



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

A C Ó R D ã O
(SDI-2)
GMDAR/VSR/FSMR

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 1973. ART. 485, V, DO CPC DE 1973. RECONHECIMENTO DE NULIDADE DO CONTRATO, NA FORMA DA SÚMULA 363 DO TST. EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO. DIREITO AO PAGAMENTO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFIGURAÇÃO. 1. Pretensão rescisória, calcada em violação de vários dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 37, II, da Carta de 1988, baseada na alegação de que o rompimento do emprego público em comissão confere à trabalhadora o direito à reintegração ou, sucessivamente, ao pagamento de verbas da dispensa imotivada. A Autora afirma ter sido nomeada para exercer cargo em comissão (na verdade, emprego em comissão) e ter prestado serviços por mais de 10 anos à empresa pública estadual. 2. No acórdão rescindendo, o TRT confirmou a sentença de improcedência do pedido de reintegração e de pagamento de verbas rescisórias, decidindo que se tratava de hipótese de nulidade de contratação, na forma da Súmula 363 do TST. 3. O TRT incorreu em afronta ao art. 37, II, da Carta de 1988, ao conferir ao caso da Autora - admitida para exercer emprego público em comissão - idêntica consequência jurídica à do contato nulo a que alude a Súmula 363 do TST. Os efeitos decorrentes da ruptura da relação entre a Ré, sociedade de economia mista estadual, e a Autora, admitida para ocupação de emprego e comissão, não podem ser aqueles de uma contratação irregular. Não se tratando hipótese contrato nulo, o acerto financeiro que resulta da destituição do emprego em



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

comissão deve incluir o pagamento dos direitos sociais previstos no art. 7º, VIII e XVII, da Constituição Federal (no caso, férias proporcionais e décimo terceiro salário proporcional). Com efeito, embora não se possa cogitar do pagamento de aviso prévio e de indenização de 40% do FGTS, dada a precariedade da relação existente entre o empregador e o empregado em comissão, que decorre da possibilidade de rompimento *ad nutum* dessa frágil espécie de liame, o trabalhador, que está deixando o posto de trabalho na Administração Pública que ocupou regularmente, não deve ser privado do acesso ao décimo terceiro salário proporcional e às férias proporcionais. Precedentes do TST. **Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário n° **TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000**, em que é Recorrente **SALETE ABRÃO IUNES** e Recorrida **COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU**.

SALETE ABRÃO IUNES ajuizou ação rescisória, com fulcro no artigo 485, V, CPC de 1973 (fls. 798/818), pretendendo a desconstituição de acórdão proferido pela 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, nos autos da Reclamação Trabalhista n° 01844-2007-090-02-00-7 (fls. 2959/2965).

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou improcedente o pedido de corte rescisório (fls. 3073/3076).

A Autora opôs embargos de declaração às fls. 3078/3080, que foram acolhidos (fls. 3085/3087).

Na sequência, a Autora interpôs recurso ordinário às fls. 3090/3101, admitido à fl. 3103.

Contrarrazões apresentadas às fls. 3105/3118.



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

Após a subida ao TST, os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo (fl. 3103).

Regular a representação processual (fl. 819).

A Recorrente é isenta do pagamento das custas, porque beneficiária da justiça gratuita (fl. 3076).

Desnecessário o depósito recursal (Súmulas 99 e 161 do TST).

CONHEÇO do recurso.

2. MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 1973. ARTIGO 485, V, DO CPC DE 1973. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º, III E IV, 3º, I E IV, 5º, II, V, XXXV, LV, LXXIV E LXXVIII, 7º, I, 37, II E V, E 173, § 1º, II, DA CF, 3º, 10, 448, 477 E 836 DA CLT, 19, 490 E 495 DO CPC DE 1973, BEM ASSIM DAS LEIS 9.784/1999 e 9.962/2000. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO EXPLÍCITO. ÓBICE DA SÚMULA 298 DO TST. EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO. OFENSA AO ARTIGO 93, IX, DA CF. CONFIGURAÇÃO.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou improcedente o pedido da Autora, nos seguintes termos:

Consoante noticiado, a autora ingressou com a presente ação rescisória afirmando violação literal à disposição de lei ao não ser reconhecida a nulidade da dispensa imotivada, aduzindo que não foi enfrentado o fato de a demandante ter sido contratada para o desempenho de cargo em comissão que dispensa a realização de concurso público. Afirma que os artigos 1º, III, IV, 3º, I, IV, 5º, II,



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

V, XXXV, LV, LXXIV, LXXVIII, 7º, I, 93, IX, 173, § 1º, II e, principalmente, o artigo 37, II e V, todos da Carta Magna, além dos artigos 3º, 10º, 448 e 477, da CLT, dão respaldo à sua pretensão, pretendendo sejam reexaminadas as provas e a interpretação da legislação, ou seja, utiliza-se deste procedimento como se recurso fosse.

O artigo 485 do Código de Processo Civil elenca as hipóteses de cabimento da Ação Rescisória dispondo que:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

As hipóteses para rescisão da sentença e/ou do acórdão são as expressamente previstas em lei e devem ser interpretadas restritivamente.

De outro lado, a Súmula nº 410 do Colendo TST dispõe, *in verbis*:

Ação rescisória. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 109 da SDI-II - Res. 137/2005, DJ 22.08.2005).



PROCESSO Nº TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

A ação rescisória calcada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda. (ex-OJ nº 109 - DJ 29.04.2003).

Assim, a matéria trazida pela autora já foi julgada e questionada em primeiro e segundo grau, bem como pelo C. TST.

Ante todo o exposto, julgo **IMPROCEDENTE** a ação rescisória. Custas pela autora, no importe de R\$1.000,00, sobre o valor dado à causa de R\$50.000,00, que fica isenta do recolhimento ante os termos da declaração de f.25. (fls. 3075/3076) .

Apreciando os embargos declaratórios, a Corte a quo acrescentou às fls. 3085/3087:

(...)

II VOTO

Os embargos declaratórios revelam-se genéricos e não se mostram de acordo com o artigo 535 do CPC, porquanto não apontam verdadeiramente, omissão, contradição ou obscuridade. Todavia, para que não se alegue falta de prestação jurisdicional esclareça-se o que segue:

No que tange a violação ao artigo 37, II da CF, afasta-se a pretensão, eis que apesar dos referidos dispositivos não constarem explicitamente, do acórdão embargado, a questão restou corretamente analisada em primeira e segunda instância e também pelo C. TST.

Ocorre, todavia, que a matéria ventilada, contratação pela administração direta sem concurso público, é demasiadamente controvertida, dando origem a julgados contra e a favor da tese defendida pela autora.

Segundo entendimento cristalizado pela jurisprudência uniforme dos Tribunais, a existência de controvérsia jurisprudencial acerca de determinado tema não enseja a ação rescisória, a qual obedece a parâmetros taxativos para que seja acolhida.

Nesse sentido, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal estabelece:
AÇÃO RESCISÓRIA.

Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

Ademais, como já esclarecido no acórdão atacado, a contratação para cargo de confiança exige o reexame das provas, que igualmente foge ao disposto no art.485 do CPC, porquanto o remédio extremo utilizado visa a análise dos vícios descritos pelo art. 485 do CPC.

Nada mais há a acrescentar, a não ser que o Juízo não se acha obrigado a refutar uma a uma as alegações das partes, desde que fundamente as razões de decidir, como ocorreu no caso em exame.

III DISPOSITIVO

ACORDAM os Magistrados da Seção Especializada de Dissídios Individuais 7 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em CONHECER e ACOLHER os embargos de declaração da autora para os esclarecimentos prestados, mantendo o acórdão na forma em que foi pronunciado.

Nas razões do recurso ordinário, a Recorrente insiste que há na decisão rescindenda violação da lei dos artigos 1º, III e IV, 3º, I e IV, 5º, II, V, XXXV, LV, LXXIV e LXXVIII, 7º, I, 37, II e V, 93, IX, e 173, § 1º, II, da Constituição Federal, 3º, 10, 448 e 477 e 836 da CLT, 19, 490 e 495 do CPC de 1973, assim como das Leis 9.784/1999 e 9.962/2000.

Afirma que participou de seleção para exercer cargo de confiança e que foi nomeada para exercer o cargo em comissão de gerente em 24/8/1993, mas que, em razão de plano de cargo e salários, passou a exercer cargo de assessora de diretoria, com posterior alteração para assistente especial II, tendo prestado serviços a Ré por 10 anos.

Alega que foi dispensada sem que houvesse pagamento de nenhuma verba rescisória, em decorrência da celebração de termo de ajuste de conduta entre a Ré e o Ministério Público do Trabalho.

Sustenta que o exercício de cargo de confiança, de livre nomeação e exoneração, não exige aprovação em concurso público, não havendo, portanto, ilegalidade na sua contratação.

Aduz, ainda, que a discricionariedade da exoneração não exime a Ré de arcar com as verbas trabalhistas, tendo em vista a necessidade de se dar tratamento isonômico aos trabalhadores.



PROCESSO Nº TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

Não lhe assiste razão.

O acórdão rescindendo foi prolatado nos seguintes termos, conforme fls. 2959/2965:

(...)

II – Fundamentação

1 - Conheço porque estão presentes os pressupostos subjetivos e objetivos estabelecidos na Lei para essa finalidade.

2 - Rejeito a preliminar de nulidade. O fato de eventualmente o julgado não mencionar fundamento (ou entender que não se trata de argumento ancilar), na forma pretendida pela recorrente, não o acoima de nulo ou eivado dos vícios que a trabalhadora menciona.

A r. sentença traz, com clareza, os elementos que formaram a convicção do juízo. Ensejou a apresentação de recurso ordinário, o que a recorrente o fez, com riqueza de detalhes e luxo de pormenores.

3 - O aresto ora inquinado alinha-se à interpretação da Sumula 363.

O art. 557, do CPC, dispõe que o relator negará seguimento a, recurso em confronto com, súmula ou com jurisprudência dominante de Tribunal Superior.

É expressivo o tempo verbal que o legislador utilizou: “negará”, imperativo. Vale dizer: há determinação legal para que o relator negue seguimento.

Tal disposição é aplicável ao processo do trabalho porque estão presentes os dois requisitos exigidos pelo legislador (art. 769 da CLT): 1) há omissão na CLT e 2) há compatibilidade do dispositivo com as referidas normas do título (Processo Judiciário do Trabalho).

4 - Ademais, ainda que se tratasse de cargo de livre provimento e exoneração - como argumenta a recorrente e não se aplicaria, em tese e em gênero os dispositivos próprios da CLT.

III – Dispositivo

Por todo o exposto, REJEITO a preliminar de nulidade e; no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso. (destaquei)



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

Apreciando os embargos de declaração, a Corte *a quo* acrescentou às fls. 2971/2977:

(...)

I - Relatório

A reclamante apresenta embargos de declaração (fls. 282/287) com o objetivo de sanar pretendidas omissões que, segundo a interpretação da embargante, estariam contidas no V. acórdão.

Aduz, para tanto, que não houve pronunciamento sobre o mérito do recurso ordinário; que não houve análise das questões ventiladas, que afastam a aplicação do entendimento contido na Súmula 363.

Afirma que a matéria central do litígio é o efetivo exercício de cargo de livre provimento ou exoneração, de modo que a c. Turma deve manifestar-se especificando se a embargante ocupava cargo da referida natureza; se o contrato era nulo e a partir de que momento.

II - Fundamentação

1. Conheço porque estão presentes os pressupostos estabelecidos para essa finalidade.

2. A leitura das razões dos embargos, indica que a embargante reconhece que houve pronunciamento, relativamente à aplicação da Súmula 363.

O fato de a decisão ser contrária ao interesse da parte, não indica violação de dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais.

Verifica-se, portanto, e a toda evidência, que não se trata, de error in procedendo. E somente o assim chamado vício de atividade enseja correção pela via dos embargos declaratórios.

O vício de atividade ocorre quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte. Esta norma de procedimento é aquela determinada pelo ordenamento jurídico como um todo. Não é preciso viole o juiz texto expresso de lei para caracterizar-se o erro no procedimento; basta que descumpra a regra jurídica aplicável ao caso concreto. (Nery Jr).

O vício que enseja os embargos é e deve ser de natureza formal, invalidando o ato judicial, não dizendo respeito ao conteúdo desse mesmo ato.



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

3. A pretensão deduzida nos embargos declaratórios, a toda evidência, diz respeito a novo pronunciamento, no sentido de considerá-los de natureza infringente.

Todavia, consoante já decidido:

Os embargos declaratórios não se destinam a solução de consulta se não que a, objetivamente, repararem obscuridade, dúvida, contradição ou omissão do acórdão embargado. Também não podem assumir, no seu delineamento, as finalidades jurídico-processuais de embargos infringentes. Proc. TST ED RO DC 15/84 - Pleno - Ac. 1760/85 - DJ. 18/10/85 - Relator Ministro Ildélio Martins.

Portanto, houve pronunciamento, embora não no sentido pretendido pela embargante.

É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas. Art. 836, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda: "... nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide". Art. 471 do Código de Processo Civil.

III - Dispositivo

Por todo o exposto **REJEITO** os embargos. (destaquei)

Pois bem.

No primeiro voto confeccionado, propunha a desconstituição do acórdão rescindendo por violação do art. 93, IX, da Constituição Federal, porque entendia que o órgão julgador não havia enfrentado a alegação da Autora no sentido de que o "cargo" por ela exercido era em comissão, de "livre provimento e exoneração".

A partir da divergência apresentada pelo Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, observo que de fato a matéria foi enfrentada na decisão que se pretende rescindir, especificamente no trecho acima destacado.

Não há falar, pois, em violação do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Seja como for, considerando o pronunciamento sobre a matéria na decisão rescindenda, tenho que o TRT incorreu em afronta ao art. 37, II, da Carta de 1988, ao conferir ao caso da Autora - admitida



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

para exercer emprego público em comissão - idêntica consequência jurídica à do contato nulo a que alude a Súmula 363 do TST.

Ora, a SBDI-1 do TST tem reconhecido a possibilidade de admissão de trabalhadores para ocupação de emprego em comissão (E-ED-RR-141-83.2014.5.03.0013, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 9/12/2016; TST-E-RR-20786-26.2014.5.04.0006, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 30/9/2016; TST-E-RR-300-42.2013.5.12.0035, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 1/7/2016).

Os efeitos decorrentes da ruptura da relação entre a Ré, sociedade de economia mista estadual, e a Autora, admitida para ocupação de emprego e comissão, não podem ser aqueles de uma contratação irregular.

Afinal, se a hipótese não é de contrato nulo, nos termos da Súmula 363 do TST, o acerto financeiro que resulta da destituição do emprego em comissão não pode privar o trabalhador do acesso aos direitos sociais previstos no art. 7º, VIII e XVII, da Constituição Federal.

Embora não se possa cogitar do pagamento de aviso prévio e de indenização de 40% do FGTS, dada a precariedade da relação existente entre o empregador e o empregado em comissão, que decorre da possibilidade de rompimento *ad nutum* dessa *frágil* espécie de liame, o trabalhador, que está deixando o posto de trabalho na Administração Pública que ocupou regularmente, não deve ser privado do acesso ao décimo terceiro salário proporcional e às férias proporcionais.

Essa compreensão pode ser extraída das seguintes decisões monocráticas exaradas no âmbito do STF:

Vistos etc.

Contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, exarado pela Presidência do Tribunal a quo, foi manejado agravo. Na minuta, sustenta-se que o recurso extraordinário reúne todos os requisitos para sua



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

admissão. Aparelhado o recurso na afronta aos arts. 37, *caput*, e 39, § 4º, da Constituição Federal.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos extrínsecos.

Da detida análise dos fundamentos da decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, bem como à luz das razões de decidir adotadas pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso veiculado na instância ordinária, concluo que nada colhe o agravo.

A Corte de origem decidiu a controvérsia em acórdão assim ementado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDORA OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO. DIREITO À PERCEPÇÃO DE DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, AMBOS INTEGRAIS E PROPORCIONAIS, NOS TERMOS DOS ARTS. 7º, VIII E XVII, E 39, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 – A teor do disposto no art. 39, § 3º, da Carta Magna, é assegurado à todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles de provimento efetivo ou em comissão, o direito ao recebimento de 13º salário e o usufruto de férias anuais remuneradas, acrescidas de pelo menos um terço, preceituados em seu art. 7º, incisos VIII e XVII.

2- Sendo inconteste a regular prestação dos serviços pela demandante, esta faz jus às verbas ora discutidas, independente do disposto em Lei Municipal específica, que não possui o condão de excluir garantia constitucionalmente assegurada, sob pena de operar-se o enriquecimento ilícito da Administração, situação rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio. Recurso conhecido e desprovido.”

O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Nesse sentido:

“EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CARGO COMISSIONADO. EXONERAÇÃO. FÉRIAS NÃO GOZADAS: PAGAMENTO ACRESCIDO DO TERÇO CONSTITUCIONAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO



PROCESSO Nº TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI. JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O direito individual às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço constitucional independente do exercício desse direito.

2. A ausência de previsão legal não pode restringir o direito ao pagamento do terço constitucional aos servidores exonerados de cargos comissionados que não usufruíram férias. 3. O não pagamento do terço constitucional àquele que não usufruiu o direito de férias é penalizá-lo duas vezes: primeiro por não ter se valido de seu direito ao descanso, cuja finalidade é preservar a saúde física e psíquica do trabalhador; segundo por vedar-lhe o direito ao acréscimo financeiro que teria recebido se tivesse usufruído das férias no momento correto. 4. Recurso extraordinário não provido.” (RE 570908, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-04 PP-00872 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 29-33)

Por conseguinte, não merece processamento o apelo extremo, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.

Nego seguimento (art. 21, § 1º, do RISTF).

(STF-ARE 1125655/CE, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe-090 DIVULG 09/05/2018 PUBLIC 10/05/2018)

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO — AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO NO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL — INVIABILIDADE — AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou o entendimento do Juízo quanto à procedência do pedido de indenização por férias proporcionais não gozadas, a servidor público estadual, aludindo à legislação de regência. No extraordinário cujo trânsito pretende alcançar, a recorrente aponta a violação dos artigos 7º, inciso XVII, 37, cabeça e 39, § 3º, da Constituição Federal. Afirma a inexistência do direito pleiteado, dizendo indenizáveis apenas as férias vencidas.

2. Eis a síntese da decisão recorrida:



PROCESSO Nº TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

ORDINÁRIA. Férias não gozadas. Servidor público autárquico provido em cargo comissionado. Conquanto o autor tenha usufruído do seu direito a férias do período de 2007/2009, em relação ao período proporcional de 2010 houve a impossibilidade do gozo, diante de sua exoneração, razão pela qual admitido direito subjetivo à indenização, sob pena de se acolher indevido enriquecimento sem causa da USP. Procedência parcial da ação mantida. Exclusão da incidência da Lei nº 11.960/09 mantida, mas por outro fundamento. Recursos voluntários do ator e da ré não providos.

Constam do acórdão os seguintes fundamentos:

Portanto, nenhum abuso, ilegalidade ou inconstitucionalidade há nessas normas que regem os servidores autárquicos da USP, como também o autor, pois, embora o provimento no cargo não seja de caráter efetivo, senão em comissão, tal fato não altera em nada a sujeição ao cumprimento dessas normas acima transcritas.

Deve-se ter consideração também de que o autor legitimamente utilizou de seu direito às férias regulares dos exercícios de 2006/2007; 2007/2008; 2008/2009, como se constata dos documentos acostados a fls. 127/134.

O que resta além do que já foi usufruído é justamente o período de 2010, e que deverá ser proporcional com a data de sua exoneração, já que não completou 1 (um) ano de atividade para esta finalidade, o que se daria apenas em 2011.

E, ainda que inexistente norma editada pela USP para regular tal situação, não é crível nem jurídico que a autarquia se locuplete do período proporcional de trabalho exercido pelo autor e, como não se encontra em atividade, este período proporcional há de ser indenizado, sob pena de acolhimento de enriquecimento sem causa da Administração, o que é ainda mais desastroso para segurança jurídica que há de sobrepor neste caso.

(...)

Ademais, é de se reconhecer que compete à Administração estabelecer o momento adequado para fruição de qualquer benefício legal, sendo certo que a continuidade do exercício funcional induz à presunção de exigência da necessidade do serviço.

Portanto, cumpre manter a procedência parcial da ação, a fim de indenizar o ator pelas férias do período de 2010 que não foram usufruídas antes de sua exoneração, evidentemente somente de forma proporcional.

Nem com muito esforço é dado concluir-se pela ofensa a dispositivo da Carta Maior. Julgou o Colegiado de origem com fundamento na



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

interpretação da legislação de regência, tendo por base o princípio do não enriquecimento ilícito.

3. Conheço do agravo e o desprovejo.

(STF-ARE 1067850/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-198 DIVULG 01/09/2017 PUBLIC 04/09/2017)

Trago à colação, por oportuno, os seguintes arestos emanados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais:

SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO. Férias integrais e proporcionais em pecúnia e décimo terceiro salário proporcional. Previsão em lei municipal somente para a hipótese de exoneração voluntária. Irrelevância. Aplicação a todas as hipóteses de exoneração porque o direito decorre das correspondentes garantias constitucionais. Recurso provido para julgar procedente a demanda. (TJSP - Apelação com Revisão 2524075000, Rel. Desembargador Edson Ferreira, 12^a Câmara de Direito Público, Publicado em 29/11/2007)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE COBRANÇA - SERVIDOR - CARGO COMISSIONADO - EXONERAÇÃO - VERBAS RESCISÓRIAS - 13º SALÁRIO E FÉRIAS - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PAGAMENTO - CRÉDITO DEVIDO. Constitui direito do servidor o recebimento das verbas rescisórias (13º salário e férias) relativas ao período por ele efetivamente trabalhado, as quais foram indevidamente retidas pelo Poder Público, sob pena de enriquecimento ilícito, pouco importando tenha o servidor ocupado cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração. (TJMG - Apelação 1.0134.02.032624-2/001, Rel. Desembargador Edilson Fernandes, publicado em 20/08/2004)

Registro que nos julgados do TST em que decidido que empregados públicos dispensados não têm direito a verbas rescisórias, inclusive naqueles da SBDI-1 reproduzidos no r. voto divergente, a



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

discussão envolve apenas o pagamento de aviso prévio, indenização de 40% do FGTS e multa do art. 477, § 8º, da CLT.

Confiram-se, ainda, julgados do TST em que se reconhece o direito ao décimo terceiro proporcional e às férias proporcionais - *em alguns deles são reconhecidos inclusive a indenização de 40% do FGTS e o aviso prévio* - a empregado em comissão dispensado:

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. VERBAS RESCISÓRIAS.

1. O art. 37, II, da Constituição Federal, ao dispor que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso, ressalvou as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Nesse contexto, sedimentou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual, em se tratando de servidor ou empregado público ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, porquanto submetido às regras inerentes ao regime jurídico administrativo, não há direito a parcelas rescisórias típicas da dispensa imotivada, tais como aviso-prévio, depósitos e indenização de 40% de FGTS e multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, em face de sua incompatibilidade com a instabilidade inerente ao cargo em comissão.

2. Na hipótese, todavia, infere-se dos autos que a condenação da reclamada se limitou a férias proporcionais e vencidas, acrescidas do terço constitucional; gratificação natalina; resíduo de FGTS sobre as parcelas deferidas em juízo; e tíquetes-alimentação atrasados.

3. Nos termos do art. 39, § 3º, da Constituição da República, mesmo aos ocupantes de cargo público, são assegurados determinados direitos conferidos aos trabalhadores, dentre eles as férias, inclusive com o acréscimo do terço, e o 13º salário. Ademais, no tocante ao FGTS, a Subseção I Especializada em Dissídios Coletivos deste Tribunal, interpretando o disposto no art. 15, § 2º, da Lei nº 8.036/90, recentemente pacificou o entendimento no sentido de que o empregado público nomeado para exercício de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, sob o regime da CLT, tem direito aos depósitos de FGTS. Precedentes.



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

4. Desse modo, verifica-se inexistirem, no decreto condenatório, verbas a que não faça jus o ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, o que afasta a alegada ofensa ao art. 37, II, da Constituição da República.

Recurso de revista de que não se conhece.

(RR - 1642-72.2011.5.07.0011 Data de Julgamento: 14/12/2016, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016).

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

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

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



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

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 deflui, 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.

(RR - 162500-81.2009.5.15.0122 Data de Julgamento: 11/02/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015).



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

RECURSO DE REVISTA. 1. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Aspecto não prequestionado escapa à jurisdição extraordinária (Súmula 297/TST; O.J. 62/SBDI-1). Recurso de revista não conhecido. 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO PELA CLT. CARGO EM COMISSÃO. FGTS. CABIMENTO. 2.1. Não há empecilhos de ordem constitucional ou legal para que os Municípios contratem sob o regime da CLT, desde que o façam como seu regime jurídico único (o que significa não manter, o ente, quadro regido pela CLT e quadro institucional, simultaneamente). 2.2. É já antiga a compreensão de que a Administração Pública, ao contratar pelo regime da CLT, está equiparada ao empregador da iniciativa privada, quanto às normas ordinárias, com o acréscimo das travas de alçada constitucional. 2.3. Quando a Constituição Federal, no art. 37, inciso II, alude a -cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração-, para dispensar o prévio concurso, para provimento, e a ausência dos procedimentos legais, para o afastamento do servidor, está, em verdade, no que se cogita de empregados públicos ocupantes de empregos de provimento em confiança ou em comissão, a renegar qualquer estabilidade e a afastar a necessidade de motivação para a rescisão contratual: garante a dispensa imotivada. A dispensa imotivada do empregado público é disciplinada pelos mesmos preceitos que a orientam em campo privado. Sim, porque as normas pertinentes (a Lei nº 8.036/90, para o caso em foco) não oferecem a possibilidade de sua meia aplicação. 2.4. A franquia de que disporá o Poder Público, no caso, será a dispensa imotivada - aqui contraposta à impossibilidade de dispensa imotivada dos empregados públicos que detenham empregos de provimento efetivo. 2.5. Frisando-se a necessidade de se ter em mente que cargo público não é sinônimo de emprego público, será impossível, com todas as vênias, sufragar a compreensão de que a pessoa jurídica de direito público possa contratar pela CLT - mesmo que para emprego de provimento em confiança - e, tendo atendido a todos os ditames próprios, venha a furtar-se do recolhimento do FGTS e da respectiva indenização de 40%, bem como do pagamento das parcelas rescisórias, na medida em que o princípio da legalidade, neste universo, exigirá o integral cumprimento do ordenamento trabalhista. Recurso de revista não conhecido.



PROCESSO Nº TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

(RR - 2380-03.2012.5.15.0076 Data de Julgamento: 29/10/2014, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014).

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

(RR - 1751-80.2011.5.15.0038 Data de Julgamento: 19/03/2014, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014).

Aplicada, na decisão rescindenda, a diretriz da Súmula 363 do TST para hipótese por ela não regulada, o recurso ordinário merece provimento, diante da afronta ao art. 37, II, *in fine*, da Constituição Federal.

A constatação da ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal não implica o direito à reintegração, porquanto a Autora não tem garantia provisória de emprego, importando apenas o reconhecimento ao direito às férias proporcionais e ao décimo terceiro salário proporcional postulados na petição inicial da reclamação trabalhista (pedidos "g.3" e "g.4" da petição inicial da reclamação trabalhista, fl. 2415).

Por essas razões, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso ordinário e julgo parcialmente procedente o pedido de corte rescisório, por violação do art. 37, II, da Constituição Federal para condenar a Ré



PROCESSO N° TST-RO-9477-85.2011.5.02.0000

ao pagamento de férias proporcionais e décimo terceiro salário proporcional.

Inverto o ônus da sucumbência, ficando a cargo da Ré o pagamento das custas processuais, no importe de R\$200,00, calculadas sobre R\$10.000,00, valor arbitrado à condenação.

Condeno a Ré ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da causa (Súmula 219, II, do TST).

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer o recurso ordinário e, no mérito, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, dar-lhe parcial provimento e julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de rescindir o acórdão proferido no processo n° 184400-53.2007.5.02.0090, condenando a Ré ao pagamento de férias proporcionais e décimo terceiro salário proporcional. Inverte-se o ônus da sucumbência, ficando a cargo da Ré o pagamento das custas processuais, no importe de R\$200,00, calculadas sobre R\$10.000,00, valor arbitrado à condenação. Honorários advocatícios, também pela Ré, no importe de 15% sobre o valor da condenação (Súmula 219, II, do TST).

Brasília, 28 de agosto de 2018.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES
Ministro Relator