



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA
PGM/CGC - PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo
Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900
Telefone:
Parecer PGM/CGC Nº 2877813

EMENTA Nº 11.709

Empregos público em comissão ou empregos públicos de confiança na Administração Indireta. Livre nomeação e dispensa ad nutum. Reconhecimento da não incidência da multa de 40% sobre o saldo do Fundo de Garantia e desnecessidade de aviso prévio, em razão da natureza do vínculo constituído com a Administração.

INTERESSADO: Administração Indireta

ASSUNTO : Empregos públicos em comissão na Administração Indireta e a incidência de multa de 40% sobre o saldo do FGTS e aviso prévio em caso de dispensa.

Informação nº 534/2017-AJC/CGC/PGM

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO**Senhor Coordenador Geral**

Trata-se de expediente inaugurado a partir de manifestação da gerência jurídica da SP Urbanismo, que defendeu o não pagamento de multa 40% sobre o saldo do FGTS dos empregados em comissão que forem demitidos a partir dessa gestão.

A gerência jurídica da SP Urbanismo sustenta que a característica dos empregos em comissão, que permite a dispensa *ad nutum* do empregado, não se coaduna com a necessidade de pagamento da multa de 40% prevista no artigo 18, § 1º, da Lei 8.036/90.

O bem elaborado parecer colaciona decisões judiciais no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e invoca uma decisão do TJ de São Paulo na apelação nº 00041793120128260624, na qual foi reconhecido o prejuízo ao erário decorrente do pagamento da multa tratada e do aviso prévio a ocupantes de cargo em comissão.

Entendemos, todavia, que esta última decisão não se aplica ao caso em apreço, porque lá o Tribunal de Justiça analisou o vínculo eminentemente administrativo entre o Município e o ocupante do cargo em comissão.

Aqui, tratamos de emprego público em comissão ou emprego público de confiança, na terminologia adotada pela SP Urbanismo.

A diferença é a caracterização mais acentuada do regime celetista no caso que ora tratamos, pois o vínculo se dá com a Administração Indireta, sob o regime do artigo 173 da Constituição Federal.

Ao final, conclui pelo não pagamento da multa de 40% calculado sobre os depósitos do FGTS no curso do contrato de trabalho, já que se trata de empregados demissíveis *ad nutum*, de livre nomeação e demissão, sem necessidade de motivação para tanto, submetendo a questão à decisão da Diretoria Executiva.

O expediente foi encaminhado ao Departamento de Defesa de Capitais e Haveres do Município, na Secretaria da Fazenda Municipal.

A Assessoria Jurídica da Pasta foi consultada e exarou o parecer constante do SEI nº 2198679.

Inicialmente a manifestação discorreu sobre a possibilidade dos empregos em comissão na Administração Indireta. Fixada como premissa a possibilidade de existência válida do emprego público em comissão, que prescinde da realização de concurso público, a Assessoria fixou entendimento no sentido de que a multa seria devida, assim como todas as verbas rescisórias incidentes sobre a rescisão do contrato de trabalho.

Defende que não há como se adotar o regime do artigo 173 somente em parte, aduzindo:

“a empresa estatal deve seguir os mesmos preceitos da empresa privada quanto à dispensa imotivada dos empregados em comissão. Parece-me oportunista, por parte do Poder Público, utilizar-se do disposto no artigo 173 da Constituição para a criação dos empregados em comissão, mas não querer seguir o mesmo dispositivo para o pagamento das verbas rescisórias”.

O entendimento encontra amparo em decisão proferida pela Subseção de Dissídios Individuais 2 do TST (RO 2010914.2014.5.04.0000, de 19/12/2016, rel. Min. Maria Helena Mallmann).

Fundamenta ainda o posicionamento no argumento de que o pagamento da multa do FGTS não equipara a demissão do empregado em comissão ao empregado concursado, uma vez que a jurisprudência tem entendido ser necessário que o ato de demissão seja motivado.

Sustenta, ainda, que o próprio contrato social da SP Urbanismo menciona que seus empregados serão regidos pela legislação trabalhista e quando o empregado aceitou a assumir o emprego em comissão, sabia de antemão que poderia ser demitido a qualquer tempo, mas acreditou que receberia as verbas rescisórias.

Aborda, inclusive, que a análise deve recair também sobre o pagamento do aviso prévio. Neste aspecto, defende também o pagamento, sob o argumento de que o instituto serve aos dois lados da relação de emprego.

A consulta é feita, ao final, nos seguintes termos:

1. A empresa municipal deve pagar a multa pela demissão sem justa causa de empregado em comissão?
2. Caso seja negativa a resposta do primeiro quesito:
 - a. A empresa pública municipal pode aplicar a nova interpretação aos contratos de trabalho celebrados anteriormente à alteração de interpretação e sem previsão expressa no contrato de trabalho celebrado com o empregado?
 - b. É aplicável ao empregado em comissão da empresa municipal o regime do aviso prévio?

As empresas públicas SPDA e SP Securitização manifestaram-se seguindo a orientação da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Fazenda.

É a síntese do necessário. Passemos à análise.

Preliminarmente, vale destacar que a Administração vincula-se, pelo menos até o momento, à premissa de que é possível a existência válida do emprego público em comissão, conforme manifestação da Procuradoria Geral do Município nº 083/2016 PGM-AJC.

A partir da premissa adotada, afasta-se do caso em apreço todos os julgados do TST que consideram nulo o contrato de trabalho e, com isso, afastam a incidência da multa de 40% do FGTS.

Resta-nos, portanto, analisar as duas correntes possíveis, tal como expostas no parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Fazenda, amparadas em decisões conflitantes da SDI – 1 e SBDI – 2 do Tribunal Superior do Trabalho.

A SDI-2 do TST pronunciou-se nos seguintes termos:

“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, mesmo que para emprego de provimento em confiança. 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. Assim, à evidência que a norma constitucional possibilita o exercício de cargo em comissão sem a prévia aprovação em concurso público, não há, sob a ótica dos elementos postos na decisão rescidenda (Súmula 410/TST), como se entender violado o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Recurso ordinário do réu conhecido e provido. (TST RO 2010914.2014.5.04.0000. DEJT 19/12/2016. Rel. Min. Maria Helena Mallmann)”

Um dos argumentos invocados seria a aparente conveniência do Poder Público em utilizar-se do disposto no art. 173 da Constituição para a criação dos empregados em comissão, mas não querer seguir o mesmo dispositivo para o pagamento das verbas rescisórias.

Ocorre que o artigo 173 da Constituição Federal ao equiparar o regime jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ao regime das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, trabalhistas e tributários não as tornou idênticas, visto que permaneceram com algumas peculiaridades que lhe são inerentes à por envolverem recursos públicos. Nesse sentido, a necessidade de realização de concurso público para preenchimento de suas vagas e de licitação para suas contratações.

No âmbito das contratações para aquisição de bens e serviços, exsurge para as empresas públicas e sociedades de economia mista a necessidade de realização de licitações. Ocorre que, ao mesmo tempo em que se aproxima do público, dele se afasta, já que o estatuto dessas mesmas pessoas jurídicas pode dispor de forma diferenciada em relação à regra aplicada à Administração Direta no tocante às licitações.

Inequívoca, pois, a natureza híbrida do regime imposto às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Assim, a Constituição equipara as empresas públicas e sociedades de economia mista às empresas privadas, mas reserva-lhe algumas exigências próprias da natureza pública da pessoa jurídica a fim de garantir a impessoalidade e vantajosidade nas contratações. A respeito, aliás, convém citar a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello^[1], que ensina:

“o próprio Texto Constitucional vigente (como, aliás, já acontecia no anterior) cuida de submeter empresas públicas e sociedades de economia a uma série de disposições que não vigoram para as demais pessoas de Direito Privado (e que nem fariam sentido algum em relação a elas), conforme adiante se verá. Evidencia-se, assim, que o regime jurídico disciplinador destas entidades da Administração indireta é, certamente, peculiar. Aliás, se não apresentasse cunho original em relação às disposições que regem a generalidade das empresas privadas, as sociedades de economia mista e empresas públicas não se constituiriam em realidade jurídica distinta de quaisquer outras pessoas mercantis, confundindo-se, de direito, com as notórias figuras preexistentes”.

Com efeito, não pode causar estranheza a mesma natureza híbrida das empresas públicas e sociedades de economia mista no que tange às obrigações trabalhistas.

Se por um lado o regime único adotado por estas empresas é o celetista, por outro, como é cediço, impõe-se a realização de concurso público para o provimento do emprego público, como regra geral.

Entendemos, outrora, e a interpretação permanece nos dias atuais, até que sobrevenha eventual consolidação jurisprudencial em sentido contrário, que há exceção à regra do concurso público para provimento dos empregos em comissão, à semelhança do que ocorre na Administração Direta. Ora, se na Administração Direta, que adota o regime único estatutário, é admissível a existência de cargos em comissão, que permitem a livre nomeação e exoneração *ad nutum*, não haveria motivo para vedá-los num regime, em tese, mais flexível. Aliás, a defesa que fizemos da possibilidade de livre nomeação de pessoas de confiança para os empregos de chefia, direção e assessoramento, foi diante do que ocorre também na iniciativa privada, em que é constante a troca dos ocupantes dessas funções, à medida que muda o alto comando das empresas.

Resta, portanto, analisar, as razões pelas quais seria possível um tratamento diferenciado dos ocupantes dos empregos em comissão ou empregos de confiança e os ocupantes dos empregos públicos providos mediante concurso, no momento da dispensa sem justa causa.

Entendemos que pode haver diferença sim, pela própria natureza das funções inerentes aos empregos em comissão. É inegável que, em tese, o Administrador deve ter a flexibilidade de poder alterar os ocupantes dos cargos/empregos que lhe prestam a assessoria necessária para a tomada de decisões ou que mesmo deliberam algumas questões no cotidiano da empresa. Justamente por isso defendemos a possibilidade de livre nomeação e, para tanto, deve poder haver a dispensa do funcionário *ad nutum*.

Os pareceres que defendem o pagamento da multa de 40% do FGTS no caso de dispensa injustificada do funcionário, pretendem dissociar a dispensa *ad nutum* do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Ocorre que, analisando por esse ângulo, todos os empregados podem ser dispensados *ad nutum*, basta que se pague a multa. Evidente que não foi essa a intenção do legislador ao criar a multa de 40% sobre o saldo do FGTS. Ao contrário, a multa se presta a inibir a conduta de dispensa do funcionário sem justa causa. Fazendo-o, o administrador/empregador responde pela multa como penalidade ou compensação ao empregado pela inexistência da justa causa.

Não se coaduna a natureza de livre dispensa do funcionário com o pagamento da multa.

Vozes poderiam se levantar para dizer que na iniciativa privada os mesmos cargos podem ser substituídos pagando-se os direitos trabalhistas, como argumento para o pagamento da multa prevista sobre o saldo do FGTS pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, por se tratarem de pessoas jurídicas que devem observar princípios da Administração Pública, os cargos que não são preenchidos através de concurso público, podem ser dispensados sem justa causa, *ad nutum*, a exemplo do que ocorre na Administração Direta, dada a característica híbrida do seu regime das empresas que tratamos.

Assim, comungamos do entendimento esposado na decisão da SBDI – 1, que preconiza:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. CARGO EM COMISSÃO. REGIME CELETISTA. VERBAS RESCISÓRIAS. PAGAMENTO. AVISO PRÉVIO. MULTA DE 40% SOBRE O FGTS. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 477, §8º, DA CLT. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Ainda que contratados sob o regime celetista, os ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração, providos na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal, não possuem garantias de permanência nem estão assistidos pela legislação trabalhista, de modo que não fazem jus ao pagamento de verbas rescisórias por ocasião da exoneração *ad nutum*. Dessarte, não há falar em direito às multas de 40% do FGTS e do artigo 477, § 8º, da CLT, bem como ao aviso prévio. Precedentes desta egrégia SDI-1. 2. Considerando, pois, que o v. acórdão turmário está em conformidade com a

atual e iterativa jurisprudência desta colenda Corte Superior, o conhecimento do recurso de embargos encontra óbice no artigo 894, § 2º, da CLT. 3. Recurso de embargos de que não se conhece. (TST EEDRR 14183.2014.5.03.0013. DEJT 09/12/2016. Rel. Min. Jane Granzoto Torres da Silva).

A decisão foi no mesmo sentido da proferida no RR 180900-03.2009.5.15.0007 – do mesmo órgão julgador - SBDI-1, em 17/08/2012, de relatoria do Min. Renato de Lacerda Paiva:

“RECURSO DE EMBARGOS. CARGO EM COMISSÃO – DISPENSA AD NUTUM – INEXISTÊNCIA DE DIREITO À MULTA DE 40% SOBRE O FGTS E O AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A natureza da contratação para cargos em comissão – seja para órgão adotante do regime celetista ou estatutário – é administrativa, dada sua precariedade, não havendo que se falar em qualquer estabilidade ou compensação decorrente de eventual exoneração, tampouco de direito à percepção de aviso prévio indenizado, já que a própria Constituição Federal assegura a dispensa ad nutum pela Administração Pública, vez que se trata de ato discricionário, subordinado apenas aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador. Recurso de embargos conhecido e desprovido”.

Note-se o fundamento da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do AIRR 1888-67.2014.5.02.0087, de relatoria do Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, em 19/04/2017:

“A natureza da contratação para cargos em comissão – seja para órgão adotante do regime celetista ou estatutário – é administrativa, para ocupar cargo em comissão não gera relação de emprego entre as partes por prazo indeterminado, mas sim vínculo administrativo à título precário, com possibilidade de dispensa ad nutum. A dispensa está amparada no artigo 37, II, da Carta Magna, vez que se trata de ato discricionário, subordinado apenas aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador”.

A decisão invoca julgado da 4ª Turma, em que o aviso prévio e a multa de 40% do FGTS são afastados em cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração (AIRR 16728820105150086 1672-88.2010.5.15.0086, rel. Maria de Assis Calsing, j. 05/06/2013).

Por fim, vale destacar também o posicionamento da 6ª Turma do TST no julgamento do AIRR-796-92.2014.5.06.0006, de relatoria da Min. Kátia Magalhães Arruda, em 05/04/2017:

“CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME JURÍDICO CELETISTA. MULTA DE 40%. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DO SEGURO DESEMPREGO.

1. A decisão do Tribunal Regional está em conformidade com a jurisprudência do TST segundo a qual o desligamento de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração não gera direito ao pagamento de verbas rescisórias e à multa de 40% do FGTS. Não há, pois, como reconhecer a alegada violação da lei e da Constituição Federal.”

Considerando tratar-se de tema perturbador, dada a polêmica ainda existente, trazemos a conhecimento a decisão do TCU, de 27/10/2015, no TC 000.572/2011-0, na prestação de contas extraordinária da Companhia de Desenvolvimento de Barcarena - MMA:

“RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES COM IMPUTAÇÃO DE DÉBITO E MULTA. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS TRABALHISTAS A EMPREGADOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE RAZÕES SUFICIENTES PARA ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO IMPROVIDO”.

Na fundamentação da decisão é colocada exatamente a questão debatida no presente caso. Note-se:

“A despeito do alerta do Ministério do Planejamento informando que os cargos ocupados pela equipe contratada para a liquidação possuíam natureza jurídica de cargos comissionados e, que deste modo, eram demissíveis a qualquer tempo, quando do encerramento da liquidação, o recorrente, na condição de liquidante, determinou a apuração e o pagamento de verbas rescisórias consubstanciadas no aviso prévio indenizado e multa de 40% sobre o FGTS para toda a equipe, inclusive para ele próprio.

Ocorre que tais verbas, de acordo com o art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, são devidas somente no caso de despedida sem justa causa, hipótese esta bem distinta da do desligamento dos ocupantes de cargos comissionados por ocasião da implementação do termo que ensejou as suas contratações, apresentando-se manifestamente incabível o pagamento determinado pelo ora recorrente.

(...)

No tocante ao precedente do Tribunal Superior do Trabalho invocado pelo recorrente para dar respaldo ao pagamento realizado, cumpre asseverar que a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista prevalecente à época do pagamento era no sentido diametralmente oposto ao do preconizado por ele, verbis:

“O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é no sentido de que o ocupante de cargo em comissão, mesmo contratado sob o regime da CLT, não tem direito ao pagamento dos valores relativos à multa de 40% sobre o FGTS e ao aviso-prévio indenizado, porquanto se trata de contratação a título precário, sem nenhuma garantia, sendo o cargo de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal. (cf. TST, 8ª Turma, RR – 89300-39.2009.5.10.0103)” (grifos nossos)

O ato, ao final, foi considerado ilegítimo, sendo determinado o ressarcimento do valor pago irregularmente.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo também já se deparou com consulta semelhante e ementou parecer nos seguintes termos:

“SERVIDOR PÚBLICO. Empregado público. Empregado em comissão de pessoa jurídica de direito público. Livre dispensa. Poder discricionário da Administração. Transitoriedade do vínculo. Inexistência de arbitrariedade. Consecução de uma finalidade pública. Descabimento do pagamento do acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e da concessão de aviso-prévio. Jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho.

São indevidos o pagamento do acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a concessão do aviso-prévio, trabalhado ou indenizado, ao empregado público em comissão livremente dispensado”.

Dentre os fundamentos do parecer, destaca-se a natureza do cargo, a característica inerente do emprego em comissão. Assim, *“os empregos em comissão evidencia dois traços importantíssimos dos vínculos profissionais que se formam entre esses empregados e a Administração. O primeiro, de ordem jurídico-administrativa, é a subordinação da continuidade da relação de trabalho a um poder discricionário da Administração, à qual cabe certa margem de*

subjetividade na validação do pressuposto fático para o desligamento imotivado do servidor contratado; o segundo, de ordem jurídico-trabalhista, é precisamente a inexistência do direito do servidor dispensado a qualquer tipo de indenização ou compensação pela extinção do contrato de trabalho”.

Ademais, “à possibilidade, no regime jurídico administrativo, de livre desligamento do empregado em comissão corresponde, no regime trabalhista, a inoperância do mecanismo de incentivo à manutenção da relação de emprego representado pelo acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (artigo 18, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.036, de 11 de maio de 1990).”.

Diante disso, passamos a responder aos quesitos:

1. A empresa municipal deve pagar a multa pela demissão sem justa causa de empregado em comissão?

Embora reconheçamos a existência de posicionamento diverso, que respeitamos, considerando a jurisprudência do TST, precedente do TCU, recomenda-se o não pagamento da multa de 40% do saldo do FGTS por dispensa sem justa causa do empregado em comissão.

2. Caso seja negativa a resposta do primeiro quesito:

a. A empresa pública municipal pode aplicar a nova interpretação aos contratos de trabalho celebrados anteriormente à alteração de interpretação e sem previsão expressa no contrato de trabalho celebrado com o empregado?

Consideramos que a orientação deve ser aplicada para as dispensas operacionalizadas a partir da adoção deste entendimento, independentemente da data da formalização do contrato. Isso porque o servidor que ocupa o emprego em comissão tem conhecimento da precariedade do seu vínculo, formado sem a realização de concurso e passível de dispensa *ad nutum*.

b. É aplicável ao empregado em comissão da empresa municipal o regime do aviso prévio?

Os motivos que conduzem à conclusão pelo não pagamento da multa do FGTS também levam ao não pagamento do aviso prévio para os casos de dispensa de empregado em comissão.

Mais uma vez, merece destaque que a precariedade do vínculo não permite o pagamento de indenização pela dispensa ou a exigência de cumprimento de aviso prévio de servidor que não conta mais com a confiança inerente do emprego que ocupa.

Submetemos, portanto, o presente à análise da Superior Administração que melhor deliberará a respeito.

São Paulo, 02 de maio de 2017.

TATIANA BATISTA MALATESTA

Procuradora Assessora – AJC

OAB/SP 249.209

PGM

De acordo.

São Paulo, / /2017.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO

Procuradora Assessora Chefe - AJC

OAB/SP 175.186

PGM

[1] in Curso de Direito Administrativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Malheiros Editores. 22ª Edição, revista e atualizada. 2006. p. 190.



Documento assinado eletronicamente por **Tatiana Batista Malatesta, Procurador do Município**, em 03/05/2017, às 17:19, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015

Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO, Procurador do Município**, em 03/05/2017, às 17:21, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2877813** e o código CRC **51FDA1F1**.

Referência: Processo nº 6017.2017/0002766-1

SEI nº 2877813