

## **PARECER 21 -2015**

### **CONSULENTE: Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul - FEMERGS**

Consulta-nos a Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul – FEMERGS, para o Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Itacurubi, afirmando que [sic]... trabalham 8 horas corridas e não recebem hora extra, isso é legal? Não devem fazer a pausa para almoço, ou receber hora extra?, com documentos anexos (ficha ponto e pedido lavrado pelo sindicato em via administrativa).

O questionamento nasce na interpretação do texto constitucional, principalmente, no que se refere a redação do art. 7º, XIII, c/c o art. 39, §3º, da Carta Magna, que estabelecem:

*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

*XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;*

*Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.*

*§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do*

*cargo o exigir.*

As normas em tela, como visto, admitem a flexibilização com o emprego de acordo ou convenção coletiva de trabalho, expressão que não se estende aos servidores públicos em razão do princípio da legalidade (CF, art. 37), da melhor interpretação dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal conforme o trecho abaixo de decisão da Corte acerca do assunto:

*(...) 2. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XVI DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO BAIANA. NÃO É POSSIVEL, NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL, ASSEGURAR AOS FUNCIONÁRIOS PUBLICOS "RECONHECIMENTO DAS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO", POR SE TRATAR DE DIREITO RESERVADO AOS TRABALHADORES PRIVADOS QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO QUIS, DE EXPRESSO, INCLUIR NO ROL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES CONSTANTES DE SEU ART. 7., APLICAVEIS AOS FUNCIONÁRIOS PUBLICOS CIVIS DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, NOS TERMOS DO PARAGRAFO 2. DO ART. 39 DA LEI MAIOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 37; 61, PAR. 1., INCISO II, LETRAS "A" E "C", E ART. 169, PARAGRAFO ÚNICO, INCISOS I E II. (...) (ADI 112 / BA - BAHIA)*

Assim sendo, cabe a legislação local dispor sobre a jornada de seus servidores, desde que não supere o limite constitucional de quarenta e quatro horas semanais, já que o limite de oito horas diárias de trabalho está sujeita a flexibilização.

O revogado Estatuto dos Servidores Públicos de Itacurubi - Lei Municipal nº 070/90, em seu art. 54, proibia a prestação de serviços diária superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, contudo, no artigo seguinte da mesma Lei o legislador possibilitou a prorrogação da jornada

diária desde que fosse respeitado o limite semanal e com a compensação do excesso, além da necessidade de acordo com o servidor interessado.

Em casos análogos julgou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado:

*EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MAGISTÉRIO MUNICIPAL DE CARAZINHO. REGIME JURÍDICO DE SERVIDOR. ALTERAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO. LEI MUNICIPAL N. 5.405/2000. PORTARIA N. 271/00. Constitucionalidade da Lei Municipal n. 5405/00: Não se caracteriza burla à ordem constitucional de acesso a cargo ou emprego público a alteração da carga horária de trabalho de determinado cargo, pois não há desnaturação das atribuições do cargo para o qual fora investido o servidor. A isonomia também não é ofendida, uma vez que o exercício de opção para uma nova jornada de trabalho foi estendido para todos servidores daquela mesma categoria. Ilegalidade da Portaria n. 271/00: Revela-se ilegal o ato que, à guisa de agir dentro da esfera de discricionariedade, não leva em conta que para o exercício da autorização legislativa, de aumento da carga horária de professores municipais, previa-se a opção pelo servidor da jornada de trabalho - direito formativo-, o qual não pode ser desprezado para o retorno à antiga carga horária. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. (Apelação Cível Nº 70006613285, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 07/07/2005)*

*Mostra-se constitucional e de acordo com o princípio da legalidade, que deve pautar todos os atos administrativos, a conduta adotada pelo Prefeito Municipal ao encaminhar projeto de lei, a fim de equiparar a carga horária de servidores que titulam os mesmos cargos e desempenham as mesmas funções, mantendo, assim, a igualdade entre eles.*

*O servidor público, como se sabe, é regido pelo regime jurídico próprio que se lhe aplica, no caso dos autos, a Lei nº 2.278/90, que dispõe sobre o horário de trabalho, dispondo expressamente em seu art. 53 (fl. 117):*

*"O Prefeito determinará, quando não estabelecido em lei ou regulamento, o horário de expediente das repartições".*

*Desta forma, o ato que deu origem à edição da legislação que alterou a carga horária dos servidores, ora apelantes, de 37,5 horas semanais para 40,0 horas semanais, está adequado aos limites legais e constitucionais, quais sejam, aqueles fixados nos artigos 7º, inciso XIII, e 39, §3º, da Constituição da República, bem como o artigo 54 da Lei Municipal nº 2.278/90, verbis:*

*"O horário normal de trabalho de cada cargo ou função é o estabelecido na legislação específica, não podendo ser superior a oito horas diárias e a quarenta e quatro horas semanais."*

*Deste modo, havendo expressa previsão na norma, e visando ao atendimento do princípio da supremacia do interesse público frente ao particular, pois tal medida foi*

*adotada para evitar qualquer prejuízo à prestação do serviço público municipal, bem como ao atendimento dos princípios da igualdade e isonomia entre os servidores, é possível a alteração da jornada do trabalhador, nos termos em que realizada.*

*APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70008511800, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 16/06/2004)*

Portanto, é possível a realização de jornada superior a oito horas diária, desde que observados os requisitos mencionados.

Com relação a alteração de carga horária em questão, devemos esclarecer que está passando de trinta para quarenta horas semanais, com o respectivo incremento de remuneração.

Nos mesmos termos vem decidindo o Egrégio Tribunal de Contas do Estado, conforme demonstra o trecho de julgado abaixo:

*item 1.5 (fls. 164/170 e 211/212) - não-cumprimento da carga horária de 44 horas semanais por servidores lotados na Escola Municipal de Educação Infantil Irmã Carmelita (Creche Municipal). Cumprimento de somente 68,18% da carga horária necessária, ou seja, 30 horas semanais em vez de 44 horas. Exercício de horas extras pelos mesmos servidores, cujos valores até 70 horas mensais pagos a esse título são indevidos, tendo em vista que deveriam ter sido cumpridas mais 70 horas/mês para atender o regime horário previsto em lei. Desatenção ao Anexo I da Lei Municipal nº 2.564/92 (Plano de Carreira dos Servidores Municipais). Indicativo de glosa do valor correspondente ao pagamento de 70 horas extras mensais a 12 servidores, conforme demonstrado às fls. 166 a 170 (R\$ 4.709,47);*

(...)

*Há o posicionamento pela impugnação dos valores correspondentes à matéria tratada no item 1.5 (pagamentos de horas extras). Considerando que a defesa do Administrador, nos termos em que é apresentada, confirma as constatações registradas e, os motivos arrolados para justificar os fatos não lograram êxito nesse sentido, observando-se que a redução de carga horária fixada em lei só se perfectibiliza mediante outra lei, o que, não restou informado nos esclarecimentos, infere-se que a irregularidade persiste, em decorrência da desatenção ao Anexo I da Lei Municipal nº 2.564/92 (Plano de Carreira dos Servidores Municipais). Dessa forma, resta mantida a falha e acolho a proposição de glosa oferecida pela Equipe Técnica. (Processo nº 001469-02.00/02-1, Data 13/04/2004, Publicação 29/04/2004, Boletim 269/2004, Órgão Julg. PRIMEIRA CÂMARA, Relator CONS. ALGIR LORENZON)*

O inciso XVI do precitado dispositivo constitucional assegura, também, ao trabalhador, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à normal.

No âmbito da administração pública a jornada de trabalho do servidor é definida na lei que criou o respectivo cargo ao qual o servidor está vinculado, sendo que a realização de trabalho em período superior ao definido em lei caracteriza situação de jornada de trabalho extraordinário.

A relação Estatutária, por ser típica da Administração Pública, diferentemente das outras modalidades, como a Celetista, traz ínsita toda à prevalência do Poder Público sobre os servidores, prevalência esta que permite alterações unilaterais, sem que assista direito à resistência ou permanência das condições existentes ao tempo do início da relação laboral.

A doutrina bem retrata estes aspectos, como se pode observar na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1</sup>:

*Servidores Estatutários*

*Os da primeira categoria submetem-se a **regime estatutário**, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e **modificável unilateralmente**, desde que respeitados os direitos adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, á qual se submetem com a posse;*

Ato contínuo, é oportuno realizar um breve estudo sobre os diferentes regimes de trabalho existente no âmbito da administração pública. Celso Bastos<sup>2</sup> teceu as seguintes afirmações sobre o tema:

*As relações de trabalho podem ser regidas tanto pelo Direito Administrativo como pelo Direito do Trabalho. Neste último, a relação é disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho. Já no primeiro, pela Constituição e pelos Estatutos próprios dos servidores nos três níveis de governo: União, Estados e Municípios.*

*A noção de emprego surgiu em decorrência de a Administração ter parte da sua atividade submetida fundamentalmente ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.*

*Portanto, dentre estes conceitos os mais inconfundíveis são: cargo e emprego público. O primeiro como típico do*

---

<sup>1</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12 ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 418.

<sup>2</sup> BASTOS, Celso, “**Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**”, Revista dos Tribunais, Ano 2, Nº 6, Janeiro-Março de 1994, São Paulo, pp. 167 e 168.

*provimento realizado sob a égide do Direito Público. O segundo, sob a tutela do Direito Privado, eis que assim preferimos classificar o Direito do Trabalho, embora não desconhecamos a existência de defensores de um tertium genus para esse Direito, eqüidistante do Público e do Privado.*

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup> refere-se que essa duplicidade de vínculos laborais, existente entre o servidor público e a Administração, determina que a Constituição Brasileira, em diversas passagens, menciona cargos ou empregos públicos. Com isso, o jurista especificou doutrinariamente a diferença entre cargo público e emprego público nos seguintes termos:

*Cargo público – cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criados por lei.*

*Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não-contratual.*

*Emprego Público – Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por ocupantes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista.*

*Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra algumas inevitáveis influências advindas da natureza*

---

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. [S.n] São Paulo:Malheiros, 1999, pp. 126 e 127.

*governamental da entidade contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.*

Com efeito, percebe-se que aos servidores titulares de cargo aplicam-se os dispositivos contidos na legislação local, ou seja, no estatuto, ao passo que aos servidores titulares de empregos públicos aplicam-se os dispositivos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

**Assim, conclui-se que os direitos estabelecidos na legislação estatutária não são auto-aplicáveis aos servidores celetistas ou vice-versa, posto que os regimes de trabalho são diferentes.**

Nada obsta, contudo, que o administrador em ato discricionário<sup>4</sup> conceda direitos para todos os servidores, independentemente do tipo de regime de trabalho. Cabe ao Prefeito normatizar a concessão da benesse.

Para espancar a dúvida, basta trazer a redação da Constituição da Republica Federativa do Brasil, que repisamos por importante:

Art. 39. ...

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Ou seja, dos 34 (trinta e quatro incisos) contidos no artigo 7º da

---

<sup>4</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso Direito Administrativo, editora Malheiros, 11ª ed., 1999, São Paulo, 306) aborda os atos discricionários realizando as seguintes considerações.

“Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração prática com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

Carta Magna, que concedem direitos trabalhistas, o agente administrativo goza do direito cogente a 14 (quatorze) deles. Os demais são discricionários da administração pública, podendo ou não serem adotados. Com efeito, vejamos o que prescreve o art. 57 da Lei nº 962-2003, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores:

Art. 57 - A prestação de serviços extraordinários só poderá ocorrer por expressa determinação da autoridade competente, mediante solicitação fundamentada do chefe da repartição, ou de ofício.

§ 1º - O serviço extraordinário será remunerado **por hora de trabalho** que exceda o período normal, com acréscimo de cinquenta por cento, nos dias úteis, e cem por cento nos domingos e feriados, em relação à hora normal.

§ 2º - Salvo casos excepcionais, devidamente justificados, não poderá o **trabalho** em horário extraordinário exceder a duas horas diárias. (Grifamos.)

Entre eles não se arrola o turno ininterrupto de 6 (seis) horas contínuas. Assim, pode o agente público, ocupante do cargo de provimento efetivo de vigilante, laborar 8 horas seguidas, sem intervalo.

Deve-se apenas observar a não extrapolação deste prazo, caso que ensejara o pagamento das "horas extras", em virtude da jornada de trabalho extraordinário realizada.

Ante o exposto, opina-se pela possibilidade jurídica do vigilante laborar 8 (oito) horas ininterruptas, respeitado o limite constitucional e o pagamento de horas extras, caso seja extrapolado a jornada de trabalho ordinária.

Era o que nos cabia informar.

Porto Alegre, 21 de dezembro de 2015.

EDUARDO LUCHESI

OAB/SP 202.603