

PROTOCOLO Nº: 724523/18
ORIGEM: MUNICÍPIO DE LONDRINA
INTERESSADO: MARCELO BELINATI MARTINS
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 242/20

Consulta. Prejulgado nº 25. Funções Gratificadas. Pagamento de Horas Extras. Impossibilidade. Banco de horas com acréscimo de 50% do tempo. Impossibilidade. Precedentes TCE-PR.

Trata-se de consulta apresentada pelo Município de Londrina, mediante a qual pretende o posicionamento do Tribunal de Contas acerca dos seguintes quesitos (peça nº 3):

- a) *o Ente em tese, citado como referência no item anterior, ainda assim estaria impedido de realizar o pagamento de horas extraordinárias aos servidores efetivos, enquanto designados para o exercício de função de confiança e que exercem suas atividades mediante o registro de "ponto eletrônico"?*
- b) *ou, em outra hipótese legalmente expressa, o acréscimo de horas realizadas além da jornada regular do cargo ou função, poderia ser revertida em banco de horas, com o acréscimo de 50% do tempo, para futuras compensações?*
- c) *por outro lado, em caso de resposta negativa para uma ou outra questão ou para as duas questões anteriores, considerando que, como citado, a lei do Ente não qualifica a sua função de confiança na condição de "dedicação integral", mas sim o direito expresso de pagamento das horas extras, essa E. Corte apontaria algum procedimento, em seu entendimento, constitucional, para enfrentar o acréscimo de atividades do servidor designado? Diante dessa (s) negativa(s), ainda assim o servidor em referência recairia na aludida vedação constantes no Prejulgado nº 25?*

Instrui a consulta parecer da Procuradoria Jurídica municipal (peça 4), em que se defendeu que o regime de dedicação integral pode ou não ser aplicável ao exercício de função de confiança, tratando-se de escolha política por meio de lei local. O órgão ressaltou que a possibilidade de pagamento de horas extraordinárias ao servidor ocupante de função de confiança decorre da capacidade de auto-organização e do fato de que tais cargos não constituem atividades de natureza política, como seria o caso dos cargos comissionados, mas atividades "ainda providas com características científicas, técnicas, administrativas, burocráticas ou operacionais, a despeito do pressuposto de liderança". Salientou, a seguir, que o cargo comissionado é investido em cargo público, enquanto no outro caso o servidor mantém seu vínculo efetivo, com responsabilidades ampliadas e atribuições adicionais.

Seguindo o determinado no Despacho nº 1157/2018 do Relator, a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (peça 8) destacou decisões desta Corte que rejeitaram pagamento pelo serviço extraordinário por considerar que a remuneração da função abrange compensação pelos serviços extraordinários. Também sublinhou a existência de decisão acerca da possibilidade de instituição de banco de horas a servidores públicos de regime jurídico estatutário.

Por meio do Despacho nº 409/19 (peça 9) e nos termos do art. 252-C do RI/TCE-PR, a CGM demandou à CGF que esclarecesse eventuais impactos decorrentes da decisão na área de fiscalização, que, por sua vez, informou (peça 10) não os vislumbrar.

Em petição intermediária (peça 12), o Consulente prestou novos esclarecimentos. Saliu que “a submissão do servidor efetivo designado para função gratificada a regime integral não possui previsão no texto constitucional”. Segundo a entidade, as conclusões constantes do Prejulgado nº 25 sobre o tema afetam apenas os servidores regidos pela Lei Federal nº 8.112/1990. Rechaçou, ainda, a aplicação analógica aos servidores dos demais entes. Destarte, o regime de dedicação integral não se aplica aos Entes que não apenas não o prevejam, como também prescrevam a possibilidade de realização de horas extraordinárias.

A seguir, defendeu-se que o direito às horas extras é direito fundamental que somente poderia ser suprimido por disposição da própria Constituição ou expressa previsão legal que submeta servidor ao regime de dedicação integral, dada a inexistência de jornada ordinária. Tendo em vista a autonomia política dos municípios, o legislador local possuiria condições mais adequadas para averiguar os casos que exigiriam a dedicação exclusiva, estabelecendo-a quando necessário.

Advogou-se que funções de confiança se relacionam à capacidade de desempenhar atribuições com maior grau de responsabilidade, as quais não exigem necessariamente acréscimo de jornada e, portanto, sua contraprestação financeira não abarca o trabalho excedente.

Já no item “IV”, destacou-se que o Prejulgado nº 25 carece de fundamentação para a vedação da remuneração de horas extras aos ocupantes de funções de confiança, enquanto no tópico seguinte foi apresentada disposição legal do Município de Londrina que trata da jornada de trabalho dos servidores ocupantes de funções de confiança.

Quanto à natureza do cargo, enfatizou-se no penúltimo tópico que haveria uma contradição lógica no Prejulgado nº 25, na medida em que é vedada a remuneração por horas extraordinárias devido à exigência de regime integral decorrente natureza da função de confiança ao mesmo tempo em que é permitida a cumulação do cargo em comissão com qualificação técnica nos casos constitucionalmente previstos. Segundo o consulente, se o regime é de dedicação integral, não haveria lógica em se debater possível cumulação.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, na Informação nº 568/20 (peça nº 13), registrou, inicialmente, o impedimento à época de se suprimir ou readaptar vantagens no período de três meses que antecederam as eleições de

2020. A unidade sustentou, preliminarmente, que o presente expediente se manifesta materialmente como pedido de rescisão do acórdão que aprovou o Prejulgado nº 25, ainda que formalmente se apresente como consulta. Nessa seara, aponta o não cabimento de recurso em processo de consulta, ao passo que, caso se tratasse de pedido de rescisão, tampouco estariam satisfeitos os pressupostos processuais.

Ao analisar o mérito, quanto ao primeiro quesito, asseverou que o ponto eletrônico é despiciendo tendo em vista a vedação à percepção de horas extras, não obstante possa ser utilizado pelo controle interno para verificação de cumprimento da jornada mínima de trabalho (não se olvidando serem usuais atividades externas que exijam controle diferenciado), bem como pode vir a ser útil em caso de eventuais ajuizamentos de demandas judiciais cujas pretensões abarquem a não percepção de horas extras nos moldes ora discutidos. A resposta para o segundo quesito foi negativa, defendendo-se a não existência de banco de horas ou compensações. Com relação à última indagação, reafirmou a vedação ao pagamento das horas extras a qualquer título.

É o relatório.

A consulta comporta os requisitos de conhecimento regimentais (art. 311), quais sejam, legitimidade do consulente, apresentação objetiva de quesitos, dúvida sobre dispositivos normativos fiscalizados pelo Tribunal de Contas, elaboração em tese e prévia submissão ao órgão de assessoria jurídica local, motivo pelo qual há de ser conhecida.

O cerne da controvérsia reside na definição dos contornos da natureza jurídica das funções de confiança. Trata-se de instituto previsto no artigo 37, V, da Constituição da República, segundo o qual:

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;

Há que se definir se o regime jurídico de dedicação exclusiva decorre da natureza dessas funções, fato que obstaria a percepção de horas extras. Não o sendo, seria possível que lei de cada ente federativo estabelecesse o regime de remuneração do serviço excedente.

A fundamentação utilizada pelo Prejulgado nº 25 para vedar o pagamento por horas extraordinárias a servidores ocupantes de cargo em comissão e funções de confiança não se deu exclusivamente com base na Lei nº 8.112/1990. A Recomendação nº 25/2012 do Ministério Público Federal mencionou que os ocupantes de função de confiança e cargos comissionados não fazem jus a essa remuneração em decorrência de suas naturezas, nos seguintes termos:

exercentes de cargos submetidos ao regime de dedicação exclusiva, incompatíveis com a definição de serviço extraordinário. Estando submetidos ao regime de dedicação integral, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança não fazem jus ao recebimento de remuneração por hora-extra. Afinal, podem ser convocados sempre que houver interesse da Administração, sendo a

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

finalidade do serviço extraordinário intrínseca à atividade por eles desempenhada.

(...)

Além disso, os servidores da Câmara vem excedendo o limite diário de horas de serviços extraordinários, em flagrante ofensa à legislação de regência. Os registros constantes das respectivas folhas de ponto – juntadas aos processos de pagamento daqueles serviços –, anotam prestações de até 5 horas extraordinárias por dia, violando a regra da Lei n.º 8.112/90, que fixa, como limite máximo, 2 horas por jornada. (grifos nossos)

A menção realizada pelo *Parquet* federal à Lei supramencionada teve por fim aferir a extrapolação do quantitativo máximo de horas extraordinárias pelos servidores do Congresso Nacional, objetivamente fixado pela norma, não sendo tomada como alicerce da vedação.

Semelhante foi o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, citado pelo Prejulgado nº 25:

EMENTA: CARGO EM COMISSÃO. CONSULTA. SERVIDORES DA CÂMARA MUNICIPAL. PAGAMENTO DE HORAS-EXTRAS. IMPOSSIBILIDADE. É impossível a remuneração por horas extraordinárias a servidores investidos em Cargo em Comissão, face à natureza do mesmo (art. 37, inciso V, da Constituição Federal). (TCE-RS: 007782- 02.00/01-6. Relator: Cons. Sandro Dorival Marques Pires. Data: 22/05/2002. Tribunal Pleno) (grifos nossos)

O posicionamento não é novidade para esta Corte, cuja compreensão, embora consubstanciada no Prejulgado nº 25, era pacífica havia anos. Estabeleceu o Acórdão nº 435/08, aprovado por unanimidade pelo Tribunal Pleno no âmbito da Consulta nº 75570/07, o seguinte:

Em cargos dessa natureza presume-se a existência de trabalho fora dos horários de expediente. Assim, a concessão de tal gratificação apresentaria incompatibilidade com a essência própria dos cargos comissionados.

A partir de então, o Tribunal Pleno vem consistentemente reafirmando essa exegese, como nas Consultas com Força Normativa nº 257897/13 e 380122/15. O Acórdão nº 2879/2016 (Relatório de Inspeção - Protocolo nº 397688/15), Primeira Câmara, explicitou que o entendimento também se aplica às funções de confiança, as quais, do mesmo modo que os cargos em comissão, “pressupõem a dedicação integral do servidor”. Assim, por unanimidade, vedou-se o pagamento de horas extraordinárias nesses casos.

Os entendimentos aludidos conciliam-se perfeitamente com a lógica na seara trabalhista. O art. 62, II, da CLT, excepciona da jornada de trabalho os ocupantes de cargo de confiança. Trata-se de hipótese de confiança excepcional, conforme denominada pela doutrina. Amauri Mascaro Nascimento elucida:

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

não há uma definição legal de cargo de confiança, mas sim uma enumeração, não taxativa, destes cargos. Entende-se que o cargo de confiança é aquele da alta cúpula administrativa da empresa, cujo exercente tenha o poder de representá-la.¹

Do mesmo modo, os ocupantes de funções de confiança ou cargo em comissão, na medida em que detêm parcela do poder diretivo da entidade a que são vinculados recebem remuneração adicional em contrapartida à responsabilidade agregada. As responsabilidades adicionais pressupõem a dedicação integral e, por esse motivo, restam excluídos do regime de jornada de trabalho.

Em face do exposto, impõe-se o **conhecimento da consulta**, ofertando-se as **seguintes respostas aos quesitos** apresentados pelo interessado:

- a) *o Ente em tese, citado como referência no item anterior, ainda assim estaria impedido de realizar o pagamento de horas extraordinárias aos servidores efetivos, enquanto designados para o exercício de função de confiança e que exercem suas atividades mediante o registro de “ponto eletrônico”?*

Sim, estaria impedido. Da natureza jurídica das funções de confiança decorre o regime de dedicação integral, o que obsta o pagamento das horas extraordinárias.

- b) *ou, em outra hipótese legalmente expressa, o acréscimo de horas realizadas além da jornada regular do cargo ou função, poderia ser revertida em banco de horas, com o acréscimo de 50% do tempo, para futuras compensações?*

Não. Reverter as horas extraordinárias em banco de horas, com ou sem acréscimos, corrompe a natureza da função de confiança e importa enriquecimento ilícito. A prestação do serviço extraordinário é remunerada pela gratificação referente à função exercida, e sua reversão em banco de horas geraria direito patrimonial ao servidor sem qualquer contraprestação adicional em favor da entidade.

- c) *por outro lado, em caso de resposta negativa para uma ou outra questão ou para as duas questões anteriores, considerando que, como citado, a lei do Ente não qualifica a sua função de confiança na condição de “dedicação integral”, mas sim o direito expresso de pagamento das horas extras, essa E. Corte apontaria algum procedimento, em seu entendimento, constitucional, para enfrentar o acréscimo de atividades do servidor designado? Diante dessa (s) negativa(s), ainda assim o servidor em referência recairia na aludida vedação constantes no Prejulgado nº 25?*

Por se tratar de instituto constitucional, normas infraconstitucionais não podem desvirtuar a natureza da função de confiança. Assim sendo, **o acréscimo de atribuições (inclusive com comprometimento do tempo à disposição do serviço público) deve ser remunerado**

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 657.

por gratificação compatível com a complexidade da função, e não com pagamento de horas extras.

Curitiba, 26 de fevereiro de 2020.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas