



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

LEONARDO FORMIGA LARROSSA

**VERBAS RESCISÓRIAS TRABALHISTAS E SUA
APLICAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO CELETISTAS**

Brasília – DF

2018

LEONARDO FORMIGA LARROSSA

**VERBAS RESCISÓRIAS TRABALHISTAS E SUA
APLICAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO CELETISTAS**

Monografia apresentada a Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Doutor Wilson Roberto Theodoro Filho

Brasília – DF

2018

LEONARDO FORMIGA LARROSSA

**VERBAS RESCISÓRIAS TRABALHISTAS E SUA
APLICAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO CELETISTAS**

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília do aluno.

Leonardo Formiga Larrossa

Prof. Doutor Wilson Roberto Theodoro Filho
Professor-Orientador

Professora Doutora Daniela Marques
de Moraes

Professor Doutor Henrique Smidt
Simon

Brasília, 5 de dezembro de 2018.

Ao meu avô Ruy (*in memoriam*) e minha avó Suely, sem quem nada.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a minha esposa Clarissa, pela paciência e pelo apoio nesses longos anos e duas graduações. Ao Lauro Guimarães, por ter-me disponibilizado sua biblioteca, cujas lições compõem 90% deste trabalho. A minha mãe pelo incentivo de sempre. Aos amigos e familiares que sempre estiveram comigo, meus tios Ronaldo e Geovana e meu primo Vítor; sogros Inês e David, minhas cunhadas Priscilla e Graziela; meus queridos amigos que a UnB me deu José Maria Nova da Costa, Daniel Bonatti, Erich Hardman, Bruno Hilário, José Carlos Gomes Barbosa.

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é examinar, doutrinária e jurisprudencialmente, a obrigação das empresas públicas estatais quanto ao adimplemento de verbas rescisórias indenizatórias trabalhistas e depósitos do FGTS, frente a empregados contratados, sem concurso público, para cargo em comissão, em razão da suposta lacuna e falta de paralelismo semântico do art. 37, II, da Constituição Federal. Dessa forma, por meio da doutrina definiu-se os conceitos de cargo e emprego em comissão; qual é a natureza e efeitos do ato antijurídico de despedir imotivadamente e a natureza das verbas rescisórias puramente indenizatórias. Na jurisprudência, verificou-se que as decisões podem ser resumidas em duas vertentes: uma contendo interpretação restritiva do art. 37, II, da Constituição e outra contendo interpretação expansiva do mesmo artigo, sem grande aprofundamento conceitual e doutrinário nas decisões. De posse das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, definiu-se os conceitos e argumentações para uma interpretação adequada sobre o adimplemento de verbas rescisórias puramente indenizatórias, frente à aparente lacuna do texto constitucional, interpretando expansivamente o art. 37, II da Constituição, em que autoriza o administrador a extinguir o vínculo laboral sem o dever de adimplir as verbas rescisórias puramente indenizatórias. Adicionalmente, conclui-se que os depósitos mensais são devidos, por não se tratarem de verbas de natureza indenizatória.

Palavras-chave: Verbas rescisórias. Indenização. Cargo em comissão. Emprego em comissão.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

MAD – Metodologia de Análise de Decisões

MS – Mandado de Segurança

RO – Recurso Ordinário

RR – Recurso de Revista

SBDI – Subseção Especializada em Dissídios Individuais

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

Introdução	8
1 Metodologia aplicada – Metodologia de Análise de Decisões.....	11
2 Análise conceitual do emprego público e o cargo em comissão	13
3 O Fundo de Garantia e seus conceitos.....	19
4 A <i>ratio</i> dos TRTs para o pagamento de contribuição ao FGTS e verbas indenizatórias	23
5 A <i>ratio</i> do TST para o pagamento de contribuição ao FGTS e verbas indenizatórias	29
Conclusão	34
REFERÊNCIAS	42

Introdução

O objetivo principal deste trabalho é examinar, doutrinária e jurisprudencialmente, a obrigação das empresas públicas estatais quanto ao adimplemento de verbas rescisórias trabalhistas frente a empregados contratados, sem concurso público, para cargo em comissão, sob a ressalva do art. 37, II, parte final, da Constituição Federal. Dessa forma, serão analisados os institutos para proteção do empregador e a natureza *sui generis* do vínculo laboral sob a perspectiva doutrinária e jurisprudencial, se ele é aplicável ou não.

Dentre as lições mais preliminares sobre Direito do Trabalho, o princípio da continuidade do contrato é um dos mais importantes e conhecidos, cujo objetivo é emprestar à relação de emprego "*a mais ampla duração, sob todos os aspectos*" (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 244); ou seja, o direito trabalhista guia-se pela manutenção da relação de emprego, considerando como contrato de prazo determinado apenas quando tipificados os balizadores dos parágrafos 1º e 2º do art. 443 da CLT.

De forma a proteger a continuidade do contrato de trabalho, a legislação previu, ao longo de sua história, diversos institutos, para que o princípio da continuidade da relação de trabalho se fizesse valer. Dentre eles, o da estabilidade, inicialmente previsto pelo art. 492, da CLT, e que posteriormente foi colocado como alternativa ao empregado, junto com o regime do FGTS. Assim, ficava facultado ao empregado a escolha entre a estabilidade ou o regime de FGTS. Com a promulgação da Constituição de 1988, o FGTS passou a ser obrigatório aos vínculos trabalhistas estabelecidos desde então.

No regime de FGTS foram previstos dois pilares para a substituição da estabilidade: o saque dos depósitos em conta vinculada, no montante de 8% do salário pago no mês; e a multa de 40% nos casos de demissão sem justa causa. Adiciona-se ainda, como amparo ao trabalhador, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço podendo ser ele trabalhado ou indenizado.

Delimitados os principais institutos que suportam os princípios da proteção ao trabalhador e da continuidade do contrato de trabalho, passa-se a delimitar a natureza do vínculo empregatício a ser analisado frente aos referidos institutos.

Os empregados de empresas públicas estatais dependentes têm como regime jurídico laboral a Consolidação das Leis do Trabalho, e só podem ser admitidos por meio de concurso público de provas ou provas e títulos, em obediência ao art. 37, II, da Constituição Federal. Todavia, na parte final do inciso, prevê-se ressalva para a contratação, no caso de nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Serão esses últimos o objeto de estudo deste trabalho.

Este estudo buscou tratar apenas das empresas públicas estatais dependentes pois, conforme o nome já diz, dependem de recursos do Tesouro Nacional para adimplemento de suas obrigações operacionais, administrativas e laborais. As mesmas funcionam, muitas vezes, como braços operacionais dos ministérios, sendo suas presidências e diretorias ocupadas por pessoas diretamente envolvidas com a alta cúpula do Poder Executivo. Dessa forma, com a delimitação da natureza da contratante, eliminam-se as nuances legais de cada pessoa jurídica contratante, o que poderia refletir nos vínculos empregatícios, sendo esse tipo de contratação a forma celetista mais próxima às contratações de cargos em comissão, que ocorrem na Administração Pública.

Em uma análise rápida à redação do art. 37, II, nota-se uma aparente ausência de paralelismo semântico entre a parte inicial e a parte final do inciso, a saber:

Art. 37. 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:(...)

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. (grifo meu)

Assim, o art. 37, II, da Constituição Federal colaciona que a investidura em cargo ou emprego público (atenção ao síndeto alternativo) só pode ocorrer com aprovação prévia em concurso público, conforme a lei, ressalvadas as nomeações para cargo (omitindo-se quanto

ao emprego) em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Sendo esta suposta omissão, ou seja, a não menção ao emprego em comissão nas ressalvas do inciso II do art. 37, o cerne da análise deste trabalho.

Perfunctoriamente, serão adotados alguns paradigmas para análise: 1) os empregos em comissão foram legitimamente criados por lei ou estatuto da empresa estatal; 2) a própria criação do emprego em comissão demanda que este seja ocupado por quem tem vínculo de confiança ou fidelidade com a autoridade nomeante; e 3) adotam-se as mesmas características administrativas do cargo em comissão – a precariedade do vínculo laboral e a livre nomeação e exoneração, sem necessidade de motivação.

Assim, em razão da precariedade do vínculo laboral, parece logicamente desacertado que sejam aplicados os diversos institutos protetivos ao trabalhador contra a demissão imotivada, nomeadamente os depósitos do FGTS, multa de 40% sobre o saldo do mesmo fundo, e o aviso prévio. Todavia, essa não tem sido a posição de parte significativa da justiça trabalhista, quando frequentemente defere pedidos de empregados comissionados quanto aos direitos previstos no art. 477 e seguintes da CLT e do art. 18 da Lei 8.036/99.

Assim, as perguntas que se buscam responder, ao final deste trabalho, são: 1) o art. 37, II, permite a livre nomeação e exoneração de empregos comissionados nas empresas públicas estatais? 2) Considerando que os empregos em comissão permitem a livre nomeação e exoneração, os institutos da lei 8.036/1990 e arts. 477, §8º e 487 da CLT devem ser observados?

Para responder a tais questões, será feita uma revisão bibliográfica sobre os citados institutos e analisadas jurisprudências de tribunais regionais e do Tribunal Superior do Trabalho do Trabalho, de forma a classificar as decisões em favoráveis ou contra quanto a cada instituto e suas motivações. Ao final, busca-se encontrar uma solução ótima, à luz da jurisprudência e da doutrina, que mais se alinhe à matriz criadora destes institutos.

1 Metodologia aplicada – Metodologia de Análise de Decisões

O presente trabalho alicerçou-se, para organização e análise dos julgados, na chamada Metodologia de Análise de Decisões, criada para fornecer “*um protocolo passível de reprodução que permitisse, em alguma medida, comensurabilidade entre várias apreciações realizadas em momentos ou por pessoas distintas, em relação a uma dada prática decisória*” (Freitas et Lima 2011, p. 01), formatado pelo Grupo de Estudo e Pesquisa Hermenêutica e Políticas Públicas, abrigado no Programa de Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Assim, essa metodologia busca estabelecer um protocolo que permita (Freitas et Lima 2011, p. 01):

- 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto;
- 2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e
- 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.

Dessa forma, o trabalho foi realizado em três momentos distintos, e resultou em dois tipos de produtos.

Primeiramente, decidiu-se utilizar os julgados de tribunais regionais, sendo escolhidos os tribunais do trabalho das primeira e segunda regiões; bem como os julgados do TST, em razão de sua relevância decisória.

Assim, executou-se pesquisa exploratória nos sítios dos TRTs das primeira e segunda regiões e no sítio do TST, sobre a jurisprudência dos referidos tribunais, selecionando as jurisprudências que retornaram as seguintes consultas em seus indexadores: “Cargo em comissão”, “emprego em comissão”, “FGTS”, “rescisória” e “demissão”, sendo essas

consultas combinadas entre elas, utilizando-se dos conectivos booleanos¹ quando necessário. Desta etapa, resultou o banco de dados cru, onde os dados foram organizados, mas ainda sem a reflexão que se desdobre para além da mera organização dos julgados.

Selecionados os julgados diretamente relacionados à questão-problema, buscou-se identificar o problema relevante a ser investigado diante dos argumentos aplicados pelos relatores e turmas dos tribunais regionais e superior, em que ficou patente a imprecisão da aplicação dos conceitos jurídicos contidos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, principalmente quanto à suposta lacuna de paralelismo semântico entre a parte inicial e final do inciso.

Verificou-se, assim, que existiam, apesar de nuances interpretativos, duas alternativas para aplicação do conceito de “cargo público”, constante na parte final do art. 37, II da Constituição Federal. A que considera o conceito de “cargo público” tanto para o vínculo estatutário quanto para o celetista, aplicando-se a integralidade do comando constitucional e a que considera o conceito como exclusivo do regime estatutário, não sendo a exceção aplicável aos vínculos celetistas. Aqui, já se buscou verificar como os decisores estão a utilizar os conceitos em estudo neste trabalho, principalmente no que tange à aplicação do conceito de “cargo público” e as interpretações a ele vinculadas, as quais derivam ou não para a adimplência dos depósitos patronais ao FGTS, aviso prévio e multa de 40% do FGTS nos casos de rescisão injustificada.

Neste nível, obteve-se um banco de dados mais sofisticado, contendo decisões selecionadas e classificadas por conceito e suas aplicações, contendo informações sobre a interpretação desses dados dentro de um recorte metodológico previamente escolhido.

Em terceiro momento, foi feita uma reflexão crítica sobre a prática decisória dos decisores, em contraste com os conceitos obtidos na doutrina jurídica, buscando identificar o sentido da prática decisória e identificar um tipo ideal de decisão, combinando as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

¹ Conectivos booleanos são palavras que têm o objetivo de definir para o sistema de busca como deve ser feita a combinação entre os termos ou expressões de uma pesquisa. Os mais utilizados são “e” (busca textos com todas as palavras relacionadas), “ou” (busca textos com as palavras relacionadas, independentemente), e “não” (busca textos que contenham a primeira e não contenham a segunda palavra).

2 Análise conceitual do emprego público e o cargo em comissão

Empregados públicos são aqueles trabalhadores que prestam serviços aos entes públicos mediante regulação das normas pertinentes ao Direito do Trabalho, pautados pelo art. 7º da Constituição Federal, pela CLT e outras legislações esparsas.

Uma vez escolhido o regime celetista, o ente público abre mão de sua autonomia federativa e opta por se submeter às normas editadas pela União – sendo sua competência privativa. Todavia, conforme ensina MAIOR (2008, p. 298), o fato de o Poder Público figurar como o polo empregador atrai normas de Direito Público que derrogam ou adicionam requisitos a algumas disposições potestativas por parte do empregador, tradicionalmente afeitas aos empregadores em geral da esfera privada, como a demissão de empregados.

No contexto do subsistema constitucional trabalhista brasileiro, assume nuclear importância o *caput* do art. 7º da Constituição Federal. A polêmica interpretativa do artigo 7º, segundo o autor, sugere a contraposição de dois princípios paradigmáticos, que são a proteção do trabalhador e a supremacia do interesse público (MENEZES, 2003, p. 299).

Embora regule diretamente os direitos trabalhistas que enumera em seus incisos, o *caput* do referido artigo dedica-se à missão de conduzir programaticamente a edição de outras normas, orientando-as para a melhoria da condição social dos trabalhadores, assegurando outros subprincípios como o da norma mais favorável e o da compatibilidade vertical.

No entanto, ainda que transcorridas três décadas desde a promulgação da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional ainda não se debruçou a regulamentar o disposto no art. 7º, inciso I.

Edilton Meireles (2013, p. 344) delimita que o ato de despedir o empregado é ato potestativo do empregador, delimitando também a visão de Orlando Gomes (1987, p. 103-104, *apud* MEIRELES, 2013, p. 344), em que a faculdade de agir do titular do direito não se correlaciona a uma prestação de outrem.

Pietro Perlingieri (2002, p. 123, *apud* MEIRELES, 2013, p. 344) afirma que:

o chamado direito potestativo representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente construir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitando de evitar, em termos jurídicos, o exercício de poder.

Já Francisco Amaral (2003, p. 201, *apud* MEIRELES, 2013, p. 344) afirma que o poder potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera alheia, sem que se possa fazer algo para não se sujeitar. Consiste, assim, em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir.

Dessa forma, os sujeitos passivos não podem se irresignar contra essa manifestação de vontade, cabendo-lhes apenas a sua sujeição. Entendido assim, MEIRELES (2013, 347) conclui que, em verdade, tem-se que o denominado direito potestativo não passa de um direito subjetivo, aqui entendido como conduta humana, seja qual for a modalidade, de dar, fazer ou não fazer.

Em suma, há poder potestativo quando estamos diante de uma situação na qual em face da conduta (vontade) de uma pessoa, se constitui, modifica ou se extingue uma relação jurídica, independente da vontade alheia.

Postas as premissas expostas neste capítulo, fica claro que, na manifestação de vontade do titular do direito (empregador) de rescindir imotivadamente a relação contratual nas hipóteses definidas em lei, se constitui em direito subjetivo deste. Ao direito de rescindir, se contrapõe o dever de se abster em sentido contrário. A dúvida aqui permeia o que o art. 7º, inciso I, permite ao empregador, sendo aqui possível ao intérprete duas possibilidades.

A primeira delas apega-se à natureza compensatória prevista na parte final do inciso. Para os que sustentam essa posição, haveria o direito subjetivo do empregador de rescindir o contrato de emprego, independente de vontade do empregado, dado que a ele apenas seria exigido o pagamento de indenização compensatória. Nesse caso, não haveria impedimento do rompimento imotivado. O empregador seria livre para extinguir o contrato.

MEIRELES (2013, p.348), no entanto, destaca que a doutrina e a jurisprudência pós-Constituição de 1988, como segunda interpretação, se fixou mais no entendimento de que o núcleo principal da referida garantia constitucional, contida na primeira parte do art. 7º, inciso I, é a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Ou seja, diante da exegese do comando constitucional, fica excluído o direito despedir o empregado de forma arbitrária ou sem justa causa. Assim, a dicotomia entre direito e dever, resultaria em se há direito de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, há, em contraposição, o dever de não despedir de forma arbitrária ou sem justa causa. A um caberia o direito subjetivo de não ser despedido arbitrariamente ou sem justa causa e ao outro o dever de abster-se de despedir de forma arbitrária ou sem justa causa.

Diante da possibilidade da conduta antijurídica, MEIRELES (2013, p. 349-350) lembra que quatro são os efeitos possíveis dadas pelo legislador, que podem ser cumuladas ou não:

O primeiro deles é o efeito caducificante. Nesse caso, o sistema jurídico vincula o ato antijurídico à perda de um direito. É o que ocorre com o pai que abandona ou maltrata o filho. Nesse caso, o pai pode perder o poder familiar (art. 1638 do novo Código Civil). Nesse caso, o direito do ofensor (poder familiar) pode caducar (perder).

O segundo efeito é o autorizante. Por ele, o ordenamento faculta ao lesado a prática de determinado ato. É o que ocorre na revogação da doação por ingratidão (art. 557 do CC). Nesse caso diante do ato ilícito praticado pelo donatário (ato de ingratidão), a lei faculta (autoriza) ao doador a possibilidade de este revogar a doação.

O terceiro efeito possível é o invalidante. Nessa hipótese, a lei nega efeito ao ato antijurídico, através de sua nulidade absoluta ou sua anulabilidade. É a hipótese de despedida do empregado estável sem justa causa. Nesse caso, e em várias outras hipóteses, a lei prevê a anulabilidade do ato. Nega-se, assim, efeito do ato antijurídico.

Por fim, o quarto efeito possível é o **indenizante**. **Por ele, não se invalida o ato, mas se estabelece o dever de indenizar o ofendido. E foi justamente este último o efeito escolhido pelo legislador constitucional para o ato de despedida arbitrária ou sem justa causa.** Nesse caso, a lei não autorizaria qualquer faculdade ao empregado (efeito autorizante) em sentido contrário ao rompimento contratual arbitrário ou sem justa causa (exigir reintegração; a manutenção do contrato), nenhum direito do empregador caducaria (efeito caducificante), assim como seu ato antijurídico não seria inválido (efeito invalidante), mas a lei impõe a este último o dever de indenizar o trabalhador despedido arbitrariamente ou sem justa causa (efeito indenizante). Ao ato arbitrário, antijurídico, deu-se consequência apenas indenizante (grifo nosso).

A única proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, considerando o efeito indenizatório do ato antijurídico, está limitada ao pagamento de quantia equivalente a

40% dos depósitos devidos a título de FGTS, não se confundindo com o crédito protetivo devido ao empregado em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme definido no inciso I do art. 7º da ADCT:

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;

Ao trazer a aplicação do regime celetista para a Administração Pública, adicionam-se algumas amarras do Direito Administrativo, que guiam o modo de agir do Estado, diferentemente do que ocorre na esfera privada. Uma dessas amarras é o comando do art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal, em que se colocam requisitos tanto para o estabelecimento do vínculo laboral quanto para sua extinção:

Art. 37. 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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;

No caso do provimento dos postos de trabalho, a norma impõe realização de concurso público, estreitamente ligada à realização dos princípios da moralidade e isonomia, por força do inciso II.

O próprio regime jurídico das empresas estatais é exemplo. Tal qual ocorre com a Administração Direta, as empresas também estão sujeitas ao dever geral de contratar seu pessoal por concurso público. Ao compulsar o texto constitucional, vê-se que o dispositivo não faz ressalva alguma quanto ao órgão ou entidade em que esteja situado o posto de trabalho. Basta ser um posto na Administração Pública (cargo ou emprego) para que se torne acessível exclusivamente por concurso.

Apesar da importância da exigência, em obediência a princípios constitucionais caros à Administração pública, ela não é absoluta. Ao cotejar a parte final do inciso II, denota-se que estão ressalvadas as “*nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”.

O que seriam os cargos em comissão? Ao consultar o inciso V do mesmo art. 37, verifica-se que cargo em comissão são aqueles postos ligados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Art. 37. 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Ao cotejar conjuntamente os incisos II e V, conclui-se que os acessos aos cargos sem concurso público só podem ocorrer em virtude de ocupação de cargos de direção, chefia e assessoramento, situados nos patamares mais altos da hierarquia administrativa.

DI PIETRO (2011, p. 606-607) define o provimento de cargo em comissão como a nomeação independentemente de concurso público e em caráter transitório, dispensada a motivação do ato ou processo administrativo para que ocorra sua exoneração. Assim, o administrador teria liberdade para admiti-lo e exonera-lo conforme sua vontade e contexto em que se encontra.

Rafael Neubern Demarchi Costa (2017) destaca que o provimento do cargo em comissão, sob a ótica da autoridade nomeante, exige o estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade, que, por sua vez, denota a ideia de precariedade e temporariedade, em razão das muitas vezes necessárias trocas de comando da alta administração das empresas estatais.

SUNDFELD e SOUZA (2006, p. 32), da mesma forma que COSTA (2017), definem que a razão para facilitação deste tipo de acesso é a necessidade que os postos sejam ocupados por pessoas alinhadas com o plano de governo da chefia do Poder Executivo,

democraticamente eleita, evitando a possibilidade de desalinhamento dos empregados de carreira com o plano a ser implementado, anulando os efeitos benéficos da alternância de poder. Ademais, caso fosse exigido concurso para acesso a estes postos, poderia ser comprometida a especial relação de confiança que deve existir entre a mais alta hierarquia da empresa.

Ressalta-se que, apesar da exceção aludida na parte final do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, remeter apenas à palavra cargo, para SUNDFELD e SOUZA (2006), não faz o menor sentido supor que o mesmo se reporte exclusivamente aos cargos submetidos ao regime estatutário. A expressão cargo em comissão pode ter significados diferentes, dependendo do contexto em que se apresenta. Pode, inclusive, designar, segundo nosso direito, um emprego público, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. O autor também argumenta que cargo também tem um sentido mais abrangente na nossa legislação – que nada prejudica quanto ao regime jurídico ao qual ele se submete.

A própria legislação trabalhista vale-se do termo “cargo”, como se pode conferir no art. 450, ao se referir ao exercício de cargo em empresa; bem como na Lei das S/A e na ADCT art. 19, §2º. Por essas razões, é inequívoco restringir a parte final do inciso II ao regime estatutário e a remissão ao cargo em comissão não serve apenas para traduzir postos deste gênero. Cargo pode ser sinônimo de emprego, e cargo em comissão pode ser sinônimo de emprego em comissão.

A definição de cargo em comissão é fundamental para as análises propostas neste trabalho, uma vez que busca estudar os reflexos de natureza indenizatória previstas na CLT ao fato antijurídico de rescisão unilateral por parte do empregador/Estado, ressalvada a interpretação conjunta do art. 37, II da Constituição Federal. Dessa forma, para este estudo, define-se cargo em comissão como sinônimo de emprego em comissão.

Uma vez definido doutrinária e operacionalmente que o conceito de cargo em comissão aplica-se tanto no caso de posto de trabalho estatutário quanto posto de trabalho celetista, cabe agora definir, nos próximos capítulos, quais efeitos se aplicam ao ato jurídico de rescisão contratual unilateral do empregador para os cargos em comissão celetista (os quais também poderão ser chamados de emprego em comissão).

3 O Fundo de Garantia e seus conceitos

De acordo com COSTA (2010, p. 12), a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS buscou atender três objetivos principais:

- 1) alternativa ao regime de estabilidade no emprego, instituído pela CLT, que garantia indenização ao trabalhador estável demitido sem justa causa;
- 3) desonerar as empresas dos altos custos representados pela estabilidade de dez anos de serviço; e
- 3) gerar fonte de recursos para o Banco Nacional de Habitação – BNH, no financiamento para construção de moradias populares.

O FGTS é um sistema de depósitos efetuados pelo empregador em conta bancária de titularidade do empregado, sob gestão da Caixa Econômica Federal, com um conselho curador, para utilização do empregado nas hipóteses previstas na lei.

Com o objetivo de eliminar a estabilidade no emprego, Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 1117-1118) elenca documentos e manifestações do tempo de sua implementação:

- 1) Discurso de 28 de fevereiro de 1966 pronunciado pelo Presidente da República, na Assembleia Legislativa de Minas Gerais (in Saad, Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, 1969, LTr, p. 10): ‘Burlado pelos patrões e deformado pela escassa minoria dos trabalhadores que o alcançam, o instituto da estabilidade tornou-se um autêntico instituto de inquietação. A situação atual estimula o empregador a usar artifícios e a buscar, de qualquer modo, a dispensa por justa causa a fim de se livrar do ônus latente, ou então, a evitar que o empregado atinja os 10 anos, indenizando-o antes de completar esse tempo, pelo receio de indisciplina e descaso pela produtividade do trabalhador que atinge a estabilidade’;
- 2) Estatísticas do então Ministério do Trabalho revelaram que somente 15% dos empregados gozavam de estabilidade nas empresas mais antigas, e apenas 1% nas empresas modernas (IAPÍ, Mensário Estatístico Anual, Rio, 1966, ns. 160 a 164);
- 3) Exposição de Motivos do anteprojeto da Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: ‘O instituto da estabilidade, nas atuais condições sociais e econômicas brasileiras, longe de corresponder a uma vantagem efetiva para os empregados, voltou-se contra eles, pelo menos para a grande maioria, deixando assim de preencher a finalidade inicialmente pretendida, quando de sua generalização, há mais de 30 anos, transformando-se em um obstáculo à sua própria segurança no emprego’.

Na sequência, segue Amauri Mascaro Nascimento (2009, pp 1118-9) apresentando as soluções aventadas para superar as dificuldades no mercado que se atribuíam a origem à estabilidade:

a) A instituição, na ocasião, de um seguro-desemprego (in Programa de Ação Econômica do Governo para o biênio 1964-1966), que viria a substituir a estabilidade que os empregados, ao completarem dez anos de serviço na mesma empresa, adquiriam. A proposta não obteve aceitação. Só mais tarde é que foi elaborada uma legislação de seguro-desemprego, porém sem caráter substitutivo da estabilidade, não guardando com ela nenhuma relação; o seguro-desemprego foi favorecido, a partir de 1988, com a destinação dos recursos do PIS-Pasep determinada pela Constituição Federal aprovada nesse ano (CF de 1988, art. 239).

b) A supressão, pura e simples, da estabilidade com a instituição do FGTS, ideia que estava nas cogitações iniciais dos reformadores e que esbarrou, no entanto, em forte resistência dos trabalhadores ‘contra essa flagrante subtração de seus direitos tradicionais, conquistados após mais de trinta anos de lutas penosas’, além de não encontrar suporte na opinião dos juristas.

c) A manutenção do regime da estabilidade com a implantação, paralela, do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, oferecida ao trabalhador a oportunidade de escolher dentre os dois regimes, solução que prevaleceu. Assim instituiu-se no Brasil uma opção, a indenização com estabilidade ou FGTS. Em 1988, a Constituição Federal (art. 7º, I) extinguiu a estabilidade decenal.

Após listar as possíveis alternativas para mitigar os efeitos adversos da estabilidade decenal e chegar à solução encontrada pelos legisladores, para o estabelecimento de um regime dual, em que o empregado escolhe se prefere aderir ao regime de estabilidade decenal ou o regime do FGTS, e considerando que a Constituição de 1988 manteve o FGTS como único regime possível, Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 1119-1120) volta-se para a natureza dos depósitos judiciais e das indenizações a ele relacionadas.

Assim, descreveu, sucintamente, as teorias doutrinárias quanto à natureza dos depósitos do Fundo de Garantia:

Tributo: consideram-se os depósitos do FGTS como um tributo paralelo ao arrecadado pelo Estado como receita orçamentária, em face de seus fins sociais tendo como fato gerador o pagamento do salário. Seria um pagamento de natureza parafiscal.

Contribuição Previdenciária: tese em que o depósito bancário é mais contribuição de caráter previdenciário do que indenizatório. Houve realmente um propósito inicial do legislador no sentido de revestir o FGTS de caráter previdenciário, tanto assim que confiou a fiscalização do seu cumprimento ao INSS.

Natureza dupla: os depósitos não têm natureza jurídica comum. São depósitos em garantia ao empregado; já a multa, no momento da despedida, possui natureza indenizatória de antiguidade, prevista na CLT.

Teoria do salário diferido: sustenta que os depósitos são de natureza salarial, mas para utilização futura.

Teoria da obrigação dualista: as contribuições têm natureza fiscal e os depósitos levantados têm natureza de salário social.

Além dos depósitos do Fundo à conta vinculada, a Lei do FGTS (Lei nº 8.036/1990) também acrescentou multa devida ao empregador quando há despedida sem justa causa, prevista no art. 18, §1º:

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 dos respectivos juros.

A partir da interpretação do §1º do art. 18, da Lei nº 8.036/1990, percebe-se a natureza indenizatória da multa, uma vez que deve ser depositada na conta vinculada do empregado, tendo como fato gerador a despedida sem justa causa.

É obrigado a recolher, o empregador, *“pessoa física ou jurídica de direito privado ou público que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se na condição ou figurar como fornecedor da mão de obra”* (art. 15, §1º, Lei nº 8.036/99).

É beneficiado, como trabalhador, *“toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou a tomador de mão de obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”* (Idem, §2º).

Os diretores de empresas também podem ser, a critério destas, beneficiados, conforme define o art. 16 da mesma Lei:

Art. 16. Para efeito desta lei, as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor aquele que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.

A Lei cita os diretores não empregados – aqueles que exercem cargos de administração previstos em lei, estatuto ou contrato social, mas que não possuem vínculo laboral formalizado – que seria o caso dos cargos em comissão em empresas estatais. Dessa forma, trazendo a definição do art. 37, V, da Constituição Federal, os cargos em comissão são exclusivos para exercício de direção, chefia e assessoramento, cargos ligados diretamente à Alta Administração das empresas estatais, sendo os mesmos passíveis ou não do benefício dos depósitos do FGTS, dependendo do ânimo da empresa em equipará-los aos demais trabalhadores.

4 A *ratio* dos TRTs para o pagamento de contribuição ao FGTS e verbas indenizatórias

Este capítulo se dedicará a levantar e analisar as razões utilizadas em Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho para dar provimento ou não às demandas relativas aos institutos estudados, para os cargos em comissão celetista. Ao analisar as decisões, serão considerados três temas afeitos ao vínculo laboral no momento da rescisão:

1. o recolhimento patronal ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS;
2. o pagamento de multa de 40% do FGTS na demissão ad nutum; e
3. necessidade de aviso prévio ou aviso prévio indenizado.

Primeiramente, a maioria dos acórdãos analisados trouxeram como ponto basilar a exegese do art. 37, II da Constituição Federal do Brasil:

Art. 37 A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também ao seguinte: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para o cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.” (...) (grifo nosso).

No que tange ao referido artigo, para contratação de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, existem duas principais vertentes de interpretação.

A primeira interpretação é a de que o Serviço Público pode contratar seguindo dois regimes distintos: o estatutário, de natureza administrativa; e o celetista, no qual a Administração Pública equipara-se à iniciativa privada. Desta feita, no caso em que o cargo em comissão é regido pela CLT (objeto de análise deste trabalho), o mesmo se equipara à iniciativa privada, sendo a livre nomeação e exoneração uma característica do provimento, para dar maior agilidade à Administração, sem, no entanto, furtar-se de todos direitos trabalhistas prescritos na norma, principalmente os direitos rescisórios.

Conforme essa interpretação, decidiu a 12ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no processo nº 0000595-54.2015.5.02.0046, *in verbis*:

"

“(…)

Cumpra observar que a possibilidade de dispensa ad nutum implica na ausência de estabilidade no cargo e a dispensa de motivação no ato da dispensa. Mas isso não desonera a Administração Pública da sujeição às regras trabalhistas referentes à dispensa sem justa causa, mormente porque essas regras, o que inclui a disciplina do FGTS, são compatíveis com a contratação de modo precário.

A Administração Pública não pode ignorar as regras celetistas às quais se vinculou no momento da nomeação. Por isso, se contratou o servidor pelo regime da CLT, deve observar os ditames trabalhistas no ato da dispensa.” (Grifo nosso).

Assim, entendeu a turma que o art. 37, II da Constituição se aplica para dar maior dinamicidade e flexibilidade à Administração Pública, nos momentos de escolha e destituição de assessores e diretores de empresas estatais, para os chamados cargos de confiança. Todavia, sendo a regra em vigor a CLT, a Administração não pode se furtar de cumpri-la, considerando que este foi o regime escolhido no momento da contratação.

Mesma é a interpretação do TRT3, da Sétima Turma, no Acórdão nº 00390-2002-035-03-00-5, em que entende:

(...)tendo o reclamante exercido desde a contratação cargo em comissão, não há como excluí-lo do âmbito de aplicação das normas da CLT eis que este foi o regime jurídico eleito pelo Município na relação com seus servidores. Importante acrescentar também que o fato de a nomeação e exoneração terem sido feitas através de Portaria não descaracteriza a natureza do vínculo mantido entre as partes.

Do mesmo modo, entendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Acórdão nº 0022105-42.2017.5.04.0000 (MS):

(...) tal como referi em sede de decisão liminar, em que pese a natureza precária do vínculo (cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração), é impositiva a incidência da legislação trabalhista sob o contrato firmado sob sua égide, pois o ente público, na espécie, sociedade de economia mista, ao contratar sob o regime da CLT, nivela-se ao empregador privado quanto às obrigações trabalhistas, despojando-se do seu jus imperii (OJ 238 da SDI-1 do TST). As verbas rescisórias são devidas, porquanto se trata de contrato de trabalho, a teor do art. 477 da CLT, não tendo a impetrante impugnado os valores apontados pelo litisconsorte.

O que se denota dessas decisões favoráveis ao pagamento das verbas rescisórias é a aplicação conforme a lei, desconsiderando as nuances criadas pelo legislador aos empregos comissionados.

Destaca-se que, sob a ótica da autoridade nomeante, exige-se o estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade, que, por sua vez, denota a ideia de precariedade e temporariedade, em razão das muitas vezes necessárias trocas de comando da alta administração das empresas estatais. Empresas estatais essas que funcionam como braço operacional da administração direta, seja para execução de políticas públicas, seja para atuação no mercado de forma a suavizar distorções, em razão de lacunas da livre iniciativa e da liberdade de atuação das empresas privadas. Essa é a principal razão do art. 37, II, da Constituição Federal prever a existência desse tipo de cargo, e dotar a autoridade nomeante de livre capacidade para nomeação e exoneração.

O segundo destaque trata da natureza dos depósitos ao FGTS e da multa por rescisão contratual sem justa causa. A natureza dupla do FGTS, conforme a doutrina, se confirma em realidade por observar duas etapas distintas para os pagamentos, observados os artigos 15 e 16 da Lei nº 8.036/90. Os depósitos mensais à conta vinculada, durante a vigência do vínculo laboral, podem ser identificadas de diferentes formas – como de natureza previdenciária ou seguridade social – em razão de seu saldo ser liberado em situações previstas em lei, mas principalmente no caso de demissão – em que o empregado encontra-se em maior vulnerabilidade social; de natureza comum, considerando que a conta está vinculada diretamente ao empregado e em garantia dele; como salário diferido, ou seja, uma poupança forçada, que o empregado só poderá usufruir em situação de vulnerabilidade ou em casos de compra de imóvel próprio. Todavia, é indelével a natureza indenizatória da multa de 40% sobre o saldo da conta do FGTS, que está diretamente ligada à antiguidade do vínculo laboral e é devida em razão do princípio da continuidade da relação de trabalho, princípio esse que não possui aplicação aos empregos comissionados.

Dessa forma, o que se depreende das decisões favoráveis à observação das regras celetistas, nos Tribunais Regionais do Trabalho, é que, independente da forma de contratação e independente das especificidades inerentes ao emprego em comissão, ignora-se a precariedade e temporariedade do vínculo laboral; bem como também se ignora o entendimento pela inaplicabilidade dos conceitos quanto à natureza dos pagamentos do FGTS

combinada com a natureza do emprego em comissão, devendo ser observados denotativamente os ritos previstos no art. 477 da CLT .

A segunda interpretação caracteriza o art. 37, II da CF como uma norma autorizativa, para contratação em cargos de livre nomeação e exoneração, independente do regime. Há argumentação no sentido de que a legislação infraconstitucional que preveja a estabilidade provisória é interpretada de modo contrário ao ordenamento jurídico constitucional, de maneira a desfigurar o instituto das nomeações excepcionais para os cargos em comissão. Assim, não há como se interpretar que a CLT se sobrepõe à Constituição no que tange à livre nomeação e exoneração, por meio de seus instrumentos de perpetuação da relação empregatícia.

Este é o entendimento no Acórdão nº 0010457-5.2015.5.01.0022 (RO), da Primeira Turma, do TRT1:

CARGO EM COMISSÃO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. NATUREZA PRECÁRIA - AVISO PRÉVIO E INDENIZAÇÃO DO FGTS INDEVIDOS. Tendo sido a autora comprovadamente admitida por sociedade de economia mista para exercício de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal, não há que se falar em pagamento de aviso prévio e multa de 40% sobre o FGTS, parcelas típicas da dispensa trabalhista imotivada. Com efeito, não se aplicam ao vínculo jurídico havido entre as partes o princípio da continuidade da relação de emprego e as regras celetistas relativas à dispensa sem justo motivo, exatamente pela natureza precária do cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.

Outra razão, mas de mesma conclusão, perpassa pelas características da contratação e pela própria razão de existir do recolhimento patronal ao FGTS e das verbas rescisórias. A natureza precária do cargo, de acordo com a lei que o cria, influencia diretamente nas verbas indenizatórias puramente indenizatórias, que foram criadas com o intuito de preservar a continuidade da relação de emprego – o que de pronto já é refutado, sendo indefensável, nessa linha de pensamento, o pagamento de verbas rescisórias – mais especificadamente – o aviso prévio e a multa de 40% do saldo do FGTS.

Apesar de não trazer à baila discussões doutrinárias sobre o tema, a interpretação do caso se deu conforme a doutrina, buscando entender a natureza do vínculo empregatício criado pelo emprego em comissão e a natureza dos pagamentos do FGTS, principalmente quanto à multa de 40%, que é inequivocamente indenizatória – por contrariar o princípio da continuidade do emprego e que veio para substituir a estabilidade decenal.

Essa foi a interpretação utilizada no Acórdão 01533.2008.301.02.00-4-00, do TRT1, *in verbis*:

Servidor público. Emprego isolado, em comissão. O recorrente foi designado para o emprego isolado, de provimento em comissão, de Gerente de Programa Estratégico II, conforme Portaria n. 079/2005, assinada pelo Sr. Prefeito do Município.

A Emenda Constitucional n. 19/1998, alterou a redação do art. 39, CF, deixando de exigir o regime único; é possível, além do regime institucional, também a utilização pelos entes de Direito Público do regime de natureza contratual regulado pela CLT. A admissão do reclamante deu-se de acordo com o artigo 37, II, CF, parte final, isto é, sem aprovação em concurso público, para exercer a função atinente ao cargo em comissão mencionado, regido pela CLT. As atividades descritas pelo próprio recorrente caracterizam de forma indubitável as atribuições precípua de um ocupante de cargo em comissão; exsurge dos autos, pela descrição das atribuições efetuada pelo próprio reclamante, que as funções elencadas coadunam-se com o desempenho de funções de confiança, no caso, do Chefe do Executivo Municipal.

No caso em tela não se vislumbra nulidade na contratação, tampouco há que se exigir concurso público de provas ou de provas e título, já que trata da exceção permitida no inciso II do artigo 37, CF, na forma da Lei Municipal n. 3.193/2005.

O reclamante não tem direito à percepção de horas extras, por força da vedação expressa contida no artigo 45 da Lei Municipal n. 3.193/2005. Quanto aos pedidos de férias acrescidas de 1/3 e 13º salário, cumpre dizer que o reclamante recebeu tais verbas, como se vê pela “Folha de pagamento da exoneração do cargo de provimento em comissão – Lei Municipal n. 3.193/2005” – doc. 09, fls. 18. **E o FGTS é instituído que veio a substituir a anterior estabilidade; é típico da relação de emprego, não é devido no caso sob exame, em que o empregado desempenha função cujo requisito intrínseco é a demissibilidade ad nutum. Mantenho. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (grifo nosso)**

Todavia, há quem interprete que o recolhimento patronal ao FGTS ainda seja obrigatório, em razão de interpretação expansiva da natureza do FGTS, sendo devido a todo titular de vínculo celetista. Isso ocorre por desconsiderar o implemento do FGTS em substituição à estabilidade decenal, a partir da criação do Fundo, em 1966. Assim, ao levantar a regra de pagamento de um salário mínimo para cada ano trabalhado para contratos de até dez anos; e dois salários para contratos acima de dez anos, em caso de demissão motivada ou não, o FGTS foi criado para compensar o fim da regra, sendo obrigatório ao empregador depositar 8% dos salários pagos em conta vinculada do trabalhador. Essa interpretação pode ser ilustrada pelo Acórdão nº 00729.2009.301.02.00-2, do TRT2:

Da própria natureza jurídica do cargo em comissão, que pressupõe a livre nomeação e exoneração, decorre a permissibilidade da demissão injustificada, justamente porque se trata de modalidade de emprego demissível ad nutum.

Todavia, a precariedade que é característica da contratação ora discutida não exclui do trabalhador os direitos de natureza trabalhistas durante a vigência do liame, exceto os concernentes à rescisão imotivada, pelos motivos já explicitados em fundamentação.

Sendo assim, indevida a multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, por se tratar de título cuja percepção está condicionada à dispensa imotivada, o que não é a situação em tela.

Por outro lado, são devidos os depósitos de FGTS do período laborado, que deverão ser depositados na conta vinculada do autor (grifo nosso).

Assim, verifica-se que a jurisprudência dos Tribunais é heterogênea, havendo interpretações quanto à obrigatoriedade da Administração Pública Indireta adimplir com os pagamentos de verbas rescisórias para cargos em comissão de natureza celetista, defendendo que a exceção prevista no art. 37, II, da Constituição prevê exclusivamente a dispensa ao concurso público para acesso ao cargo, aplicando-se integralmente as regras previstas na legislação trabalhista.

Por outro lado, há acórdãos que relativizam a aplicação imediata das verbas rescisórias trabalhistas em razão da natureza precária do emprego em comissão, sem guardar relação direta com o vínculo laboral comum, que prevê, dentre seus princípios, a continuidade da relação de trabalho. Assim, relativizam-se os ritos previstos no art. 477 da CLT, sendo indevidos a multa de 40% do FGTS e o aviso prévio, indenizado ou não.

Dentre as decisões que não reconhecem a obrigatoriedade de pagamento das verbas rescisórias, há ainda divergências quanto aos depósitos em conta vinculada das parcelas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, mais uma vez considerando ou desconsiderando a natureza do vínculo empregatício, combinado à interpretação sobre a natureza e finalidade dos recursos depositados no FGTS. Dessa forma, há julgados que interpretam restritivamente a natureza do vínculo laboral, mas interpretam expansivamente a natureza dos recursos do Fundo, sendo devidos seus depósitos; ao passo que há interpretação restritiva sobre os dois temas, sendo indevidos os depósitos.

5 A ratio do TST para o pagamento de contribuição ao FGTS e verbas indenizatórias

Utilizando-se da mesma metodologia do capítulo anterior, busca-se levantar e analisar os racionais utilizados em Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho para dar provimento ou não às demandas relativas aos institutos estudados, para os cargos em comissão celetistas.

Em análise ao mérito, nota-se que as razões utilizadas pelo TST não diferem substancialmente das dos TRTs, sendo, inclusive o entendimento divergente entre as Turmas do Tribunal, principalmente a 3ª Turma, que até recentemente era favorável ao pagamento dos depósitos de FGTS e das verbas indenizatórias e a 5ª e 8ª Turmas, que já decidiram contrariamente ao pagamento das verbas indenizatórias, mas que não foram demandadas diretamente sobre os depósitos fundiários.

Conforme a interpretação favorável ao pagamento das verbas rescisórias, decidiu a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no RR-162500-81.2009.5.15.0122:

RECURSO DE REVISTA. CARGO EM COMISSÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA AD NUTUM. ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (ARTIGO 15 DA LEI 8.036/1990) E À MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. PRECEDENTE DA SBDI-1/TST. **A Administração Pública dispõe da opção de contratar pelos 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 fato de 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.** A Lei 9.962/2000 dispõe especificamente sobre o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Nos presentes autos estamos tratando de servidor municipal. Logo, a Lei 9.962/2000 é inaplicável ao caso em exame. Exatamente como entendido pela egrégia Corte Regional, para que seja preenchido um cargo em comissão, **penso que o artigo 37, II, da CF apenas enfatizou que não haverá estabilidade no provimento de confiança (própria daquele que se submete a concurso público), prescindindo, contudo, de motivação para que seja exonerado. Ou, nas palavras do Exmo. Ministro Alberto Bresciani, externadas em julgados desta egrégia 3ª Turma, "(...) 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 (...)"**. Afora essa distinção, extrai-se que 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. Não se defluiu, ainda, do mesmo dispositivo, que haja aplicação de regime administrativo ou de regime celetista. Excetuando-se a "estabilidade" e a "motivação" (únicas exigências da Constituição Federal) aplica-se no restante o regime jurídico por meio do qual o trabalhador fora contratado, no caso, o trabalhista. O MUNICÍPIO, ao escolher contratar pelas regras do regime celetista, deve dar cumprimento à legislação infraconstitucional, no caso, o artigo 15 da Lei 8.036/1990. Em 2/10/2014, a egrégia Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, ao julgar o processo TST-E-RR-72000-66.2009.5.15, Relator Ministro Augusto César de Carvalho, pendente de publicação, decidiu no mesmo sentido. Recurso de revista não conhecido. (Grifo nosso)

Mesmo é o entendimento no RR-74000-08.2008.5.23.0007:

SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. CONTRATAÇÃO SOB O REGIME CELETISTA. DEPÓSITOS DE FGTS E FÉRIAS EM DOBRO. Conforme a previsão contida no art. 37, II, da CF, os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, marcados pelo caráter precário e transitório. Entretanto, ainda que se trate de cargo em comissão demissível ad nutum, por se tratar de vínculo celetista, o Município não pode deixar de aplicar a legislação trabalhista a qual se vinculou. Cumpre ressaltar que o adicional de um terço sobre as férias do servidor público encontra amparo constitucional no art. 39, § 3º, da CF. O pagamento das férias fora o prazo previsto acarreta o recebimento em dobro, incluído o terço constitucional, nos termos da Súmula nº 450 do TST. Quanto aos depósitos do FGTS, esta Corte consolidou o entendimento de que o empregado público, nomeado para exercer cargo em comissão, sob o regime celetista, faz jus aos depósitos do FGTS, uma vez que não se trata de servidor público sujeito a regime jurídico-administrativo. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (Grifo nosso).

Não diferente é a interpretação, do RR 1751-80.2011.5.15.0038, de lavra da mesma

Turma:

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. (Grifo nosso).

Da mesma forma que os acórdãos dos TRTs favoráveis ao pagamento das verbas rescisórias, entendia a 3ª Turma da SBDI que o art. 37, II da Constituição se aplica para dar maior dinamicidade e flexibilidade à Administração Pública, nos momentos de escolha e

destituição de assessores e diretores de empresas estatais, para os chamados cargos de confiança. Todavia, sendo a regra em vigor a CLT, a Administração não pode se furtar de cumpri-la, considerando que este foi o regime escolhido no momento da contratação.

A segunda interpretação caracteriza o art. 37, II da CF como uma norma autorizativa para contratação em cargos de livre nomeação e exoneração, independentemente do regime. Há argumentação no sentido que a legislação infraconstitucional que prevê a estabilidade provisória é interpretada de modo contrário ao ordenamento jurídico constitucional, de maneira a desfigurar o instituto das nomeações excepcionais para os cargos em comissão. Assim, não há como interpretar que a CLT se sobrepõe à Constituição no que tange à livre nomeação e exoneração, por meio de seus instrumentos de perpetuação da relação empregatícia.

Assim entendem a 5ª Turma da SBDI do TST, no julgamento do RR 944-55.2013.5.09.0653:

CARGO EM COMISSÃO. REGIME CELETISTA. VERBAS RESCISÓRIAS. PAGAMENTO. MULTA DE 40% SOBRE O FGTS E AVISO PRÉVIO. PROVIMENTO. Os ocupantes de cargos de livre nomeação e exoneração providos na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal não são detentores das garantias de permanência e nem estão assistidos pela legislação trabalhista, de modo que não fazem jus ao pagamento de verbas rescisórias por ocasião da exoneração ad nutum. Destarte, não há falar em direito à multa de 40% do FGTS e ao aviso prévio. Precedentes.

Tal espécie de contratação pelo Poder Público, segundo a literalidade do dispositivo citado, prescinde de concurso público; todavia, **os ocupantes desses cargos não são detentores das garantias de permanência nem estão assistidos pela legislação trabalhista, pois, por sua própria natureza - de confiança -, são de livre nomeação e exoneração, de acordo com critérios de conveniência do administrador.**

Não há falar, portanto, em direito à multa de 40% do FGTS e ao aviso prévio, porque, diante do que dispõe o aludido preceito, a destituição do cargo em comissão não pode ser equiparada à dispensa imotivada, sob pena de restar contrariada a norma constitucional, que admite a exoneração ad nutum.

Esta colenda Corte Superior, inclusive, tem entendimento no sentido de que o pagamento de verbas rescisórias ao servidor ocupante de cargo em comissão é incompatível com o regime previsto no artigo 37, II, da Constituição Federal. (Grifo nosso).

Mesmo é o entendimento da 8ª Turma, no RR - 10079-41.2016.5.03.0140:

RECURSO DE REVISTA. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. VERBAS RESCISÓRIAS. Prevalece nesta Corte o entendimento de que o ocupante de cargo em comissão, ainda que contratado sob o regime celetista, não faz jus ao pagamento das

parcelas decorrentes da dispensa imotivada, por se tratar de contratação a título precário, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.

Em mais recente decisão da 3ª Turma da SBDI, sob relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, a referida Turma mudou seu entendimento sobre o pagamento das verbas rescisórias para empregados comissionados, conforme ementa do RR-10592-10.2014.5.01.0051:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. 2. CARGO EM COMISSÃO DO ART. 37, II, CF. ENTIDADE ESTATAL. REGIME CELETISTA. VERBAS RESCISÓRIAS. INDEVIDAS. O entendimento desta Corte, de acordo com a atual jurisprudência da SBDI-1/TST, é de que, em se tratando de empregado de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, em razão de seu caráter precário, no caso de ruptura do pacto por ato do empregador público, o trabalhador não fará jus ao recebimento das verbas rescisórias, mesmo que regido pela CLT, sendo garantido ao empregado apenas o depósito do FGTS. Assim, à luz da atual jurisprudência da SDI-I, encontra-se superado o entendimento desta 3ª Turma sobre a matéria, no sentido de que a contratação de empregado público para cargo em comissão, mediante regime jurídico celetista, enquadraria 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. Na hipótese dos autos, o TRT indeferiu o pagamento das verbas rescisórias à Autora, manifestando entendimento consoante a nova jurisprudência desta Corte. Entretanto, o Regional negou à Reclamante o direito aos depósitos do FGTS, parcela devida em tais hipóteses. Por tais razões, o recurso de revista merece parcial provimento apenas para garantir à Reclamante os valores relativos aos depósitos do FGTS. Julgados. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

Complementarmente à ementa, transcrevo também excerto do voto do Ministro Godinho Delgado, de forma a clarificar ainda mais o entendimento da corte superior trabalhista:

Quanto ao tema “cargo em comissão – verbas rescisórias”, o entendimento desta Corte, de acordo com a atual jurisprudência da SBDI-1/TST, é de que, **em se tratando de empregado de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, em razão de seu caráter precário, no caso de ruptura do pacto por ato do empregador público, o trabalhador não fará jus ao recebimento das verbas rescisórias, mesmo que regido pela CLT, sendo garantido ao empregado apenas o depósito do FGTS.** Assim, à luz da atual jurisprudência da SDI-I, encontra-se superado o entendimento desta 3ª Turma sobre a matéria, no sentido de que a contratação de empregado público para cargo em comissão mediante regime jurídico celetista, enquadraria 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. (...)

Na hipótese dos autos, o TRT deu provimento ao recurso ordinário patronal e indeferiu o pagamento das verbas rescisórias à Autora, manifestando entendimento consoante a nova jurisprudência desta Corte. Entretanto, o Regional negou à Reclamante o direito aos depósitos do FGTS, parcela devida em tais hipóteses. (Grifo nosso).

O que se denota da mudança de entendimento na 3ª Turma é o maior alinhamento à prevalência da exceção prevista no art. 37, II, da Constituição Federal, frente às normas da CLT. Todavia, a grande diferença entre a 3ª Turma e as demais consiste em considerar procedentes os pedidos para os depósitos em conta vinculada das parcelas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, mais uma vez considerando ou desconsiderando a natureza do vínculo empregatício, combinado à interpretação sobre a natureza e finalidade dos recursos depositados no FGTS. Dessa forma, os julgados mais recentes interpretam restritivamente a natureza do vínculo laboral, mas interpretam expansivamente a natureza dos recursos do Fundo, sendo devidos seus depósitos, o que parece ser a tendência de normalização dentro do TST e, posteriormente, nos TRTs.

Conclusão

Considerando todos conceitos teóricos trazidos por este trabalho, o que se pretende alcançar, neste capítulo, é a concatenação de conceitos e decisões jurisprudenciais para chegar a uma decisão considerada adequada, frente à Lei, doutrina e jurisprudência. Ao analisar a doutrina e as decisões, chega-se à conclusão que este é um tema ainda pouco explorado, sendo raros os estudos sobre o tema e ainda mais escassos conceitos operacionais bem definidos para o deslinde da questão. Isso acaba por refletir também na profundidade da jurisprudência dos tribunais, que acabam por se basear unicamente na letra da Lei, em muitos casos, omissa ou superficial.

Na jurisprudência, o que se verificou foram decisões em sua maioria superficiais, em que buscaram exclusivamente privilegiar os comandos da CLT e da Lei nº 8.036/90 em detrimento do comando do art. 37, inciso II, por entender que a ressalva dada em sua parte final, apesar de dotar o vínculo empregatício de precariedade e temporariedade, não alcançava o dever de todo empregador em adimplir com as verbas rescisórias puramente indenizatórias – naturais de um vínculo empregatício comum.

Assim, abordou-se o tema, nos tribunais, sem considerar profundamente o alcance da precariedade e temporariedade do vínculo laboral do emprego em comissão, bem como deixou-se de lado a natureza dos pagamentos ao FGTS e sua multa de 40%, em caso de rescisão contratual sem justa causa. Ainda mais profundamente: deixou-se de discutir a natureza de cada pagamento previsto para a rescisão do contrato de trabalho, balanceando a letra da lei e as características do vínculo laboral do empregado comissionado.

Em primeiro lugar, tratou-se da suposta lacuna do art. 37, II, da Constituição Federal, em que define a investidura em cargo ou emprego público dependente 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, ressalvando apenas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, mas não falando da possibilidade de emprego em comissão.

Assim, qual seria o conceito de cargo em comissão? Ao consultar o inciso V do mesmo art. 37, verifica-se que cargo em comissão são aqueles postos ligados às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Art. 37. 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:

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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;

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Ao cotejar conjuntamente os incisos II e V, chegou-se à conclusão que os acessos aos cargos sem concurso público só podem ocorrer em virtude de ocupação de cargos de direção, chefia e assessoramento, situados nos patamares mais altos da hierarquia administrativa.

Como já delimitado, SUNDFELD e SOUZA (2006, p. 32) definiram que a razão para facilitação deste tipo de acesso é a necessidade que os postos sejam ocupados por pessoas alinhadas com o plano de governo da chefia do Poder Executivo, democraticamente eleita, evitando a possibilidade de desalinhamento dos empregados de carreira com o plano a ser implementado, anulando os efeitos benéficos da alternância de poder.

Ademais, as empresas públicas, principalmente as dependentes, funcionam como braço operacional da Administração Direta, executando políticas públicas ou atuando no mercado de forma a salvaguardar direitos constitucionalmente previstos dentro do mercado. Caso fosse exigido concurso para acesso a estes postos, poderia ser comprometida a especial relação de confiança que deve existir entre a mais alta hierarquia da empresa.

Chegou-se à conclusão também que, apesar da exceção aludida na parte final do inciso II do art. 37, ao remeter apenas a palavra cargo, não faz o menor sentido supor que o mesmo se reporte exclusivamente a cargos submetidos ao regime estatutário. Assim, não há dúvidas de que a parte final do inciso II do art. 37 da CF faz remissão a ambos regimes jurídicos quando define a exceção ao concurso e define a livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão, sendo cargo em comissão sinônimo de emprego em comissão.

Ao buscar, na lei e na doutrina, as características mais importantes do emprego/cargo em comissão, a primeira e mais visível característica é aquela prevista no texto constitucional:

a livre nomeação e exoneração. Em consonância com MEIRELES (2013, p. 344), o ato de despedir o empregado, no caso exarado no art. 37, II, é ato potestativo do empregador, em que a faculdade de agir do titular do direito não se correlaciona a uma prestação de outrem.

Em suma, quando se está diante de uma situação na qual em face da conduta (vontade) de uma pessoa, se constitui, modifica ou se extingue uma relação jurídica, independente da vontade alheia, fica claro que, na manifestação de vontade do titular do direito (empregador) de rescindir livre e imotivadamente a relação laboral, se constitui em direito subjetivo deste. Ao direito de rescindir, se contrapõe o dever de se abster em sentido contrário.

A única proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa prevista na legislação atual, considerando o efeito indenizatório do ato antijurídico, está limitada ao pagamento de quantia equivalente a 40% dos depósitos devidos a título de FGTS e o levantamento dos valores depositados na conta vinculada do FGTS. Todavia, considerando o texto constitucional, não há dever de indenizar perante pois ele foi autorizado constitucionalmente.

Ao considerar que a despedida sem motivação do empregado é ato antijurídico e que este ato traz consigo o dever de indenizar o empregado, buscou-se verificar a natureza dos pagamentos relativos ao FGTS, de forma a validar a necessidade de o empregador adimplir em razão do vínculo celebrado de cargos em comissão celetista.

A primeira característica identificada neste estudo sobre o FGTS foi que o mesmo se constitui em alternativa ao regime de estabilidade no emprego, instituído pela CLT, que garantia indenização ao trabalhador estável demitido sem justa causa.

Adicionalmente, definiu-se na doutrina que o FGTS é um sistema de depósitos efetuados pelo empregador em conta bancária de titularidade do empregado, sob gestão da Caixa Econômica Federal, com um conselho curador, para utilização do empregado nas hipóteses previstas na lei.

A Lei do FGTS (Lei nº 8.036/1990) prevê multa devida ao empregador quando há despedida sem justa causa, prevista no art. 18, §1º:

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 dos respectivos juros.

A partir da interpretação do §1º do art. 18, da Lei nº 8.036/1990, percebe-se a natureza indenizatória da multa, uma vez que a mesma deve ser depositada na conta vinculada do empregado, tendo como fato gerador a despedida sem justa causa

Todavia, ainda paira a dúvida sobre a natureza dos depósitos e o posterior levantamento dos valores da conta vinculada. Para tentar dirimi-la, buscou-se na doutrina teorias sobre a natureza do FGTS.

O FGTS como tributo paralelo, para auferir receita orçamentária para fins sociais, em que o fato gerador é o pagamento de salário; o FGTS como contribuição previdenciária, considerando que a intenção inicial tem caráter de seguridade social, como suporte nos casos em que o empregado é demitido; o FGTS como contribuição de natureza dupla, que considera os depósitos como de natureza jurídica comum e o recebimento da multa de 40%, no momento da despedida, como de natureza indenizatória; o FGTS como salário diferido, em que os depósitos têm natureza salarial, mas para utilização futura.

Segundo a Lei, é obrigado a recolher o empregador, *“pessoa física ou jurídica de direito privado ou público que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se na condição ou figurar como fornecedor da mão de obra”* (art. 15, §1º, Lei nº 8.036/99).

É beneficiado, como trabalhador, *“toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou a tomador de mão de obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”* (*Idem*, §2º).

Considerando as diferentes naturezas dos depósitos e levantamento da conta vinculada, percebe-se que algumas teorias iriam de encontro à natureza jurídica do vínculo laboral em questão. Nomeadamente, o levantamento dos depósitos, quando considerados tanto

na natureza dupla, quanto na teoria de obrigação dualista, apresentam características incompatíveis.

A natureza dupla, em razão do levantamento ser considerado indenizatório por antiguidade; e a natureza de obrigação dualista pelo levantamento ter característica de salário social (o que nos leva a crer que o empregado em comissão se encontra em situação de vulnerabilidade social, em razão da perda do emprego).

Para as demais teorias, os depósitos e levantamento dos valores da conta vinculada não parecem estar em contraposição à natureza do vínculo laboral. Nem mesmo o levantamento como salário social parece estar em conflito direto, considerando que são valores pagos e capitalizados individualmente ao empregado.

Dessa forma, considerando as definições do art. 15, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.036/1990 e da natureza não conflitante dos depósitos e levantamentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não há óbice legal para o adimplemento aos empregados comissionados.

Ao trazer as conclusões sobre as aplicações conceituais para a jurisprudência já demonstrada neste trabalho, deve-se levar em consideração que a maioria dos acórdãos analisados não se aprofundaram quanto à natureza dos pagamentos mensais, do levantamento do saldo e do pagamento da indenização. Limitaram-se a trazer, como ponto basilar, a exegese do art. 37, II da Constituição Federal. No que tange ao referido artigo, para contratação de cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, identificou-se duas principais vertentes de interpretação.

A primeira interpretação é que, caso o cargo em comissão seja regido pela CLT, o mesmo se equipara à iniciativa privada, sendo a livre nomeação e exoneração uma característica do provimento, para dar maior agilidade à Administração, sem, no entanto, furtar-se de todos direitos trabalhistas prescritos na norma, principalmente os direitos rescisórios.

Assim, entende essa visão que o art. 37, II da Constituição Federal se aplica para dar maior dinamicidade e flexibilidade à Administração Pública, nos momentos de escolha e destituição de diretores, chefes e assessores de empresas estatais, para os chamados cargos de confiança. Todavia, sendo a regra em vigor a CLT, a Administração não pode se furtar de cumpri-la, considerando que este foi o regime escolhido no momento da contratação.

O que se denota dessas decisões favoráveis ao pagamento das verbas rescisórias é a aplicação conforme a lei, desconsiderando as nuances criadas pelo legislador aos empregos comissionados.

Desconsidera-se, assim, sob a ótica da autoridade nomeante, a necessidade de estabelecimento de vínculo de confiança ou fidelidade, que, por sua vez, denota a ideia de precariedade e temporariedade, em razão das muitas vezes necessárias trocas de comando da alta administração das empresas estatais.

Dessa forma, o que se depreende das decisões favoráveis quanto à observação das regras celetistas rescisórias nos Tribunais é que, independente da forma de contratação e das especificidades inerentes ao emprego em comissão, ignora-se a precariedade e temporariedade do vínculo laboral; bem como também se ignora o entendimento pela inaplicabilidade dos conceitos quanto à natureza dos pagamentos das indenizações previstas no regime do FGTS, combinada com a natureza do emprego em comissão, devendo ser observados literalmente os ritos previstos no art. 477 da CLT .

A segunda interpretação dota o art. 37, II, da Constituição Federal como uma norma autorizativa, para contratação de cargos de livre nomeação e exoneração, independente do regime. Entende-se que a legislação infraconstitucional denota comando contrário ao ordenamento jurídico constitucional, de maneira a desfigurar o instituto das nomeações excepcionais para os cargos em comissão. Assim, não há como a CLT sobrepor-se à constituição no que tange à livre nomeação e exoneração, por meio de seus instrumentos de perpetuação da relação empregatícia.

Outra linha argumentativa, mas de mesma conclusão, perpassa pelas características da contratação e pela própria razão de existir do recolhimento patronal ao FGTS e das verbas rescisórias. A natureza precária do cargo, de acordo com a lei que o cria, influencia diretamente nas verbas indenizatórias, que foram criadas com o intuito de preservar a continuidade da relação de emprego – o que de pronto já é refutado, sendo indefensável, nessa linha de pensamento, o pagamento de verbas rescisórias.

Todavia, há decisões que interpretam o recolhimento patronal ao FGTS como obrigatório, em razão de interpretação expansiva da natureza do FGTS e da redação do art. 15 da Lei nº 8.0036/90, sendo devido o depósito a todo titular de vínculo celetista. Isso ocorre

por desconsiderar o implemento do FGTS em substituição à estabilidade decenal, a partir da criação do Fundo, em 1966.

Assim, verifica-se que a jurisprudência dos Tribunais é heterogênea e pouco aprofundada, havendo interpretações quanto à obrigatoriedade da Administração Pública Indireta adimplir com os pagamentos de verbas rescisórias para cargos em comissão de natureza celetista, defendendo que a exceção prevista no art. 37, II, da Constituição prevê exclusivamente a dispensa ao concurso público para acesso ao cargo, aplicando-se integralmente as regras previstas na legislação trabalhista.

Por outro lado, há acórdãos que relativizam a aplicação imediata das verbas rescisórias trabalhistas puramente indenizatórias em razão da natureza precária do emprego em comissão, sem guardar relação direta com o vínculo laboral comum, que prevê, dentre seus princípios, a continuidade da relação de trabalho. Assim, relativizam-se os ritos previstos no art. 477 da CLT, sendo devidos a multa de 40% do FGTS e o aviso prévio, indenizado ou não.

Dentre as decisões que não reconhecem a obrigatoriedade de pagamento das verbas rescisórias, há ainda divergências quanto aos depósitos em conta vinculada das parcelas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, mais uma vez considerando ou desconsiderando a natureza do vínculo empregatício, combinado à interpretação sobre a natureza e finalidade dos recursos depositados no FGTS. Dessa forma, há julgados que interpretam restritivamente a natureza do vínculo laboral, mas interpretam expansivamente a natureza dos recursos do Fundo, sendo devidos seus depósitos; ao passo que há interpretação restritiva sobre os dois temas, sendo devidos os depósitos.

Assim, diante do levantamento doutrinário e jurisprudencial, denota-se uma carência conceitual quanto à natureza do vínculo celebrado para os cargos em comissão celetistas, bem como não se buscou aprofundar a natureza dos depósitos, levantamentos e pagamento de multa por rescisão contratual injustificada, apesar de, recentemente, no julgamento do RR-10592-10.2014.5.01.0051, ter-se chegado a um resultado condizente à contraposição da Lei, princípios e doutrina, em que se consideram indevidas as verbas rescisórias puramente indenizatórias (multa de 40% e aviso prévio), em razão da natureza temporária e precária do vínculo laboral, que não enseja ruptura inesperada da relação de trabalho. Em verdade, essa

ruptura é prevista e previamente explicitada ao ocupante do cargo, não sendo devida a multa de 40%.

Quanto ao pagamento do FGTS, verifica-se maior dificuldade em classificar a natureza dos depósitos e do posterior levantamento dos valores. Isso ocorre em razão das transformações que o próprio Fundo sofreu, principalmente com a edição da Lei nº 8.036/90. Em seu art. 15, § 1º, obriga o pagamento a toda *“pessoa física ou jurídica de direito privado ou público que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se na condição ou figurar como fornecedor da mão de obra”*; ao passo que o §2º define que é beneficiado *“toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou a tomador de mão de obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”*.

A principal informação a ser extraída é que o §2º prevê exceções na sua parte final, dedicando-as aos servidores militares e civis sujeitos a regime jurídico próprio, deixando de lado os empregados públicos, ainda que em caráter precário.

Dessa forma, inclina-se este trabalho a concluir que os depósitos do FGTS são devidos aos empregados comissionados, pela exegese do art. 15, §2º, da Lei nº 8.036/90 e pela grande modificação por que passou o regime e finalidade do FGTS ao longo dessas quase seis décadas de existência. Ainda que, por matriz principiológica e conceitual, se concluísse pela não obrigatoriedade dos depósitos, em razão de sua natureza tributária ou previdenciária, o valor não depositado deveria ser revertido ao salário direto do empregador, sendo inócua a decisão pelo viés financeiro da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

CONSELHO CURADOR DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Fazendo Justiça: - a história do FGTS. Coleção FGTS 40 anos em Tempo Real*. 2006. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorios-aco-es-resultados-fgts/Livro40Anos_F.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

FREITAS, R.; LIMA, T. M. Metodologia de análise de decisões. *Universitas Jus*, v. 2, n. 0, 16 mar. 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. Estabilidade. In: *Curso de Direito do Trabalho*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 393–418.

MAIRO, J. L. S. Servidor Público. In: *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 297–327.

MARANHÃO, D.; LIMA TEIXEIRA, J. de. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). In: SUSSEKIND, A. *et al.* (Org.). *Instituições de Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 649–683.

MEIRELES, E. Natureza Jurídica e Limites da Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa. In: TEPEDINO, G. *et al.* (Org.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 343–357.

MENEZES, M. DE A. Interpretação do Caput do art.º da Constituição Brasileira. In: *Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2003. p. 299–304.

NASCIMENTO, A. M. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). In: *Curso de Direito do Trabalho*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1117–11134.

PLÁ RODRIGUES, A. Princípio da Continuidade. In: *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 239–338.

SUNDFELD, C. A.; SOUZA, R. P. de. As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 29-40, jan. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42539/41306>>. Acesso em: 4 nov. 2018.