

Brasília, 21 de agosto de 2019.

NOTA JURÍDICA

Assunto: Hora extra. Diferenciação
do regime de compensação horária.
Análise jurídica.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS FEDERAIS AGROPECUÁRIOS, ANFFA Sindical, formalizou consulta acerca da viabilidade jurídica de os Auditores Fiscais Federais Agropecuários (AFFAs) postularem judicialmente a compensação de horas extras (trabalho extraordinário) à razão diferenciada do multiplicador 1,5.

A diferenciação no cômputo das horas extras, para fins de formação de banco de horas (compensação horária), constituiria ficção jurídica correlata aos arts. 73 e 74 da Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico Único – RJU), que disciplina o serviço extraordinário:

Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.

Logo, se o “serviço extraordinário” laborado pelos AFFAs (sob a justificativa de que percebem subsídio) não é remunerado com o “acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho”, constituiria hipótese sucedânea a compensação de horas extras (trabalho extraordinário) à razão diferenciada do multiplicador 1,5. Ou seja, cada hora extra ensejaria o direito à compensação de 90 minutos de trabalho.

Preliminarmente, cabe ressaltar que a admissibilidade de pagamento de “adicional pela prestação de serviço extraordinário” (e também “adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas”, de “adicional noturno”) cumulativamente com o subsídio dos AFFAs constitui questão judicializada pelo Consulente no Processo (Ação Coletiva) n. 43212-32.2016.4.01.3400, atualmente em fase recursal (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), ante a interposição de recurso de apelação contra a sentença de improcedência.

A esse propósito, cabe ressaltar que, no Recurso Especial Repetitivo n. 1.358.281, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidou o entendimento de que **o adicional noturno, o adicional de periculosidade e o adicional de hora extra são verbas de natureza remuneratória**. Já o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário n. 650.898, com Repercussão Geral reconhecida, pacificou o entendimento de que “o regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal”.

Trazidos os termos da consulta, cumpre avançar sobre a análise jurídica da questão.

A atividade funcional deve respeitar a jornada de trabalho dos Auditores Fiscais Federais Agropecuários (8h/dia e 40h/semana). As horas excedentes trabalhadas deveriam ser remuneradas por adicional cumulado ao subsídio (questão judicializada pelo Consulente no Processo n. 43212-32.2016.4.01.3400), mas, à luz da tendência jurisprudencial de considerar que “o regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal” (Recurso Extraordinário n. 650.898), deve-se analisar o regime de compensação horária (banco de horas) aplicável aos servidores públicos que exerçam horas que ultrapassem a jornada diária.

Considerando a tendência jurisprudencial de impedir o pagamento de adicional aos servidores de Carreira que recebam por subsídio, é inafastável a necessidade da contrapartida cabível, qual seja, a adequada e **integral compensação** horária (banco de horas).

Na hipótese sob exame, o escopo específico é identificar a plausibilidade jurídica da tese relativa à compensação de horas extras (trabalho extraordinário) à razão diferenciada do multiplicador 1,5.

O fato de o regime de subsídio, conforme a interpretação atualmente conferida pela Administração Pública, supostamente inviabilizar o pagamento de horas extras não significa que o serviço extraordinário não possa ter adequada contrapartida.

Na hipótese, à míngua do pagamento do trabalho extraordinário, a contrapartida refere-se à compensação, mediante a formação de banco de horas.

Contudo, o estabelecimento de um regime de compensação horária é incompatível com a ideia de consolidação de horas diferenciadas com o multiplicador supracitado (1,5).

Com efeito, **a razão ou fator da compensação tem de ocorrer à medida unitária (1h --> 1h), salvo na hipótese de expressa previsão legal**, como é o caso da hora noturna, cuja *lei em sentido estrito* (Lei n. 8.112/1990) expressamente consigna a diferenciação nominal do tempo de trabalho noturno.

Não por outro motivo, aliás, o ANFFA Sindical recentemente propôs demanda judicial (ação coletiva), em 30 de julho de 2019, autuada sob o n. 1020936-82.2019.4.01.3400 (Processo distribuído à 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal), em que formulou os seguintes pedidos:

3) reconhecida a ilegalidade e a inconstitucionalidade da conduta impugnada (ausência de cômputo diferenciado da hora noturna), sejam julgados procedentes os pedidos para que, confirmada a antecipação dos efeitos da tutela, seja a Ré condenada:

3.1) à *obrigação de fazer* consistente no ajuste da jornada de trabalho dos Auditores Fiscais Federais Agropecuários, **computando-se a hora noturna à razão de 52 minutos e 30 segundos (52m30s)**, assim considerada aquela realizada entre 22h (vinte e duas horas) e 5h (cinco horas) do dia seguinte, nos termos do art. 75 da Lei n. 8.112/1990;

3.2) sucessivamente, com o provimento do pedido anterior, seja reconhecido o direito à compensação da carga horária *a maior* – horas excedentes em razão da ausência de diferenciação da hora de trabalho à razão de 52m30s – que venha a ser laborada durante a tramitação do presente processo, a partir da citação, condenando-se a União a viabilizar a fruição do respectivo saldo de horas aos Auditores Fiscais Federais Agropecuários, sob pena de conversão em indenização, apuradas perdas e danos em sede de liquidação (art. 816 c/c art. 513 do CPC).

É que, por força do *princípio da legalidade administrativa* (art. 37 da Constituição Federal), não seria possível criar um regime de compensação horária, computando-se horas a uma razão diferenciada (diversa da correspondência 1h --> 1h), sem que haja expressa autorização legal.

Recorde-se que, no caso da compensação da hora noturna, a recusa da Administração Pública em reconhecer o direito dos servidores ensejou a ação coletiva do Consulente (Processo n. 1020936-82.2019.4.01.3400) **justamente em razão da ofensa ao art. 75 da Lei n. 8.112/1990** (RJU), que estabelece uma hora legal fictícia (52m30s).

Em outras palavras, como não há no Regime Jurídico Único uma ficção legal para a hora extra sujeita à compensação, é juridicamente inviável criar por ficção jurídica o fator de multiplicação apontado à guisa de consulta, em razão do princípio constitucional da legalidade administrativa.

O Regime Jurídico Único disciplina um “acréscimo pecuniário” (50%) que não corresponde, pretensamente *a contrario sensu*, a um direito ao trabalho de jornada inferior àquela estabelecida por lei, sob a justificativa de compensação de hora extraordinária.

Apenas com uma expressa ficção legal, a exemplo do que ocorre com a hora noturna, seria juridicamente plausível vindicar tal direito perante os órgãos públicos ou o Poder Judiciário.

E, à míngua dessa previsão legal, considerando que o trabalho pela hora excedente não é remunerado pela Administração Pública, em favor de servidores organizados em Carreira que percebam subsídios, é inevitável que o regime de compensação horária (banco de horas) **deva ser integralmente orientado a recompor as horas trabalhadas** em excesso pelo servidor público.

Entendimento contrário implicaria o locupletamento indevido da Administração Pública, violando o art. 884 do Código Civil: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”, dentre outros dispositivos.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a jurisprudência consigna que, em relação a servidores que não percebam remuneração por parcela única (subsídio), não é constitucionalmente aceitável alijar o trabalhador do direito à hora extraordinária, sob o argumento administrativo de que, por exemplo, não haveria autorização da respectiva

chefia imediata ou de que existiria restrição normativa (v.g., art. 1º do Decreto n. 3.114/1999).¹

Por todo o exposto, conclui-se:

1) pelo descabimento de ação coletiva que vise à compensação de horas extras (trabalho extraordinário) à razão diferenciada do multiplicador 1,5, pois, sem que haja expressa previsão legal, não é possível criar no Regime Jurídico Único uma *hora fictícia* de trabalho, em razão do princípio da legalidade administrativa, previsto no art. 37 da Constituição Federal;

2) pelo cabimento de ação coletiva para pleitear o direito à compensação integral de horas excedentes (banco de horas), garantindo-se, por consequência, a compensação de todas as horas excedentes trabalhadas, em favor dos AFFAs filiados ao Consulente. Evidentemente, o interesse de agir para essa demanda está condicionado à existência de casos paradigmáticos (filiados afetados/prejudicados) que demonstrem que o MAPA não franqueia a compensação integral do trabalho excedente.

São essas as considerações necessárias.

Assim a opinião de quem abaixo subscreve.

TORREÃO BRAZ ADVOGADOS

Antônio Torreão Braz Filho

João Pereira Monteiro Neto

Bruno Fischgold

Vitor Candido Soares

Ana Torreão Braz Lucas de Moraes

¹ Por todos, cf. TRF4, Terceira Turma, AC n. 5024644-85.2015.4.04.7100, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, j. 18.10.2018.