

Empregado público empossado em cargo em comissão ou cargo político e a ilegalidade do recolhimento do FGTS

EMENTA: CONSULTA — LEGISLATIVO MUNICIPAL — EMPREGADO PÚBLICO — I. POSSE EM CARGO EM COMISSÃO — SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO — RECOLHIMENTO DE FGTS — ILEGALIDADE — OPÇÃO REMUNERATÓRIA — IRRELEVANTE — II. POSSE EM CARGO POLÍTICO OU DE GOVERNO — REGIME JURÍDICO ESPECIAL — NATUREZA ESTATUTÁRIA — RECOLHIMENTO DE FGTS — ILEGALIDADE

1. É ilegal o recolhimento do FGTS dos ocupantes de cargo em comissão independente do exercício anterior de emprego público ou da opção remuneratória.
2. A posse em cargo em comissão suspende os efeitos do contrato de trabalho do empregado público (celetista).
3. Não faz jus ao recolhimento de FGTS o empregado público nomeado para cargo político, pois este se sujeita a regime jurídico diferenciado, todavia estatutário.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo presidente da Câmara Municipal de Poços de Caldas, Vereador Waldemar Antônio Lemes Filho, na qual aponta dúvida sobre o direito ao recolhimento de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para empregados públicos municipais (celetistas) que passam a ocupar cargos em comissão do mesmo município, no qual os servidores do Legislativo adotam o regime estatutário, enquanto “a grande maioria dos servidores dos órgãos da Administração Direta e Indireta” adotam o regime celetista.

Diante disso, formula os seguintes questionamentos:

1. É legal, frente a este Tribunal, o recolhimento de **FGTS**, para os servidores celetistas (empregados públicos) recrutados para exercerem ‘cargo público comissionado’ regido pelo Estatuto?
2. Entende este Tribunal que o servidor celetista (**empregado público**) ao ser nomeado para **cargo público comissionado** e tendo optado pela remuneração deste, terá suspensão do contrato de trabalho de seu ‘**emprego público**’?

3. Os servidores públicos celetistas, nomeados para o cargo de **Secretário Municipal (agente político)**, fazem jus ao recolhimento do FGTS, ainda que **optando pelo subsídio**?

4. Segundo a Lei Complementar Municipal n. 100/2008 (cópia anexa), os cargos comissionados:

‘Art. 7º. **Cargo de provimento em comissão** é o cargo de confiança de livre nomeação e exoneração, a ser preenchido **sob regime institucional, mediante amplo recrutamento ou por servidor de carreira, a critério do Administrador.**

Parágrafo único: Os cargos comissionados da estrutura administrativa são os constantes nos Anexos I, III e IV desta lei complementar, acompanhados dos seus símbolos, classes, quantidades e vencimentos.’ (grifamos)

Pergunta: é legal o recolhimento de FGTS dos servidores ocupantes desses cargos comissionados?

Autuada e distribuída a consulta à minha relatoria (fls. 5), encaminhei os autos à Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula, que emitiu o relatório técnico a fls. 7-11, no qual informa que “não foram identificadas deliberações acerca do questionamento nos exatos termos ora suscitados pelo consulente” (fls. 9).

Destacou, entretanto, que nas respostas às Consultas n. 624.819 e n. 456.408, este Tribunal se posicionou pelo direito ao recolhimento de FGTS apenas aos contratados pela Administração Pública sob o regime jurídico celetista, incluídos, nesta categoria, os empregados públicos em comissão —, ao contrário dos servidores estatutários ocupantes de cargo em comissão, os quais não fazem jus a este benefício.

É o relatório.

PRELIMINAR

Observadas as disposições regimentais vigentes para a espécie, notadamente o art. 212 do Regimento Interno, conhecimento da presente consulta e, não obstante envolva, em parte, ato normativo local, o que poderia conferir à consulta um viés de caso concreto, há indicação precisa de dúvida relevante.

MÉRITO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), regulado pela Lei n. 8.036/90, é um benefício concedido ao trabalhador, considerado este, nos termos do art. 15, § 2º, “toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão de obra, **excluídos** os eventuais, os autônomos e **os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio**” (grifo nosso).

Para responder ao primeiro questionamento, portanto, é necessário tecer breves considerações acerca do regime jurídico dos servidores públicos, que corresponde ao conjunto de normas e regras que regem a relação entre o servidor público *lato sensu* (servidor ocupante de cargo público e

empregado público) e a Administração, estabelecendo os direitos e deveres, a forma de ingresso e de remuneração, as sanções, entre outros.

A Constituição de 1988, na redação original do art. 39, determinou a sujeição dos servidores públicos de uma mesma entidade política estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ao chamado *regime jurídico único*, cuja escolha ficaria a critério da entidade, não sendo obrigatória a adoção do regime estatutário.

Seria possível, assim, optar entre o regime estatutário e o celetista, porém, uma vez realizada a opção, o regime escolhido se aplicaria a todos os servidores da entidade política.

Dessa forma, elegendo o ente político o regime estatutário, todos os seus servidores seriam ocupantes de cargos públicos, estando a relação entre a Administração e o servidor submetida ao regime próprio, institucional, ditado por lei do respectivo ente. Por outro lado, caso a entidade política escolhesse o regime celetista, a relação com seus contratados seria regida pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com as alterações e derrogações feitas pela Constituição da República, sendo os contratados ocupantes de emprego público.

No entanto, a Emenda Constitucional n. 19/98 aboliu esse regime único, permitindo a adoção do chamado regime jurídico “múltiplo”, de modo que — caso fosse da vontade da entidade política — seria possível a convivência **simultânea** e em uma **mesma ordem** política dos regimes estatutário e celetista.

Devido a um vício no processo legislativo dessa emenda o Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada em 07/03/2008, deferiu parcialmente a medida cautelar pleiteada nos autos da ADI n. 2135-4 para suspender a eficácia do *caput* do art. 39 da Constituição, razão pela qual se “restabeleceu” o regime jurídico único.

Importa salientar, ainda, que a cautelar foi concedida com efeitos *ex nunc*, subsistindo as leis editadas nos termos da emenda declarada suspensa. Isso significa dizer que eventuais entes políticos que tenham adotado regime jurídico “múltiplo”, no *iter* entre a promulgação da EC n. 19/98 e a decisão cautelar do STF, poderiam mantê-lo até a decisão final do julgamento da ADI.

No caso do primeiro questionamento, o consultante foi bem claro ao tratar da hipótese de ingresso de um empregado público (celetista) em cargo em comissão regido pelo regime estatutário.

Na espécie, não há razão para recolhimento do FGTS, pois esse empregado público passaria — com a ocupação do cargo comissionado — a integrar o rol dos *servidores públicos sujeitos a regime jurídico próprio*, regime este que não alberga o benefício em comento, conforme dispõe o art. 15, § 2º, da Lei n. 8.036/90.

É negativa, destarte, a resposta à primeira indagação.

Em relação ao segundo questionamento —, se o empregado público terá suspenso o seu contrato de trabalho ao ser nomeado para cargo em comissão, tendo optado pela remuneração deste —, devo ressaltar que, com a aceitação da nomeação para cargo em comissão regido por estatuto, os direitos

e deveres decorrentes do emprego público celetista ficam suspensos enquanto perdurar o exercício do aludido cargo em comissão.

Sobre o tema, transcrevo decisão proveniente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), *verbis*:

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. NÃO RECOLHIMENTO DO FGTS.

O principal efeito da suspensão do contrato de trabalho é a sustação das obrigações recíprocas das partes. O contrato continua vigente, mas não há trabalho e nem remuneração. Inexistindo remuneração, não há que se falar em depósitos do FGTS sobre salários. Dessa forma, o não recolhimento do FGTS, durante o tempo em que suspenso o contrato de trabalho, em face do exercício de cargo em comissão, de natureza administrativa, não afronta a legislação trabalhista (TST. 1ª Turma. Recurso de Revista n. 542.197/1999.3. Relator: juiz convocado Aloysio Corrêa da Veiga. Julgado em: 4 fev. 2004. Publicado no DJ de 27 fev. 2004).

No mesmo sentido:

EMPRESA PÚBLICA. EMPREGADO CELETISTA. CEDÊNCIA E NOMEAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO. FGTS. EFEITOS.

A cedência de empregado público celetista para nomeação em cargo comissionado, com ônus para o cessionário, implica a suspensão do contrato de trabalho mantido com o cedente, interrompendo, para este, a obrigação quanto ao recolhimento do FGTS (TRT 14ª Região. Processo n. 00707.2003.404.14.00-9. Relator: Juiz convocado Osmar J. Barneze. DJ, de 5 jul. 2004).

Diante do exposto, a resposta à segunda questão é positiva, ou seja, o contrato de trabalho de empregado público (celetista) fica suspenso enquanto seu titular exercer cargo estatutário em comissão.

No que tange à terceira indagação — se os servidores públicos celetistas nomeados para cargo de secretário municipal (agente político) fazem jus ao recolhimento do FGTS, ainda que optando pelo subsídio —, convém frisar que o secretário municipal é auxiliar direto do chefe do Poder Executivo e, nessa qualidade, integra o rol dos agentes políticos, como reconhece o próprio consulente.

Não obstante estejam sujeitos a regime jurídico funcional diferenciado (regime especial) em relação ao dos servidores públicos, o agente político *secretário municipal* é titular de cargo, e não de emprego, considerado o seu regime como estatutário até pelas atribuições do cargo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹, “o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado **não é de natureza profissional**, mas de **natureza política**”, asseverando, ainda, que a relação jurídica que vincula esses agentes políticos ao Estado “é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis”.

A hipótese, destarte, assemelha-se à do primeiro questionamento, porquanto ao assumir um cargo político ou de governo, que é regido por regime estatutário, ainda que especial, o servidor celetista

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

deixa de ter direito ao recolhimento do FGTS, pois não mais se enquadra no conceito de trabalhador previsto no § 2º do art. 15 da Lei n. 8.036/90.

Noutras palavras, como o secretário municipal integra o rol de agentes públicos sujeitos a regime jurídico próprio, não faz jus ao FGTS, independentemente de optar pela remuneração do cargo ou emprego.

Por fim, a resposta à quarta pergunta, que diz respeito à legalidade do recolhimento do FGTS de servidores ocupantes de cargo comissionado, é negativa pelas mesmas razões que fundamentam a orientação contida no primeiro questionamento desta consulta.

Sobre o tema, aliás, o TST já reconheceu a ilegalidade do recolhimento do FGTS de quem exerce cargo em comissão, *litteris*:

CARGO EM COMISSÃO — DEPÓSITOS DO FGTS — VERBA INDEVIDA.

1. *In casu*, o Regional entendeu que o Reclamante não faz jus ao recolhimento do FGTS, na medida em que exercia cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. Assim, o referido cargo é de natureza predominantemente administrativa, não existindo contrato de trabalho e sim nomeação administrativa para o exercício de cargo em comissão.

2. Assim, deve ser mantida a decisão regional, pois aos cargos comissionados não se aplica a Súmula 363 do TST por se tratar de cargo de natureza administrativa e não trabalhista.

Recurso de revista não conhecido. (TST. 7ª Turma. Recurso de Revista n. 200100-54.2009.5.15.0117. Relatora: Juíza convocada: Maria Doralice Novaes. *DEJT*, 1º abr. 2011).

Conclusão: quanto ao primeiro e quarto questionamentos, é ilegal o recolhimento do FGTS de quem exerce cargo em comissão, independentemente do exercício anterior de emprego público (celetista) ou da opção remuneratória.

Quanto ao segundo questionamento, uma vez empossado em cargo em comissão, suspendem-se os efeitos do contrato de trabalho decorrente do regime celetista, no qual se enquadra o empregado público.

Quanto ao terceiro questionamento, o secretário municipal, agente político detentor de cargo sujeito a regime jurídico diferenciado, não tem direito ao recolhimento do FGTS, pois, embora especial, esse regime é sempre estatutário, não se enquadrando o agente político na definição de trabalhador sujeito ao benefício em questão.

É como respondo à consulta.

 NA OPORTUNIDADE, MANIFESTOU-SE O CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Entendo que, enquanto o empregado estiver no exercício de cargo de provimento em comissão, fica suspenso o contrato. Mas esclareça-se que a admissão neste tipo de cargo provoca o recolhimento previdenciário para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), em consonância com a Constituição em vigor.

▶ NA OPORTUNIDADE, MANIFESTOU-SE O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO:

Eu adiro ao esclarecimento do Conselheiro Eduardo Carone Costa: o município recolherá para o RGPS caso opte pelo regime geral; o município recolherá para o regime próprio caso opte pelo regime próprio. Contudo, para o cargo de secretário municipal, não há opção, pois necessariamente terá que recolher para o RGPS.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 14/12/2011, presidida pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada; presentes o Conselheiro Eduardo Carone Costa, Conselheiro Wanderley Ávila, Conselheiro substituto Licurgo Mourão, Conselheiro Sebastião Helvecio, Conselheiro Cláudio Terrão e Conselheiro Mauri Torres. Foi aprovado, por unanimidade, o parecer exarado pelo relator, Conselheiro Cláudio Terrão, com as considerações do Conselheiro Eduardo Carone Costa.
