

BANCO DE HORAS

Autoria:

Sidnei Di Bacco
Advogado

Os estatutos municipais costumam estabelecer teto para o pagamento de horas extraordinárias a servidores. Qual o procedimento a ser adotado pela administração para a quitação de eventuais horas excedentes?

A limitação de prestação de horas extraordinárias é imposta à administração e não ao servidor. É a administração que, segundo a sua necessidade e conveniência, requisita os serviços excepcionais do servidor. Ao servidor não é facultado estender a sua jornada por iniciativa própria. Em regra, os estatutos dos servidores impõem duas condições para a execução de serviços extraordinários: a) atendimento de situações excepcionais e temporárias; b) autorização do prefeito ou seu preposto.

Se a administração designou o servidor para a execução de atividades fora da jornada, deve necessariamente recompensá-lo, com o pagamento de gratificação ou a concessão de folga. Utilizar-se dos serviços extraordinários do servidor e não o compensar representa enriquecimento ilícito. Alegar-se a existência de teto para subtrair-se do pagamento da gratificação significa benefício da própria torpeza. Ambas as atitudes já eram veementemente condenadas pelos romanos antes do nascimento de Cristo.

Enfrenta-se um impasse, contudo, quando o estatuto dos servidores: a) não autoriza o pagamento de gratificação para as horas excedentes (consequência necessária da ultrapassagem do teto); b) não prevê a alternativa de concessão de folga compensatória.

Há uma diferença lógico-hermenêutica entre "não autorizar" e "não prever". No primeiro caso, existe uma proibição. No segundo, uma omissão. A doutrina jurídica ensina que: a) o particular pode fazer tudo que não estiver proibido; b) o poder público somente pode fazer o que estiver permitido (princípio da legalidade estrita). Logo, no caso da administração pública, silêncio legal também significa vedação. Nessa toada, a concessão de folga igualmente estaria proibida. Entretanto, tal princípio deve ceder frente a outro de maior quilate, no caso, o princípio da moralidade, de índole constitucional (art. 37, "caput"), pois, consoante demonstrado retro, trata-se de conduta ilegítima a requisição de serviços extrajornada sem a posterior compensação. Ademais, se é certo que a administração não pode atuar quando existente expressa vedação legal, também se afigura correto afirmar que, excepcionalmente, o silêncio legal pode significar autorização para a conduta administrativa, como sói acontecer com o particular.

Entende-se, portanto, que a concessão de folga, embora não prevista no estatuto dos servidores, deve ser empregada como instrumento para compensar as horas extraordinárias excedentes do teto.

Para que situações desse tipo sejam prontamente solucionáveis, recomenda-se a adoção de banco de horas, de sorte que o excesso de horas em um dia seja compensado pela correspondente diminuição em outro dia.

A implantação do banco de horas municipal dispensa a interveniência de sindicatos e a expressa manifestação, pelo servidor, de concordância com a adesão ao sistema. Ao contrário do que ocorre no regime celetista, não há "contrato de trabalho" no regime estatutário, ou seja, as partes (empregado/servidor e empregador/município) não discutem os termos do vínculo (remuneração, jornada, benefícios, etc.). Na verdade, o servidor, quando investido em cargo público, simplesmente adere aos estatutos vigentes (regime jurídico e plano de cargos e salários), sem possibilidade de discussão da situação individual. Por isso o regime estatutário também é denominado "institucional", pois é elaborado pelo ente público segundo sua conveniência. E o STF já pacificou que servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico (RE 99.594, rel. min. Francisco Rezek, RTJ 108/785).

No entanto, existem distorções que devem ser eliminadas. Os motoristas, por exemplo, costumam registrar o cartão-ponto somente em dois momentos: antes e depois de viagens. Ou seja, os períodos de repouso não ficam consignados. Há, geralmente, pagamento de diária, circunstância indicativa de que o motorista fez pernoite no local de destino. Obviamente, o período de descanso não pode ser remunerado como hora extraordinária, ainda que se dê no veículo (parado, claro!), e deve ser abatido do cartão-ponto. Ofende o bom senso que o servidor receba, concomitantemente, verbas que pressupõem a ocorrência de circunstâncias incompatíveis e não coexistentes. A diária destina-se ao custeio de alimentação e pousada, portanto, parte da verba serve para viabilizar o repouso do servidor. Se há descanso não há trabalho, logo, inexistente jornada extraordinária. E, ao contrário, se há jornada não há repouso, então, é indevido o pagamento de diária.

Há outra situação que merece cautela. O simples fato de o motorista encontrar-se fora da sede do município não caracteriza trabalho extraordinário. A remuneração paga ao cargo de motorista exige que seu ocupante exerça uma jornada de trabalho semanal de 40 ou 44 horas. O pernoite do motorista no local de destino deverá, necessariamente, ser considerado como intervalo interjornada, de sorte que a jornada iniciada na sequência começará como normal, sem a incidência da gratificação de hora extraordinária.