

RAZÕES DO VOTO

Preliminarmente, conheço da presente consulta, diante da legitimidade do Consulente, conforme previsão do art. 49, inciso II, da LC n° 269/2007. Dessarte, por versar de caso concreto, invoco o artigo 48, parágrafo único da Lei Complementar n° 269/07, respondendo em tese ao Consulente, por entender se tratar de relevante interesse público.

Nestes termos, acolho a sugestão da equipe técnica e respondo a presente Consulta com os seguintes questionamentos:

1-É devido o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para os diretores de sociedade de economia mista integrantes da Administração Pública?

2-Se positivo o questionamento, cabem depósitos retroativos?

Inicialmente, cabe esclarecer tratar-se a Consulente de sociedade anônima, dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, sendo sua criação autorizada nos termos da Lei Estadual n° 7939, de 28 de julho de 2003, tendo autonomia administrativa e financeira e regida pela Lei 6.404/76, estando, portanto, submetida ao controle deste Tribunal de Contas.

Ressalte-se que as contratações da sociedade em tela, são realizadas sob o regime da CLT, tendo os empregados direito ao FGTS.

Apesar deste direito, denota-se que os diretores executivos da sociedade, dentre eles o diretor presidente, o diretor administrativo e financeiro e o diretor técnico comercial, não foram abrangidos pelo benefício desde a criação da Companhia, conforme exposto na inicial pelo Consulente.

Diante destes aspectos, passo, primeiramente, à análise das peculiaridades do FGTS e de sua garantia aos servidores de empresas de economia mista.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, foi instituído por meio da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, encontrando-se atualmente regido pela Lei 8.036/90, com suas alterações, constituindo, basicamente, em um conjunto de recursos financeiros administrados pelo Estado com a finalidade primordial de amparar os trabalhadores em momentos de encerramento da relação de emprego. De outro lado, também é destinado a investimentos em habitação, saneamento e infraestrutura.

A Constituição Federal de 1988, abarcou o FGTS como uma garantia do trabalhador (art. 7º, II), constituindo, pois, um direito social obrigatório.

Em 1990, a Lei 8.036, regulamentou o FGTS, dispondo que

todos os empregadores são obrigados a depositar mensalmente, em conta bancária vinculada, a importância descontada de cada trabalhador, entendendo-se como tal 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 (art. 15 *capute* § 2º, Lei 8.036/90).

De se notar que a Lei abarcou todos os trabalhadores pessoas físicas, excluindo apenas aqueles eventuais, autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio, levando-nos a concluir que dentre eles encontram-se os diretores.

Ressalta-se, entretanto, que a legislação diferencia diretor empregado de diretor não empregado, consoante dispõe o Decreto 3.048/99, *in verbis*:

“Art. 9º

(...)

§ 2º Considera-se diretor empregado que, participando ou não do risco econômico do empreendimento, seja contratado ou promovido para cargo de direção das sociedades anônimas, mantendo as características inerentes à relação de emprego.

§ 3º Considera-se diretor não empregado aquele que, participando ou não do risco econômico do empreendimento, seja eleito, por assembléia geral dos acionistas, para cargo de direção das sociedades anônimas, não mantendo as características inerentes à relação de emprego.” (g.n.)

Verifica-se assim, que ao diretor empregado aplicam-se as regras do regime geral de previdência social (art. 9º, I, 'a'), e ao diretor não empregado, o regime de contribuinte individual (art. 9º, V, 'f').

Destaca-se que a diferença entre diretor empregado e não empregado encontra-se apenas no seu aspecto de subordinação, sendo que havendo a ocorrência de efetiva subordinação jurídica na relação de trabalho pactuada, estaremos diante da figura de diretor empregado, fazendo jus, portanto, ao FGTS.

Neste aspecto, importante se torna destacar a diretriz dada pela Lei 6.919/81, onde faculta às empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista a estender a seus diretores não empregados o regime do FGTS.

Não obstante referida norma seja anterior a Constituição Federal/88, não foi ela revogada expressamente, consoante se pode notar de julgado proferido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, onde abarca a legislação em julgamento, na qual condenou sociedade de economia mista ao pagamento de FGTS, com efeitos retroativos a ex-diretor, conforme se vislumbra de matéria publicada em seu site em 15.04.2005, intitulada 'TST garante FGTS a ex-diretor de entidade pública por isonomia', *ipsis litteris*:

“A Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou uma empresa de sociedade de economia mista a pagar a um engenheiro civil o FGTS, referente ao período em que exerceu a função de diretor, mais a multa de 40%, fundamentado no princípio da isonomia. Eleito para o cargo de presidente do Conselho de Administração do Prodecap- Progresso e Desenvolvimento da Capital S. A., sucedido pelo município de Cuiabá depois de sua extinção, o engenheiro foi eleito em janeiro de 1995 para mandato de dois anos. Na petição inicial da ação, ele estimou que teria a receber de FGTS R\$ 13.173,00 referente ao período em que esteve no cargo.

A Lei 6.919/81 faculta às empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista estender o FGTS a diretores não-empregados. Foi o que o Prodecap fez com relação a dois diretores. Ao engenheiro, que estava em situação idêntica, foi negado o benefício.

O Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso (23ª Região) havia negado o pedido do engenheiro por considerar que "a opção de conceder a determinado empregado direito que não tem garantido, e não estender idêntica conduta a outro, não implica inobservância da igualdade prevista na Constituição". "A pretensão constitucional é evitar a discriminação, e não obrigar a extensão de privilégios indiscriminadamente", de acordo com o acórdão do TRT.

Entretanto, para o relator do recurso do engenheiro, o juiz convocado Luiz Ronan Neves Koury, houve patente discriminação.

*Foi violado o princípio constitucional da isonomia, que assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País igualdade de tratamento desde que se encontrem na mesma situação, não se admitindo discriminação de qualquer natureza, disse. **Com essa fundamentação, a Terceira Turma do TST determinou que seja pago ao engenheiro o FGTS do período em que exerceu a função de diretor-presidente do Conselho de Administração, mais a multa de 40%. Valores a ser apurados pela remuneração recebida em cada mês. (RR 688691/2000)**” (g.n.).*

Nesta mesma linha, a Lei 8.036/90 estabeleceu em seu art. 16 que *“... as empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao FGTS...”,* trazendo o mesmo dispositivo como características à figura de diretor, aquele que exerce o *“cargo de administração previstos em lei, estatuto ou contrato social, independente da denominação do cargo.”*

Nesta esteira de pensamento, trago à baila a Ementa proferida no Parecer CJ/MPAS n° 042/79, do Ministério da Previdência e Assistência Social, que já tratava, naquela oportunidade, deste assunto:

EMENTA: Filiação previdenciária. Enquadramento dos diretores de sociedade de economia mista. Os administradores de sociedade anônima, inclusive os de economia mista, são segurados obrigatórios da previdência social, na qualidade de segurado-empregador (artigos 5º, IV, do RCPS, e item 2, letra i, da PT/SPS n° 02/79).

De todo o exposto, resta-nos concluir pela possibilidade de recolhimento do FGTS aos diretores quando ocorrer relação real de subordinação, abarcando assim o conceito de empregado, entendendo-se como tal, aquele que exerce cargo administrativo previsto em lei, estatuto ou contrato social, inclusive com depósitos retroativos, em respeito ao princípio constitucional da isonomia.

DISPOSITIVO

Isto posto, acolhendo em parte o Parecer Ministerial nº 4.075/2009 do Ministério Público de Contas junto a esta Corte de Contas, **VOTO** pelo conhecimento da presente consulta, para que seja respondida em tese nos termos deste relatório e voto, bem como do Parecer Técnico Consultoria de Estudos Normas e Avaliação a título de orientação ao Consulente, voto ainda, pela atualização da Consolidação de Entendimentos Técnicos nos termos que se segue.

Após as anotações de praxe, encaminhe-se ao Consulente cópia deste relatório e voto, bem como a íntegra do Parecer Técnico nº 059/2009 da Consultoria de Estudos Normas e Avaliação. Ao final, encaminhem-se os autos ao Serviço de Arquivo para arquivamento, nos termos da Instrução Normativa nº 01/2000.

É como voto, Sr. Presidente.

Cuiabá, em 04/11/2009.

Conselheiro Alencar Soares

“Resolução de Consulta nº _____/2009. Pessoal. Direito Social. FGTS. Diretores de Sociedade de Economia Mista, servidor ou externo ao quadro do órgão. Comprovado vínculo de subordinação. Dever de recolhimento.

É obrigatório o depósito de FGTS para os diretores estatutários empregados, entendendo-se como tal aquele que exerce cargo administrativo previsto em lei, estatuto ou contrato social, desde a data do efetivo exercício nessa atribuição, sob pena de recolhimento retroativo dessa parcela, acrescida de TR e juros de mora, com base no disposto no art. 7º, inciso III da Constituição Federal cumulado com arts. 15, 16 e 22 da Lei nº 8.036/1990.

Aos diretores não empregados fica facultada à Sociedade de Economia Mista, a opção de pagamento do FGTS, respeitado o princípio da isonomia, na forma da lei 6919/ 81.”