

PARECER JURÍDICO

Parecer nº 050/2020 - Ref. Memorando nº 055/2020

I - RELATÓRIO

Trata-se de parecer jurídico exarado em virtude de solicitação feita pelo Sr. Diretor Administrativo da Câmara Municipal de Pradópolis – SP acerca da regularização do banco de horas dos funcionários desta Casa Legislativa.

Não houve especificações de quais são as dúvidas jurídicas relativas. Logo, passo a analisar de maneira genérica a Resolução 005/2017.

É o breve relato.

II – ANÁLISE e FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente ressalto que, assim como manifestado pelo Controlador Interno no Memorando 055/2020 (em anexo), o banco de horas previsto na Resolução nº 005/2017 é aplicável somente aos servidores efetivos, ou seja, unicamente aqueles cujo ingresso se deu por meio de concurso público. Vejamos:

Art. 1º. Ficam instituídos o sistema de compensação de carga horária semanal, o sistema de flexibilização de jornada diária de trabalho e o banco de horas no âmbito do serviço público da Câmara Municipal de Pradópolis – SP, **aplicáveis exclusivamente aos funcionários ocupantes de cargos efetivos.**

Logo, observando o mesmo Memorando, observo que na listagem do saldo de horas, há tanto servidores efetivos quando comissionados, sendo a estes não se aplica o regime da Resolução 005/2017.

Quanto a tais servidores, não deverá haver qualquer compensação por hora positiva. Nem qualquer pagamento feito à título de horas extras não previamente autorizadas.

Vejamos posicionamento de Tribunal Superior sobre a hipótese:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO LEGISLAÇÃO LOCAL INTERPRETAÇÃO
INVIABILIDADE AGRAVO DESPROVIMENTO.*

1. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou o entendimento do Juízo quanto à procedência do pedido de ressarcimento de danos aos erário, ante o indevido pagamento de horas extras a servidora ocupante de cargo em comissão, aludindo à legislação de regência. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, a recorrente alega a violação dos artigos 5º, cabeça, 7º, incisos VIII e XVI, e 39, § 3º, da Constituição Federal. Sustenta cabível o pagamento para todos os servidores, independentemente da forma de contratação. Diz tratar-se de regime de dedicação exclusiva, e não integral, insistindo na contrapartida de serviço prestado além da jornada de trabalho. Discorre sobre a não recepção da Lei municipal nº 223/74 pela Cartada República.

2. Quanto à evocação do enquadramento do extraordinário na alínea "c" do inciso III do artigo 102 da Carta Federal, percebe-se o equívoco do agravante, uma vez que não se declarou a validade de lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

No mais, colho da decisão recorrida o seguinte trecho:

Conduta em questão afronta expressa disposição da Lei Municipal nº 223/1974:

Art. 148. O funcionário convocado para trabalhar fora do horário de seu expediente ou em dias que não sejam de expediente normal, terá direito a gratificação por serviços extraordinários. "

"§ 1º- O exercício de cargo em comissão ou de função gratificada exclui a gratificação por serviços extraordinários. " (grifei)

Daí impor à ré a devolução, ao erário municipal, dos valores pagos indevidamente, como bem decidido:

"No mérito, a ação é procedente. "

"Não há qualquer controvérsia nos autos quanto ao efetivo pagamento, durante a Administração da requerida, de horas extras a funcionário ocupante de cargo em comissão. "

"A impossibilidade de pagamento de horas extras a ocupantes de cargo em comissão, ainda que tenha sido o serviço efetivamente prestado, tem sua ilegalidade reconhecida pela jurisprudência

majoritária quando não prevista em lei municipal ou quando em afronta lei municipal, hipótese essa a dos autos. " (fls. 335).

Diante desse quadro, não há como alterar o julgado. Patente o prejuízo ao erário público.

Ainda que se admita, tão somente para argumentar, a boa-fé e a efetiva prestação dos serviços, não há falar em enriquecimento ilícito da Administração, mas se viabiliza que pelos gastos arque quem indevidamente os determinou, no caso, a ex-Prefeita.

À toda evidência, da leitura do acórdão impugnado mediante o extraordinário depreende-se, a mais não poder, ter o Tribunal de origem julgado a apelação a partir de interpretação conferida a normas locais, procedendo à análise da Lei municipal nº223/74. Ora, a controvérsia sobre o alcance de lei local não viabiliza, conforme sedimentado pela jurisprudência - Verbete nº 280 da Súmula: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário -, o acesso ao Supremo. Está-se diante de caso cujodesfecho final fica no âmbito do próprio Tribunal de Justiça.

3. Conheço do agravo e o desprovejo. Considerada a estipulação em sentença dos honorários advocatícios em 15%, fixo os honorários recursais no patamar de 5%, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

4. Publiquem.

Brasília, 1º de fevereiro de 2019.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

(STF - ARE: 1183903 DF - DISTRITO FEDERAL 0001454-71.2006.8.26.0271, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/02/2019, Data de Publicação: DJe-028 12/02/2019)

Em relação a tais servidores comissionados, inexistente em lei local a previsão para pagamento de tais horas, assim como inexistente o direito à compensação de horas, ou mesmo banco de horas, como previsto na Resolução 005/2017.

Tão logo àqueles servidores comissionados com saldo positivo de horas não farão jus ao pagamento ou mesmo à compensação de jornada.

Já em relação aos servidores comissionados com saldo de horas negativo, informo que os mesmos, por possuírem relação jurídico administrativa especial, cuja forma de exoneração é *ad nutum* ou seja, dispensam-se às garantias e formalidades aplicáveis aos servidores públicos efetivos, o descumprimento de carga horária dos mesmos é uma responsabilidade de cada funcionário assim como do Presidente da Câmara de Pradópolis, que tem a prerrogativa de fiscalização do efetivo cumprimento da carga horária de tais servidores, sob pena de uma série de penalidades, tanto administrativas como indenizatórias ao erário.

Ressalto que em outra oportunidade já fora firmado Termo de Ajuste de Conduta para pagamento de saldo de horas em haver, de servidor comissionado, como foi o caso do Diretor Financeiro, caso acompanhado pelo controle interno e pelo Ministério Público, decorrente de recomendação desta Procuradoria (vejamos Memorando 048/2019 em anexo)

Fato é que, tal solução devem ser exceção, e não a regra, por isso não recomendo novo ajuste.

Assim, para a ocorrência de saldo de horas negativas por diversos servidores comissionados (vejamos em relatório anexado que aponta saldos negativos de 5 servidores comissionados) não há solução na Resolução 005/2017 a ser aplicada, devendo a administração da Câmara utilizar-se do poder fiscalizatório para que o desajuste de cumprimento de jornada de tais servidores não ocorra, e para isso dispõe de mecanismos como o desconto do pagamento salarial, ou mesmo a exoneração do mesmo, eis que *ad nutum*.

A omissão em tais atos poderá decorrer em apontamentos ou reprovação de contas, tanto pelo controle interno, quanto pelo controle externo exercido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sem o prejuízo de medidas judiciais de ressarcimento ao erário que podem ser provocadas por outros órgãos fiscalizatórios.

Ademais, quanto aos servidores efetivos com banco de horas, aplica-se a Resolução nº 005/2017.

Observo que somente há servidores efetivos com banco de horas positivas.

Logo, tais horas deverão ser compensadas, nos termos da Resolução citada, na forma do art. 4º, e no prazo previsto de 01 ano previsto no art. 5º, ou, para além desse prazo, deverá ser observado o art. 5, §3º.

Deixo de aprofundar cada um desses pontos uma vez que não houve especificação das dúvidas solicitação de parecer.

III. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, concluo que uma vez inaplicável a Resolução 005/2017 aos servidores comissionados, deverá a Câmara Municipal utilizar-se de mecanismos diversos desta normativa para a regularização de tais jornadas. Havendo saldo positivo de jornada por estes servidores, não há que se falar em pagamento das mesmas, e havendo saldo negativo, as mesmas deverão ser imediatamente descontadas da folha salarial.

É o parecer.

Assim encaminho este parecer jurídico ao requisitante – Diretor Administrativo da Câmara de Vereadores de Pradópolis – para as providências que se fizerem necessárias.

Pradópolis, 17 de novembro de 2020

RODRIGO CREPALDI PEREZ CAPUCELLI
Procurador Jurídico Legislativo - OAB/SP nº 334.70