

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO – DIR 3

Guilherme Anguioni

EMPREGO EM COMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VERBAS
RESCISÓRIAS -
Uma análise sobre o cabimento do pagamento do aviso prévio e multa de 40% FGTS

Porto Alegre/RS

2017

GUILHERME ANGUINONI

EMPREGO EM COMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VERBAS
RESCISÓRIAS -

Uma análise sobre o cabimento do pagamento do aviso prévio e multa de 40% FGTS

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, para obtenção do título de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre/RS

2017

GUILHERME ANGUINONI

**EMPREGO EM COMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VERBAS
RESCISÓRIAS -**

Uma análise sobre o cabimento do pagamento do aviso prévio e multa de 40% FGTS

Trabalho de conclusão do curso, apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Porto Alegre/RS, 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rafael Da Cás Maffini
(Orientador)

Profa. Leticia Ayres Ramos

Prof. Gustavo Fontana Pedrollo

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a todos que me ajudaram na elaboração deste trabalho, com especial referência às seguintes pessoas:

Ao meu orientador, o prof. Rafael da Cás Maffini, por todo o suporte, conselhos e por ter se colocado sempre à disposição para me ajudar com tudo que precisasse.

A meus pais, à Gabriela e toda a minha família, pelo apoio incondicional e por serem a luz que me dá forças para superar todos os desafios.

A todos os meus amigos e colegas que ajudaram, deram forças e que, a partir das nossas conversas, permitiram que eu pudesse ver novos horizontes e que surgissem novas ideias.

Por fim, aos funcionários das bibliotecas do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelos auxílios prestados.

Dedico este trabalho a Deus, pelo dom da vida e por todas as graças concedidas, e a todas as pessoas tão especiais que Ele colocou em minha vida, e que me ajudam e dão forças sempre. Dentre estas, dedico especialmente aos meus pais e minha família, que sempre me deram todo o amor, carinho, suporte e conselhos que precisei. Também à Gabriela, meu eterno amor, meu mar, minha companheira de todos os momentos. Por fim, aos meus amigos, que sempre me apoiaram e que levarei para sempre em meu coração.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	7
2	Conceitos gerais.....	9
	2.1 Empregos públicos.....	13
	2.2 A existência dos empregos públicos em comissão.....	14
	2.3 Características do emprego público em comissão.....	19
	2.3.1 Características por ser “emprego público”.....	20
	2.3.2 Características por ser “em comissão”.....	21
	2.4 Natureza e escopo das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.....	24
	2.4.1 Aviso-prévio.....	24
	2.4.2 Multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.....	27
3	O cabimento das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS aos empregados públicos em comissão.....	32
	3.1 A dispensa do empregado público em comissão e o aviso-prévio.....	34
	3.2 A dispensa do empregado público em comissão e a multa de 40% sobre o FGTS.....	36
	3.3 O precedente do TST no processo nº 0000300-42.2013.5.12.0035.....	38
4	Conclusão.....	41
	Referências bibliográficas.....	43
	Anexos.....	45
	Anexo A - Acórdão RO 0020057-23.2017.5.04.0029. Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.....	45
	Anexo B - Acórdão RO 0010621-02.2017.5.03.0180. Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.....	48

**Anexo C - Acórdão RO 0000215-68.2010.5.01.0067. Ementa e
fundamentação do tópico de verbas rescisórias.....54**

**Anexo D - Acórdão RO 0001073-46.2016.5.06.0004 . Ementa e
fundamentação do tópico de verbas rescisórias.....56**

**Anexo E - Acórdão E-RR 0000300-42.2013.5.12.0035. Ementa e
fundamentação do tópico de verbas rescisórias.....63**

**Anexo F - Acórdão ED-E-RR 0000300-42.2013.5.12.0035. Ementa e
fundamentação do tópico de verbas rescisórias.....67**

RESUMO

Há atualmente, no Brasil, grande discussão em demandas judiciais ajuizadas por ocupantes de empregos públicos em comissão sob o regime celetista em face de entidades da Administração Pública sobre a existência – ou não – de direito desses ao recebimento das verbas rescisórias do aviso prévio e multa de 40% sobre o FGTS quando do momento de sua dispensa. O escopo deste trabalho é fazer uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca dos institutos jurídicos concernentes à discussão, cotejando analiticamente os argumentos e posições defendidas nas *ratio decidendi* dos julgadores em ambas as correntes possíveis, a fim de demonstrar que o posicionamento adotado pelo TST, qual seja, a inexistência de direito ao pagamento de tais verbas, é a que melhor interpreta o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito. Trabalhista. Administrativo. Emprego em comissão. Verbas Rescisórias. Aviso-prévio. Multa FGTS 40%.

ABSTRACT

Nowadays, in Brazil, there is a great discussion in judicial demands purposed by workers that occupy commissioned occupation under “celetista” system against entities from the Public Administration about the existence – or not – of the need to pay to this workers the severance pays of early warnings and 40% FGTS forfeit at the exoneration moment. The scope of this work is to make a doctrinal and jurisprudential analysis of the legal institutes relative to the debate, comparing the arguments and stances adopted on the *ratio decidendi* of the judges in both possible chains of thought, looking to demonstrate that the one adopted by Tribunal Superior do Trabalho, which is, the unneeded to pay those values, is the one that best interpretate the Brazilian legal order.

Keywords: Law. Labor Law. Administrative Law. Comissioned occupation. Severance pays. Early warnings. 40% FGTS forfeit.

1 Introdução

O foco deste trabalho será a análise da controvérsia sobre a existência de direito dos ocupantes de empregos em comissão (ou seja, sob o regime celetista) em entidades da Administração Pública ao recebimento das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre o FGTS, ao final do seu vínculo com a Administração. Estes, ao serem dispensados, veem seu vínculo com a Administração Pública findar, de modo que se apresenta a questão dos limites em que aplicável a legislação trabalhista da CLT e as regras constitucionais de exoneração *ad nutum*, aplicáveis às dispensas dos empregados públicos em comissão.

Há relevância na solução do conflito pois, se entendidas devidas as verbas rescisórias que ora serão analisadas, seu não pagamento pela Administração Pública acarretará a condenação do Poder Público ao pagamento destas no âmbito de demandas judiciais, acrescidas de correção monetária. Se entendidas indevidas, o seu pagamento ao ocupante do emprego em comissão que foi exonerado poderá acarretar aplicação de multa ao ente da Administração Pública em sede de controle, por exemplo, do Tribunal de Contas competente para fiscalizá-lo. Assim, é possível dizer que existem riscos trabalhistas e administrativos decorrentes tanto da efetivação do pagamento de todas as parcelas rescisórias incidentes aos contratos de trabalho, bem como existem riscos trabalhistas e administrativos pelo não pagamento integral das verbas da extinção contratual. Inclusive, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho existem decisões em ambos os sentidos, o que explicita a relevância do assunto.

Tal situação é claramente indesejável, pois a insegurança que aflora coloca a Administração Pública numa situação em que esta se vê sempre num risco iminente de ver imposta uma condenação pecuniária qualquer que seja sua escolha (pelo pagamento ou não pagamento do aviso-prévio e multa de 40% do FGTS). Ora, este cenário controvertido impossibilita que sejam observados alguns princípios básicos, especialmente o da eficiência, pois em qualquer das hipóteses poderá ser imputada condenação pecuniária ao Poder Público, de modo que verbas que poderiam ter destinações outras serão utilizadas para a correção de um erro que não se pode evitar.¹

¹ Para Maria Sylvia di Pietro (2015) “o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo - 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

Importante destacar que neste trabalho não será analisado o direito do empregado público em comissão ao recebimento dos depósitos do FGTS durante a contratualidade. Primeiramente, porque não há grande controvérsia jurisprudencial quanto ao direito ao recebimento destes depósitos. Em segundo lugar, pois meu entendimento quanto ao tema vai ao encontro ao que é adotado pelos tribunais.

Um tema que será tratado, ainda que brevemente, será a possibilidade de existirem empregos públicos em comissão. Este tema encontra espaço para discussão na doutrina, que entende tanto pela possibilidade quanto pela impossibilidade de serem criados cargos desta natureza utilizando-se o regime celetista. Uma vez que o tema do trabalho trata dos empregos públicos em comissão, estritamente, é mister seja primeiramente demonstrado que estes são plenamente viáveis e compatíveis pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, o objetivo do trabalho é verificar se o pagamento do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS é devido ou não aos ocupantes de empregos públicos em comissão quando do momento de sua dispensa pelo ente contratante. Para tanto, analisar-se-á a natureza da relação de emprego dos ocupantes de empregos públicos em comissão e das duas verbas rescisórias cujo pagamento é o cerne deste trabalho. Após esta análise, se verificará qual das correntes de decisão se mostra mais acurada em interpretar o ordenamento jurídico brasileiro e, assim, ver qual deveria ser adotada, em detrimento da outra. Com isso, a partir da solução encontrada, espera-se seja possível a obtenção de uma maior segurança jurídica que se mostrará benéfica tanto à Administração Pública, que pagará apenas o que de fato é devido, ao Poder Judiciário, que terá um número menor de demandas judiciais ajuizadas para julgar e também ao próprio ocupante do emprego público em comissão, que receberá apenas o que é seu de direito.

2 Conceitos gerais

Atualmente, este tema não é muito discutido pela Doutrina tanto do Direito do Trabalho quanto do Direito Administrativo, embora afete as duas áreas. Como é possível imaginar, basicamente existem duas correntes que tentam responder o questionamento acerca da existência ou não de direito ao ocupante de emprego público em comissão (portanto, sob o regime celetista), não oriundo do quadro de carreira pública (servidor ou empregado público), à percepção das verbas rescisórias do aviso prévio e multa fundiária quando do momento de sua dispensa.

Uma delas entende que tais verbas são devidas, em suma porque, uma vez que a contratação de ocupante de emprego em comissão pelo regime previsto na CLT caracterizaria contrato de trabalho por prazo indeterminado, e como o ato de dispensa seria na modalidade sem justa causa, seria devido então o pagamento tanto da multa fundiária como do aviso prévio, este na forma indenizada. Entendem ao julgar neste sentido que, ao optar por contratar utilizando o regime celetista, o ente contratante destituir-se-ia de suas características de ente de Administração Pública, equiparando-se a um empregador privado para todos os fins trabalhistas.

A título exemplificativo, cita-se jurisprudência recente dos Tribunais Regionais do Trabalho da 3ª e 4ª Regiões (respectivamente Minas Gerais e Rio Grande do Sul). Em ambos os TRT's, as ações movidas pelo ocupante do emprego público em comissão obtiveram provimento de seus pedidos de recebimento das verbas do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.

O acórdão da 3ª Região (Recurso Ordinário nº 0010621-02.2017.5.03.0180) fez constar que tanto o ocupante de emprego em comissão (a decisão fala em “cargo em comissão”, em sentido amplo) quanto o empregado de uma empresa privada podem ser livremente dispensados por seus empregadores, não havendo justificativa plausível para estabelecer diferenciações nas dispensas de ambos os casos.²

2 EMPREGADO PÚBLICO – CARGO EM COMISSÃO – VERBAS RESCISÓRIAS – COMPATIBILIDADE.

Ocupante de cargo em comissão nas entidades públicas que adotam o regime celetista para reger seus contratos fazem jus ao pagamento do aviso-prévio e multa de 40% do FGTS. Tanto o ocupante de cargo em comissão da Administração Pública quanto o empregado de uma empresa privada podem ser livremente dispensados por seus empregadores, não havendo justificativa plausível para estabelecer diferenças entre a autora e qualquer empregado regido pelo regime celetista. (TRT-3 – RO: 0010621-02.2017.5.03.0180, Relatora: Angela C. Rogedo Ribeiro, 1ª Turma. Publicação em 01/08/2017)

Assim, percebe-se que a decisão do TRT da 3ª Região parece desconsiderar o viés administrativo existente na figura do emprego público em comissão, considerando relevante para o deslinde da decisão apenas o caráter trabalhista-privado.

Ainda, há decisão do TRT da 4ª Região em sentido similar, no processo Recurso Ordinário nº 0020057-23.2017.5.04.0029, que também condenou o reclamado ente público ao pagamento das verbas tratadas neste trabalho. Fez-se isto com a justificativa de que quando a pessoa jurídica de direito público contrata sobre o regime celetista esta nivelar-se-ia aos empregadores particulares, sujeitando-se aos direitos e obrigações trabalhistas decorrentes da relação de emprego criada, destituindo-se das prerrogativas inerentes à Administração Pública.³

Nesta decisão, os julgadores chegaram a fazer referência à peculiaridade de o Direito Administrativo poder influenciar na decisão, mas acabaram por fazer prevalecer as normas de direito laboral, aplicando integralmente suas regras em detrimento das normas de direito público.

Por sua vez, a outra corrente entende que o pagamento de tais verbas se mostra indevido. Calcam esta afirmação no caráter precário do emprego em comissão, exonerável *ad nutum*, fazendo prevalecer o viés administrativo sobre o caráter trabalhista da relação existente entre o particular e a Administração. Neste caso, ao contrário do que justifica a jurisprudência adversa, entendem os julgadores que o ente público contratante faz prevalecer seu caráter de ente integrante da Administração Pública (regido, portanto, pelo Direito Administrativo e todas suas prerrogativas), em detrimento do caráter privado do contrato de emprego que é celebrado.

Por exemplo, o julgado do Tribunal Regional do Trabalho das 1ª Região julgou improcedente o pedido de pagamento das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre o FGTS, no processo Recurso Ordinário nº 0000215-68.2010.5.01.0067, sob o argumento de que o ocupante em emprego público em comissão (o acórdão fala em “cargo em comissão”), por ser

3 CARGO EM COMISSÃO. CONTRATAÇÃO PELO REGIME CELETISTA. VERBAS RESCISÓRIAS.

A pessoa jurídica de direito público que contrata sob regime celetista nivela-se ao empregador particular, sujeitando-se aos direitos e obrigações trabalhistas decorrentes e destituindo-se das prerrogativa inerentes à Administração Pública, sendo devido o pagamento de todas as verbas rescisórias quando da ruptura do vínculo de emprego estabelecido com empregado público, ainda que ocupante de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (TRT-4 - RO: 0020057-23.2017.5.04.0029, Relatora: Tânia Regina Silva Reckziegel. Data de Julgamento: 09/10/2017, 2ª Turma)

admitido sem concurso público, e por ser sujeito à dispensa “*ad nutum*”, não tem direito ao pagamento das verbas rescisórias advindas da relação trabalhista com a Administração Pública.⁴

É perceptível que, ao contrário dos dois casos anteriormente mencionados, o Tribunal considera o viés do direito administrativo-público mitiga o do direito trabalhista-privado. Por este motivo os julgadores entenderam não ser o caso de aplicar integralmente as normas celetistas.

Neste mesmo sentido foi o julgamento feito pelo TRT da 6ª Região, no processo RO nº 0001073-46.2016.5.06.0004, onde constou nas razões de decidir que não é devido o pagamento do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos de FGTS uma vez que a contratação do empregado público em comissão se dá a título precário, sem qualquer garantia, uma vez que o cargo é de livre nomeação e exoneração,⁵ nos termos do art. 37, II da CRFB. Ainda, aduz o acórdão que a relação entre o trabalhador e o ente contratante é de cunho administrativo. Por fim, destacou a decisão que a natureza deste vínculo não atrai a incidência plena da legislação trabalhista, sendo o vínculo de natureza preponderantemente administrativa, ao invés de trabalhista, sendo indevidas as verbas rescisórias.⁶

4 CARGO DE CONFIANÇA. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. DISPENSA *AD NUTUM*. VERBAS RESCISÓRIAS INDEVIDAS.

O empregado ocupante de cargo em comissão admitido sem concurso público e sujeito à dispensa *ad nutum* não tem direito ao pagamento das verbas rescisórias advindas da relação trabalhista com a Administração Pública, sendo-lhe devidos apenas os depósitos do FGTS. (TRT-1 RO: 0000215-68.2010.5.01.0067, Relator: Rildo Brito, 3ª Turma. Data da publicação: 21/06/2017)

5 Entendo que a expressão técnica mais correta seria “dispensa”, ao invés de “exoneração”, uma vez que esta é específica dos servidores públicos estatutários.

6 RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. CARGO EM COMISSÃO.

O exercício de cargo em comissão não induz à percepção de verbas rescisórias e indenizatórias. Trata-se de contratação a título precário, sem qualquer garantia, já que o cargo é de livre nomeação e exoneração, nos termos preceituados no art. 37, II, da CRFB/88, valendo dizer que a relação, entre o trabalhador que exerce o cargo em comissão é de cunho administrativo. Não se atrai a incidência plena da legislação trabalhista, isto é, a relação não gera vínculo de emprego, mas, mero vínculo administrativo, sendo indevidas as verbas nitidamente rescisórias, quando da quebra da relação, bem como a multa previstas (sic) no art. 477 da CLT. Recurso a que se nega provimento. (TRT – 6 RO:0001073-46.2016.5.06.0004, Relator: Paulo Alcântara, 4ª Turma. Data de julgamento: 19/09/2017)

Como se percebe, esta última decisão afasta sobremaneira o caráter privado da relação entre o ocupante do emprego público em comissão e o ente contratante, inclusive dizendo que o vínculo é administrativo, e não trabalhista.

Estes julgados todos são exemplos das duas correntes majoritárias jurisprudenciais que existem, atualmente, no âmbito dos TRT's quanto à matéria que é objeto deste trabalho. Estas servirão como plano de fundo acerca do debate do tema trazido à análise, pois ao final se buscará descobrir qual dos posicionamentos acima destacados melhor interpreta o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, é necessária a verificação de qual a natureza predominante não apenas do vínculo que se cria entre o ocupante do emprego em comissão e a Administração Pública, mas também a natureza da extinção desta vinculação; se entendida predominantemente administrativa, ou se considerada rescisão unilateral imotivada de contrato por prazo indeterminado, na forma da despedida sem justa causa trabalhista.

Ainda, é essencial que sejam analisadas as naturezas das duas verbas rescisórias que são o centro deste trabalho, quais sejam o aviso-prévio e a multa de 40% sobre os depósitos de FGTS. Apenas tendo clara a noção de em quais situações são devidos seus pagamentos, e quais os fins a que se destinam é que se poderá discernir entre qual das duas correntes jurisprudenciais é que melhor julga este tema polêmico.

A resposta que se busca só pode ser encontrada, então, a partir da análise de todos estes institutos, que vão guiar o intérprete do Direito que julgará o caso concreto. Estes institutos podem ser observados a partir de diversos vieses, alguns destes mais e outros menos úteis para a análise e resolução do problema posto, de modo que impera a necessidade de uma escolha acurada de qual dos incontáveis vieses existentes será escolhido. No caso deste trabalho, me parece que devem ser analisadas as naturezas e o contexto em que surgiram as duas verbas rescisórias centrais ao problema – aviso prévio e multa fundiária –, bem como analisar a qual fim se destinam. Ainda, devem ser analisadas as naturezas do vínculo do emprego público em comissão e a do seu desligamento (dispensa nos moldes da exoneração *ad nutum*) a partir dos vieses trabalhista e administrativo, de modo a decifrar qual dos dois predomina na relação de emprego *sui generis* que deles surgem, analisando as características do emprego público em comissão e da modalidade de dispensa *sui generis* que possuem.

Após isto, será possível enxergar melhor a questão posta em discussão, fazendo uma análise mais acurada, apoiada pelo estudo doutrinário de autores trabalhistas e administrativistas, de modo que será mais precisa a resposta à pergunta central deste trabalho. Assim, será dado agora início à análise destes institutos susomencionados.

2.1 Empregos públicos

Inicialmente, cabe uma breve explicação sobre a figura do emprego público. O empregado público é admitido após prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, por força do art. 37, II da CRFB. A natureza do vínculo é contratual, ou seja, privada, criada a partir de contrato de trabalho por prazo indeterminado. As hipóteses de rescisão do contrato de emprego público são a prática de falta grave – na forma do art. 482 da CLT -, acumulação ilegal de cargos, necessidade de redução de quadro e insuficiência de desempenho apurado por meio de procedimento administrativo, nas lições de José dos Santos Carvalho Filho.⁷

Rafael Maffini⁸, por sua vez, ensina que os empregados públicos são uma espécie do gênero agentes administrativos, cujo vínculo funcional tem natureza celetista. São empregados públicos todos aqueles que laboram em sociedades de economia mista e empresas públicas, bem como aqueles que exercem suas funções nos entes federados que optaram pela criação de um regime jurídico único de natureza celetista. O doutrinador destaca que o vínculo que surge entre o empregado público e a Administração Pública é predominantemente regido pelas normas celetistas, mas que se submetem, também, a regras constitucionais peculiares ao Direito Público.⁹

Por fim, Maffini ainda destaca uma problemática que se evidencia no tema deste trabalho. Para o autor, tem-se mostrado complicada a compreensão e a aplicação das normas contidas na CLT em conjunto com a principiologia constitucional a que se submete a Administração Pública.¹⁰ Isto

7 Ver CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 29 ed. – São Paulo : Atlas, 2015, p. 625.

8 MAFFINI, Rafael. Elementos de direito administrativo : Atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 310

9 Ibid.

10 Ibid.

quer dizer que a aplicação das normas e princípios trabalhistas e administrativos aos empregados públicos tem se mostrado confusa, sendo vacilantes, ainda, alguns posicionamentos adotados tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial.

De fato esta problemática de interpretação e aplicação conjunta das normas destes dois ramos do Direito se reflete na pergunta central deste trabalho. A dúvida que surge quanto à necessidade – ou desnecessidade - de pagamento do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS é um desdobramento desta dúvida acerca de quais normas prevalecem no caso concreto, se as de direito trabalhista-privado ou se as de direito administrativo-público.

2.2 A existência da figura do emprego público em comissão

Como exposto anteriormente, uma situação que deve ser discutida antes da análise específica do tema trazido à discussão é a da possibilidade de existência da figura do emprego público em comissão. Este tema – assim como o posto em discussão neste trabalho – é controverso.

Parte da Doutrina entende que o instituto do emprego em comissão não existe. Esta afirmação é fundamentada a partir de uma análise meramente literal do texto constitucional, mais especificamente do disposto no art. 37, V da CRFB/88, que dispõe que as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e que os cargos em comissão serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinando-se às atribuições de chefia, direção e assessoramento.¹¹

Como se observa, o constituinte utilizou no inciso V a expressão “cargo em comissão”. A Doutrina que defende a impossibilidade de criação de empregos públicos em comissão entende que

11 Art. 37, CRFB/88 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes 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 às atribuições de direção, chefia e assessoramento

a utilização deste termo limita a hipótese de ocupação destes cargos para servidores sob o regime estatutário, os quais ocupam – como usualmente se diz - “cargos públicos”.¹²

Ocorre que tal interpretação não se demonstra como a mais acertada para entender o problema, ou seja, para interpretar a real intenção que o constituinte tinha ao criar esta norma. Ocorre que a utilização da expressão “cargo em comissão” que realmente interessa para a correta interpretação do texto constitucional é a do art. 37, II da CF/88, que determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (ou dispensa, se emprego público em comissão).¹³

No início do texto do inciso, verifica-se que o constituinte distinguiu especificamente os ocupantes do regime estatutário e de regime celetista, utilizando o termo “cargo ou emprego público”. Isto ocorreu pois há exigência de prestação de concurso público para os empregados que ingressam pelo regime da CLT, inclusive, mesmo que a Consolidação não exija este requisito na contratação privada de empregados. Assim, foi essencial que constassem as duas expressões – “cargo” e “emprego” públicos – de modo a elidir qualquer dúvida acerca da exigência do certame para nomeação, também, de ocupantes de empregos públicos.

Esta mesma dúvida não ocorre na hipótese da parte final do referido inciso. A previsão da exceção da exigência de concurso público, ou seja, a investidura em cargo (agora considerado em sentido amplo, ou seja, o sob regime estatutário ou celetista) em comissão declarado de livre nomeação e exoneração não possui a mesma necessidade de concurso público que a questão anterior possuía, pois para os ocupantes de posições de confiança *lato sensu* a exigência de aprovação em concurso se demonstraria absolutamente ilógica e, inclusive, impossível de ser

12 Este é, por exemplo, o posicionamento de Marçal Justen Filho: “Os servidores públicos estatutários são aqueles investidos em cargo público, que se caracteriza como uma posição jurídica sujeita a um regime jurídico próprio e diferenciado”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo -11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos tribunais, 2015, p. 913

13 II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

realizada.¹⁴ Por este motivo, a repetição das duas expressões – “cargo” e “emprego” – se demonstrou desnecessária ao constituinte.

Neste sentido, é absolutamente preciso o artigo “As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão” escrito em conjunto por Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza, publicado na Revista de Direito Administrativo n. 243, pgs. 29-40. Neste texto os autores acertadamente demonstram esta tese. Para os autores:

Convém, considerado todo o exposto, não fazer uma leitura equivocada da exceção constitucional. Embora empregue, na sua literalidade, a palavra cargo, não faz o menor sentido supor que se reporte exclusivamente aos cargos submetidos ao regime estatutário.

Em primeiro lugar porque a expressão cargo em comissão pode ter significados diferentes a depender do contexto em que se apresenta. Pode perfeitamente designar, segundo o nosso Direito, um emprego público, regido pela CLT. É um erro supor que denote, necessariamente, um vínculo estatutário entre seu ocupante e o respectivo empregador.¹⁵

De fato, a expressão “cargo” é comumente utilizada para designar posições de trabalho no regime celetista. As próprias decisões dos tribunais, que restaram citadas anteriormente no tópico “2”, se referem a “cargos em comissão nas entidades públicas que adotam o regime celetista”. Tudo isto denota que, de fato, a expressão “cargo em comissão” pode apresentar, no ordenamento jurídico brasileiro, amplo sentido, fazendo referência a postos de trabalho sob o regime celetista ou estatutário.

Ainda, a CLT faz diversas referências à expressão “cargo” nos seus dispositivos, o que demonstra que é plenamente possível vincular a expressão cargo em comissão aos empregados contratados pela Administração Pública. A título exemplificativo, a fim de demonstrar o acima exposto, passa-se a destacar alguns dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas.

14 Isto porque seria impossível a realização de concurso público a fim de aferir qual candidato possui mais confiança com o administrador.

15 SUNDFELD, Carlos Ari e DE SOUZA, Roberto Pagani. As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. Revista de Direito Administrativo, n. 243, p. 33-34, 2006

O artigo 450 da CLT prevê que “ao empregado que ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior”. Este dispositivo se demonstra especialmente interessante para a proposta desta trabalho, pois, além de não deixar dúvidas quanto a utilização da expressão “cargo” para designar o posto ocupado por um funcionário submetido ao regime privado celetista, ainda faz referência à possibilidade de alguns cargos serem exercidos “em comissão”. Ora, se a própria CLT prevê que é possível a existência de empregos em comissão, não há motivo algum que impeça que a Administração Pública contrate pelo regime celetista também desta forma, na figura de empregos públicos em comissão.

Por sua vez, o art. 468 da CLT também dispõe sobre cargos trabalhistas, quando prevê que “não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.” Novamente, o disposto na lei trabalhista importa para o assunto tratado neste trabalho, pois a CLT fala em “cargo efetivo”, à semelhança dos cargos efetivos como são usualmente chamados os ocupados pelos servidores públicos no âmbito do regime estatutário.

Ainda, o art. 499 fala expressamente em “cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador”. Novamente, têm-se claramente na norma trabalhista privada a designação como “cargos” de posições de trabalho regidas pela CLT.

Neste exato sentido, ensina Sundfeld¹⁶:

Na realidade, cargo também tem um sentido mais abrangente na nossa legislação - e mesmo na linguagem do nosso dia-a-dia -, que nada predica quanto ao regime jurídico que disciplina o vínculo de trabalho do seu ocupante (se estatutário ou celetista). Trata-se do sentido genérico de posto de trabalho, pura e simplesmente. A própria legislação trabalhista vale-se do termo cargo de forma a desmentir aqueles que supõem que ele denote, necessariamente, um vínculo estatutário; nela, a alusão a uma relação de emprego transparece nítida, como é o caso, por exemplo, do art. 450 da CLT, que refere o exercício de cargo em empresa.

Na legislação societária também se encontram exemplos de utilização do termo cargo sem qualquer significado de vínculo estatutário com o empregador. Aliás, a terminologia

16 SUNDFELD, Carlos Ari e DE SOUZA, Roberto Pagani. As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. Revista de Direito Administrativo, n. 243, p. 33-34, 2006

encontrada na Lei das Sociedades Anônimas (aplicável às empresas estatais que revistam este figurino) é um exemplo eloquente de que a expressão cargo pode perfeitamente referir um posto cujo ocupante está sob regime de emprego.

Como se percebe, o autor destaca que o próprio diploma legal que regula o Direito do Trabalho brasileiro utiliza a expressão “cargo” para aqueles que têm suas relações de emprego regidas pela CLT.

Ademais, na CLT também se encontram remissões às expressões cargo em comissão, cargo de confiança e cargo efetivo, designando postos estranhos a qualquer vínculo estatutário (vide, por exemplo, os arts. 499 e 469, § 1º).¹⁷

Diante das evidências expostas, a conclusão a que se chega é que o art. 37, II da CRFB, ao falar em “cargos em comissão”, o faz tanto fazendo referência aos cargos em regime estatutário quanto aos cargos em regime celetista. Esta é precisamente a conclusão atingida por Sundfeld e de Souza:

Por essas razões, é um equívoco supor que a referência normativa a cargos queira sempre designar, necessariamente, postos sujeitos ao regime estatutário, e a remissão a cargos em comissão também sirva sempre para traduzir postos deste gênero (com a peculiaridade de serem de livre provimento ou nomeação); na realidade, nem cargo é, em toda parte, designação exclusiva de posto cujo ocupante sujeita-se ao regime estatutário, nem cargo em comissão o é.

Cargo pode ser sinônimo de emprego, e cargo em comissão de emprego em comissão. É perfeitamente viável, portanto, que as expressões cargo e cargo em comissão se refiram a postos de trabalho regidos pela CLT, tudo a depender do contexto¹⁸

Para além disto, o cerne do debate, ou seja, o motivo por detrás da exceção à exigência de concurso público não é a natureza do regime sob o qual se sujeita o vinculado à Administração Pública, mas sim a peculiaridade da relação de confiança deste para com os planos de governo da chefia do Executivo. Neste sentido Sundfeld expõe com precisão que o foco dos cargos de confiança (sejam sob o regime celetista ou sob o regime estatutário) é a natureza da relação de afinidade entre a autoridade nomeante e o ocupante da posição de confiança:

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid

a partir destes postos mais altos, de comando da Administração Pública, que se imprime o norte, o rumo, a direção da atuação administrativa (observadas, evidentemente, as balizas legais); em razão disso, faz-se necessário, em muitos casos, que sejam ocupados por pessoas que estejam alinhadas com o plano de governo da chefia do Executivo democraticamente eleita.¹⁹

(...)

é descabido tomar a referência a *cargos em comissão*, feita pelo art. 37, 11 e V, da Constituição, com o significado restrito de posto sob vínculo estatutário porque *não é a natureza do vínculo que justifica a exceção à regra geral do concurso público*; o que a justifica é a natureza das atribuições ligadas ao posto de trabalho. Em se tratando de atribuições de direção, chefia e assessoramento, aí sim estará o fator determinante para que se venha a permitir o acesso ao posto sem concurso público.²⁰

Assim, fica evidenciado que a existência de empregos públicos em comissão é plenamente viável, sendo estes, então, os cargos preenchidos na Administração Pública previstos em lei como de livre nomeação e exoneração que, regidos pelo regime celetista, ocupem funções de direção, chefia ou assessoramento. Ainda, é certo que os ocupantes destas posições de trabalho sujeitam-se ao regime jurídico celetista, fazendo jus às verbas devidas aos empregados em geral, sem deixarem de se sujeitar aos preceitos do Direito Público.

O que ocorre é que o liame jurídico desta relação não é puramente trabalhista-privado, mas sim com claro viés administrativo - por se tratar de vínculo com o Estado - ou seja, de Direito Público. Por este motivo, os efeitos jurídicos e direitos advindos desta relação devem ser analisados, também, sob a ótica do Direito Administrativo.

Uma consequência prática destes efeitos é, justamente, a questão central deste trabalho: se é devido o pagamento do aviso-prévio e da multa fundiária quando os ocupantes de empregos em comissão são exonerados. Para responder esta pergunta, é mister inicialmente entender a natureza destas duas verbas trabalhistas.

19 SUNDFELD, Carlos Ari e DE SOUZA, Roberto Pagani. As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. Revista de Direito Administrativo, n. 243, p. 32

20 Ibid, p. 35.

2.3 Características do emprego público em comissão.

Inicialmente, é essencial destacar, mesmo que brevemente, as principais características que o emprego público em comissão possui. Isto servirá, posteriormente, para a análise do cabimento do pagamento das verbas rescisórias que motivam este trabalho.

Cabe destacar que o emprego público em comissão possui características tanto por ser um emprego público (ou seja, em contraposição com servidores públicos) quanto por ser em comissão (em contraponto com os empregos públicos de provimento efetivo). Assim, a análise de seus principais aspectos será feita em duas partes, uma para cada divisão sua.

2.3.1 Características por ser “emprego público”

Inicialmente, por ser uma modalidade de emprego público, o regime adotado é o celetista. Isto quer dizer que o vínculo que surge entre o empregado e a Administração Pública se materializa por meio de um autêntico contrato de trabalho devidamente anotado na Carteira de Trabalho e da Previdência Social do trabalhador. No entanto, seu enquadramento jurídico não é outro senão o de agente administrativo, que exerce suas funções em empresas públicas e sociedades de economia mista, ou ainda, nos entes federados que porventura tenham optado pelo regime jurídico único de natureza celetista. Neste sentido, os ensinamentos de Rafael Maffini:

Os empregados públicos correspondem a uma espécie de agentes administrativos cujo vínculo funcional possui natureza celetista. Serão empregados públicos – na estrutura da Administração Pública – aqueles que exercem suas funções em sociedades de economia mista e empresas públicas e, ainda, aqueles que exercem suas funções nos entes federados que optaram pela criação de um regime jurídico único de natureza celetista.²¹

Importante destacar que, apesar de o vínculo ser trabalhista, ou seja, de direito privado, este se sujeita a algumas alterações por ter um viés, também, de direito público. Quem bem aponta isto é Marçal Justen Filho, ao dizer que “emprego Público é a pessoa física que desempenha a função de órgão no âmbito de pessoa estatal com personalidade de direito público, submetida ao regime jurídico de direito do trabalho, com as modificações próprias do regime de direito público”.

21 MAFFINI, Rafael. Elemento de Direito Administrativo: Atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 310.

Pode-se dizer com segurança, então, que o regime jurídico dos empregados públicos é híbrido, sendo regido tanto pelos preceitos e regras do direito trabalhista quanto pelas normas de direito público, no que forem incompatíveis entre si. Algumas normas trabalhistas, por exemplo, podem ser afastadas, se forem contrárias a regras de direito público. Para Marçal Justen Filho:

É evidente, no entanto, que o vínculo jurídico pelo qual um indivíduo é investido na condição de órgão estatal não pode submeter-se, de modo integral e completo, às mesmas regras pertinentes ao desempenho da atividade privada. Logo, as normas trabalhistas são, em inúmeras passagens, afastadas em virtude do regime jurídico inerente à atividade administrativa estatal. Deve-se destacar, no entanto, que o vínculo jurídico mantido entre o Estado e o particular apresenta natureza de direito privado.²²

Por fim, cabe destacar os ensinamentos de Marçal Justen Filho em sua obra Curso de Direito Administrativo, ao dizer que “aplicam-se as normas de direito do trabalho sempre que tal não seja incompatível com a natureza pública das atividades e atribuições assumidas pelo sujeito.” Ou seja, sendo a natureza das funções exercidas incompatíveis com os preceitos e normas de direito público, essas podem ser mitigadas.

2.3.2 Características por ser “em comissão”

Ainda, por ser um cargo (*lato sensu*) em comissão, o emprego público em comissão possui algumas outras características que o distinguem do empregos de provimento efetivo.

Por exemplo, por força do disposto no art. 37, II, da CRFB, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação em concurso público. Esta é a regra geral. No entanto, o próprio dispositivo constitucional elege uma exceção, quando diz que “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Como já esclarecido neste trabalho, a expressão “cargo em comissão” deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo tanto os sob regime estatutário quanto o regime celetista. A fim de evitar tautologias reporta-se ao item “2.2”.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos tribunais, 2015. p. 1065.

Para Rafael Maffini, “o concurso público consiste, portanto, na forma de provimento originário essencialmente admitido na Constituição Federal”²³ Assim, tem-se já uma das primeiras grandes rupturas entre as regras que regem os empregados públicos, qual seja, a forma que se dá seu provimento, por meio de livre nomeação.

Ainda, em decorrência direta da norma existente ao final do art. 37, II, da CRFB, têm-se outra diferença entre os empregos públicos efetivos e os em comissão, que é a forma de dispensa. Assim como é devido concurso público para a efetivação da contratação de empregado público, entende-se que, por simetria, a dispensa não pode ser desmotivada, devendo ser precedida de um processo que permita ao empregado público se defender da despedida que pretendem lhe impor. Inclusive, a lei criada no âmbito da União para regular as contratações pelo regime celetista (Lei 9.962/00) não previa a possibilidade de ampla dispensa pelo ente empregador. Pelo contrário: restringia as hipóteses de rescisão unilateral dos contratos de trabalho à norma contida em seu art. 3º, que dispunha que os contratos de trabalho por prazo determinado somente seriam rescindidos por ato unilateral da Administração Pública nas hipóteses de prática de falta grave – constantes nos art. 482 da CLT -, acumulação ilegal de cargos, necessidade de redução de quadro de pessoal ou insuficiência de desempenho, devidamente comprovada.²⁴

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 131, determinou que, no âmbito da Empresa de Correios e Telégrafos, a demissão imotivada de seus empregados não é possível. Fundamenta esta decisão sob a alegação de que para atender aos princípios da

23 MAFFINI, Rafael. Elemento de Direito Administrativo: Atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p.317.

24 Art. 3º - O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses:

- I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT ;
- II - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal ;
- IV - insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal .

impessoalidade e da isonomia é necessária motivação, a fim de resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado por parte do agente estatal investido do poder de demitir.²⁵

Também neste sentido ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, ao dizer que:

as hipóteses de dispensa dos empregados públicos eventualmente contratados com base na Lei 9.962/00 são mais restritas do que as possibilidades de dispensa dos trabalhadores celetistas em geral. Com efeito, as únicas hipóteses de rescisão unilateral dos contratos de trabalho desses empregados públicos regidos pela Lei 9.962/00 são as estabelecidas no seu art. 3º, o qual, deve-se frisar, não prevê possibilidade ampla de dispensa, não autoriza a mera dispensa por conveniência do empregador.²⁶

No entanto, os empregados públicos em funções comissionadas não são beneficiados com esta exigência no momento de sua dispensa. Esta se dá imotivadamente, na mesma forma que se dá a exoneração chamada *ad nutum*, ou seja, é feita a qualquer tempo e sem motivação. Por este motivo, diz-se que esses são precários. O fundamento para tanto se encontra no já mencionado art. 37, II, da CRFB, que dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, de acordo com a natureza e complexidade do cargo, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.²⁷

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho:

25 EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

26 Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo, Direito administrativo descomplicado, *op. cit.*, p. 340.

27 Art. 37, II - CRFB - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

Os cargos em comissão (...) são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de *cargos de confiança* (grifo do autor). A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF)²⁸

O referido autor parece aceitar a existência de empregos públicos em comissão, pois refere que no âmbito das pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista) é frequente a utilização das expressões “cargos efetivos” e “cargos em comissão”. No entanto, o autor faz ressalva quanto à utilização destes termos pois a relação que existe é regida pela CLT. Assim, Carvalho Filho afirma que a nomenclatura correta, nestes casos, seria “empregos efetivos” e “empregos em comissão”.²⁹ Inclusive, faz referência expressa à obra - também utilizada na pesquisa e elaboração deste trabalho, vide tópico “2.2” – de Carlos Ari Sunfeld e Rodrigo Pagani de Souza, “As empresas estatais, o concurso público e os cargos em comissão”, de modo que se demonstra a convergência de opinião entre os autores.

2.4 Natureza e escopo das verbas rescisórias do aviso prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.

As naturezas de ambas parcelas são muito parecidas. *In suma*, uma é indenização devida quando do encerramento inesperado da relação de emprego, de modo que o empregado tenha tempo hábil para procurar novo local para ser realocado no mercado de trabalho (aviso-prévio); a outra objetiva que este tenha maior estabilidade financeira para sua subsistência após o rompimento do vínculo laboral, bem como serve de desestímulo para despedidas arbitrárias (multa fundiária). Ainda, ambas são parcelas devidas do momento da extinção dos contratos de trabalho por prazo indeterminado.

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 29 ed. – São Paulo : Atlas, 2015. p. 635-636.

29 Ibid., p. 637.

Como o momento da dispensa do empregado público em comissão é aquele em que se rompe o contrato de trabalho que celebrou junto à Administração Pública e como há inegável influência do Direito do Trabalho nesta relação, é compreensível a dúvida existente sobre se são devidas – ou não – na integralidade as parcelas rescisórias usualmente pagas aos empregados sob o regime da CLT que são despedidos. Passa-se a análise das duas verbas que servem de mote a este trabalho.

2.4.1 Aviso-prévio.

O aviso-prévio trabalhista está previsto no art. 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação refere que, na ausência de prazo estipulado, a parte da relação de emprego que rescindir o contrato sem justo motivo deverá avisar a outra da sua resolução com antecedência mínima de oito dias, se o pagamento da remuneração for feito semanalmente ou em tempo inferior, ou de trinta dias, se o salário for quinzenal, mensal ou se o funcionário já tiver mais de doze meses de serviço na empresa.³⁰

Ainda, a lei nº 12.506/11 regulou o art. 487 susomencionado, alterando os incisos I e II do referido artigo. A nova redação determinou que será concedido o aviso-prévio na proporção de trinta dias aos empregados que contem com até um ano de serviço na mesma empresa, acrescidos de três dias por ano de serviço completo prestado, até o máximo de sessenta, totalizando um período de aviso-prévio limitado a noventa dias.³¹

30 Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

31 Art. 1º - Lei 12.506/11 - O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único - Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Analisando a redação das previsões legais que regulam o aviso prévio no âmbito das relações de trabalho verifica-se facilmente que este é devido quando da ruptura dos contratos de emprego por prazo indeterminado. Para a doutrinadora Vólia Bomfim “o contrato é extinto com a declaração de vontade de rompimento do pacto laboral, mas os efeitos só se tornam efetivos após o decurso do prazo, pois o aviso prévio é prazo legal imposto por lei para preparar as partes para o término do contrato.”³²

Ainda, impera a inexistência de justo motivo para que seja devido o aviso-prévio. Refere a autora que “a simples concessão do aviso prévio à outra parte faz presumir que a dispensa se deu sem justa causa, pois esse é um instituto devido apenas às terminações sem justa causa dos contratos por prazo indeterminado”.³³

No entanto, há forte doutrina no sentido de que o aviso prévio é uma espécie de notificação dada pela parte notificante de que se pretende romper o vínculo contratual após o prazo do aviso prévio. Esta conclusão é destacada pela doutrinadora supramencionada, que cita em sua obra já referida:

a posição majoritária é no sentido de que o aviso prévio é apenas uma comunicação de que o notificante pretende romper o contrato ao final do pré-aviso, e não de que já está rompendo. Por esta vertente, o aviso é mera comunicação da intenção de romper. Nesse sentido Octávio Magano, Sergio Pinto Martins, Orlando Gomes, Délio Maranhão, Alice Monteiro de Barros e, aparentemente, Rodrigues Pinto.

Existe uma única exceção a esta regra, que prevê o direito de aviso prévio em contratos por prazo determinado, que está prevista no art. 481 da CLT. Quando o contrato prevê a cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão, esta ocorre da mesma maneira que seria feita se o contrato fosse por tempo indeterminado.³⁴

32 CASSAR, Vólia Bomfim, *Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar – 11ª ed. rev. e atual.* - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015 – pg. 1037

33 *Ibid.*, pg. 1036

34 Art. 481 – CLT - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado

Neste sentido, Maurício Godinho Delgado³⁵ ensina que:

Apenas nos contratos a termo que tenham em seu interior cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual, é que pode ganhar relevância o aviso-prévio. De fato, se acionada esta cláusula especial e expressa, a terminação contratual passará a reger-se pelas regras próprias aos contratos por tempo indeterminado, com dação de aviso-prévio e suas consequências jurídicas (art. 481, CLT)

Destarte, resta demonstrado um claro viés ensejado pela boa-fé contratual, de modo a não surpreender a outra parte integrante do vínculo contratual trabalhista quando da denúncia deste, visando a sua extinção. Tal característica visa a assegurar, primordialmente, ao empregado, por um curto período (30 a 90 dias) a oportunidade de procurar uma nova fonte de renda para prover seu sustento. Neste sentido, Vólia Bomfim doutrina afirmando que “quando o empregador é o denunciante, a finalidade do aviso prévio é a de conceder ao empregado a oportunidade de procurar uma nova alocação no mercado, além de não ocasionar um rompimento abrupto do contrato de trabalho”³⁶

Em suma, então, o aviso-prévio é devido (1) no momento da extinção de contratos por prazo indeterminado, (2) quando não houver justa causa para a dispensa, (3) ressalvada a hipótese dos contratos que contenham cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada, e (4) tem, para o empregado, o fim de protegê-lo quando da dispensa imotivada, permitindo que este tenha uma maior saúde financeira enquanto busca um novo emprego.

2.4.2 Multa de 40% sobre os depósitos do FGTS

Por sua vez, a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS é outra verba devida quando do momento da rescisão do contrato de trabalho, nas hipóteses previstas em lei. Neste caso, a previsão normativa é tanto constitucional quanto legal. A previsão desta multa compensatória pela despedida imotivada encontra-se na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 7º, I, que prevê a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrárias ou sem justa causa, por meio de pagamento de indenização compensatória, nos termos de lei complementar.³⁷

35 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 15ª ed. - São Paulo: Ltr, 2016 – p. 1309

36 Vólia Bomfim, Direito do trabalho, *op. cit.*, p. 1043

Este dispositivo constitucional trata-se, pois, de norma de eficácia relativa complementável, de modo que sua eficácia depende da edição de lei – no caso, lei complementar. No entanto, visando a aplicabilidade imediata da proteção prevista, fez-se constar no Art. 10, I dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁸, que até a promulgação da lei complementar referida pelo art. 7º, I da CRFB, ficará limitada a proteção nele referida ao aumento, por quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e §1º da Lei nº 5.107/66. Por sua vez, dispõe o art. 6º e seu § 1º que, ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, sem justa causa, deverá ser por este paga ao empregado a importância igual a 10% dos valores depositados a título de FGTS na conta vinculada.³⁹

Por fim, temos a Lei 8.036/90, que passa a dispor especificamente sobre o FGTS. Em seu art. 18, temos que é devido o pagamento de importância igual a 40% do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada do obreiro, nas hipóteses de despedida sem justa causa.⁴⁰

37 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos

38 Art. 10 dos ADCT - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966

39 Art. 6º Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte da empresa, sem justa causa, ficará esta obrigada a pagar diretamente ao empregado optante os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido ao Banco Depositário, além da importância igual a 10% (dez por cento) desses valores e do montante dos depósitos da correção monetária e dos juros capitalizados na sua conta vinculada, correspondentes ao período de trabalho na empresa. (Redação dada pelo decreto Lei nº 1.432, de 1975)

§ 1º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecidas pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata este artigo será de 5% (cinco por cento), obrigada a empresa aos demais pagamentos nele previstos. (Incluído pelo decreto Lei nº 1.432, de 1975)

40 Art. 18 - Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º - Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos (...)

Desta forma, é possível verificar uma clara natureza protetiva da multa fundiária. Especificamente, ela visa a proteger o trabalhador ante eventual despedida imotivada de seu empregador. Maurício Godinho explicita esta característica quando diz:

aquilo que surge, sem dúvida, condicionado ao tipo de terminação do contrato de trabalho é o *acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia*, tradicionalmente previsto pelas regras regentes do instituto. Se a dispensa for sem justa causa, ou se tratando de tipos de ruptura a esta equiparada (como a extinção do estabelecimento, por exemplo), ou, ainda, no caso de rescisão indireta, caberá o acréscimo rescisório de 40% sobre o montante total do Fundo de Garantia (art. 18, *caput* e §1º, Lei n. 8.036/90).⁴¹

Ainda, para o doutrinador “há entendimentos de que esses 40% se compensariam com a indenização do art. 479 da CLT, por atenderem as duas parcelas à mesma causa e objetivos jurídicos – a reparação pela dispensa imprevista”⁴².

Por sua vez, Vólia Bomfim refere que “a indenização adicional incidente sobre o FGTS (40%) tem a mesma natureza jurídica da antiga indenização prevista no art. 478 da CLT”⁴³. De fato, o texto do *caput* do referido dispositivo Consolidado dispõe que a indenização devida pela rescisão de contrato de trabalho por prazo indeterminado será de um mês da remuneração por ano de serviço prestado.⁴⁴

(continuação nota de rodapé 40)

(...) dos respectivos juros. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997) (grifo do autor)

§ 2º - Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

41 Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, *op. cit.* p. 1414

42 *Ibid.*, p. 1255.

43 Vólia Bomfim, Direito do trabalho, *op. cit.*, p. 1190

44 Art. 478 – CLT - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

Ainda, é interessante e relevante atentar-se que o FGTS teve sua origem como regime alternativo ao da estabilidade decenal do emprego, que era assegurada pelo art. 157, XII, da Constituição de 1946 e regulada pelos artigos 492 a 500 da CLT. Neste regime, o trabalhador que completasse 10 anos como empregado de uma mesma empresa adquiria estabilidade no emprego, na forma do art. 492 da Consolidação⁴⁵. Esta estabilidade fazia com que o trabalhador só pudesse ser dispensado em caso de cometimento de falta grave ou ocorrência de força maior, ambas devidamente comprovadas.

No sítio da Fazenda Nacional⁴⁶ há relato sintético sobre a história do FGTS. Na metade dos anos 1960, a Lei 5.107/66 instituiu o FGTS, que veio a ser regulamentado pelo Decreto 59.820/66, passando a vigor o novo regime em 1º de janeiro de 1967. Neste momento, os trabalhadores poderiam optar pelo antigo regime da estabilidade decenal ou, renunciando este, o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. A Constituição Federal de 1967, em seu art. 158, XIII, estabelecia como opções ao empregado “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente”. Finalmente, na Constituição Federal de 1988, o constituinte optou apenas pelo modelo do FGTS, apenas resguardando os direitos adquiridos pelos antigos optantes do regime da estabilidade decenal em data anterior à 05 de outubro de 1988.

Analisando-se a história da criação do regime jurídico do FGTS se verifica que este surgiu como alternativa à estabilidade decenal que vigia à época em que instituído. A principal atratividade deste novo modelo era justamente a desnecessidade de se ficar vinculado 10 anos a uma mesma empresa⁴⁷ para obter um certo grau de segurança. Imediatamente ao ingressar no quadro de

45Art. 492 – CLT - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

46 Em < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/fgts/breve-historico-do-fgts>> Acesso em: 09 de novembro de 2017

47 Considerando-se que, atualmente, para ter direito ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição o empregado deve contribuir para o INSS por 30 ou 35 anos (respectivamente o tempo para mulheres e homens), 10 anos de serviço representariam algo em torno de 30%-33,33% do tempo de serviço médio esperado de um empregado durante sua vida. Isto demonstra ser esta (atingir o pré-requisito para obter a estabilidade decenal) uma meta difícil de alcançar. Se consideramos que há quase 50 anos a expectativa de vida, a qualidade e higiene no âmbito laborais eram mais precários, esta meta demonstrar-se-ia ainda mais difícil de implementar.

empregados da empresa já se estaria protegido de eventual dispensa imotivada que surpreendesse o trabalhador e o colocasse na situação de precisar buscar reinserção no mercado de trabalho.

Desta forma, fica claro que a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS (1) é devida quando da dispensa imotivada do empregado, (2) assegurado o direito pela metade quando houver culpa recíproca, (3) surgiu como alternativa ao regime da estabilidade decenal, que existia antes da Constituição Federal de 1988 e (4) que se destina a proteger o empregado que possui contrato de trabalho por prazo indeterminado contra eventual dispensa inesperada, conseqüentemente sendo um desestímulo a prática deste tipo de dispensa por parte do empregador.

3 O cabimento das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS aos empregados públicos em comissão

Inicialmente, cabe destacar que, aparentemente, a única maneira de um empregado não receber as duas parcelas rescisórias acima expostas é: (1) seu contrato de trabalho não ser da modalidade por prazo indeterminado – para o aviso-prévio e a indenização sobre os depósitos do FGTS – e, ainda, não ser contrato por prazo determinado com cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão – apenas para o aviso-prévio; ou (2) a despedida ter ocorrido com justa causa. *A priori*, apenas nestas hipóteses não seriam devidas as verbas supramencionadas.

Ocorre que existe uma espécie peculiar de empregados - regidos pela CLT – em que há forte controvérsia jurisprudencial acerca de se é devido o pagamento de tais verbas quando do momento da extinção do vínculo contratual. São estes os empregados públicos ocupantes de empregos em comissão em entidades da Administração Pública. Mas qual a peculiaridade do vínculo destes empregados que, quando optada pela entidade da Administração Pública a sua contratação pela CLT, permite seja discutível o fato de fazerem esses jus ao recebimento do aviso-prévio e multa fundiária? É esta resposta que se passará a tentar responder nos próximos tópicos, pois ela é essencial para solucionar o problema que motiva este trabalho.

O exercício de emprego em comissão (ou seja, regido pelo regime da CLT), como já dito, pode ser entendido a partir de dois vieses, basicamente: o trabalhista e o administrativo. Naquela hipótese, entender-se-ia - como o fazem certos Tribunais Regionais do Trabalho (a exemplo dos da 3ª e 4ª Regiões) - que o rompimento da prestação de labor do ocupante do referido emprego seria predominantemente regido pelos princípios e regras normativas do Direito do Trabalho. Decorre deste posicionamento que o pagamento do aviso-prévio e da multa fundiária é devido quando do momento da dispensa do empregado em comissão.

Por sua vez, na hipótese outra, a dispensa do ocupante do emprego em comissão seria regida em maior observância aos princípios administrativos, seguindo por um rumo onde o núcleo se afasta dos princípios protetivos do Direito Laboral, em detrimento das regras atinentes ao Direito Público. Utilizando-se esta linha interpretativa alguns Tribunais Regionais do Trabalho (como os da 1ª e 6ª Regiões) entendem ser indevido o pagamento das duas parcelas rescisórias em comento.

A escolha por um ou por outro viés, como recém demonstrado, traz respostas absolutamente diversas para a solução do caso concreto, quando se trata este da necessidade – ou não – de se pagar estas verbas ao ocupante de emprego público em comissão que foi exonerado. O objetivo deste trabalho é justamente descobrir quais destas duas correntes de interpretação melhor se adéquam ao ordenamento jurídico brasileiro, e é justamente isto que se passará a analisar e demonstrar a partir daqui.

Como pudemos perceber do até aqui exposto, o emprego público em comissão se caracteriza por ser celebrado mediante um contrato trabalhista entre o empregado e a Administração Pública, regido pelas normas da Consolidação das Leis Trabalhistas, em que há livre nomeação e a dispensa se dá, também, de maneira imotivada e a qualquer tempo. Uma das principais características dos cargos em comissão (entendidos aqui como cargos em comissão “*lato sensu*”, englobando os cargos em comissão “*stricto sensu*” - sob regime estatutário - e os empregos em comissão - sob o regime celetista)⁴⁸ é a precariedade de sua função. Ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que “o provimento de cargo em comissão, portanto, é sempre feito a título precário. Não se adquire, em nenhuma hipótese, estabilidade em decorrência do exercício de cargo em comissão”.⁴⁹

Assim, o ocupante desta posição na Administração pública jamais tem uma justa expectativa de se manter na posição comissionada. Isso porque a justificativa para que ocupe aquele posto na Administração Pública é a confiança que a autoridade nomeante deposita em sua pessoa, e esta pode mudar de maneira abrupta, repentina. Evidência disto é que, conforme ensinam os dois doutrinadores,⁵⁰ a exoneração (e, *a simile*, a dispensa do empregado público em comissão) é um ato administrativo discricionário, que prescinde de motivação. Esta discricionariedade e ausência de motivação é absolutamente necessária, pois não seria salutar ter que motivar quais os motivos que ensejaram a perda da confiança no empregado público em comissão que se está a dispensar.

Esta característica da precariedade é central para responder corretamente a pergunta que motiva este trabalho. O fato de o ocupante de emprego público em comissão jamais ter uma justa expectativa em se manter neste cargo, ou mesmo de poder exigir motivações para sua saída parece ser, justamente, a justificativa por detrás das fundamentações da parcela da Jurisprudência que

48 Conforme exposto no tópico “2.2” deste trabalho.

49 Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo, Direito administrativo descomplicado, *op. cit.*, pg. 301.

50 *Ibid.*

entende ser impossível o empregado público em comissão ser credor das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos de FGTS da contratualidade.

Neste momento será preciso relembrar os conceitos a que anteriormente dediquei certo tempo buscando esclarecer, quais sejam, as principais características das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre o FGTS, bem como do emprego público em comissão. Agora, passarei a analisar a compatibilidade entre a natureza de ambas verbas rescisórias e a natureza do emprego público em comissão.

Assim, será possível responder se o pagamento das duas verbas rescisórias quando do momento da dispensa são, ou não, compatíveis com a natureza do emprego público em comissão. Mister relembrar que, como já destacado, se a natureza das funções exercidas não for plenamente conforme os preceitos e normas de direito público, essas podem ser mitigadas.

3.1 A dispensa do empregado público em comissão e o aviso-prévio

Como já explicado, uma das controvérsias que existem é quanto ao pagamento do aviso-prévio no momento da dispensa do empregado público em comissão. Há decisões que, nos dois sentidos, entendem este como devido ou como indevido. Para descobrir qual é a mais adequada, passo a analisar detidamente o tema.

Como já exposto, o aviso-prévio tem natureza de verba protetiva ao empregado contra a despedida imotivada por parte do empregador. Isso porque, como a perda do emprego é sempre um momento delicado para o trabalhador, e a reinserção no mercado de trabalho também é complicada, o aviso-prévio visa a permitir que o trabalhador tenha um certo período de tempo em que saberá que seu contrato será rescindido em que poderá procurar outro local de trabalho, ainda recebendo seu salário normalmente. Neste sentido o ensinamento de Maurício Godinho Delgado, que diz ser o principal objetivo do aviso-prévio possibilitar a parte surpreendida pela ruptura do pacto laboral ajustar-se à nova situação, no caso específico do empregado, buscar outro emprego.⁵¹

51 “o principal objetivo do aviso-prévio, que é possibilitar à parte surpreendida com a ruptura ajustar-se à nova situação; no caso do trabalhador, procurar outro emprego. Sem a redução da jornada, torna-se mais difícil essa busca”. Maurício Godinho, Curso de direito do trabalho, *op. cit.*, – pg. 1311.

Tanto é assim que, por força do disposto no art. 488 da Consolidação das Leis Trabalhistas⁵², o trabalhador tem a faculdade de reduzir sua jornada de trabalho em até duas horas durante o cumprimento do aviso-prévio ou deixar de trabalhar por sete dias corridos, justamente sob a justificativa de poder utilizar este período livre realizando entrevistas de emprego ou deixando currículo em outras empresas.

Ainda, é devido seu pagamento quando do momento da extinção dos contratos de emprego por prazo indeterminado, salvo se ocorrida hipótese de despedida com justa causa por parte do empregado.

Nada obstante, como também já destacado anteriormente, o ocupante de emprego público em comissão não possui justamente esta justa expectativa de manter-se no posto que ocupa. A natureza precária do cargo (*lato sensu*) em comissão prevê que seu ocupante possa ser removido por meio de dispensa imotivada, também chamada de *ad nutum*, expressão latina esta que significa literalmente “a um aceno de cabeça”.⁵³ Isto, por si só, evidencia que aquele que ocupa emprego público em comissão jamais terá uma justa expectativa em manter-se exercendo a função em que se encontra.

O pagamento do aviso-prévio, assim, demonstra-se incompatível com a natureza do emprego público em comissão e com a dispensa *sui generis* que possuem. Tanto é assim que sequer se poderia imaginar ser possível cumpri-lo na forma trabalhada, também prevista no ordenamento jurídico, onde o empregado segue indo à empresa normalmente e percebendo seus salários pelo

52 Art. 488 – da CLT – O horário normal de trabalho do empregado, durante o prazo do aviso, e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral.

Parágrafo único - É facultado ao empregado trabalhar sem a redução das 2 (duas) horas diárias previstas neste artigo, caso em que poderá faltar ao serviço, sem prejuízo do salário integral, por 1 (um) dia, na hipótese do inciso I, e por 7 (sete) dias corridos, na hipótese do inciso II do art. 487 desta Consolidação.

53 Segundo o professor de língua portuguesa Cláudio Moreno: “ad nutum (a pronúncia é /ad nútum/) significa literalmente ‘a um aceno da cabeça’. Está ligada ao tempo em que os imperadores romanos exerciam um tal controle do poder que um simples aceno de sua cabeça podia significar uma decisão de vida ou de morte. Hoje a expressão é utilizada para caracterizar uma decisão que depende exclusivamente do arbítrio de uma das partes envolvidas. No mundo jurídico, onde é muito frequente, caracteriza ‘o direito que possui uma das partes que integram a relação jurídica de desfazê-la, independentemente da vontade da outra’” - Disponível em <<http://sualingua.com.br/2009/05/05/ad-nutum/>>. Acesso em 27/11/2017.

período do cumprimento do aviso. A forma indenizada, qual seja o pagamento em pecúnia dos valores de salário que seriam devidos ao empregado durante o período a que teria direito de continuar laborando pela empresa ocorre apenas quando o empregador não tem interesse em que o funcionário continue prestando serviços pela empresa.

No caso dos empregados públicos em comissão o aviso-prévio jamais poderia ser concedido na forma trabalhada, pois, como a dispensa se dá pela perda da confiança da autoridade nomeante no ocupante do cargo em comissão, manter este trabalhando por – ressalte-se – no mínimo 30 dias se demonstraria manifestamente insalutífero, pois manter-se-ia ocupando posição de chefia, assessoramento ou direção alguém que não mais possui o aval, a confiança da autoridade nomeante.

Esta aberração não se trata apenas – como os defensores do pagamento desta parcela poderiam alegar - de uma peculiaridade do aviso-prévio devido ao ocupante de empregos públicos em comissão. Ela é, sim, mais uma evidência de que tal verba rescisória é incompatível com a natureza do serviço em comissão prestado.

Assim, tem-se demonstrado óbices que apontam para uma incompatibilidade entre o recebimento dessa verba rescisória trabalhista ao ocupante de emprego público em comissão e o ordenamento jurídico.

3.2. A dispensa do empregado público em comissão e a multa de 40% sobre o FGTS.

Ainda, temos a controvérsia do pagamento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. Como também já previamente analisado, a chamada multa fundiária é outra parcela devida quando da rescisão dos contratos de trabalho, quando preenchidos certos requisitos. *In suma*, o pagamento desta multa se dá nas hipóteses de despedidas sem justa causa, onde o empregador dispensa imotivadamente funcionário que possui contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Há caráter evidentemente de proteção ao empregado, como já destacado anteriormente. Assim como o aviso-prévio, o valor da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS visa a proteger o trabalhador em uma situação tão delicada quanto é a do desemprego. Pode-se dizer que um dos fins visados pela exigência de pagamento desta parcela rescisória é ser um desestímulo à prática de

despedidas desmotivadas por parte do empregador. Neste sentido, os ensinamentos de Vólia Bomfim:

O art. 7º, I, da CRFB, determinou, nos termos da lei complementar, o pagamento de indenização compensatória devida ao empregado em caso de despedida arbitrária. Esta indenização compensatória deve ser considerada, até que seja promulgada a lei complementar, ao percentual incidente sobre o FGTS nos casos de despedida arbitrária ou nos demais casos legais. Este equivalia inicialmente à 10% (Lei nº 5.107/66), mais tarde foi elevado a 40% incidente sobre o saldo do FGTS constante na época da terminação do contrato, independente de saques – art. 10, I, do ADCT c/c art. 18, §1º, da Lei 8036/90 c/c art. 9º, §1º, do Decreto nº 99.684/90.

Ainda, outro fim visado pelo pagamento a multa é propiciar maior saúde financeira ao obreiro, que terá mais proventos para se sustentar enquanto busca reinserção no mercado de trabalho.

Um cotejo atento entre as características principais destes dois institutos, quais sejam a multa de 40% sobre o FGTS e o emprego público em comissão basta para começar-se a verificar que o pagamento daquela não pode ser feito ao ocupante deste, quando do momento de sua dispensa. Isso porque o ocupante celetista de cargo em comissão – novamente destaco - não possui justa expectativa de se manter no posto que ocupa, haja vista o caráter precário da função que exercer, por força do art. 37, II da Constituição Federal de 1988, que o define como de livre nomeação e exoneração. Desta forma, não é possível falar em “arbitrariedade” na dispensa dos empregados públicos em comissão, pois é inerente a esta a desnecessidade de motivação. Por sua vez, a multa de 40% do FGTS é devida justamente nas hipóteses de – e para desestimular que ocorram – despedidas arbitrárias. Destarte, evidencia-se uma incompatibilidade entre os dois institutos analisados.

No entanto, outra linha de raciocínio – que de maneira alguma exclui a recém exposta, pelo contrário, a confirma –, serve para demonstrar esta falta de compatibilidade entre o pagamento da multa fundiária e o emprego público em comissão.

Como já destacado, o regime do FGTS surgiu como alternativa ao antigo regime da estabilidade decenal⁵⁴ – que foi abolido do ordenamento jurídico pátrio com a vigência da Constituição Cidadã. Como a própria nomenclatura indica, a estabilidade decenal tornava estável o empregado (celetista) que mantivesse contrato de trabalho por 10 anos junto a um mesmo empregador. Desta forma, a dispensa daquele só poderia se dar por cometimento de falta grave (na forma do art. 493 da CLT) ou força maior. Dispunha o art. 493 já à época em que vigia a estabilidade decenal que constitui falta grave a prática dos fatos existentes no art. 482, quando representarem violação séria dos deveres e obrigações do empregado.⁵⁵

O regime do FGTS, por sua vez, não previa nenhuma estabilidade, mas sim o recolhimento de parte do salário do empregado a ser depositado em uma conta bancária vinculada, onde o montante total serviria como reserva com fins de equivalência à estabilidade.⁵⁶ Em suma, pode-se dizer que a origem do regime do FGTS foi o regime da estabilidade decenal, servindo aquele como alternativa a este. Seu surgimento se deu, em parte, porque alguns empregadores visavam fraudar o sistema de estabilidade, demitindo o empregado quando este estava para tornar-se estável e o readmitiam após certo período de tempo.⁵⁷

Como já destacado no item “2.3”, os ocupantes de empregos públicos em comissão jamais são considerados estáveis no cargo que ocupam, por causa da natureza precária deste. Ainda, jamais podem ser arbitrariamente exonerados, também pelo mesmo motivo. Por sua vez, a parcela rescisória da multa do FGTS tem origem equivalente à da estabilidade no emprego e, ainda, tem como uma de suas finalidades desestimular a despedida arbitrária não podem fazer jus ao

54 “O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi idealizado como regime alternativo à estabilidade no emprego, assegurada pelo art. 157, XII, da Constituição de 1946 e regulada pelos artigos 492 a 500 da CLT.” Em <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/fgts/breve-historico-do-fgts>> Acesso em: 01 de dezembro de 2017

55 Art. 493 – CLT - Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

56 “Na Constituição de 1967, o inciso XIII do art. 158 previu ‘estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente’. Assim, constitucionalizou-se o regime de opção do empregado. A redação foi mantida pelo inciso XIII do art. 165 da Emenda Constitucional nº 1/69”. Ibid.

57 “O regime de estabilidade era muito criticado, pois vários empregadores procuravam sabotá-lo, dispensando o empregado em vias de completar 10 anos de serviço na mesma empresa para, logo após, readmiti-lo.”. Ibid.

recebimento de uma multa que serve justamente como alternativa a um regime de estabilidade. Destacados estes pontos, fica evidenciado que o pagamento da multa fundiária aos empregados públicos em comissão exonerados é incompatível com a legislação brasileira.

3.3 O precedente do TST no processo nº 0000300-42.2013.5.12.0035

O TST é a corte superior trabalhista, ou seja, em matéria infraconstitucional é o órgão jurisdicional maior da Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, da interpretação da legislação laboral. Desta forma, o TST é o norteador máximo dos rumos interpretativos jurisdicionais do direito material do trabalho, inclusive editando, a fim de uniformizar a jurisprudência trabalhista diversas súmulas e orientações jurisprudenciais das matérias mais controvertidas e recorrentes. É seguro dizer que o posicionamento do TST sobre quaisquer matérias tem uma relevância grande nos debates que ocorrem sobre estas. Por este motivo, destaca-se a seguir qual é o atual posicionamento adotado pela corte superior trabalhista quanto ao tema deste trabalho.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, recentemente foi adotado posicionamento uniforme quanto ao tema. Trata-se do precedente criado a partir do julgamento do recurso de embargos no recurso de revista do processo nº 0000300-42.2013.5.12.0035, julgado em 12 de maio de 2016. Este recurso foi o primeiro tratando especificamente sobre o tema na SDI-1 do TST. Esta Seção é a responsável por julgar o recurso de embargos contra decisões divergentes das turmas, nos termos do art. 71, II do Regimento Interno do TST (Resolução Administrativa nº. 1295/2008)⁵⁸:

O processo supramencionado, que foi analisado na SDI-1, envolve um ex-assessor jurídico do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Santa Catarina ocupante de emprego público (celetista) em comissão, contratado em 2006 e dispensado sem justa causa em dezembro de 2012. Uma vez que restou apontado pela parte reclamada em sede de recurso de embargos no TST que havia divergência entre turmas (no caso entre a 3ª e 4ª Turmas), os autos foram remetidos para julgamento na Seção de Dissídios Individuais – 1.

58 Art. 71. À Seção Especializada em Dissídios Individuais, em composição plena ou dividida em duas Subseções, compete: (...)

II – à Subseção I

a) julgar os embargos interpostos contra decisões divergentes das Turmas, ou destas que divirjam de decisão da Seção de Dissídios Individuais, de Orientação Jurisprudencial ou de Súmula

Originalmente julgado pela 3ª Turma (relatoria de Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira), o recurso de revista do reclamante foi julgado provido, sendo imposta à reclamada condenação ao pagamento da multa de 40% sobre o FGTS e aviso-prévio. Pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Santa Catarina foi apresentado, então, o recurso de embargos à SDI-1 do TST, fundado em acórdão da 4ª Turma que houvera julgado improcedentes os pedidos ao recebimento destas duas verbas em outra reclamatória trabalhista.

A nova decisão, desta vez de relatoria do ministro Aloysio Corrêa da Veiga, definiu que “não obstante se tratar de cargo de livre nomeação e exoneração, a liberdade do empregador para nomear e exonerar o trabalhador contratado para exercer cargo de confiança não autoriza o descumprimento da legislação trabalhista, razão por que devidos os depósitos do FGTS”. No entanto, porém, no caso dos autos o ministro destacou que a pretensão do trabalhador não se referia apenas ao depósito do FGTS, mas também o recebimento da multa de 40% do FGTS e aviso prévio, o que, segundo o ministro, não seria devido. Assim, para o relator, não era o caso de aplicar o precedente já existente na SDI-1, posto que este tratava apenas dos depósitos de FGTS.

Com a decisão, ficou reestabelecida a decisão do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Na decisão colegiada do tribunal catarinense havia sido decidido que a “natureza precária e transitória do cargo em comissão ocupado, que permite a livre exoneração, afasta o direito às parcelas em apreço, que têm finalidade contrária, ou seja, de assegurar indenização compensatória à relação de emprego que possui presunção de continuidade por tempo indeterminado e, por isso, é protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”.

4 Conclusão

Como se percebe, a questão relativa ao cabimento ou não do pagamento das verbas rescisórias do aviso-prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS é bem controversa no âmbito dos tribunais regionais. Os Tribunais Regionais do Trabalho possuem cada qual um entendimento diverso (ou pelo cabimento ou pelo descabimento) quanto à solução da controvérsia. Ainda, no âmbito do próprio Tribunal Superior do Trabalho as turmas possuem diferentes entendimentos, como bem ilustra o recente caso paradigma trazido no estudo do item “3.3” deste trabalho.

Uma característica das decisões analisadas é que, independentemente do posicionamento adotado pelo órgão julgador, a *ratio decidendi* – em um ou em outro sentido – raramente analisa mais a fundo os motivos que levaram os julgadores a votar de tal maneira. Na grande maioria dos casos, existem dois cenários capazes de descrever as fundamentações dos votos. O primeiro deles condena a reclamada ao pagamento do aviso-prévio e da multa de 40% do FGTS sob a alegação – um tanto genérica - de que não se podem descumprir as normas trabalhistas, independentemente da natureza *sui generis* do contrato de trabalho que se mostra no caso dos empregados públicos em comissão. Pelo outro lado, quando negado provimento ao pedido de condenação da reclamada ao pagamento de tais verbas, via de regra o acórdão apenas cita – também sem muita fundamentação teórica - a natureza precária do cargo ocupado, afirmando ser, por este motivo, indevido o pagamento das parcelas rescisórias que servem de tela para este trabalho. Assim, nas decisões de ambos os posicionamentos vemos o mesmo problema: a ausência de explicitação mais aprofundada dos motivos jurídicos que levaram àquela decisão.

Não é por outro motivo que neste trabalho se procurou demonstrar de maneira mais aprofundada, por meio de interpretação jurídico-teleológica, quais as características que estão por trás desta modalidade *sui generis* de contrato de emprego que fariam ser – ou não – devido o pagamento às parcelas rescisórias do aviso-prévio e multa fundiária. Somente assim foi possível concluir não apenas qual das correntes existentes é mais acurada ao interpretar esta relação de emprego especial considerando tanto seus vieses trabalhista e administrativo, mas também a complementar e explicitar as razões de decisão que estão por trás – ou, pelo menos, que deveriam estar por trás – de suas fundamentações.

Desta forma, como analisado nos tópicos anteriores do trabalho, conclui-se que as naturezas tanto do aviso-prévio quanto da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS se demonstram incompatíveis com a natureza da relação de emprego estabelecida entre os ocupantes de empregos públicos em comissão e os entes onde ocupam seus cargos. Assim, é indevido o pagamento destas duas parcelas quando do momento que ocorre a dispensa deste tipo de empregado.

Assim, os posicionamentos adotados pela SDI-1 do E. TST e, como trazido anteriormente, dos TRTs da 1ª e 6ª Regiões, mostraram-se ser os mais adequados para solucionar o problema jurídico posto aqui em discussão. Com a consolidação desta tese, os entes públicos que utilizarem o regime jurídico celetista para contratação de seus empregados públicos em comissão terão maior segurança jurídica no momento em que forem quitar as dívidas devidas no momento da dispensa destes. Com isto, evitar-se-á a condenação do ente contratante nas esferas administrativas - dos Tribunais de Contas - e jurídicas - da Justiça do Trabalho.

Referências Bibliográficas

- 1 ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado – 22. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2014.
- 2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09/12/2017.
- 3 BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 09/12/2017.
- 4 BRASIL. Lei Federal nº 8.036 (1990). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em 09/12/2017.
- 5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 29 ed. São Paulo : Atlas, 2015.
- 6 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho - 11ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- 7 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho – 15ª ed. - São Paulo: Ltr, 2016.
- 8 DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito administrativo - 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- 9 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo -11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos tribunais, 2015.
- 10 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro – 41 ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2015.
- 11 MAFFINI, Rafael. Elementos de direito administrativo : Atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

- 12 MORENO, Cláudio. *Ad nutum*. Disponível em <<http://sualingua.com.br/2009/05/05/ad-nutum/>>. Acesso em 09/12/2017.
- 13 PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/fgts/breve-historico-do-fgts>> Acesso em: 01 de dezembro de 2017
- 14 SUNDFELD, Carlos Ari e DE SOUZA, Roberto Pagani. As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, n. 243

ANEXO A – Acórdão RO 0020057-23.2017.5.04.0029. Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.

Ementa

CARGO EM COMISSÃO. CONTRATAÇÃO PELO REGIME CELETISTA. VERBAS RESCISÓRIAS. A pessoa jurídica de direito público que contrata sob regime celetista nivela-se ao empregador particular, sujeitando-se aos direitos e obrigações trabalhistas decorrentes e destituindo-se das prerrogativa inerentes à Administração Pública, sendo devido o pagamento de todas as verbas rescisórias quando da ruptura do vínculo de emprego estabelecido com empregado público, ainda que ocupante de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(...)

Fundamentação

Recurso ordinário da reclamante

Verbas rescisórias. Multa de 40% do FGTS e aviso prévio. Alega a reclamante que o fato de ter sido admitida para cargo em comissão demissível *ad nutum* não implica na exclusão de direitos trabalhistas rescisórios, tendo em vista que contratada pelo regime da CLT. Invoca os termos do artigo 7º da Lei Estadual nº 13.712/11, artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, artigo 15, § 2º, da Lei nº 8.036/90, artigo 487, II, da CLT, artigo 5º, II, da Constituição Federal e Súmula 363 do TST. Transcreve jurisprudência a corroborar a tese. Requer seja dado provimento ao recurso para condenar a reclamada ao pagamento de aviso prévio indenizado, saldo de salário, 13º salário proporcional e férias proporcionais acrescidas de 1/3 e os depósitos do FGTS de todo o período com acréscimo da multa de 40%.

Examino.

O juízo de origem indeferiu a pretensão obreira ao fundamento de que "embora os direitos devidos ao trabalhador comum se estendam ao empregado público contratado para o exercício de função de confiança, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, o mesmo não se aplica com relação às verbas decorrentes de dispensa imotivada". A hipótese dos autos insere-se na

excepcionalidade preconizada no artigo 37, II, da Constituição Federal, que dispensa a aprovação em concurso público para o acesso aos cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. É incontroverso nos autos que a reclamante foi contratada para cargo em comissão para o exercício de assessora de nível superior na reclamada (FADERGS), sob regime celetista (IDs c8ee97a e ba39474).

Assim, quanto aos efeitos perpetrados na rescisão contratual, válido trazer à baila os termos da OJ 238 da SDI-1 do TST, *verbis*:

238. MULTA. ART. 477 DA CLT. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICÁVEL (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005

Submete-se à multa do artigo 477 da CLT a pessoa jurídica de direito público que não observa o prazo para pagamento das verbas rescisórias, pois nivela-se a qualquer particular, em direitos e obrigações, despojando-se do "*jus imperii*" ao celebrar um contrato de emprego.

O excerto jurisprudencial transcrito revela similaridade quanto à *ratio decidendi* da hipótese dos autos, porquanto a pessoa jurídica de direito público que contrata sob regime celetista nivela-se ao empregador particular, sujeitando-se aos direitos e obrigações trabalhistas decorrentes e destituindo-se das prerrogativa inerentes à Administração Pública.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Turma em hipótese similar a destes autos: TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020443-14.2016.5.04.0021 RO, em 07/04/2017, Des. Relator Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Assim, é devido à reclamante o pagamento de aviso prévio proporcional, saldo de salário, indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, 13º salário proporcional e férias proporcionais acrescidas de 1/3.

Não carece de reforma a sentença quanto aos depósitos do FGTS, porquanto, consoante bem pontuado na decisão de origem, a ré trouxe aos autos extrato comprovando os recolhimentos do fundo (ID 391b1f7), não tendo a autora apontado eventuais diferenças que entende devidas.

Dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante.

(...)

TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL

Relatora

(...)

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, dar provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de aviso prévio proporcional, saldo de salário, indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, 13º salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de 1/3 e honorários advocatícios de 15% sobre o valor bruto da condenação, vencido o Exmo. Juiz Carlos Henrique Selbach quanto aos honorários advocatícios. Autorizam-se os descontos previdenciários e fiscais cabíveis, conforme legislação vigente na época da liquidação de sentença. Critérios de juros e correção monetária relegados à fase de liquidação. Custas de R\$300,00 (trezentos reais), calculadas sobre o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), ora fixado à condenação, pela reclamada, dispensados do seu recolhimento, em face de isenção legal.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL (RELATORA)

JUIZ CONVOCADO CARLOS HENRIQUE SELBACH

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO

ANEXO B- Acórdão RO 0010621-02.2017.5.03.0180 - Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.

Ementa

EMPREGADO PÚBLICO - CARGO EM COMISSÃO- VERBAS RESCISÓRIAS - COMPATIBILIDADE. Ocupante de cargo em comissão nas entidades públicas que adotam o regime celetista para reger seus contratos fazem jus ao pagamento do aviso prévio e multa de 40% do FGTS. Tanto o ocupante de cargo em comissão da Administração pública quanto o empregado de uma empresa privada podem ser livremente dispensados por seus empregadores, não havendo justificativa plausível para se estabelecer diferenças entre a autora e qualquer empregado regido pelo regime celetista.

(...)

Aviso prévio e multa de 40% do FGTS – Cargo em comissão

Insurge-se a autora em face da r. sentença que indeferiu o pagamento do aviso prévio e da multa de 40% do FGTS. Aduz que o fato de ter sido admitida em cargo em comissão não afasta a aplicação da legislação celetista, motivo pelo qual são devidas as verbas rescisórias da dispensa imotivada.

Analiso.

O d. Juízo primevo entendeu que, tendo a reclamante sido contratada para exercer cargo em comissão com a possibilidade de exoneração *ad nutum*, devido a precariedade do cargo, ficaria afastado o pagamento das verbas decorrentes da dispensa imotivada. Ressalte-se ser incontroverso o fato de a reclamante ter exercido cargo em comissão (de livre nomeação e exoneração) no ente público reclamado, com o devido registro em sua Carteira de Trabalho, conforme se extrai do ID f9f6c43 - Pág. 3.

Deste modo, considerando que a reclamada se submete ao regime celetista, tendo contratado a reclamada para exercer cargo em comissão, cujo termo final não é pré-estabelecido, o

entendimento desta d. Turma, vencida a relatora, é de que são devidas à autora aquelas parcelas típicas da dispensa imotivada.

O regime jurídico escolhido para reger os contratos da reclamada foi o celetista, conforme se depreende do art. 10 da L.2.273/74 que autorizou a criação da PRODABEL (Id 1b5fd08 - Pág. 3). O fato de a reclamante ter ingressado no emprego para exercer cargo em comissão não descaracteriza o vínculo celetista.

A possibilidade de livre exoneração daqueles que ocupam cargo em comissão, nos termos do art. 37, II, da CF, não afasta, por si só o direito às verbas previstas da CLT quando da ocorrência de dispensa imotivada. Tanto o ocupante de cargo em comissão da Administração Pública quanto o empregado de uma empresa privada podem ser livremente dispensados por seus empregadores. Na medida em que o contrato entre reclamante e reclamada é regido pela CLT, não há justificativa plausível para se estabelecer diferenças entre a autora e qualquer empregado regido pelo regime celetista, de modo que as verbas rescisórias são devidas a ambos, sem distinção.

Neste sentido, já decidiu o C. TST:

RECURSO DE REVISTA. MUNICÍPIO. CARGO EM COMISSÃO. DISPENSA *AD NUTUM*. AVISO PRÉVIO E FGTS. A Administração Pública dispõe da opção de contratar por dois regimes: administrativo ou celetista. Uma vez escolhido o regime celetista, como na hipótese em exame, a Administração deve ser equiparada ao empregador privado. O artigo 37, II, da Constituição Federal não autoriza o empregador público (Município) a se esquivar da legislação trabalhista a que se vinculou no momento da contratação. O fato de o empregado ser ocupante do cargo em comissão demissível *ad nutum* significa apenas maior mobilidade no preenchimento por pessoas de confiança do administrador, não significando, no entanto, que não faça jus a qualquer direito. No caso, faz jus o autor ao aviso-prévio indenizado com a projeção nas férias proporcionais e à multa de 40% do FGTS. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 7º, III, da Constituição Federal e divergência jurisprudencial e provido. (RR -

69700-96.2009.5.15.0069 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 18/03/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015).

RECURSO DE REVISTA. CARGO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. ART. 37, II, DA CF. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DO FGTS E VERBAS RESCISÓRIAS. Em conformidade com a jurisprudência que se firmou nesta dt. 3ª Turma, a partir de precedente lavrado pelo Ministro Alberto Bresciani de Fontan Pereira (RR-2031-51.2010.5.15.0017, julgado na sessão do dia 04.12.2013), a contratação de servidor para cargo em comissão, em entidades públicas sob regime jurídico celetista, enquadra a dinâmica do contrato e de sua ruptura por ato do empregador público no modelo celetista padrão, com direito a depósitos de FGTS com 40%, aviso prévio e demais verbas rescisórias. Recurso de revista não conhecido. (RR-1751-80.2011.5.15.0038, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014).

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO PELA CLT. CARGO EM COMISSÃO. AVISO PRÉVIO E FGTS. CABIMENTO. 1. Não há empecilhos de ordem constitucional ou legal para que os municípios contratem sob o regime da CLT, desde que o façam como seu regime jurídico único (o que significa não manter, o ente, quadro regido pela CLT e quadro institucional, simultaneamente). 2. É já antiga a compreensão de que a Administração Pública, ao contratar pelo regime da CLT, está equiparada ao empregador da iniciativa privada, quanto às normas ordinárias, com o acréscimo das travas de alçada constitucional. 3. Quando a Constituição Federal, no art. 37, inciso II, alude a "cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração", para dispensar o prévio concurso, para provimento, e a ausência dos procedimentos legais, para o afastamento do servidor, está, em verdade, no que se cogita de empregados públicos ocupantes de empregos de provimento em confiança ou em comissão, a renegar qualquer estabilidade e a afastar a necessidade de motivação para a rescisão contratual: garante a dispensa imotivada. A

dispensa imotivada do empregado público é disciplinada pelos mesmos preceitos que a orientam em campo privado. Sim, porque as normas pertinentes (a Lei nº 8.036/90, para o caso em foco) não oferecem a possibilidade de sua meia aplicação. 4. A franquia de que disporá o Poder Público, no caso, será a dispensa imotivada, aqui contraposta à impossibilidade de dispensa imotivada dos empregados públicos que detenham empregos de provimento efetivo. 5. Frisando-se a necessidade de se ter em mente que cargo público não é sinônimo de emprego público, será impossível, com todas as vênias, sufragar a compreensão de que a pessoa jurídica de direito público possa contratar pela CLT mesmo que para emprego de provimento em confiança e, tendo atendido a todos os ditames próprios, venha a furtar-se do recolhimento do FGTS e da respectiva indenização de 40%, bem como do pagamento das parcelas rescisórias, na medida em que o princípio da legalidade, neste universo, exigirá o integral cumprimento do ordenamento trabalhista. Recurso de revista não conhecido. (RR-2031-51.2010.5.15.0017, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 04/12/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013).

RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. TRABALHO AOS DOMINGOS. ÔNUS DA PROVA. 2. CARGO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. ART. 37, II, DA CF. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DO FGTS E VERBAS RESCISÓRIAS. Em conformidade com a jurisprudência que se firmou nesta dt. 3ª Turma, a partir de precedente lavrado pelo Ministro Alberto Bresciani de Fontan Pereira (RR-2031-51.2010.5.15.0017, julgado na sessão do dia 04.12.2013), a contratação de servidor para cargo em comissão, em entidades públicas sob regime jurídico celetista, enquadra a dinâmica do contrato e de sua ruptura por ato do empregador público no modelo celetista padrão, com direito a depósitos de FGTS com 40%, aviso prévio e demais verbas rescisórias. Recurso de revista não conhecido. (RR-2027-87.2010.5.15.0122, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 12/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014).

Ressalte-se ainda que o referido posicionamento já foi adotado por esta 1ª turma em outros julgamentos, citando-se a título de exemplo o processo de número 0010324-39.2016.5.03.0015 (RO) cujo Relator foi o Exmo. Des. Luiz Otávio Linhares Renault.

Desse modo, dou provimento ao recurso da autora, para condenar a reclamada ao pagamento do aviso prévio, bem como da multa de 40% do FGTS, como se apurar em liquidação.

(...)

Conclusão

A d. 1ª Turma conheceu do recurso ordinário e, no mérito, deu-lhe parcial provimento para condenar a reclamada ao pagamento do aviso prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, como se apurar em liquidação.

Acresceu à condenação o valor de R\$40.000,00, com custas de R\$800,00, a cargo da reclamada, que, com a publicação deste acórdão fica intimada ao recolhimento, para os fins da Súmula 25/TST.

Acórdão

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Primeira Turma, hoje realizada, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário; no mérito, por maioria de votos, deu-lhe provimento parcial para condenar a reclamada ao pagamento do aviso prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, como se apurar em liquidação, vencida parcialmente a Exma. Juíza Relatora. Acresceu à condenação o valor de R\$40.000,00 (quarenta mil reais), com custas de R\$800,00 (oitocentos reais), a cargo da reclamada, que, com a publicação deste acórdão fica intimada ao recolhimento, para os fins da Súmula 25/TST.

(...)

Belo Horizonte, 24 de julho de 2017.

Assinatura

JUIZA ANGELA CASTILHO ROGEDO RIBEIRO

Relatora

ANEXO C – Acórdão RO 0000215-68.2010.5.01.0067 - Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.

Ementa

CARGO DE CONFIANÇA. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. DISPENSA *AD NUTUM*. VERBAS RESCISÓRIAS INDEVIDAS. O empregado ocupante de cargo em comissão admitido sem concurso público e sujeito à dispensa *ad nutum* não tem direito ao pagamento das verbas rescisórias advindas da relação trabalhista com a Administração Pública, sendo-lhe devidos apenas os depósitos do FGTS.

(...)

Mérito

Dispensa ilícita

Cuida-se de reclamação trabalhista proposta em face de empresa pública, na qual o reclamante alega ter sido despedido de forma imotivada em 13.03.2008, mediante processo punitivo simulado e nulo de pleno direito. Assim, pretende a declaração de nulidade da sua dispensa, com a respectiva reintegração ao cargo anteriormente ocupado, ou, de maneira sucessiva, pede as verbas indenizatórias decorrentes do desligamento, bem como horas extras e danos morais.

Conforme documentos de folhas 23 e 29, e à luz dos depoimentos de fls. 206/209, o recorrente exercia função de confiança na empresa reclamada, tendo sido convidado e nomeado para trabalhar como assessor do Superintendente Regional da INFRAERO na área comercial. Não houve admissão por meio de concurso público e não havia controle do horário do trabalho por ele realizado, uma vez que este variava conforme a jornada do superintendente.

Portanto, resta incontroverso que o demandante foi contratado para exercer cargo de confiança declarado em lei de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal, motivo pelo qual não é necessário que sua dispensa seja motivada. Isso porque a exoneração dos cargos em comissão fica submetida aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, de modo que não se verifica ilegalidade aqui.

Cumprе ressaltar que, em se tratando de dispensa de cargo em comissão, constitucionalmente declarado de livre nomeação e exoneração, não há que se falar em reintegração, forma de provimento derivada cabível nos casos em que a demissão ilegal de servidor estável é anulada por decisão judicial ou administrativa.

Se se admite a figura do “cargo em comissão” no direito do trabalho, o instituto da exoneração vem junto.

No que se refere às parcelas decorrentes da dispensa imotivada, o empregado ocupante de cargo em comissão, admitido sem concurso público, e sujeito à dispensa *ad nutum*, não tem direito ao pagamento das verbas rescisórias advindas de uma suposta dispensa imotivada, sendo-lhe devidos apenas os depósitos do FGTS. Esse entendimento foi pacificado pela SBDI-I do TST ao julgar o E-ED-RR-300-42.2013.5.12.0035 (vide Informativo nº 136).

Consigne-se, por fim, que a exoneração se deu em 12/3/08 (folha 172), não havendo que se falar em término da relação em 13/3/08, por falta de prova de labor nesse dia.

Nego provimento.

(...)

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento. ACORDAM os desembargadores que compõem a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 31 de maio de 2017.

RILDO ALBUQUERQUE MOUSINHO DE BRITO

Desembargador do Trabalho

Relator

ANEXO D – Acórdão RO 0001073-46.2016.5.06.0004 - Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. CARGO EM COMISSÃO. O exercício de cargo em comissão não induz à percepção de verbas rescisórias e indenizatórias. Trata-se de contratação a título precário, sem qualquer garantia, já que o cargo é de livre nomeação e exoneração, nos termos preceituados no art. 37, II, da CRFB/88, valendo dizer que a relação, entre o trabalhador que exerce cargo em comissão, é de cunho administrativo. Não se atrai a incidência plena da legislação trabalhista, isto é, a relação não gera vínculo de emprego, mas, mero vínculo administrativo, sendo indevidas as verbas nitidamente rescisórias, quando da quebra da relação, bem como a multa previstas no art. 477 da CLT. Recurso a que se nega provimento.

(...)

Do mérito

Da rescisão contratual e as parcelas decorrentes

Pretende o reclamante a reforma da sentença de ID54f00f3, que julgou improcedente o pleito de condenação da reclamada ao pagamento do aviso prévio, da multa dos 40% e da multa do art. 477 da CLT. Argumenta que "o Recorrido é uma empresa pública e que, por isso, a denominação "função de confiança", adotada no contato de trabalho firmado entre as partes (ID. - 6ee7d9e) não pode ser equiparada ao um "cargo em comissão", já que esta nomenclatura somente deve ser utilizada para pessoas jurídicas de direito público (administração direta e autarquias)". Defende, ainda, que "o contrato de trabalho firmado entre as partes não pode ser considerado por tempo determinado, pois seu término depende de evento incerto e futuro, não possuindo prazo determinado para o seu término, eis que seu termo final seria o "término do mandato do Presidente Luciano Galvão Coutinho, a quem está subordinado, ou, a qualquer tempo mediante comunicação de aviso previsto no art. 487 da CLT", razão pela qual entende que faz jus aos mesmos direitos trabalhistas dos empregados em geral, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CF/1988.

Contrariando os argumentos recursais assim defendeu a demandada: "ao contrário dos argumentos desprovidos de fundamento lançados na peça recursal, imperioso aduzir que o recorrente foi efetivamente contratado para o exercício de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, nos exatos termos do artigo 37, II da CRFB de 1988. Assim, as disposições recursais no sentido do exercício de cargo em comissão estaria afeto apenas à administração pública direta, carecem de respaldo legal, até porque o caput do artigo 37 da Carta Magna vigente é expresso em permitir esta modalidade de contratação também à administração pública indireta".

Sem razão.

Conforme o teor da exordial e defesa, restou incontroverso nos autos que o reclamante celebrou um contrato por prazo determinado para exercício de um cargo em comissão, independente da nomenclatura utilizada na rescisão, aqui se analisa a circunstância fática do caso.

Consoante o teor do contrato de id. 3808124, o empregado estava ciente da provisoriedade do mesmo que encontrava limite quando do término do mandato do Presidente Luciano Galvão Coutinho, mediante prévia comunicação, caso fosse antecipada a sua rescisão.

O que se observa nos autos é que o mandato acima mencionado se extinguiu em 01 de junho de 2016, consoante a publicação do Diário Oficial junta aos autos no id 09f53ce, comprovando o marco do final do contrato em análise, razão pela qual foi comunicado, igualmente nesta data, de seu encerramento.

Registrando-se, ainda, que o demandado estava amparado pelo acordo coletivo anexado no ID. 3429b8e, para esta contratação, que o reclamante foi contratado para cargo de chefia, mediante sua qualificação técnica informada no documento de ID. 6191c30 - Pág. 1, expedidos os documentos formais necessários à espécie.

Friso que, embora a reclamada tenha natureza jurídica de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, possui o quadro de pessoal composto por empregados admitidos sob o regime da CLT, servidores postos à sua disposição por órgãos ou entidades da Administração Pública e ocupantes de cargos em comissão demissíveis *ad nutum*, hipótese dos autos. Com efeito, o ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, admitido sem concurso público, desde o início da prestação dos serviços tem plena ciência da precariedade

do exercício da função pública para a qual foi designado, consubstanciada na possibilidade de a qualquer momento ser dispensado "*ad nutum*", com arrimo no art. 37, II, da CF/1988.

Dessa forma, tendo em vista que o provimento de cargos em comissão pode ser realizado livremente pela Administração Pública sem a exigência de prévia aprovação em concurso público, a destituição de seus ocupantes não lhes confere o direito de receber as verbas rescisórias oriundas da ruptura sem justa causa de contrato de trabalho por tempo indeterminado (aviso prévio, multa de 40% do FGTS e multa do art. 477 da CLT, etc.), por revelarem-se incompatíveis com a natureza transitória do cargo em comissão.

Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência do Colendo TST, conforme se observa das ementas a seguir transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO *AD NUTUM*. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME DA CLT. MULTA DE 40% DO FGTS. AVISO PRÉVIO. Incontroverso nos autos que o reclamante foi contratado para exercer cargo em comissão, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal. Assim, sendo o cargo demissível *ad nutum*, cujos critérios de conveniência e oportunidade para manutenção da relação jurídica serão avaliados pelo administrador público, que prescinde de motivação, patente a natureza precária da relação havida entre as partes. Dessa forma, não há como exigir o pagamento de aviso prévio e da multa de 40% do FGTS. Precedentes. Agravo de instrumento não provido." (Processo: AIRR - 156-11.2013.5.15.0124 Data de Julgamento: 16/12/2015, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015) (Grifos Acrescidos)

"RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. 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 é devida a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 1356-18.2011.5.15.0126 Data de Julgamento: 29/04/2015, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015) (Grifos Acrescidos)

"RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO *AD NUTUM*. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME DA CLT.

INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS INDEVIDA. Sendo incontroverso nos autos que o reclamante foi contratado para exercer cargo em comissão, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal, e sendo o cargo, portanto, demissível *ad nutum*, cujos critérios de conveniência e oportunidade para manutenção da relação jurídica serão avaliados pelo administrador público, é patente a natureza precária da relação havida entre as partes. Dessa forma, não há como exigir o pagamento referente à indenização de 40% do FGTS. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 477-67.2013.5.04.0022 Data de Julgamento: 08/04/2015, Relator Desembargador Convocado: Gilmar Cavalieri, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015) (Grifos Acrescidos)

"RECURSO DE REVISTA. MUNICÍPIO. CARGO EM COMISSÃO. OCUPANTE DEMISSÍVEL *AD NUTUM*. DEPÓSITO DE FGTS INDEVIDO. O cargo em comissão previsto no artigo 37, II, parte final, da Constituição Federal, por ser de livre nomeação e exoneração, prescinde de concurso público e possibilita a demissão *ad nutum*. Assim, para esse tipo de contratação, não são aplicáveis as regras da CLT, de natureza administrativa, com contratação a título transitório e precário, conforme precedentes desta Corte. Indevidos, pois, os depósitos do FGTS. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento." (Processo: RR - 662-29.2013.5.15.0110 Data de Julgamento: 11/02/2015, Relatora Ministra:

Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)
(Grifos Acrescidos)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CARGO EM COMISSÃO. MUNICÍPIO. EXONERAÇÃO *AD NUTUM*. VERBAS RESCISÓRIAS E SEGURO-DESEMPREGO. PAGAMENTO INDEVIDO. A decisão Regional não ofende o disposto no art. 3º da Lei nº 7.998/90, porquanto a reclamante não foi dispensada sem justa causa, mas desligada em razão da própria precariedade de que se revestem os cargos em comissão na Administração Pública, a teor da parte final do art. 37, II, da CF/88. Desse modo, indevido o pagamento de verbas típicas da rescisão imotivada, tampouco em fornecimento das guias alusivas ao seguro-desemprego. Agravo de instrumento conhecido e não provido." (Processo: AIRR - 142-73.2013.5.15.0141 Data de Julgamento: 10/12/2014, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014)
(Grifos Acrescidos)

"RECURSO DE REVISTA. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. VERBAS RESCISÓRIAS - FGTS. MULTA DO ART. 477 DA CLT. FORNECIMENTO DA GUIA DO SEGURO DESEMPREGO. A nomeação de servidor para ocupar cargo em comissão não gera relação de emprego entre as partes, e sim vínculo de índole administrativa, com possibilidade de dispensa *ad nutum*. Logo, estando a dispensa do reclamante amparada no disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, não faz jus ao pagamento dos depósitos do FGTS sendo indevida, portanto, a multa do art. 477 da CLT e o fornecimento das guias para recebimento do seguro desemprego. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 762-16.2011.5.15.0122 Data de Julgamento: 24/09/2014, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014)"

Transcrevo, outrossim, os seguintes arestos deste Regional:

EMENTA: CARGO EM COMISSÃO. VERBAS RESCISÓRIAS. Em razão da precariedade de que se revestem os cargos em comissão na

Administração Pública, de livre nomeação e exoneração (artigo 37, inciso II, da Magna Carta), mostra-se indevido, no desligamento, o pagamento de verbas típicas da rescisão imotivada, como a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS e indenização substitutiva do seguro-desemprego. (Processo: RO - 0000796-92.2014.5.06.0006, Redator: Ivanildo da Cunha Andrade, Data de julgamento: 13/07/2016, Segunda Turma, Data da assinatura: 14/07/2016)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. CARGO

EM COMISSÃO. O exercício de cargo em comissão não induz à percepção de verbas rescisórias e indenizatórias. Trata-se de contratação a título precário, sem qualquer garantia, já que o cargo é de livre nomeação e exoneração, nos termos preceituados no art. 37, II, da CRFB/88, valendo dizer que a relação, entre o trabalhador que exerce cargo em comissão, é de cunho administrativo. Não se atrai a incidência plena da legislação trabalhista, isto é, a relação não gera vínculo de emprego, mas, mero vínculo administrativo, sendo indevidas as verbas nitidamente rescisórias, quando da quebra da relação, bem como as multas previstas nos arts. 467 e 477 da CLT. Apelo patronal, parcialmente, provido; e apelo adesivo obreiro improvido. (Processo: RO - 0000385-13.2014.5.06.0018, Redator: Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino, Data de julgamento: 21/09/2015, Terceira Turma, Data da assinatura: 22/09/2015)

Quanto à multa do art. 477 da CLT, especificamente, sequer se autoriza a aplicação da penalidade pecuniária, em apreço, por analogia, pois, em se tratando de sanção/penalidade, deve ser interpretada restritivamente, segundo princípio de hermenêutica. Sobre a questão, o entendimento cristalizado do TST:

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. MULTA PREVISTA NO ART. 477 , § 8º , DA CLT. 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 é devida a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. Processo: (RR) 13561820115150126. 1ª Turma. Ministro Relator: Waldir Oliveira da Costa. Data de publicação: 04/05/2015).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

(...)

ACORDAM os Srs. Desembargadores da 4ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em tudo mantida a unanimidade, preliminarmente, não conhecer do recurso quanto ao benefício da justiça gratuita, por ausência de interesse jurídico processual; e, no mérito, negar provimento ao recurso.

ANEXO E- Acórdão E-RR 0000300-42.2013.5.12.0035 - Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.

Ementa

RECURSO DE EMBARGOS. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA. NATUREZA JURÍDICA DE AUTARQUIA ESPECIAL. EMPREGADO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO REGIDO PELA CLT. EXONERAÇÃO. PARCELAS RESCISÓRIAS. MULTA DE 40% DO FGTS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. LIMITAÇÃO AO PAGAMENTO DO FGTS. A SBDI-1 desta Corte, em precedente da lavra do Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho (E-RR - 72000-66.2009.5.15.0025, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015), firmou o entendimento de que o empregado público, nomeado para ocupar cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, sob o regime celetista, tem direito aos depósitos do FGTS, haja vista não se tratar de servidor público civil sujeito a regime próprio, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.036/90. In casu, não há pretensão aos depósitos do FGTS, mas à multa de 40% do FGTS e parcelas rescisórias, o que não é devido. Recurso de embargos conhecido e provido.

(...)

MÉRITO

A questão controvertida refere-se às parcelas devidas ao empregado ocupante de cargo público em comissão, regido pela CLT, quando de sua exoneração.

In casu, extrai-se da decisão da c. Turma que o autor foi nomeado para ocupar cargo em comissão perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA de Santa Catarina.

Não se discute, no caso concreto, a natureza jurídica do reclamado, que segundo o entendimento firmado por esta Corte, com fundamento em precedente do e. STF, é de autarquia em regime especial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA. 1. O Excelso STF, ao apreciar a ADI nº 1717-6/DF e declarar a inconstitucionalidade do "caput" e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do

art. 58 da Lei 9.649/98, reafirmou a natureza jurídica autárquica dos conselhos de fiscalização profissional. 2. A Eg. SBDI-1 do TST, com alicerce no mencionado julgamento, pacificou entendimento no sentido de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias em regime especial, sendo-lhes aplicáveis os privilégios previstos no Decreto-Lei nº 779/69. 3. Nesta esteira, os conselhos de fiscalização profissional estão dispensados do recolhimento de custas e de depósito recursal. Agravo de instrumento conhecido e provido. (...) (RO - 10786-12.2014.5.03.0000 Data de Julgamento: 28/04/2015, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015) Agravo regimental no recurso extraordinário. Conselhos de fiscalização profissional. Natureza de autarquia. Servidor. Estabilidade. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquia e aos seus servidores se aplicam os artigos 41 da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, motivo pelo qual não podem ser demitidos sem a prévia instauração de processo administrativo. 2. Agravo regimental não provido. (RE 838648 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 25-05-2015 PUBLIC 26-05-2015)

Nesse contexto, conquanto haja a necessidade de admissão por concurso público, o autor foi admitido para desempenho de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, demissível *ad nutum*, controvertendo as partes acerca das parcelas devidas em função da exoneração do cargo público.

Esta c. Corte em face de precedente tratando do tema, se manifesta no sentido de que o ocupante de cargo em comissão, ainda que contratado sob o regime da CLT, faz jus ao FGTS apenas:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. FGTS. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME JURÍDICO CELETISTA. Controvérsia sobre direito de servidor público de município investido em cargo em comissão submetido ao regime jurídico celetista aos depósitos do FGTS.

Nesta instância recursal não há questionamento acerca da competência da Justiça do Trabalho. Ainda que se trate de cargo em comissão demissível *ad nutum*, característica que marca a ausência de estabilidade no cargo e a possibilidade de haver dispensa sem motivação, não pode o ente público renegar a aplicação da legislação trabalhista a qual se vinculou no momento da nomeação em cargo em comissão. Se na época da nomeação do reclamante o regime jurídico vigente no Município também era o trabalhista, não há empecilho para a condenação no pagamento dos depósitos do FGTS em benefício de servidor que exerceu cargo em comissão. Relator revê entendimento porque forte esta fundamentação. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR - 72000-66.2009.5.15.0025, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 13.3.2015).

Assim, não obstante se tratar de cargo de livre nomeação e exoneração, a liberdade do empregador para nomear e exonerar o trabalhador contratado para exercer cargo de confiança, não autoriza o descumprimento da legislação trabalhista, razão por que devidos os depósitos do FGTS.

O entendimento que prevaleceu na c. SDI é no sentido de que, a possibilidade de dispensa *ad nutum* pela Administração Pública, ainda que se trate de ato discricionário, não afasta o direito do empregado ao FGTS, pois a ausência de estabilidade do ocupante de cargo em comissão, consubstanciada na livre exoneração, não implica na desoneração do ente público contratante em relação à obrigação trabalhista.

In casu, a c. Turma considerou devidas as parcelas rescisórias, em razão do cargo em comissão, sendo elas: aviso prévio, Multa de 40% sobre o FGTS, Seguro Desemprego e Multa do art. 477 da CLT. De fato, a pretensão do autor não é de depósitos do FGTS, mas da multa de 40% propriamente dita, além das demais parcelas rescisórias, tais como seguro desemprego, multa do art. 477 da CLT, e aviso prévio, o que não é devido. Não é caso, portanto, e aplicação do precedente da c. SDI-1.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de embargos para julgar improcedente a pretensão deduzida, restabelecendo o v. acórdão regional, no tópico.

Dispositivo

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para julgar improcedente a pretensão deduzida, restabelecendo o v. acórdão regional, no tópico, vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de Carvalho e Cláudio Mascarenhas Brandão.

Brasília, 12 de Maio de 2016.

ANEXO F – Acórdão ED-E-RR 0000300-42.2013.5.12.0035 - Ementa e fundamentação do tópico de verbas rescisórias.

Ementa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE EMBARGOS. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA. NATUREZA JURÍDICA DE AUTARQUIA ESPECIAL. EMPREGADO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO REGIDO PELA CLT. EXONERAÇÃO. PARCELAS RESCISÓRIAS. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NÃO VERIFICADAS. REJEIÇÃO. Não demonstrados os requisitos a que aludem os arts. 1.022 do CPC/2015 e 897-A da CLT, devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Embargos em Recurso de Revista nº **TST-ED-E-RR-300-42.2013.5.12.0035**, em que é Embargante **LINCOLN DE PAULA** e Embargado(a) **CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DE SANTA CATARINA**. Em face do v. acórdão proferido por esta c SDI-1, opõe embargos de declaração o autor. Ao argumento de contradição, sustenta que embora tenha a decisão embargada sido fundamentada no sentido de que a liberdade do empregador para nomear e exonerar o empregado ocupante de cargo de confiança não autoriza o descumprimento da legislação trabalhista, ainda assim deu provimento ao recurso do reclamado para julgar improcedente a pretensão do autor. Ainda, alega omissão quanto aos arts. 5º, II, e 37, II, da CF, ao argumento de que não foram observadas as disposições da CLT, aplicáveis ao reclamante.

Não houve apresentação de impugnação aos embargos de declaração.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço dos embargos de declaração, na medida em que regular e tempestivamente opostos.

MÉRITO

Não há contradição a ser sanada.

A decisão proferida por esta c. SDI-1 delimitou que o autor foi nomeado para ocupar cargo em comissão perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA de Santa Catarina, de livre nomeação e dispensa, cingindo-se a controvérsia quanto às parcelas rescisórias devidas em função da exoneração do cargo público.

Nesse contexto, o v. acórdão embargado foi expresso ao consignar que muito embora esta c. Corte tenha se manifestado no sentido de que ocupante de cargo em comissão, contratado sob o regime da CLT, em face da possibilidade da dispensa *ad nutum*, faz jus ao FGTS apenas (E-RR-72000-66.2009.5.15.0025), a pretensão do autor não é de depósitos de FGTS, mas sim da multa de 40% propriamente dita, e demais parcelas rescisórias, tais como seguro desemprego, multa do art. 477 da CLT, aviso prévio, o que não é devido.

Assim, não há falar ainda em omissão quanto ao princípio da legalidade, eis que a pretensão deduzida foi julgada improcedente em razão dos limites do pedido do autor, razão por que ilesos os arts. 5º, II, e 37, II, da CF. Sem contradição ou omissão a ser sanada, rejeito os embargos de declaração.

Dispositivo

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração.

Brasília, 1 de Setembro de 2016.