

PARECER Nº 003/2009/JURÍDICO/CNM

INTERESSADOS: PREFEITOS DE DIVERSOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

ASSUNTOS: O FGTS E A CONVERSÃO DO REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO.

DA CONSULTA:

Trata-se de consulta formulada por diversos Prefeitos Municipais a respeito das conseqüências sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) dos servidores, quando o ente municipal realiza a conversão do regime da CLT para o regime estatutário.

DO PARECER:

Em linhas gerais, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é um direito assegurado constitucionalmente a todos os trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, III da Constituição Federal), regido pela lei nº 8.036/90 e regulamentado pelo decreto nº 99.684/90.

A lei nº 8.036/90 dispõe em seu artigo 15, § 2º que trabalhador é *“toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio”*. (Grifamos).

Segundo o art. 27 do decreto nº 99.684/90, o empregador é obrigado a depositar, até o dia 7 de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a oito por cento de remuneração paga ou devida no mês anterior, a cada trabalhador. Tal percentual incide sobre todas as parcelas salariais, habituais ou não, inclusive horas extras e habitualidades.

Como se percebe, o regime do FGTS é obrigatório (a partir de 1988) para os trabalhadores celetistas. Não se incluem nesse rol, portanto, os servidores públicos estatutários.

As hipóteses de levantamento dos depósitos do FGTS são restritas e têm previsão no art. 20 da mencionada lei ordinária. A título de exemplo, citam-se: a) despedida sem justa causa; b) extinção total da empresa; c) compra de casa própria; d) ter o trabalhador contraído o vírus HIV; e) tiver atingido setenta anos de idade; f) necessidade pessoal em caso de desastre natural e g) quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos fora do regime do FGTS, a partir de 1º de junho de 1990.

Por inúmeras razões, Municípios que possuem em seus quadros servidores celetistas resolvem fazer a transposição de regime. Através de lei municipal, os entes municipais transformam empregos públicos em cargos públicos, nascendo para esses servidores, portanto, o vínculo estatutário.

Como já informado, os servidores estatutários não são beneficiados com o FGTS, pois detêm estabilidade (art. 41 da Constituição Federal). Mas, tendo em vista que com a transposição de regime a relação de emprego deixa de existir (pois se forma o vínculo estatutário), será que a multa de 40% deveria ser paga aos ex-celetistas?

A origem da multa fundiária tem previsão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu art. 10, I:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

Nos termos do supracitado dispositivo, a multa de 40% tem o objetivo de compensar o trabalhador que foi despedido arbitrariamente ou sem justa causa.

Conforme o parágrafo 1º do art. 18 da lei 8.036/90:

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.

Esclarecendo o dispositivo em comento, Valentin Carrion¹ leciona que:

Na hipótese de despedimento sem justa causa, ainda que indireta, o empregador deverá depositar na conta vinculada do empregado 40% de todos os depósitos efetuados, corrigidos, sendo vedada a redução dos saques anteriores ocorridos, no mesmo prazo previsto para quitação dos títulos rescisórios.

A mudança de regime jurídico, estabelecida por determinação legal, não equivale à dispensa arbitrária ou sem justa causa, pois se trata de imposição da lei e não ato de vontade do empregador. Sem dúvida, trata-se de ato volitivo da entidade municipal, como decorrência de sua autonomia municipal, instituir o regime jurídico de seus servidores; entretanto, uma vez exercido, a questão se submete aos ditames legais que norteiam a transposição de regime laboral.

Nesse sentido, colacionamos jurisprudência atualizada do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, a saber:

EMENTA: MULTA DO FGTS. TRANSPOSIÇÃO DE REGIME. CONVERSÃO DO REGIME TRABALHISTA PARA ESTATUTÁRIO. A mudança de regime jurídico e a consequente transformação de emprego em cargo público realizada por força de lei não equivale à dispensa arbitrária ou sem justa causa, restando indevido o direito à indenização compensatória previsto na Constituição Federal. (Acórdão do processo 00159-2008-781-04-00-0 (RO); 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região; Redatora: Maria da Graça Ribeiro Centeno; Data: 02/04/2009).

Assim, nos casos de transposição do regime celetista para o regime estatutário, não é devida a multa de 40% sobre o valor depositado a título de FGTS.

¹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31ª ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 362.

Outra questão de igual relevo diz respeito ao levantamento (saque) dos valores depositados na conta vinculada do empregado público que, em virtude da transposição de regime, passou a ser detentor de cargo público.

Como já afirmado, o contrato de trabalho entre as partes (Município e funcionário) é extinto no momento em que há a transmutação do regime de celetista para estatutário. Com essa extinção, os funcionários têm direito a sacar os depósitos fundiários até então realizados.

Em que pese a existência de entendimentos contrários², a jurisprudência majoritária autoriza o saque dos valores depositados na conta vinculada do trabalhador quando ocorre a transmutação do regime celetista para o estatutário. Vejamos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Tem competência a Justiça do Trabalho para apreciar e julgar os pedidos oriundos do período contratual anterior à instituição do regime jurídico estatutário (OJ nº 138 da SDI-1 do TST), quais sejam, o levantamento dos depósitos do FGTS (Súmula nº 82 do STJ) e a indenização pelos valores não recolhidos à conta vinculada (art. 114 da CF/88). MUDANÇA DO REGIME JURÍDICO DE CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS DO FGTS E INDENIZAÇÃO PELOS VALORES NÃO RECOLHIDOS À CONTA VINCULADA. A mudança de regime jurídico, de celetista para estatutário, implica a extinção do contrato de trabalho (Súmula nº 382/TST) e dá ensejo a pretensão relativa aos depósitos do FGTS (Súmula nº 178 do extinto TFR), desde que observado o prazo prescricional (Súmula nº 362/TST). Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Processo nº 207/2006-321-06-40.5 – AIRR; Ministra Relatora Kátia Magalhães Arruda; Quinta Turma do TST; Brasília, 1º de abril de 2009).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FGTS. LEVANTAMENTO. PRELIMINAR. MUDANÇA DE REGIME. ART. 20 DA LEI 8.036/90. SÚMULA N. 178³ DO EXTINTO TFR. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. O STJ pacificou o entendimento de que é

² A título exemplificativo, cita-se o magistério de Valentin Carrion, *in Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Op. Cit.. A “conversão do regime trabalhista para o estatutário do servidor público não se considera rescisão imotivada para fins de saque...”.

³ Súmula nº 178 do antigo Tribunal Federal de Recursos: “Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência de lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS”.

possível o levantamento do saldo da conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) nas situações em que ocorrer a conversão do regime jurídico celetista para estatutário, sem que isso implique ofensa ao art. 20 da Lei n. 8.036/90. Incidência do enunciado n. 178 da Súmula do extinto TFR. 2. Recurso especial improvido. (REsp 907724/ES, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 18/04/2007, p. 236).

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. REMESSA EX OFFICIO. PRESENÇA, NA RELAÇÃO PROCESSUAL, DE UMA DAS PESSOAS MENCIONADAS NAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ARTIGO 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. SUCUMBÊNCIA DO MUNICÍPIO RÉU. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1.º DO DECRETO-LEI N.º 779/69. REMESSA NECESSÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO PARA MANTER A SENTENÇA AOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PLEITO DE LIBERAÇÃO DE FGTS EM FACE DA TRANSMUDAÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO.

1. Extinto o contrato de trabalho em virtude da transmutação do regime celetista para estatutário, firma-se, em favor da Autora, o direito ao saque dos depósitos fundiários até então depositados. 2. Sentença monocrática a ser mantida, haja vista a coerência de seus termos com relação à matéria examinada. 3. Remessa Necessária improvida. (Processo nº 00493-2002-371-06-00-7 – RO; Relator: Josias Figueiredo de Souza; Segunda Turma do TRT da 6ª Região; D.O.E. em 10/01/2004).

EMENTA: A hipótese de extinção do contrato de trabalho por transposição de regime equipara-se à força maior de que cuida a norma do art. 20, inciso I, da Lei n. 8.036/90, constituindo causa autorizadora da movimentação da conta vinculada. Assim, é inaplicável a exigência da paralisação da conta vinculada pelo período de três anos para o levantamento do FGTS na hipótese de o empregado ter seu contrato de trabalho extinto em face de transposição do regime celetista para o estatutário. Recurso obreiro a que se dá provimento. (Processo nº 1448/99 – RO; Relator: Juiz Antonio Gabriel; TRT da 23ª Região; Cuiabá-MT, 05 de outubro de 1999).

Frente às incertezas e dificuldades que os servidores municipais e os próprios Municípios encontram em relação aos assuntos acima pautados, cumpri-nos, ao final, informar:

a) quando os Municípios realizam a transposição do regime celetista para o estatutário, não é devido o pagamento da multa de 40% dos valores até então depositados.

b) os servidores públicos estatutários que eram celetistas têm o direito de sacar, após a transposição de regime, os valores depositados em suas contas vinculadas. Caso a Caixa Econômica Federal (agente operador do FGTS) não libere a verba administrativamente, a alternativa sugerida é o ingresso de ação judicial (mandado de segurança perante a justiça federal ou ação declaratória perante a justiça do trabalho).

Este nosso parecer.

Brasília, 05 de junho de 2009.

Fábio Luiz Pacheco - OAB/RS nº 65.919
Consultor Jurídico da CNM.