



Parecer Jurídico nº 02/2017

Interessado: Presidência

Assunto: Obrigatoriedade do controle de jornada em cargos de chefia.

Ementa: Direito Administrativo. Análise sobre obrigatoriedade ou não do controle de ponto em cargos de chefia no âmbito do CAU/DF.

I – RELATÓRIO

Senhor Presidente,

1. O assunto acima referenciado, foi abordado em algumas reuniões da presidência, e vem a exame desta Assessoria Jurídica a pedido do Presidente do CAU/DF para uma análise mais profunda que possa trazer segurança jurídica em relação às suas decisões sobre o tema.

2. Todos os funcionários do CAU/DF, inclusive os concursados, são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT, porém como o Conselho tem natureza jurídica de direito público e existe muita divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do pagamento ou não de horas extras (ligadas, diretamente, à necessidade ou não de controle de ponto) para ocupantes de cargo de chefia, destacamos o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, senão vejamos:

“Quanto ao tema, a Representante do Ministério Público junto a este Tribunal traz à tona a divergência doutrinária e jurisprudencial existente, tendo em vista que para alguns é indevido o pagamento de horas extras ao ocupante de cargo comissionado, com base no que dispõe o § 1º do art. 19 da Lei 8.112/90[4] e para outros o seu pagamento torna-se devido por força do § 3º do art. 39 da Constituição Federal[5].

Frente a isso, a Procuradora do MPTC manifesta-se pela possibilidade de pagamento de horas extras ao servidor ocupante de cargo comissionado que labore além da jornada normal de trabalho, desde que haja previsão legal autorizando tal pagamento e a prestação de serviço extraordinário se configure como hipótese excepcional e temporária e se dê com a prévia autorização e justificativa por escrito do superior imediato.”

(consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisão/Decisão/900578564_3463823.htm)



3. O feito foi encaminhado à Assessoria para que seja emitido posicionamento jurídico acerca do tema, para tanto faremos uma análise trazendo à baila as previsões constitucionais, legais, doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

II- ANÁLISE JURÍDICA

4. A Constituição Federal de 1988 menciona expressamente mais de trinta vezes a palavra controle, ou derivadas, para indicar a Administração Pública como agente ou alvo deste controle.

5. Importa ressaltar que os cargos de provimento comissionado, com previsão expressa no art. 37, II da Constituição Federal, são dispensados do prévio concurso público de seus agentes, possuindo natureza transitória de livre nomeação e exoneração, sendo os titulares nomeados em função da relação de confiança existente entre estes e a autoridade nomeante. A diferença essencial em relação aos cargos efetivos é a forma de seu provimento e desprovimento, visando à liberdade do administrador para o seu preenchimento e exoneração.

6. A Constituição Federal prevê em seu art. 39, § 3º, que os servidores ocupantes de cargo público têm direito a hora extra, vejamos:

Art. 39º (...)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

7. Observa-se do acima transcrito que o direito à limitação da jornada de



trabalho e às horas extras é assegurado aos trabalhadores pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XIII e XVI). Esse direito não poderia ser suprimido por norma infraconstitucional e realmente não o foi. O que acontece é que existe uma presunção relativa (que admite prova em contrário) de que o empregado ocupante de cargo de confiança, por dispor de maior autonomia e conhecimento, não precisaria ter sua jornada controlada pelo empregador, porém nem todos os cargos de confiança se enquadram nas hipóteses de dispensa de controle de jornada previstas no art. 62, da CLT, senão vejamos:

Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Capítulo II – Da Duração do Trabalho)

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único – O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

8. A primeira hipótese, trata dos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. O empregado trabalha com total liberdade no que diz respeito ao início e término do trabalho, e nesse caso em que o controle de jornada é impossível, o empregador deverá fiscalizar o resultado do trabalho, e não o número de horas trabalhadas, o que importa é o resultado da produtividade realizada pelo empregado e não o fato de ele iniciar ou terminar o trabalho em determinados horários. Importa ressaltar, que a lei prescreve ser indispensável a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados, que o empregado exercerá trabalho externo incompatível com a fiscalização da jornada.

9. Transcreve-se a seguir, julgado recente do TST, que reforça a exigência de que o trabalho externo seja incompatível com o controle de jornada, vejamos:

TST RECURSO DE REVISTA RR 19387920115080201 (TST)

Data de publicação: 27/02/2015



Ementa: RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CONTROLE DE HORÁRIO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST

1. A execução das atividades fora da sede da empresa, por si só, não afasta o cumprimento das normas relativas à duração do trabalho. **A incidência da exceção prevista no art. 62 , I , da CLT exige trabalho externo incompatível como a fixação de horário de trabalho.** Precedentes. 2. Se o TRT, com fundamento no contexto fático-probatório dos autos, notadamente na prova testemunhal, consigna que o empregado não se insere na exceção prevista no art. 62 , I , da CLT ante a possibilidade de fiscalização efetiva da jornada de trabalho cumprida fora da sede da empresa, a pretensão de afastar a condenação em horas extras demanda reexame de fatos e provas, inviável em sede extraordinária, à luz da Súmula nº 126 do TST. 3. Recurso de revista não conhecido. (grifo nosso)

10. É preciso que fique comprovado que o controle da jornada era impossível de ser realizado, uma vez que não se trata de uma escolha do empregador controlar ou não, mas de uma obrigação de fazê-lo quando possível. O art. 6º da CLT sugere meios e possibilidades de controles telemáticos. Assim estará enquadrado na exceção o empregado que preencher os critérios que dispensam tal controle.

11. A segunda hipótese que trata dos gerentes (exercentes de cargo de gestão), por sua vez, merece maiores comentários, pois tem sido objeto de interpretações equivocadas que acabam gerando prejuízos tanto para o empregador quanto para o empregado. Para melhor compreendê-la faz-se necessário distinguir o “gerente” do “empregado rotulado de gerente”.

12. Segundo a lei, o gerente é o empregado investido de poder de gestão e que tem padrão de vencimentos superior em, no mínimo 40%, dos demais empregados, que poderá ser pago como gratificação de função, em rubrica separada, ou de forma integrada ao salário. Todavia, o mero rótulo de gerente acompanhado do acréscimo salarial é insuficiente para excluir o empregado do regime de controle de horário de trabalho. É preciso que o empregado exerça de fato cargo de gestão, dividindo parcela do poder diretivo do empregador em relação aos demais empregados.

13. A maioria dos Tribunais Trabalhistas, quando se deparam com essa matéria, exigem os requisitos do art. 62, II, para caracterização do cargo de gerente, e reconhecem o



direito às horas extras quando ausentes tais requisitos. É o que podemos observar na maioria dos julgados que revelam a interpretação e entendimento tanto dos TRTs quanto do TST sobre o assunto, senão vejamos:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 488220125030016 48-82.2012.5.03.0016 (TST)

Data de publicação: 25/10/2013

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA . CARGO DE CONFIANÇA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 62 , II E PARÁGRAFO ÚNICO , DA CLT . HORAS EXTRAS 1. Ausentes a fidúcia especial e o padrão remuneratório diferenciado, a mera denominação do cargo não se revela suficiente para caracterizar o exercício de cargo de confiança a que alude o art. 62 , II , da CLT . 2 . Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (grifo nosso)

TRT-1 - Recurso Ordinário RO 907001720095010046 RJ (TRT-1)

Data de publicação: 01/10/2012

Ementa: HORAS

EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 62 DA CLT . **Inexistindo, nos autos, qualquer elemento de convicção ou indício de que o obreiro tenha exercido a alegada função de confiança, ou, ainda, qualquer chefia, já que não possuía subordinados**, apesar do exercício de funções com responsabilidades regionais, e a existência do título informal de gerente, **além da não percepção da gratificação de função de pelo menos 40% superior ao salário básico**, como exige o parágrafo único do art. 62 da CLT , **afastada, por conseguinte, a incidência da exceção prevista naquela norma.** (grifo nosso)

TRT-1 - Recurso Ordinário RO 11955820115010009 RJ (TRT-1)

Data de publicação: 14/02/2013

Ementa: HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA DE ENCARGO DE GESTÃO. NÃO PAGAMENTO DO ACRÉSCIMO PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 62 DA CLT . PROCEDÊNCIA. Se a reclamada não remunerava a autora com o acréscimo salarial de pelo menos 40% sobre o salário básico e, ainda, inexistindo evidências de que houve exercício de cargo de gestão, procede o pleito de horas extras.

14. Das pesquisas realizadas em relação aos vários julgados sobre a matéria, constata-se que o requisito do art. 62, II, (remuneração diferenciada) para caracterização do



cargo de chefia é fundamental na avaliação do caso, podendo gerar presunção relativa ou absoluta: relativa, caso a remuneração seja majorada corretamente, cabendo demonstração de que o conteúdo não carregava funções verdadeiramente de elevada confiança; absoluta, caso a remuneração não seja majorada, jogando por terra desde logo a alegação de cargo de gestão, sem que se faça necessário prosseguir na investigação sobre o conteúdo da matéria.

15. Homero Batista Mateus da Silva em seu livro *Direito do Trabalho*, trata desse assunto no Capítulo 14. *HORAS EXTRAS EM CARGO DE CHEFIA* e diz que o problema todo está em saber como se afere a diferença de 40%, sendo necessária a fixação de alguns postulados para uma interpretação mais equilibrada:

“(…)

A gratificação não precisa necessariamente existir com esse nome. O parágrafo único fixou como requisito para o cargo de confiança a remuneração superior àquela do cargo efetivo acrescida de 40%, servindo como parâmetro o somatório de todas as parcelas de natureza salarial, o que inclui salário-base e gratificações ajustadas. Na verdade, o principal objetivo de uma empresa, ao destacar em rubrica separada a gratificação de função, é a possibilidade de retirar o pagamento quando o empregado retornar a seu posto anterior.

(…)

A comparação é feita preferencialmente com o salário do cargo anterior ou efetivo. A redação do parágrafo único do art. 62 dá a entender que todo chefe já foi um dia subordinado dentro da mesma empresa, de modo que a fórmula dos 40% se baseia na aplicação do aumento sobre o “salário efetivo” que o empregado auferiu quando da promoção – e ao qual retornará quando de sua recondução ao posto anterior, se for o caso.(…)

A comparação pode ser feita excepcionalmente com o salário do subordinado. E se não houver cargo anteriormente ocupado pelo chefe? Embora o art. 62 não contemple essa hipótese, é razoável que se entenda ser devido o patamar de 40% superior quando comparado com os salários dos empregados subalternos, preferencialmente aqueles subordinados diretamente àquela chefia. Não faria sentido que o art. 62, II, não permitisse a existência de chefe recém-admitido pela empresa, nem faria sentido que um chefe auferisse rendimento inferior ao de seus subordinados, justificando-se esse termo de comparação como a melhor via intermediária de interpretação da norma.

A comparação pode ser frustrada. Um terceiro cenário, mais sombrio, seria aquele em que o cargo de gestão é exercido pelo empregado quando da fundação da empresa, (...) mas desprovido de qualquer colega de trabalho ou subordinado (o que não é tão raro).



Nesta hipótese, podemos encontrar situação em que não exista nem salário anterior do empregado, nem salário de seus subordinados, que ainda estão para ser contratados. Há de ser tolerada uma faixa salarial qualquer, por falta de outro parâmetro, mas imediatamente após a admissão dos primeiros empregados, a comparação será feita, ainda que de forma retroativa, devendo o empregador ficar atento para eventual discrepância entre o que paga para o chefe e o que promete pagar para os auxiliares. (...)” (DA SILVA-Homero Batista Mateus, Direito do Trabalho, Vol. I, 1ª Edição, Editora Revista dos Tribunais)

16. Restou claro até então que os requisitos para configuração do exercício dos cargos de confiança devem ser observados quando da decisão sobre o controle ou não da jornada desses cargos, bem como a remuneração diferenciada para a caracterização do cargo de chefia, levando-se em conta que a diferença de 40% pode e deve ser aferida de acordo com parâmetros acima transcritos.

17. A título de comparação trazemos à baila o entendimento de alguns Tribunais que não admitem a possibilidade de exercentes de cargo de confiança (regidos pela Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Lei do Servidor Público), senão vejamos:

“O exercício de cargo em comissão exclui a incidência de horas extras, em razão da dispensa do ponto” (TRF 2ª R. – 4ª T, Apel. Cív: AC 155894 97.02.41892-5, Rel. Des. Fernando Marques, J. 24.05.2000, DJU. 07.06.2001).

(...)Pagamento de horas extras a ocupantes de cargo em comissão - Impossibilidade legal - Os ocupantes de cargo em comissão devem dedicar-se plenamente às funções, sem vinculação de carga horária (...). (TJ-SP - Apelação APL 994060457576 SP (TJ-SP))

TRF-4 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 41934 RS 2006.71.00.041934-0 (TRF-4)

Data de publicação: 08/03/2010

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SERVIDOR PÚBLICO. OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. IMPOSSIBILIDADE.

(...) 2. A Lei nº 8.112, de 1990, em seu art. 19, dispõe, expressamente, que o ocupante de cargo ou função de confiança está sujeito a regime de integral dedicação ao serviço, o que significa, em outros termos, a possibilidade de ser



convocado a qualquer tempo sempre que houver interesse da Administração. Contudo, por tal disponibilidade, já é devidamente remunerado, mediante o recebimento de gratificação própria. Com efeito, o acréscimo remuneratório percebido em razão de exercício do cargo ou função de confiança justifica-se não só pelo incremento de suas responsabilidades funcionais como também por manter-se o servidor à disposição do empregador em tempo integral (não só de segunda a sexta-feira, mas também em sábados e domingos). Por essa razão, esse regime não comporta o pagamento cumulativo de horas extraordinárias (arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112), pois já está compreendida na gratificação do cargo ou função a prestação (efetiva ou potencial) de serviços fora do horário normal de trabalho. (grifo nosso)

18. Os julgados acima transcritos, bem como vários outros da Justiça Federal que foram estudados para o caso, excluem a incidência de horas extras para os cargos de confiança baseados, principalmente na disposição do artigo 19 da Lei 8.112/90, senão vejamos:

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.

19. Sopesando todos os argumentos e fundamentos legais suscitados, chegamos ao entendimento pela possibilidade do cabimento de pagamento a horas extras (ligadas, diretamente, à necessidade de controle de ponto) aos funcionários do CAU/DF, inclusive os comissionados quando em conformidade com a permissão legal que ampare tais pagamentos.

20. Além disso, importa verificar o preenchimento de outros requisitos para a autorização de pagamento de horas extras, quais sejam: controle rígido acerca das horas efetivamente trabalhadas e ainda, que a prestação de serviço extraordinário se configure como hipótese excepcional e temporária e se dê com a prévia autorização e justificativa por escrito da autoridade responsável.



III – CONCLUSÃO

21. Por todo o exposto, do ponto de vista estritamente jurídico, observados todos os itens constantes deste parecer, esta assessoria chega as seguintes conclusões:

a) Apesar do CAU/DF possuir natureza jurídica de direito público, seus empregados são regidos pela CLT, o que significa que todas as lides trabalhistas que por ventura o Conselho vier a sofrer serão julgadas pela Justiça Trabalhista.

b) Levando-se em conta, salvo melhor juízo, o fato de hoje não existir no CAU/DF nenhum empregado que se enquadre nas hipóteses do art. 62 da CLT, para serem dispensados do controle de jornada, deve ser aplicado o controle de jornada a todos os empregados do Conselho.

c) A prestação de serviço extraordinário deve se configurar como hipótese excepcional e temporária e se dar, somente com a prévia autorização e justificativa por escrito da autoridade responsável.

d) Por fim, tendo em vista o conceito de gerente constante do item 10 deste parecer, considerando que o cargo de gerente geral do Conselho exerce poder de gestão, ele poderia estar enquadrado na hipótese do art. 62 (ser dispensado do controle de jornada) caso cumprisse também o segundo requisito, qual seja, ter o vencimento superior em, no mínimo 40% dos demais empregados do CAU/DF.

É o parecer.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017.

KARLA DIAS FAULSTICH ALVES
Advogada do CAU/DF - OAB/DF 27.970