

Proc. nº 2263/2015

Parecer nº 206/2016



Assunto: Cargos em comissão. Controle de horário.

Interessado: Direção Geral.

CARGOS EM COMISSÃO. CONTROLE  
DE HORÁRIO. PONTO. NÃO  
OBRIGATORIEDADE.

Ao Sr. Procurador-Geral:

O Sr. Diretor - Geral solicita que seja realizada análise jurídica sobre o registro de ponto eletrônico para os Cargos em Comissão desta Casa, ou seja, deseja saber, pelo que depreende-se, se o controle de ponto eletrônico se coaduna com a natureza dos cargos em comissão. E a resposta é não.

Inicialmente é preciso ter em mente a peculiar natureza das atribuições dos cargos em comissão, conforme lição de Adilson Abreu Dallari<sup>1</sup>:

*“Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora de absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.*

<sup>1</sup> Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 41.

*É inconstitucional a lei que criar cargo em comissão para o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza meramente profissional, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento superior.”*

E é nessa medida, vinculada a ideia de especial confiança, própria dos altos cargos, em que a fidelidade às diretrizes traçadas pelos agentes políticos, o comprometimento político e a lealdade a estes são essenciais para o próprio desempenho da função, que se afirma que a natureza dos cargos em comissão não se harmoniza com o controle de horário ou ponto.

A respeito, o Conselho Nacional de Justiça em 2011 respondendo consulta acerca do pagamento de serviço extraordinário (horas-extras) entendeu indevido tal pagamento, entre outras razões, devido a natureza de tais cargos, conforme segue:

*“A natureza dos cargos comissionados é de estreita proximidade, ampla confiança e até mesmo relação pessoal com a autoridade a que se está vinculado, nesse norte, o direito a percepção de horas extras não deve existir.*

*Ademais o controle de horário não ocorre ordinariamente, e se existe, se dá somente pela chefia imediata, não ensejando a fiscalização eletrônica dos horários de entrada e saída dos servidores.*

*O pagamento de horas extras pressupõe a prestação de labor diário que excede a jornada habitual de trabalho, ensejando, em contrapartida, retribuição pecuniária. Se não há, em regra, adequado controle de horário inviável resta o pagamento extraordinário.*

*Aos comissionados que atuam em cargos de direção e chefia, compete delegar e monitorar a execução dos trabalhos, sendo descabido que aquele que gerencia os serviços seja também gerenciado.*

*O mesmo vale para os cargos de assessoramento que não se vêem sujeitos à definição de horário de trabalho, vez que se propõem a atender a autoridade hierárquica com os recursos e subsídios necessários para a atuação de sua colocação política.” - CONSULTA N.º 0000028-12.2011.2.00.0000 – grifei.*

No mesmo sentido, a evidenciar que os cargos em comissão não se afeioam ao "registro de ponto" e de cumprimento de carga horária regular e uniforme, como ocorre com os demais cargos e empregos públicos, temos o Parecer nº 84/2001 aprovado pelo Pleno do TCE/RS, e ainda em vigor, da lavra da Auditora-Substituta de Conselheira Rosane Heineck Schmitt, conforme trecho a seguir transcrito:

*"...possuindo apenas cargos em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se há de falar em pagamento de "horas extraordinárias" ou "compensação por horas-extra", porque o exercício daquelas funções - de confiança - exclui o cumprimento de carga horária específica, diariamente cumprida e controlável (controle de "ponto"), justamente por ser a confiança o elemento que autoriza a nomeação, o que implica na obrigação do servidor provido em comissão de desempenhar os deveres de direção e/ou chefia que, necessariamente, não podem e não estão subordinados à carga horária. Isto significa que o exercente de tais funções poderá em um dia realizar uma elevada carga horária e, em outra, a compensará, automaticamente, pois seu cargo - e suas atribuições - não se afeioam ao "registro de ponto" e de cumprimento de carga horária regular e uniforme, como ocorre com os demais cargos e empregos públicos.*

*O mesmo se aplica com relação às funções de assessoramento, que implicam disponibilidade horária para prestar a devida assessoria àquele que nomeou o assessor com base no justo critério da confiança. Novamente aqui ocorrerá a "auto-compensação" de horário.*

*Não procede, também, e por tais razões, remunerar as horas ditas "extras" do exercente de cargo em comissão mediante compensação destas horas, pois, ao compensá-las, de forma ordinária e com base em carga horária diária fixa de oito horas, estar-se-á, por via indireta, remunerando-as, na medida em que se estará autorizando o regime fixo de horas e, com isso, permitindo a redução daquelas prestadas diariamente com vista àquela compensação."*

Na mesma linha de pensamento, em parecer, de 26/02/2015, lançado nos autos no Processo de Contas nº 8270-02.00 o Ministério Público de Contas manifesta-se:

*"Com efeito, o exercício de cargos de provimento em comissão ou funções gratificadas, destinadas exclusivamente à direção, chefia e assessoramento, pressupõe*



*dedicação sob condições de trabalho especialíssimas, as quais não se coadunam com controles de ponto ou limitação de jornada.*

Decisões recentes tanto do TCE/RS como do TJ/RS, contudo, tem admitido como regular o pagamento de horas extras à servidores ocupantes de cargos comissionados quando há previsão legal e ocorre um controle confiável de ponto.

O Conselheiro Estilac Xavier resume a posição atual do TCE/RS sobre o assunto (voto proferido no Processo nº 0335-0200/10-0):

*“Com relação à percepção de horas extras por servidores ocupantes de cargos em comissão e funções gratificadas, esta Corte de Contas tem se posicionado, majoritariamente, pela incompatibilidade do referido pagamento em face da natureza do cargo em comissão e da função gratificada. Referido posicionamento está consignado no Parecer nº 84/20019, que dispõe, verbis:*

*(...) possuindo apenas cargos em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, não se há de falar em pagamento de “horas extraordinárias” ou “compensação por horas-extra”, porque o exercício daquelas funções - de confiança - exclui o cumprimento de carga horária específica, diariamente cumprida e controlável (controle de “ponto”), justamente por ser a confiança o elemento que autoriza a nomeação, o que implica na obrigação do servidor provido em comissão de desempenhar os deveres de direção e/ou chefia que, necessariamente, não podem e não estão subordinados à carga horária. Isto significa que o exercente de tais funções poderá em um dia realizar uma elevada carga horária e, em outra, a compensará, automaticamente, pois seu cargo - e suas atribuições - não se afeiçoam ao “registro de ponto” e de cumprimento de carga horária regular e uniforme, como ocorre com os demais cargos e empregos públicos.*

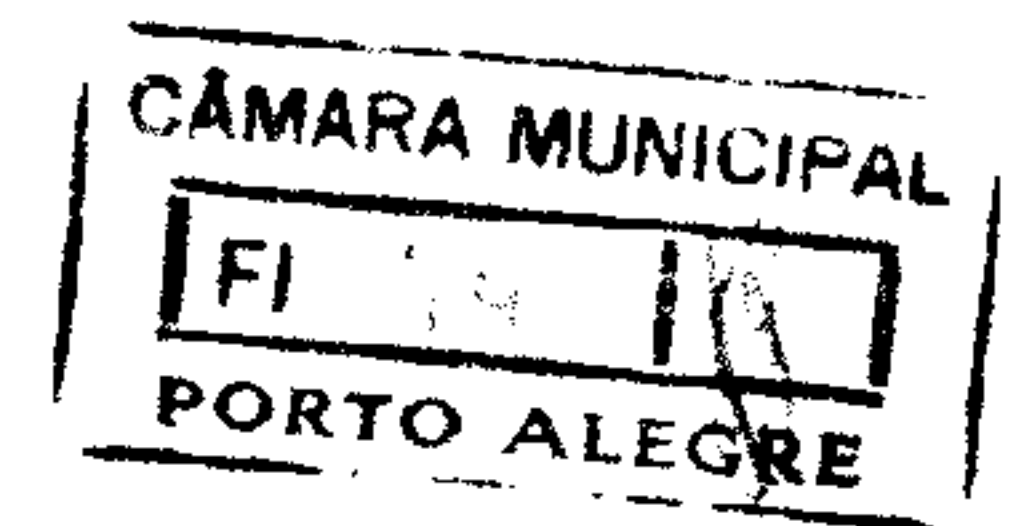
*Por outro lado, há que se registrar que, em sentido divergente ao Parecer nº 84/2001, decisões desta Corte de Contas tem afastado a fixação de débitos referente ao pagamento de horas extras para servidores comissionados, desde que haja previsão em Lei e que haja efetivo controle de ponto.*

*No caso, cito a Decisão do Tribunal Pleno, em Sessão do dia 10-08-2011, nos autos do Processo 04627-0200/09-410, que afasta a fixação de débito para o pagamento de horas extras para cargos comissionados sujeitos a controle de ponto e com previsão legal.*

*Antecipo, no ponto, meu entendimento no sentido de não ser compatível o pagamento de horas extras para servidores detentores de cargos em comissão e funções gratificadas, excetuando, para fins de fixação de débito, os casos onde houver expressa previsão legal e controle de ponto.”*

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul colaciona-se os seguintes precedentes:





**“APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO EM COMISSÃO. VÍNCULO ESTATUTÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS.** A Administração Pública submete-se à legalidade (art. 37, caput, da CF), constituindo-se parâmetro normativo importante para salvaguardar o Estado de Direito, por meio da compreensão de primazia da lei e reserva legal. Legalidade a partir da Constituição Federal, como juridicidade, qualificando-se o controle das competências administrativas. O vínculo da parte apelante com a Administração Municipal era estatutário, não se afigurando possível a percepção de verbas de cunho trabalhista, regidas pelo regime da Consolidação de Trabalho, que pressupõe a existência de vínculo empregatício. **O demandante não faz jus à remuneração por serviço extraordinário.** Inteligência do artigo 59 da Lei Municipal nº 779/92. Precedentes desta Corte. **NEGADO SEGUIMENTO AO APELO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC, POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA.** (Apelação Cível Nº 70066939166, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 05/11/2015)

**APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE TRÊS DE MAIO. HORAS EXTRAS. CARGO EM COMISSÃO SUJEITO A REGISTRO DE PONTO. PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. HORAS EXTRAS LABORADAS E NÃO PAGAS.** O regime jurídico dos servidores públicos é concebido como complexo de regras e princípios que disciplina a acessibilidade aos cargos públicos, bem como direitos e deveres. Trata-se de núcleo normativo compreendido a partir da supremacia da Constituição, da unidade dos princípios constitucionais que materializam indicações normativas democraticamente construídas. Controle fundado na juridicidade qualificada, por meio da qual a Administração Pública submete-se ao Direito, com o propósito de evitar práticas arbitrárias. **A convocação do servidor para o trabalho extraordinário não precisa ser expressa, devendo haver elementos a indicar a anuência da autoridade competente. Na situação, embora se trate de cargo em comissão, o servidor era sujeito a controle de horário, mediante registro de ponto, segundo comprovam os documentos acostados ao feito.** Horas extras realizadas habitualmente e não remuneradas na sua totalidade, limitadas a duas horas diárias, conforme disposto no artigo 57, § 2º, da Lei Municipal nº 1.101/90. Laudo pericial contábil concluiu que houve prestação de serviços extraordinários pelo servidor sem a devida contraprestação pelo Município. **FATOR DE CORREÇÃO DAS DIFERENÇAS.** No período anterior à vigência da Lei nº 11.960/09 deve ser o IGP-M como índice da correção monetária, e juros de mora de 6% ao ano. Posteriormente, tem aplicação a aludida legislação até a data de 25/03/2015, momento em que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos do julgamento da ADI nº 4357-DF, cujos créditos a partir desta data deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). **APELO PROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70064733660, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 03/09/2015)

**SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ERVAL SECO. OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS. CARGA HORÁRIA DE 20 HORAS SEMANAIS. NATUREZA DO VÍNCULO. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE HORÁRIOS. PROVA TESTEMUNHAL VERIFICADA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DANO MORAL NÃO VERIFICADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.** 1. O apelante foi nomeado para exercer a função de Chefe de Gabinete do Prefeito com carga horária semanal de 20 horas, regido pelo vínculo estatutário imposto pela Administração. **Em que pese a prova colhida no sentido de que laborava além das horas para o qual foi nomeado, não merece prosperar a pretensão do apelante porquanto não tinha o seu horário de trabalho controlado em razão da natureza do cargo em comissão.** Indevido o pagamento de diferenças referentes às horas trabalhadas além daquelas para o qual foi nomeado diante da vinculação ao princípio da legalidade. 2. O fato de ter desempenhado jornada de trabalho superior àquela para a qual foi nomeado não enseja, por si só, a indenização por abalo moral, dano que não pode ser, no presente caso, presumido. 3. Sentença de improcedência

Proc. nº 2263/2015

Parecer nº 206/2016

*mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70038022539, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 29/01/2015)*

Importante deixar claro que estas decisões não dizem que deve haver controle de ponto dos servidores ocupantes de cargo em comissão, apenas admite o pagamento preenchida certas condições.

A par do entendimento acima visto do TCE/RS há notícia de apontamentos pela auditoria daquele Tribunal referente a ausência de controle de efetividade dos servidores detentores de cargos em comissão. O que, pelo que pudemos concluir a partir de pesquisa sobre o assunto no sítio eletrônico do TCE/RS deveu-se a existência de norma interna determinando o controle de ponto para todos os servidores, sem exceções. Esclarecedor a respeito desse ponto vale transcrever trecho do Parecer do Ministério de Público de Contas nº 15521/2013 nos autos do Processo de Contas 00465-0200/11-2 referente ao exercício de 2011 deste Poder Legislativo:

*“1.5 – Ausência de controle de efetividade dos servidores detentores de cargos em comissão. Descumprimento à Ordem de Serviço nº 17/2008. Matéria apontada no exercício de 2008.*

*A Supervisão observa que a questão trazida pela Auditoria surge da divergência entre o estipulado na Ordem de Serviço nº 17/2008, segundo a qual o controle da efetividade dos servidores será realizado pelo livro ponto, e o entendimento da Câmara de que os cargos em comissão lotados em Gabinetes e em bancadas estão dele dispensados.*

*Conforme conclui a Supervisão, a citada norma não fez exceção aos cargos em comissão. Assim, embora não sejam desarrazoados os argumentos de defesa no que tange às especificidades de tais cargos, ficou evidenciado o descumprimento da citada Ordem, em face do que o Ministério Público se manifesta por aplicação de penalidade pecuniária à Responsável.”*

Nesse passo, necessário registrar que a Resolução de Mesa nº 500/15 e a Ordem de Serviço nº 10/15 que tratam do registro eletrônico de efetividade funcional não fazem



Proc. nº 2263/2015

Parecer nº 206/2016



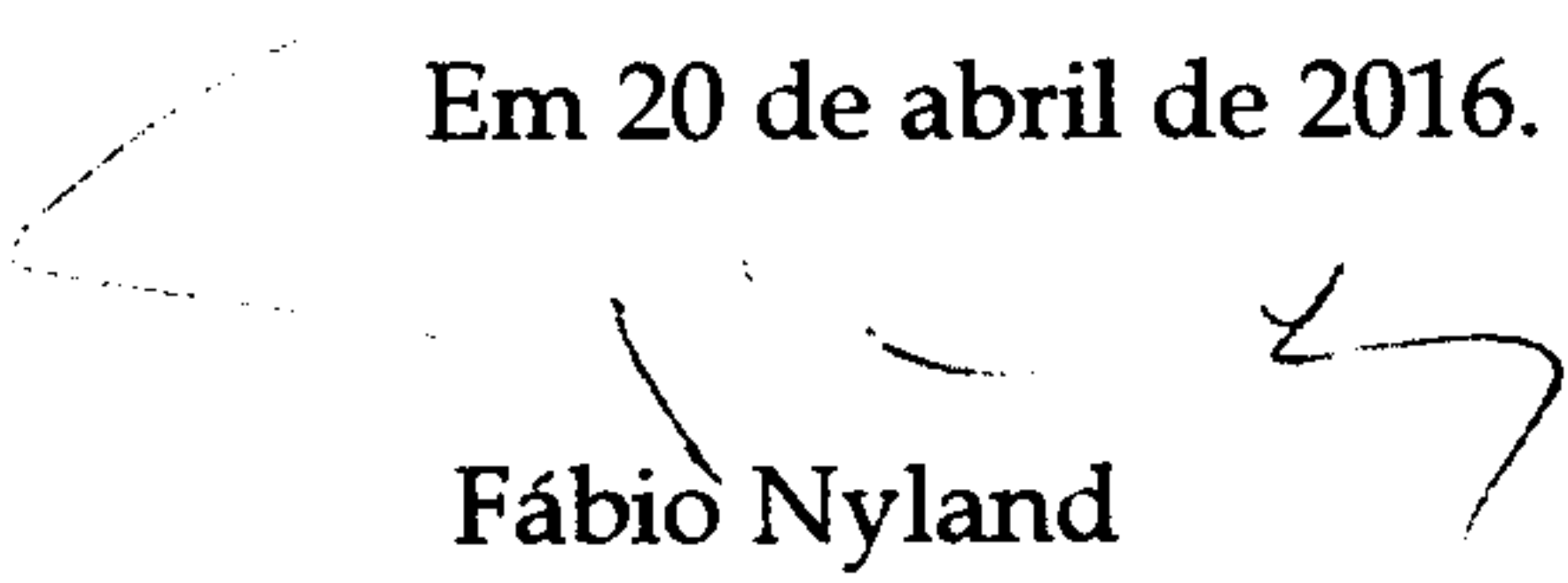
exceção aos cargos em comissão, assim como não faz a Ordem de Serviço nº 17/2008, referida acima, ainda em vigor e aplicável aqueles excluídos do controle eletrônico de ponto.

A conclusão, portanto, é que prevalece o entendimento de que a natureza dos cargos em comissão e suas atribuições não se coadunam com o controle de horário ou de ponto. Nada obstante, como há norma nesta Casa estabelecendo tal controle, sem excepcionar os servidores ocupantes de cargos em comissão, não se poderá deixar de observar tal norma. Ou seja, o que se colhe das decisões do TCE/RS é que o controle de horário ou registro de ponto dos servidores ocupantes de cargos em comissão não é obrigatório, no entanto, necessário deixar isso expresso na norma que trata do controle de horário ou registro de ponto no âmbito desta Casa Legislativa.

É o parecer.

À consideração superior,


Em 20 de abril de 2016.

  
Fábio Nyland  
Procurador  
OAB/RS 50.325

Ao Senhor Diretor-Geral,

Com a manifestação desta Procuradoria, a qual acolho e encaminho a Vossa Senhoria para os devidos fins.

Em 20 de abril de 2016.

  
Claudio Roberto Velasquez  
OAB/RS 18.594  
Procurador-Geral

Diretora-Geral  
Recebido em 20/04/16  
às 14:17 horas.  
Rubrica Tinais