 16.12.2015, cujo Acórdão foi publicado em 13.4.2016.

Em 4.5.2016 foi protocolizado o Pedido de Reexame em apreço.

Diante da tempestividade do recurso e considerando a legitimidade do recorrente, **dele conheço**.



VOTO DE MÉRITO

Consoante exposto no relatório, o responsável interpôs o presente Pedido de Reexame buscando afastar a recomendação efetuada quando da apreciação das contas, no sentido de que a Prefeitura cesse o recolhimento do FGTS para os servidores ocupantes de cargos em comissão, sustentando para tanto que tal recolhimento contaria com amparo na jurisprudência da Justiça do Trabalho.

No tocante ao recolhimento de FGTS para cargos comissionados, tenho sustentado que, diante da precariedade do vínculo empregatício desses servidores, que são exoneráveis *ad nutum*, não cabe o recolhimento do depósito mensal, independente do regime adotado.

Saliento que o E. Tribunal Pleno já se pronunciou sobre a matéria em sessão de 27/9/2006, na consulta contida nos autos do TC-16827/026/05, na qual, acolhendo voto por mim proferido, posicionou-se pela impossibilidade de recolhimento de FGTS aos ocupantes de cargos em comissão.

Registro, que existem várias decisões da própria Justiça do Trabalho nesse sentido:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

Processo nº TST-E-RR 72000.58.2007.5.15.0018 –
Relator José Roberto Freire Pimenta. Julgamento em 05/03/2015.
Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.
Publicação: DEJT 13/03/2015.

FGTS. EXERCENTE DE CARGO COMISSIONADO.
DEPÓSITO INDEVIDO. INAPLICABILIDADE DA SUMULA Nº 363 DO
TST. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRATA.

Processo nº TST-RR-170685-71.2005.5.15.0018 -
Relator Walmir Oliveira da Costa. Julgamento em 11/05/2016 –
Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação DEJT 13.05.2016

Ementa: RECURSOS DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. FGTS INDEVIDO.

O art. 37, II, da Constituição Federal, ao dispor que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso, ressaltou as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Nesse contexto, encontra-se sedimentado nesta Corte uniformizadora o entendimento segundo o qual, em se tratando de servidor ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, porquanto submetido às regras inerentes ao regime jurídico administrativo, não são devidos os depósitos do FGTS e a multa rescisória.

Recursos de revista conhecidos e providos.

"O art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, ressaltou as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Conforme as palavras de José dos Santos Carvalho Filho, os cargos em comissão "são de ocupação transitória. Seus



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. (...) 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" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 13ª ed, Lumen Juris: 2005, pág. 475).

Nesse contexto, encontra-se sedimentado nesta Corte uniformizadora o entendimento segundo o qual, em se tratando de servidor público ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, porquanto submetido às regras inerentes ao regime jurídico administrativo, não há direito aos depósitos de FGTS ou à multa prevista no art. 477 da CLT, em face da respectiva incompatibilidade com a instabilidade inerente ao cargo em comissão.

Ora, a possibilidade de nomeação e exoneração *ad nutum* do servidor ocupante de cargo em comissão, ante a precariedade da investidura, torna indevido o pagamento de qualquer tipo de compensação pela dispensa do cargo, na medida em a própria dispensa está legitimada pelo art. 37, II, da Constituição Federal.

Ademais, é igualmente incompatível com referida norma constitucional a condenação ao pagamento de verbas rescisórias, por ocasião de seu afastamento, aí incluídos os depósitos de FGTS e a multa prevista no art. 477 da CLT.

Acrescente-se, ainda, que o fato de o Município reclamado ter previsto a adoção, por lei municipal, do regime da CLT para seus servidores não elide a natureza jurídico-administrativa que é constitucionalmente inerente aos ocupantes de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.

....

Assim, o Tribunal Regional, ao concluir devidos os depósitos de FGTS e a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, divergiu da iterativa, notória e atual jurisprudência do TST.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos recursos de revista para, reformando o acórdão regional, excluir o pagamento dos depósitos de FGTS e da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos recursos de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhes provimento para, reformando o acórdão



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

regional, excluir o pagamento dos depósitos de FGTS e da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, mantida a condenação em seus demais termos”.

Ressalto, como já exposto em outras oportunidades, que em recente decisão monocrática proferida pela eminente 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 a agravo, confirmando-se decisão proferida junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado, *verbis*:

“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,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MA RTINS COS TA

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.)

Reconheço que o tema é controverso e que tem suscitado divergências, inclusive no âmbito da Justiça Trabalhista, existindo decisões em sentido contrário, como citado pelo recorrente; todavia, alinho-me às decisões que negam o benefício aos ocupantes de cargos em comissão e, portanto, ao entendimento predominante nesta C. Corte de Contas, no sentido de que o regime de trabalho dos comissionados é incompatível com o recolhimento de FGTS, seja ele celetista ou não.

Consigno que a Justiça Comum Estadual tem posicionamento amplamente majoritário no mesmo sentido que ora sustento no presente voto.

Diante do exposto, **voto no sentido do IMPROVIMENTO do Pedido de Reexame, mantendo-se**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO REN

ATO MARTINS COSTA

integralmente o Parecer de fls. 329/330, com as alterações constantes do Acórdão de fls. 345/346.

**RENATO MARTINS COSTA
CONSELHEIRO**