



Protocolo: 15.307.470-4

Interessado: SEAP

Assunto: Ofício nº 372/2018-GS – CONSULTA SEAP – CARGO EM COMISSÃO - FGTS

PARECER Nº35 /2018 - PGE

**CARGO EM COMISSÃO ESTATUTÁRIO -
RECOLHIMENTO FGTS - IMPOSSIBILIDADE -
APLICABILIDADE DO PREJULGADO 25 DO TCE/PR.**

1. Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Secretário de Estado da Administração e da Previdência sobre o recolhimento do FGTS em duas situações: i) é devido o recolhimento de valores ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS para os empregos públicos comissionados? ii) É devido o recolhimento de FGTS para empregados públicos que são nomeados para cargos de provimento em comissão estatutários, na Administração Pública Paranaense? iii) Caso a resposta do item “ii” seja afirmativa, qual deve ser a base de cálculo para o recolhimento do FGTS (sobre o vencimento, o salário ou a remuneração?).

Tal questionamento se deve ao formulado pela 3ª Inspeção de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado a SEAP.



O protocolado foi encaminhado à Procuradoria-Geral do Estado sendo, num primeiro momento, distribuído à Procuradoria Trabalhista. O Procurador Julio Zem emitiu o parecer nº 02/2018 – PRT tratando da primeira questão e sugerindo que as demais questões fossem encaminhadas ao setor competente para manifestação.

Pelo Despacho nº 278/2018-PGE/CCON, o presente protocolo foi distribuído ao Grupo Permanente de Trabalho GPT9 – Servidores Públicos, diante da especialidade da matéria a ser tratada nos questionamento de nºs “ii” e “iii” do ofício nº 372/2018 - GS.

É o relatório.

2. RECOLHIMENTO DO FGTS – CARGO EM COMISSÃO ESTATUTÁRIO

Indaga o Secretário de Estado da Administração e da Previdência se: ii) É devido o recolhimento de FGTS para empregados públicos que são nomeados para cargos de provimento em comissão estatutários, na Administração Pública Paranaense? iii) Caso a resposta do item “ii” seja afirmativa, qual deve ser a base de cálculo para o recolhimento do FGTS (sobre o vencimento, o salário ou a remuneração?).

Feita essa consideração, passa-se a analisar a legislação aplicável às questões em debate.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, incisos II e V, ao tratar do cargo em comissão, estabelece que:

“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:

...

V. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores 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 as atribuições de direção, chefia e assessoramento. " gn

Analisando a Constituição Federal, verifica-se que: (i) o acesso aos cargos e empregos públicos depende da aprovação em concurso público, porém, (ii) há exceção para o cargo em comissão que é considerado de livre nomeação e exoneração.

De início, verifica-se que o servidor público, detentor de cargo público efetivo, tem um vínculo estatutário com a Administração Pública e portanto seu regime jurídico é regido pelas normas estatutárias. O cargo em comissão, que pode ser exercido por servidor efetivo, empregado público ou terceiro estranho à administração pública, tem uma natureza excepcional, ou seja, uma relação jurídica-administrativa com o ente público que o diferencia dos demais.

Por isso, que a Carta Magna prevê que o cargo em comissão destina-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, sendo de livre nomeação e exoneração.

Assim, em razão da natureza jurídica do cargo em comissão, deve-se verificar sua compatibilidade com o instituto do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, que, previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas e regulamentado pela Lei nº 8.036/90, tem por escopo principal proteger o trabalhador contra despedidas sem justa causa.

A Lei nº 8.036/90 estabelece que:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os artigos 457 e 458



da CLT e a gratificação de natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4749, de 12 de agosto de 1965.

Parágrafo 1º. Entende-se por trabalhador toda pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

Parágrafo 2º. **Considera-se trabalhador 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 próprio.**
(grifo nosso)

Da leitura da lei, chega-se à conclusão de que os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime próprio são excepcionados pela referida legislação e, portanto, não tem direito ao recolhimento do FGTS.

A dúvida que surge na interpretação desse dispositivo é sobre o recolhimento do FGTS com relação aos empregados públicos no exercício do cargo em comissão estatutário.

Ora, embora a lei não seja expressa ao excepcionar os detentores do cargo de comissão estatutário da sua abrangência normativa, é através da interpretação sistemática das normas constitucionais que se conclui que esses também não são contemplados pela referida norma.

Aliás, é nesse sentido que decidiu o Tribunal de Contas do Estado do Paraná no prejudgado 25 ao estabelecer entre seus enunciados que:

“viii. É vedado(a):

a. A acumulação de cargos em comissão e funções comissionadas e o estabelecimento de gratificação por tempo integral e dedicação exclusiva a ocupante de cargo em comissão;

b. A cessão do servidor ocupante de cargo comissionado a outro órgão



caso configurada desvinculação hierárquica da autoridade nomeante;
c. A remuneração a título de hora extra aos ocupantes de cargo em comissão e funções de confiança;
d. O recolhimento de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para servidores ocupantes de cargo em comissão;” gn

De igual forma, já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no pedido de reexame TC-002142/026/13:

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

(Pedido de reexame nº TC-002142/026/13, RELATOR CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA, TRIBUNAL PLENO, SESSÃO DE 30/11/2016)

O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ao analisar consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Pinheiros, foi no mesmo sentido:

NÃO CABE AOS MUNICÍPIOS EFETUAR OS DEPÓSITOS DE FGTS AOS AGENTES PÚBLICOS COMISSIONADOS, SEJAM ESTATUTÁRIOS OU CELETISTAS, EM RAZÃO DA NATUREZA DO CARGO/EMPREGO QUE OCUPAM - NÃO CABE AOS MUNICÍPIOS EFETUAR OS DEPÓSITOS DE FGTS AOS AGENTES PÚBLICOS DESIGNADOS TEMPORARIAMENTE-Dts, EM RAZÃO DO CARÁTER EMINENTEMENTE TEMPORÁRIO DO CARGO. (PARECER/CONSULTA TC-19/2017-PLENÁRIO, RELATOR SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO, Data da Sessão:31/10/2017)

É importante consignar que, de maneira majoritária, a Justiça Comum Estadual, ao tratar sobre o tema, tem o mesmo posicionamento adotado pelas Cortes de Contas acima referidas, conforme os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE SÃO FIDÉLIS. SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. FGTS. INCOMPATIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DANO MORAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.



1. Nos termos do artigo 37, II da CRFB, os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração e, portanto, o vínculo de seus detentores com a Administração é de natureza precária e transitória.

2. O servidor admitido para cargo em comissão submete-se às condições a ele inerentes, dentre as quais a possibilidade de dispensa ad nutum, o que afasta o direito ao recolhimento de FGTS.

3. Precedentes Jurisprudenciais.

NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL 0002189-02.2014.8.19.0051, RELATORA DES^a MÔNICA SARDAS, julgado em 16/05/2018). gn

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE FGTS – SENTENÇA QUE DECLARA NULO CONTRATO DE TRABALHO E DETERMINA AO MUNICÍPIO O PAGAMENTO DE FGTS. SERVIDOR NOMEADO EM COMISSÃO – DEMISSÃO 'AD NUTUM' – RELAÇÃO JURÍDICO ADMINISTRATIVA DE TRABALHO – CONTRATO VÁLIDO – PEDIDO IMPROCEDENTE – DEPÓSITO DO FGTS INDEVIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

(TJMS, APELAÇÃO 0800370-79.2014.8.16.0022, RELATOR DES. NÉLIO STÁBILE, julgado em 11/09/2018)

Além disso, observa-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, nessas questões que envolvem a Administração Pública e o servidor, fundadas em vínculo jurídico-administrativo, mesmo no exercício do cargo em comissão, a competência é da Justiça Comum. Por oportuno, citam-se as seguintes decisões:

EMENTA Agravo regimental na reclamação. Administrativo e Processual Civil. Dissídio entre servidor e o poder público. ADI nº 3.395/DF-MC. Cabimento da reclamação. Incompetência da Justiça do Trabalho. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade das decisões deste Tribunal (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, CF/88). Não se reveste de caráter primário ou se transforma em sucedâneo recursal quando é utilizada para confrontar decisões de juízos e tribunais que afrontam o conteúdo do acórdão do STF na ADI nº 3.395/DF-MC. 2. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo. O problema relativo à publicação da lei local que institui o regime jurídico único dos servidores públicos ultrapassa os limites objetivos da espécie sob exame. 3. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se quererem verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza



símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, ainda que desvirtuada ou submetida a vícios de origem. 4. Agravo regimental não provido.

(Rcl 7857 AgR/CE, RELATOR MINISTRO DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, DJU 01/03/2013). gn

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DISSÍDIO ENTRE SERVIDOR E O PODER PÚBLICO – ADI nº 3.395/DF-MC – CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. A reclamação é meio hábil para conservar a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia de suas decisões. Não se reveste de caráter primário ou se transforma em sucedâneo recursal quando é utilizada para confrontar decisões de juízos e tribunais que afrontam o conteúdo do acórdão do STF na ADI nº 3.395/DF-MC. 2. Compete à Justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo. É irrelevante a argumentação de que o contrato é temporário ou precário, ainda que haja sido extrapolado seu prazo inicial, bem assim se o liame decorre de ocupação de cargo comissionado ou função gratificada. 3. Não descaracteriza a competência da Justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requerer verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, posto que desvirtuada ou submetida a vícios de origem, como fraude, simulação ou ausência de concurso público. Nesse último caso, ultrapassa o limite da competência do STF a investigação sobre o conteúdo dessa causa de pedir específica. 4. Agravo regimental provido para declarar a competência da Justiça comum.

(Rcl 5989 AgR/TJ, RELATOR PARA ACÓRDÃO MINISTRO DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, DJU 18/05/2011)

Portanto, não é possível o recolhimento do FGTS para o cargo em comissão estatutário, por ausência de fundamento legal, somado ao fato de que a natureza jurídica excepcional desse cargo possibilita a livre nomeação e exoneração a critério do Chefe do Executivo, resultando num vínculo jurídico-administrativo entre o detentor de cargo e o ente público.

3. Conclusão



Em arremate, conclui-se que não é devido o recolhimento do FGTS para os cargos em comissão estatutários, por ausência de fundamento legal.

Por fim, tendo em vista a resposta negativa para o questionamento de número "ii", resta prejudicada a resposta ao questionamento de número "iii".

É o parecer, s.m.j.

Curitiba, 06 de dezembro de 2018.

Karina Locks Passos

Procuradora do Estado do Paraná

Marina Codazzi da Costa

Procuradora do Estado do Paraná

Guilherme Henrique Hamada

Procurador do Estado do Paraná

Fernando Augusto Montay Y Lopes

Procurador do Estado do Paraná

Audrey Silva Kyt

Procuradora do Estado do Paraná

Aline Fernanda Faglioni

Procuradora do Estado do Paraná

Fernando Merini

Procurador do Estado do Paraná



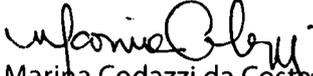
Protocolo: 15.307.470-4

Assunto: Solicita parecer – recolhimento de FGTS para cargos de provimento em comissão estatutários na Administração Pública paranaense

Sra. Procuradora-Chefe da Coordenadoria do Consultivo

Restituo o presente protocolado, com o parecer elaborado pelo Grupo Permanente de Trabalho 9 – Servidores Públicos, de relatoria da procuradora Karina Locks Passos.

Curitiba, 13 de dezembro de 2018.


Marina Codazzi da Costa
Coordenadora do GPT9



PROTOCOLO Nº 15.307.470-4

Assunto: Recolhimento de FGTS – cargo em comissão estatutário – cargo em comissão regido pela CLT – hipóteses de cabimento.

Interessado: Secretaria de Estado da Administração e da Previdência/SEAP

Despacho nº 290/2018 – CCON/PGE

I – De acordo com os termos do parecer subscrito pelo Procurador do Estado Julio Cesar Zem Cardoso, fls. 07/16, relativamente ao cabimento do recolhimento do FGTS nos casos em que o cargo em comissão ocupado por empregado público é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, apresentado em 16 (dezesseis) laudas.

II – Da mesma forma, de acordo com os termos do parecer subscrito pelos Procuradores do Estado Karina Locks Passos, Marina Codazzi da Costa, Guilherme Henrique Hamada, Fernando Augusto Montay Y Lopes, Audrey Silva Kyt, Aline Faglioni e Fernando Merini, fls. 155/162, integrantes do GPT9 – Servidores Públicos (instituído originalmente pela Resolução nº 146/2016 e atualmente regulamentada pela Resolução nº 186/2018-PGE), apresentado em 08 (oito) lauda, relativamente ao não cabimento de recolhimento do FGTS para os cargos em comissão estatutários.

III – Em atenção ao disposto no art. 5º, inc. XV, da Lei Complementar nº 20/1985, alterada pela Lei Complementar nº 40/1987, submeta-se à apreciação do Sr. Procurador-Geral do Estado, na forma do art. 20, inc. IX, do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, constante do anexo do Decreto nº 2.137/2015.

IV - Ressalta-se, por oportuno, que uma vez aprovados, os Pareceres deverão ser encaminhados, preferencialmente por meio virtual, à Coordenadoria de Estudos Jurídicos – CEJ, para catalogação e divulgação¹, bem como à CJUD – Coordenação Judicial, à Procuradoria Trabalhista e à Procuradoria Funcional,

¹ Conforme Portaria nº 33/2018 – PGE.



para ciência.

Curitiba, 17 de dezembro de 2018.


Andrea Margarethe Rogoski Andrade
Procuradora-Chefe da
Coordenadoria do Consultivo - CCON



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 15.307.470-4
Despacho nº 963/2018 - PGE

- I. Aprovo o Parecer da lavra dos Procuradores do Estado Karina Locks Passos, Marina Codazzi da Costa, Guilherme Henrique Hamada, Fernando Augusto Montay Y Lopes, Audrey Silva Kyt, Aline Fernanda Faglioni e Fernando Merini, integrantes do Grupo Permanente de Trabalho 9 – Servidores Públicos – GPT 9, de fls. 155/162;
- II. Encaminhe-se cópia virtual do Parecer à Coordenadoria de Estudos Jurídicos – CEJ, para catalogação e divulgação;
- III. Restitua-se à Secretaria de Estado da Administração e da Previdência - SEAP.

Curitiba, 18 de dezembro de 2018.

Sandro Marcelo Kozikoski
Procurador-Geral do Estado