

GRUPO II – CLASSE III – Plenário

TC 001.728/2015-6.

Natureza: Consulta.

Órgão: Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CONSULTA ACERCA DA LEGALIDADE DA IMPLANTAÇÃO DO REGIME DE SOBREAVISO A SERVIDORES REGIDOS PELA LEI 8.112/1990, COM CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. CONHECIMENTO. RESPOSTA AO CONSULENTE. COMUNICAÇÕES.

- É ilegal a instituição do regime de sobreaviso aos servidores regidos pela Lei 8.112/1990, com contraprestação pecuniária, sem que exista lei específica que dê suporte à existência do referido instituto, bem como à forma de sua remuneração.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a instrução de mérito lavrada no âmbito da unidade técnica (peça 5), com a qual se manifestou favoravelmente o corpo gerencial (peças 6 e 7) daquela unidade especializada, transcrita a seguir com os ajustes de forma pertinentes:

INTRODUÇÃO

1. Cuida o presente processo de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, a respeito “da legalidade da implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei n. 8.112/90, com contraprestação pecuniária” (p. 1-2, peça 1).
2. Segundo a autoridade consulente, o referido regime resultaria da “necessidade de garantir a adequação da prestação dos serviços de TI às exigências impostas pelas determinações legais e administrativas decorrentes da implantação de sistemas informatizados críticos, (...) tornando-se imperioso o monitoramento em tempo integral e a realização de intervenções técnicas e manutenções em períodos diversos ao do expediente normal de funcionamento do órgão, considerando-se, ainda, a disponibilização de sistemas 24 horas por dia, ininterruptamente”.
3. Salaria que “o referido regime de prontidão ou sobreaviso mostra-se necessário, ainda, como forma de garantir a adequada prestação dos serviços públicos por meio de uma atuação mais célere, eficaz e eficiente dos recursos humanos de TI, quando o acúmulo de horas crédito ou pagamento de horas extras tornam-se inviáveis em decorrência do acréscimo significativo do parque tecnológico do órgão”, evitando riscos “como a interrupção de seus serviços essenciais, a perda de dados e informações, danos a equipamentos, processos e procedimentos operacionais”.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. De acordo com o art. 264, inciso V, do Regimento Interno - TCU, o consulente encontra-se entre as autoridades aptas a formular consulta a este Tribunal.

5. O mesmo artigo do Regimento Interno - TCU prevê, em seu § 1º, que as consultas “devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente”. No presente caso, verifica-se que o objeto está precisamente indicado, a consulta está formulada de forma articulada e consta dos autos parecer da Assessoria Jurídica do TST às p. 4-18 (peça 1).

6. O § 2º do mesmo artigo exige a demonstração da “pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam”. No caso em exame, o Tribunal Superior do Trabalho tem jurisdição sobre todo o território nacional, nos termos do art. 92, § 1º, da Constituição Federal, e junto a ele funciona o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a quem cabe a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial de toda a Justiça Trabalhista de primeiro e segundo grau, nos termos de seu art. 111, § 2º, e cuja presidência cabe à autoridade consulente. Além disso, a Lei 11.419/2006 dispôs sobre a possibilidade de informatização do processo judicial, instituído no âmbito da Justiça do Trabalho pela Resolução - CSJT 136/2014 (peça 2), demonstrando o atendimento ao requisito do art. 264, § 2º, do Regimento Interno - TCU.

7. Por fim, o art. 265 do RITCU requer que as consultas não versem sobre caso concreto, sendo que o presente processo atende a tal exigência.

EXAME TÉCNICO

8. O parecer jurídico que acompanha a consulta ressalta que “frequentemente a equipe técnica da Secretaria de Tecnologia da Informação do TST é acionada para intervir e solucionar imprevistos ocorridos nos produtos e serviços informatizados disponibilizados, bem como para prestar o necessário suporte técnico” e que, “pelo fato de não haver um mecanismo de plantão ou sobreaviso para os servidores que desempenham estes papéis críticos, não há garantias de que o problema será resolvido, uma vez que nem sempre é possível localizar os técnicos em horários alheios ao expediente do TST”. Ademais, “atualmente existe um acúmulo significativo de horas no banco de horas dos técnicos da SETIN, fato que prejudica o andamento das atividades da Secretaria, pois, devido aos períodos de compensação das horas acumuladas, verificam-se intervalos temporais de severa escassez de servidores em atividade” e, “em virtude da necessidade de serviço, não são raras as ocasiões em que os servidores perdem suas horas de crédito por não poderem usufruí-las”.

9. Ressalta não ser recomendável a contratação de “mão-de-obra terceirizada para intervenções técnicas fora dos períodos de expediente dos servidores”, tendo em vista que “há um risco inerente à concessão de acesso privilegiado a sistemas e equipamentos da infraestrutura de TI a terceiros”, e afirma que a alternativa à adoção do regime de sobreaviso seria “o pagamento de horas-extras, possivelmente acompanhado de um incremento no quadro de pessoal”, o que seria mais oneroso, uma vez que, por analogia ao previsto no art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, “as horas adicionais trabalhadas em regime de sobreaviso seriam pagas na proporção de 1/3 (um terço) da hora normal, desde que o trabalhador não fosse acionado, caso em que o servidor passaria a perceber a remuneração como adicional de horas-extras”.

10. O mesmo parecer invoca a Súmula 428 do TST, segundo a qual “o sobreaviso é caracterizado pela submissão ao controle patronal, ou seja, é aquele em que o trabalhador permanece ‘em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso’”, e cita como precedentes as Portarias 707/2006 e 479/2008 (peças 3 e 4), que regulamentam a jornada de trabalho na Procuradoria-Geral da República, prevendo o regime de sobreaviso e sem gerar o pagamento de horas-extras. Contra a referida Portaria 479/2008 insurgiu-se o Ministério Público do Estado do Paraná, ajuizando a Ação Civil Pública 2008.70.13.000986-7/PR, julgada improcedente no mérito pela Justiça Federal.

11. Destaca que o TCU, ao apreciar representação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (TC 003.525/2010-4) sobre a adoção de jornada de trabalho dos servidores da Agência Nacional de Telecomunicações à revelia daquele ministério, considerou-a improcedente pelo Acórdão 3553/2010 - TCU - 1ª Câmara, “em vista da autonomia administrativa das agências reguladoras, da legitimidade normativa de proferir comandos para sua organização interna e do exercício da discricionariedade nos limites da lei”.

12.O mesmo parecer consigna que “a adoção do regime de sobreaviso, tanto nos moldes implementados pela ANATEL quanto pelo MPU não implica em redução na jornada de trabalho, uma vez que o servidor fica à disposição do órgão”, e que “as horas efetivamente trabalhadas em regime de sobreaviso não geram acréscimos no banco de horas ou pagamento de horas extras”, pois, “se for convocado pela chefia para o cumprimento da 36ª até 40ª hora semanal, o servidor não terá essas horas acrescidas no banco de horas e nem receberá a mais por elas, visto que integram a jornada de 40 horas estabelecida”.

13.Por fim, afirma que, embora a Lei 8.112/1990 não contemple expressamente tal possibilidade, as razões que fizeram o TCU (quanto à Anatel) e o Poder Judiciário (quanto ao MPU) rechaçarem os questionamentos levantados levam à conclusão de que “já se está admitindo, à força do costume e da analogia com disposições do direito trabalhista – reconhecidas fontes suplementares de direito –, a instituição de regimes de sobreaviso para servidores públicos federais, mesmo na ausência de norma legal explícita nesse sentido”, ressaltando que seu art. 61, inciso VIII, “autoriza o pagamento de adicionais além dos especificados nesse mesmo diploma legal, desde que necessários em razão do local ou natureza do trabalho”, o que autorizaria “pagar as horas do trabalho produzido no regime de sobreaviso, além da carga horária semanal regular de quarenta horas”.

14.De fato, a questão já foi enfrentada por este Tribunal quando da apreciação do TC 003.525/2010-4, dando origem ao Acórdão 3553/2010 - TCU - 1ª Câmara. Naqueles autos, a instrução produzida pela Sefip e que foi acolhida pelo colegiado abordou detidamente o regime de sobreaviso e, por sua pertinência ao teor da presente consulta, destacam-se os seguintes excertos:

(...)

2.15 (...) O art. 19 da Lei n. 8.112/1990 (...) estabelece para a jornada de trabalho um limite mínimo e um limite máximo, respectivamente, de seis e de oito horas diárias. (...)

2.16 Observa-se, de início, que a jornada de 40 horas semanais estabelecida pela Portaria n. 430/2009 [da Anatel] coaduna-se com a carga horária definida na Lei n. 8.112/1990 e no Decreto n. 1.590/1995 [aplicável unicamente ao Poder Executivo Federal].

2.17 A controvérsia suscitada aponta para o questionamento da legalidade das 5 horas exercidas em regime de sobreaviso (...). Acerca dessa matéria, este TCU apresentou posicionamento em algumas deliberações. No voto que fundamentou a Decisão n. 545/2000 - TCU/Plenário, Excelentíssimo Ministro Relator Walton Alencar, ao tratar de horas extras pagas aos empregados da Companhia Docas do Rio Grande do Norte - Codern, assentou que o instituto do sobreaviso pode ser aplicado mediante analogia. Ademais, os Acórdãos n. 91/2008 (Ministro Relator Valmir Campelo) e n. 2.662/2009 (Ministro Relator José Múcio Monteiro), ambos do Plenário, afastam a ilegalidade do regime de sobreaviso na prestação de serviços médicos.

(...)

2.20 Depreende-se que a adoção do regime de sobreaviso, nos moldes implementados pela Anatel, não representa efetivamente uma redução da jornada de trabalho, uma vez que o servidor fica à disposição da agência. (...)

2.21 Ademais, os normativos que tratam da jornada de trabalho abrem espaço para o exercício da discricionariedade do gestor, segundo os critérios da conveniência e da oportunidade. O art. 19 da Lei n. 8.112/1990 estabelece que a jornada de trabalho deve ser “fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos”. (...)

2.22 Ressalta-se que a Anatel, pela natureza de suas atividades no exercício da regulação e fiscalização do setor de comunicações, tem servidores demandados em diferentes horários, tornando necessário aproximar o foco do controle aos resultados alcançados, em detrimento de um rígido controle de procedimentos.

2.23 Não cabe portanto a alegação de que a Anatel atuou *contra legem* ao implementar os institutos do sobreaviso e do banco de horas. A agência agiu dentro da discricionariedade autorizada pela lei, sem extrapolar seus limites, visando constituir meios adequados à sua missão institucional, coadunando-se com os novos paradigmas de uma gestão pública moderna, pautada no princípio da eficiência. (...)

2.24 Cabe destacar que a Nota Técnica n. 667/2009/COGES/DENOP/SRH/MP, de 01/12/2009 (...) [emitida pelo MPOG para fundamentar a representação oferecida ao TCU contra a Anatel] traz o entendimento de que o art. 7º da Portaria n. 430/2009, abaixo transcrito, deveria adequar-se ao comando proferido no art. 74 da Lei n. 8.112/1990, especificamente ao fato de que o serviço extraordinário deve respeitar “o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.”

“Art. 7º Considera-se como serviço extraordinário o que exceder a 40 (quarenta) horas semanais e os realizados aos sábados, domingos, feriados e nos dias de ponto facultativo, observados os arts. 8º, 9º e 10, ressalvados os plantões em regime de turno ou escala.”

2.25 Um normativo infralegal, ao regulamentar uma lei, não tem o condão de fulminar dispositivos expressos na norma jurídica que lhe é superior. Pelo contrário, deve ser complementar à lei, para que possa ser com ela aplicada no caso concreto. A Portaria n. 430/2009, ao tratar do serviço extraordinário, não contraria as disposições da Lei n. 8.112/1990, motivo pelo qual a aludida “adequação” daquele normativo a este mostra-se despicienda. O serviço extraordinário que exceda o limite máximo estabelecido na Lei 8.112/1990 padecerá de ilegalidade, ainda que o regramento infralegal não seja expresso nesse ponto.

2.26 Em conclusão, considerando a autonomia administrativa concedida às agências reguladoras, entre elas a Anatel, a legitimidade normativa de proferir comandos para sua organização interna e o exercício da discricionariedade nos limites da lei, ressaltando ainda os novos paradigmas gerenciais da Administração Pública, pautados no princípio da eficiência, depreende-se que a Portaria Anatel n. 430/2009 não ofende a Lei n. 8.112/1990 nem o Decreto n. 1.590/1995, motivo pelo qual reputa-se improcedente a presente representação.

(...)

15.Semelhantemente, não se vislumbra impedimento para que o regime de sobreaviso seja implantado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a autonomia administrativa do Poder Judiciário e sua legitimidade para promover sua organização interna (arts. 96, inciso I, alínea "b", e 99 da Constituição Federal), exercendo seu poder discricionário nos limites estabelecidos pela Lei 8.112/1990, especificamente em seus artigos 19, 61, inciso VIII, 73 e 74.

16.Nesse sentido, a contraprestação pecuniária, por analogia ao art. 244, § 2º, da CLT e ao já decidido por este Tribunal (conforme acima mencionado), poderia seguir a seguinte metodologia:

a) as horas em regime de sobreaviso até o limite de 40 horas semanais não ensejariam qualquer acréscimo remuneratório, caso a jornada normal dos servidores seja inferior a 40 horas semanais;

b) as horas em regime de sobreaviso acima da jornada de 40 horas semanais seriam remuneradas na proporção de 1/3 da hora normal, caso o servidor não seja convocado pela Administração;

c) as horas em regime de sobreaviso acima da jornada de 40 horas semanais seriam remuneradas como serviço extraordinário, caso o servidor seja efetivamente convocado pela Administração, observado o limite máximo de duas horas por jornada.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17.Assim sendo, opina-se, nos termos do art. 1º, inciso XXV, do Regimento Interno - TCU, por:

a) que o Tribunal conheça da presente consulta para responder ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho que é legal a implantação do regime de sobreaviso a servidores da área de Tecnologia da Informação regidos pela Lei n. 8.112/90, com contraprestação pecuniária, atentando para seus arts. 19, 61, inciso VIII, 73 e 74 e aplicando por analogia o art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a seguinte metodologia:

a.1) as horas em regime de sobreaviso até o limite de 40 horas semanais não ensejariam qualquer acréscimo remuneratório, caso a jornada normal dos servidores seja inferior a 40 horas semanais;

a.2) as horas em regime de sobreaviso acima da jornada de 40 horas semanais seriam remuneradas na proporção de 1/3 da hora normal, caso o servidor não seja convocado pela Administração;

a.3) as horas em regime de sobreaviso acima da jornada de 40 horas semanais seriam remuneradas como serviço extraordinário, caso o servidor seja efetivamente convocado pela Administração, observado o limite máximo de duas horas por jornada.

b) envio do acórdão que vier a ser proferido, bem como do relatório e voto que o fundamentarem, à autoridade consulente;

c) arquivamento do presente processo.

2. Dada a relevância da matéria e a possibilidade de extensão do entendimento que o TCU vier a adotar em relação ao tema objeto desta consulta a toda Administração Pública Federal, solicitei o balizado pronunciamento do Parquet de Contas, cujo parecer, constante à peça 9, divergiu da proposta da unidade técnica. Transcrevo a seguir a íntegra do parecer:

Trata-se de consulta formulada pela E. Presidência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da legalidade da implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei nº 8.112/90, com **contraprestação pecuniária**.

2. Segundo o consulente:

“A área de informática apresenta novo desafio à Administração em virtude da necessidade de garantir a adequação da prestação dos serviços de TI às exigências impostas pelas determinações legais e administrativas decorrentes da implantação de sistemas informatizados críticos, muitos destes em Datacenters que necessitam de ações complementares destinadas a manter plena a capacidade e a operacionalidade da infraestrutura de redes de dados e equipamentos, tornando-se imperioso o monitoramento em tempo integral e a realização de intervenções técnicas e manutenções em períodos diversos ao do expediente normal de funcionamento do órgão, considerando-se, ainda, a disponibilização de sistemas 24 horas por dia, ininterruptamente.

O referido regime de prontidão ou sobreaviso mostra-se necessário, ainda, como forma de garantir a adequada prestação dos serviços públicos por meio de uma atuação mais célere, eficaz e eficiente dos recursos humanos de TI, quando o acúmulo de horas crédito ou pagamento de horas extras, tornam-se inviáveis em decorrência do acréscimo significativo do parque tecnológico do órgão, prejudicando o andamento das atividades de rotina de TI, bem assim, como forma de mitigar riscos para o órgão, em caráter nacional, como a interrupção de seus serviços essenciais, a perda de dados e informações, danos a equipamentos, processos e procedimentos operacionais, ou seja, inclusive na concretização de riscos aos Ativos de Informação.”

3. A Sefip, com base no Acórdão nº 3.553/2010-1ª Câmara, propõe:

*“a) que o Tribunal conheça da presente consulta para responder ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho que é legal a implantação do regime de sobreaviso a servidores da área de Tecnologia da Informação regidos pela Lei n. 8.112/90, com **contraprestação pecuniária**, atentando para seus arts. 19, 61, inciso VIII, 73 e 74 e **aplicando por analogia o art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho**, segundo a seguinte metodologia:*

a.1) as horas em regime de sobreaviso até o limite de 40 horas semanais não ensejariam qualquer acréscimo remuneratório, caso a jornada normal dos servidores seja inferior a 40 horas semanais;

*a.2) as horas em regime de sobreaviso acima da jornada de 40 horas semanais seriam remuneradas na proporção de 1/3 da hora normal, **caso o servidor não seja convocado pela Administração;***

a.3) as horas em regime de sobreaviso acima da jornada de 40 horas semanais seriam remuneradas como serviço extraordinário, caso o servidor seja efetivamente convocado pela Administração, observado o limite máximo de duas horas por jornada.

b) envio do acórdão que vier a ser proferido, bem como do relatório e voto que o fundamentarem, à autoridade consulente;

c) arquivamento do presente processo.” (destaquei).

4. De início, observa-se que o regime de sobreaviso está previsto no art. 244, § 2º, da CLT, que dispõe:

“§ 2º Considera-se de ‘sobre-aviso’ o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de ‘sobre-aviso’ será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de ‘sobre-aviso’, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.”

5. Tal dispositivo legal regulava somente a categoria dos ferroviários, mas, ao longo do tempo, foi estendida para outras atividades, a exemplo das Leis nºs 5.811/72 e 7.183/84 e dos Enunciados nºs 229 e 428 da Súmula do TST.

6. Note-se que o regime de sobreaviso distingue-se do regime de plantão ou de prontidão, pois, enquanto no primeiro, o trabalhador fica, **à distância, aguardando possível convocação**; no segundo, os trabalhadores permanecem, de prontidão, na empresa.

7. No sobreaviso, portanto, o empregado recebe pelo período em que, embora não esteja na repartição no efetivo exercício de suas funções, está à disposição da Administração.

8. A Lei nº 8.112/90, embora não disponha acerca da concessão de vantagem pecuniária relativa ao regime de sobreaviso, permite ao servidor receber outras retribuições, gratificações e adicionais não previstas no RJU, em razão do local ou da natureza do trabalho, conforme inciso VIII do art. 61, *in verbis*:

“Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

(...)

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho.”

9. Obviamente que tais retribuições, gratificações e adicionais devem estar disciplinadas em lei, ante o **princípio da reserva legal** estabelecido pela Constituição Federal no art. 37, inciso X:

“X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (destaquei).

10. Ou seja, somente por lei específica a remuneração do servidor pode ser fixada ou alterada, a exemplo da Lei nº 11.907/2009 (arts. 298 a 307) que instituiu o adicional por plantão hospitalar – APH, com o intuito de remunerar os servidores em efetivo exercício de atividades hospitalares **que estejam em plantão de sobreaviso** ou em plantão hospitalar, nos cargos e nos hospitais enumerados no art. 298 dessa lei.

11. Nesse ponto, informa-se que o APH, regulamentado pelo Decreto nº 7.186/2010, é calculado em horas, **com base nos valores fixos** constantes no Anexo CLXVI da Lei nº 11.907/2009 (art. 303), abaixo indicados, **e não com base em 1/3 da hora normal do servidor, conforme sugerem o consulente e a Sefip**:

ADICIONAL POR PLANTÃO HOSPITALAR – A P H – PLANTÃO DE SOBREAISO		
Cargos	FINAL DE SEMANA E FERIADOS	DIAS ÚTEIS
Nível Superior	12,84	7,84

12. Para os demais servidores sujeitos ao regime da Lei nº 8.112/90, não há norma que discipline o pagamento de qualquer vantagem pecuniária a título de regime de sobreaviso.

13. Quanto ao Acórdão nº 3.553/2010-1ª Câmara, mencionado pelo consulente e pela Sefip, observa-se que naquela deliberação considerou-se **improcedente** a representação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão contra a Portaria-Anatel nº 430/2009, que flexibilizou a jornada de trabalho em turno de 07 horas ininterruptas, com 05 horas semanais complementares a serem cumpridas em regime de sobreaviso.

14. A deliberação do TCU fundamentou-se: na autonomia administrativa concedida às agências reguladoras, na legitimidade normativa de proferir comandos para sua organização interna e no exercício da discricionariedade nos limites da lei.

15. O TCU entendeu que a flexibilização de horários adotada pela Anatel estava dentro da margem de discricionariedade conferida pelo art. 19 da Lei nº 8.112/90, que não fixa a jornada a ser

cumprida pelo servidor, mas sim a jornada **máxima** de 40 horas, respeitado o limite mínimo e máximo de 6 e 8 horas diárias, respectivamente:

*“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.** (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)”*.

16. Frise-se que a Anatel, assim como a Procuradoria-Geral da República (Portarias nºs 707/2006 e 479/2008 nas peças 03 e 04), adotam o regime de sobreaviso mediante a flexibilização de horários dos servidores. Não criaram nenhuma vantagem pecuniária sem respaldo legal.

17. A consulta em análise, no entanto, difere do modelo adotado pela Anatel e pelo MPU, pois aqui sugere-se o pagamento de vantagem pecuniária. **As horas adicionais em regime de sobreaviso seriam pagas na proporção de 1/3 (um terço) da hora normal, desde que o trabalhador não fosse acionado.** Caso fosse convocado para trabalhar, receberia as horas extraordinárias na razão de 50%, nos termos dos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112/90.

18. Embora seja compreensível a preocupação do consultante, não pode a Administração Pública solucionar os desafios trazidos pela ampliação do emprego da tecnologia da informação, em detrimento do **princípio da legalidade**. Com efeito, o administrador público deve adstringir as suas atividades aos **limites estabelecidos em lei**, conforme artigo 37, *caput*, da Constituição Federal:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”* (destaquei).

19. Não havendo norma que autorize remunerar o servidor de sobreaviso com 1/3 da hora normal, não pode o administrador fazê-lo.

20. Por outro lado, a concessão de adicional de sobreaviso por meio de equiparação com o regime celetista encontra óbice no inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal:

*“XIII - é vedada a vinculação **ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;**”* (destaquei).

III

21. Por todo o exposto, este representante do Ministério Público opina por que seja respondido ao consultante que não há amparo legal para a implantação do regime de sobreaviso, com **contraprestação pecuniária**, a servidores regidos pela Lei nº 8.112/90.

É o relatório.

VOTO

Em análise consulta formulada pelo Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, a respeito da legalidade da implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei 8.112/1990, com contraprestação pecuniária.

2. A auditora responsável pela instrução no âmbito da unidade técnica (peça 5) pugna pelo conhecimento da consulta para, no mérito, responder ao consulente ser legal a implantação do regime de sobreaviso a servidores da área de TI, regidos pela Lei 8.112/1990, com a devida contraprestação pecuniária, cujo cálculo deveria observar, por analogia, as disposições constantes do art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O corpo gerencial daquela unidade anuiu à proposta de encaminhamento (peças 6 e 7).

3. Dada a importância do tema objeto do questionamento trazido a esta Corte, com possível repercussão para toda administração pública federal, solicitei a intervenção do MPTCU neste feito, para apresentação de pronunciamento acerca da matéria de fundo.

4. Em percuciente parecer, lançado à peça 9, o **Parquet** de Contas, divergindo da posição da Sefip, opinou no sentido de que não existiria amparo legal para a implantação do regime de sobreaviso, com contraprestação pecuniária, a servidores regidos pela Lei 8.112/1990.

5. De pronto, conheço da presente consulta por atender aos requisitos de admissibilidade aplicados à espécie ínsitos nos arts. 264 e 265 do RITCU.

6. Com relação ao mérito, registro minha concordância com o MPTCU, razão pela qual incorporo a argumentação por ele trazida, transcrita no relatório precedente, em minhas razões de decidir, sem prejuízo de aduzir o que se segue.

7. O instituto do sobreaviso, previsto de forma expressa na CLT, em seu art. 244, § 2º, para os trabalhadores por ela regidos, consiste no estado de prontidão a que o empregado efetivo, localizado fora das dependências de seu local de trabalho, deve se submeter, aguardando eventual chamado por parte de seu empregador. O traço distintivo de tal instituto é o fato de o empregado aguardar, à distância, a possível convocação do empregador. Nessa hipótese, a própria CLT, no mesmo art. 244, § 2º, prevê a forma de remuneração das horas de sobreaviso na proporção de 1/3 do salário normal.

8. No âmbito do regime estatutário, regido pela Lei 8.112/1990, não existe dispositivo legal que institua, especificamente, a prestação de trabalho na forma de regime de sobreaviso, inexistindo também, por via reflexa, previsão de retribuição das horas assim trabalhadas, em que pese ao mencionado estatuto permitir, de modo geral, a instituição de retribuições, gratificações e adicionais relativos ao local ou à natureza de trabalho, consoante estabelecido em seu art. 61, inciso VIII.

9. A concessão de gratificação, retribuição ou adicional, nos termos do que foi previsto pelo art. 61, inciso VIII, da Lei 8.112/1990, carece de existência de lei específica que os institua, exigência esta decorrente de expressa disposição constitucional, a teor do estabelecido no art. 37, inciso X, da CF/1988, a seguir transcrito:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

10. A regra acima disposta trata do princípio da reserva legal que alcança o procedimento de fixação de remuneração dos servidores públicos. Referido princípio estabelece a necessidade de lei

específica, observada a iniciativa legislativa em cada caso, para fixação ou alteração de remuneração dos servidores, obstáculo intransponível a macular a legalidade da implantação do regime de sobreaviso, com a devida contraprestação pecuniária, exclusivamente com supedâneo na Lei 8.112/1990.

11. A esse respeito, transcrevo trecho do parecer emitido pelo MPTCU que bem esclarece a questão de fundo aqui debatida, por meio de exemplo concreto de instituição de plantão de sobreaviso para profissionais da área de saúde, no âmbito da esfera pública federal:

10. Ou seja, somente por lei específica a remuneração do servidor pode ser fixada ou alterada, a exemplo da Lei nº 11.907/2009 (arts. 298 a 307) que instituiu o adicional por plantão hospitalar – APH, com o intuito de remunerar os servidores em efetivo exercício de atividades hospitalares que estejam em plantão de sobreaviso ou em plantão hospitalar, nos cargos e nos hospitais enumerados no art. 298 dessa lei.

11. Nesse ponto, informa-se que o APH, regulamentado pelo Decreto nº 7.186/2010, é calculado em horas, com base nos valores fixos constantes no Anexo CLXVI da Lei nº 11.907/2009 (art. 303), abaixo indicados, e não com base em 1/3 da hora normal do servidor, conforme sugerem o consulente e a Sefip:

ADICIONAL POR PLANTÃO HOSPITALAR – A P H – PLANTÃO DE SOBREAVISO

Cargos	FINAL DE SEMANA E FERIADOS	DIAS ÚTEIS
Nível Superior	12,84	7,84

12. Perceba-se que a Lei específica 11.907/2009, além de criar expressamente a possibilidade do regime de sobreaviso para os servidores por ela alcançados, também estabeleceu os critérios de sua remuneração, restando clara a impossibilidade de sua instituição exclusivamente com base na Lei 8.112/1990, por absoluta ausência de força normativa para tanto.

13. É de se destacar que o Acórdão 3.553/2010-TCU-1ª Câmara apontado pela Sefip e pelo próprio consulente para embasar suas conclusões a favor da viabilidade de adoção do instituto do sobreaviso, com base na Lei 8.112/1990, mediante retribuição pecuniária, não prospera a favor do objeto da presente consulta. Referida decisão entendeu ser possível que a Anatel aplicasse aos seus servidores o regime de sobreaviso para as cinco horas semanais que complementaríamos as 35 horas trabalhadas durante a semana para perfazer o total de quarenta horas.

14. Tratava-se, na ocasião, da possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho no âmbito da Anatel, trazida pela Portaria Anatel 430/2009. Entendeu o TCU ser a mencionada flexibilização de jornada possível, dada a especificidade dos trabalhos típicos de agência reguladora, que poderia exigir a presença de servidores fora do horário normal de sua jornada de trabalho, aliado ao fato de esse tipo de agência possuir autonomia administrativa, podendo regular sua organização interna dentro dos limites legais a que deve se submeter.

15. Não seria demais dizer que, do ponto de vista estritamente legal, a flexibilização da jornada de trabalho pela Anatel seria viável, porquanto estaria ela dentro da margem de discricionariedade estabelecida pelo art. 19, da Lei 8.112/1990, que prevê a jornada semanal máxima de quarenta horas, observados os limites mínimo e máximo de seis e oito horas diárias.

16. No mesmo sentido, são as Portarias 707/2006 e 479/2008 (peças 3 e 4), ambas da Procuradoria-Geral da República (PGR). Tais normativos apenas instituíram o cumprimento da jornada de trabalho semanal de cinco horas complementares em regime de sobreaviso, de sorte a integralizar a jornada de 40 horas semanais.

17. Nota-se que, em todos os exemplos aqui mencionados, Portarias 707/2006 e 479/2008, da PGR, e Portaria 430/2009, da Anatel, não se faz menção à criação de gratificação ou adicional de remuneração em razão do exercício de jornada em regime de sobreaviso, a título de contraprestação pecuniária, matéria de estrita reserva legal.

18. Nesse ponto, cabe trazer a lume trecho do parecer do MPTCU que bem diferencia a matéria de fundo aviada na presente consulta daquelas tratadas nos normativos da PGR e Anatel:

17. A consulta em análise, no entanto, difere do modelo adotado pela Anatel e pelo MPU, pois aqui sugere-se o pagamento de vantagem pecuniária. As horas adicionais em regime de sobreaviso seriam pagas na proporção de 1/3 (um terço) da hora normal, desde que o trabalhador não fosse acionado. Caso fosse convocado para trabalhar, receberia as horas extraordinárias na razão de 50%, nos termos dos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112/90.

19. Ante o exposto, entendo não ser possível implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei 8.112/1990, com contraprestação pecuniária, sem que exista lei específica que dê suporte à existência do referido instituto, bem como à forma de sua remuneração.

20. Não se pode descurar, entretanto, dos desafios que se avizinham em tempos de larga utilização de serviços de tecnologia da informação, como foi o exemplo hipotético trazido pela Presidência do TST na peça inaugural. As organizações atuais encontram-se, cada vez mais, dependentes da informática para a condução de suas atividades. Se por um lado isso traz celeridade na atuação das organizações, apresentando respostas mais rápidas às demandas que lhes são apresentadas, por outro passa a exigir uma constante vigilância sobre os serviços TI para garantir sua operacionalidade.

21. A garantia de operação dos sistemas informatizados, dentro de um palco social em que as demandas por massas de dados passaram a ter grande importância, surge como elemento essencial, nas organizações públicas, para a boa prestação dos serviços em benefício da sociedade, motivo pelo qual vejo como lúdimas as preocupações estampadas na peça inaugural e trazidas pelo TST.

22. Com essas considerações, entendo pertinente encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido em resposta à presente consulta ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), como órgão gestor do Sipec, à Casa Civil da Presidência da República, ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União.

Ante o exposto, Voto para que o TCU aprove o acórdão que ora submeto ao Plenário desta Corte.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de abril de 2016.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

VOTO REVISOR

Na Sessão do dia 22/7/2015, quando atuava em substituição à ilustre Ministra Ana Arraes, pedi vista do presente processo, nos termos do art. 112 do RITCU, para melhor examinar as ponderações suscitadas pelo nobre Ministro-Relator Vital do Rêgo.

2. Como visto, trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a respeito da legalidade da implantação do regime de sobreaviso para servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, com a consequente contraprestação pecuniária.

3. Ao formular a presente consulta, o nobre consulente anexou aos autos parecer jurídico que concluiu pela plausibilidade de se instituir o regime de sobreaviso com retribuição pecuniária aos seus servidores, tomando como paradigma o sistema de jornada de trabalho flexível adotado, por exemplo, pela Procuradoria-Geral da República (PGR), por intermédio das Portarias PGR nºs 707/2006 e 479/2008, e pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por meio da Portaria Anatel nº 430/2009.

4. No referido parecer jurídico, invocou-se também a Súmula nº 428 do TST, que aduz: “*o sobreaviso é caracterizado pela submissão ao controle patronal, ou seja, é aquele em que o trabalhador permanece ‘em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso’.*”

5. Após analisar o feito, a Sefip sugeriu responder ao consulente que seria legal a implantação do regime de sobreaviso, com fulcro nos arts. 19, 61, VIII, 73 e 74 da Lei nº 8.112, de 1990, aplicando, ainda, por analogia, as disposições contidas no art. 244, § 2º, da CLT.

6. Por outro lado, o MPTCU, ao ser ouvido nos autos, sugeriu que não existiria amparo legal para a implantação do regime de sobreaviso aos servidores federais estatutários, com a consequente contraprestação pecuniária.

7. O nobre Relator, em seu brilhante voto, seguiu a tese sustentada pelo **Parquet** especial e, assim, pugna por responder ao consulente que não seria possível a implantação do regime de sobreaviso, sem a edição de lei específica que suportasse a aplicação do referido instituto.

8. Ao tempo em que enalteço a posição técnica do ilustre Relator, peço licença para discordar do parecer do MPTCU, quanto à suposta impossibilidade de se estabelecer, por ato próprio, o regime de sobreaviso, de sorte que acompanho o encaminhamento sugerido pela unidade técnica, pois não vislumbro impedimento para que o órgão autônomo possa definir a jornada de trabalho de seus servidores, nela estabelecendo o aludido regime de sobreaviso, em consonância não apenas com os princípios da administração pública, mas também com os parâmetros expressamente fixados pela Lei nº 8.112, de 1990.

I – Do sobreaviso admitido pelos princípios da administração pública.

9. Até mesmo em respeito aos princípios da supremacia do interesse público, da continuidade do serviço público e da eficiência administrativa, o emprego do sistema de sobreaviso pode ser admitido na administração pública, ainda que, supostamente, não houvesse disposição legal específica nesse sentido.

10. Para melhor elucidar esse entendimento, basta observar, por exemplo, que beiraria o absurdo imaginar que, na época das eleições, diante da suposta falta de lei específica, a Justiça Eleitoral não pudesse exigir que alguns de seus servidores ficassem em casa (em regime de sobreaviso) para serem convocados, fora do expediente, ante a necessidade do serviço, promovendo a devida

retribuição por essa convocação, seja pela compensação de horários em sistema de banco de horas, seja pela retribuição pecuniária, no caso de a aludida compensação não se mostrar viável.

11. Na mesma linha, não seria razoável imaginar que, pela suposta ausência de lei específica, o Presidente do TCU não pudesse exigir que alguns servidores ficassem em casa (em regime de sobreaviso), durante os finais de semana, para atender a necessidades urgentes e inadiáveis decorrentes, por exemplo, do acompanhamento das obras de construção do novo prédio do Instituto Serzedello Corrêa.

12. Resta claro, pois, que, até mesmo com base nos princípios da administração pública, o emprego do regime de sobreaviso para os servidores federais mostra-se plausível; devendo ser destacado, ainda, que não haveria muita lógica em se admitir o regime de sobreaviso para os empregados públicos das empresas estatais, que têm vínculos meramente contratuais, mas não se admitir esse regime para os servidores federais, que têm vínculos estatutários (de múnus público) dados pela Lei nº 8.112, de 1990, ainda mais quando se constata que essa lei admite, sim, o emprego do sobreaviso.

II – Do sobreaviso admitido pela Lei nº 8.112, de 1990.

13. Importante observar, de início, que a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece expressamente um continuado regime de sobreaviso para os ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, quando, no seu art. 19, § 1º, determina que:

“Art. 19. Omissis – § 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.” (grifou-se)

14. Por sua vez, no que concerne aos ocupantes de cargo efetivo, a evolução histórica dos dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, evidencia que, também para eles, se deve admitir o emprego do sobreaviso; bastando, para tanto, observar a alteração introduzida pela Lei nº 8.270, de 1991, sobre o art. 19 da Lei nº 8.112, de 1990.

15. Bem se sabe que, originalmente, a jornada de trabalho era fixada, de modo rígido, em exatas 40 horas semanais, só admitindo as exceções definidas em lei formal, já que, à época, o art. 19, **caput**, da Lei nº 8.112, de 1990, estabelecia que:

“Art. 19. O ocupante de cargo de provimento efetivo fica sujeito a 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, salvo quando a lei estabelecer duração diversa.” (grifou-se)

16. Ocorre, todavia, que, mais adiante, a jornada de trabalho passou a ser de até 40 horas semanais (no máximo), não mais se exigindo a edição de lei formal para a adaptação da referida jornada, já que o art. 19, **caput**, da Lei nº 8.112, de 1990, foi modificado pela Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991, e, a partir daí, passou a determinar que:

“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.” (grifou-se)

17. Anote-se, nesse ponto, que, com esses novos parâmetros legais, a jornada de trabalho passou a estar em plena sintonia com o direito social estendido aos servidores públicos pelo art. 39, § 3º, c/c o art. 7º, XIII, da CF/88, que aduzem:

“Art. 39. Omissis – § 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.

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;” (grifou-se)

18. Vê-se, pois, que, respeitados os limites diários, mínimo e máximo, de 6 e de 8 horas, respectivamente, além da duração máxima semanal de 40 horas, cada órgão autônomo, a exemplo do TST, pode fixar – por ato próprio – a jornada de trabalho de seus servidores, não mais dependendo de lei formal para isso, e que, assim, ele pode estabelecer o aludido regime de sobreaviso, pela redução da jornada com a consequente compensação de horários; salientando, nesse ponto, que, como pode definir a jornada de trabalho em regime presencial, o TST também pode defini-la em regime de sobreaviso, até porque, se ele pode mais, pode menos.

III – Da excepcional retribuição pecuniária para o sobreaviso.

19. Demais disso, constata-se que, ainda que em caráter excepcional, o aludido sobreaviso pode ensejar a percepção da correspondente retribuição pecuniária; bastando observar, por exemplo, que, no caso de impossibilidade de se promover a referida compensação de horários, o servidor deveria perceber a devida compensação indenizatória pelo sobreaviso, não só em respeito ao princípio do não enriquecimento sem causa, mas também em obediência do art. 4º da Lei nº 8.112, de 1990, que aduz: “Art. 4º É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.”

20. Aliás, no que concerne à contraprestação pecuniária pelas horas de sobreaviso, em que o servidor fica à disposição para uma eventual convocação, observa-se que não há que se falar em retribuição adicional quando essas horas forem cumpridas ou compensadas dentro do limite legal de jornada de trabalho do agente público, de modo que o pagamento de vantagem específica pelas horas de sobreaviso só seria necessário caso a administração necessite manter o servidor de sobreaviso além do limite máximo da jornada de trabalho, de forma habitual e permanente, conforme já assentado na jurisprudência do STJ (v.g.: AgRg no REsp 1498366/RS; e REsp 389420/PR).

21. Logo, quando o sobreaviso importar em sobrejornada meramente eventual, devidamente justificada pela administração, pode haver a retribuição pecuniária, destacando que, nesse caso, a aludida retribuição teria a natureza de indenização pelo excepcional estado de disponibilidade do servidor, para além da jornada máxima prevista; anotando, ainda, que esse ressarcimento eventual e não permanente deve ser objeto de regulamentação pelo órgão autônomo, à semelhança de outras vantagens pecuniárias de natureza sabidamente indenizatória, tais como, diárias e ajudas de custo para transporte, mudança e moradia.

22. Vale consignar, nesse ponto, que a Justiça Federal já se pronunciou no sentido de que os valores recebidos a título de eventual sobreaviso têm nítido caráter indenizatório, não se incorporando aos rendimentos percebidos pelo servidor, tampouco aos proventos de aposentadoria (v. g.: AC 2006.34.00.013587-8/DF e AC 2009.31.00.001544-0/AP, do TRF-1; e APELREEX 28083/RN, do TRF-5).

23. Observa-se, então, que a retribuição pecuniária pelo sobreaviso pode ser admitida, ainda que em caráter excepcional, no caso, por exemplo, de impossibilidade de compensação de horários, desde que isso esteja devida e previamente regulamentado no âmbito do correspondente órgão autônomo, que deve, então, atentar para as suas necessidades práticas (de fato) do serviço.

IV – Dos casos práticos de sobreaviso pelos servidores civis federais.

24. Cumpre registrar que, na prática, o regime de sobreaviso já vem sendo empregado junto aos servidores civis federais.

25. Pode-se citar, nesse sentido, por exemplo, o sistema instituído pelo Ministério Público da União (MPU) que, reconhecendo a necessidade de convocações especiais em relação a alguns

servidores, modificou o art. 1º, § 1º, da Portaria PGR nº 707/2006 e admitiu o emprego do sobreaviso, nos seguintes termos:

“Art. 1º A jornada de trabalho no Ministério Público da União é de 40 (quarenta) horas semanais, ressalvados os casos disciplinados em legislação específica, a ser cumprida de segunda a sexta-feira no período das 7h às 21h. (Redação dada pela Portaria PGR nº 568, de 8 de novembro de 2007)

§ 1º A jornada de trabalho será de 7 (sete) horas, de segunda a sexta-feira, sendo as 5 (cinco) horas complementares estabelecidas pela chefia da unidade, que poderá optar, observado o interesse e a conveniência do serviço, pelo regime de sobreaviso; (Redação dada pela Portaria PGR/MPU nº 26, de 7 de abril de 2015)” (grifou-se).

26. Na mesma linha, podem ser citados o sistema de plantão eleitoral, previsto na Resolução TSE nº 22.901/2008, e o de plantão judiciário, regulado pela Resolução CNJ nº 71/2009; anotando que, neste último caso, o servidor é colocado em regime de sobreaviso, fora do expediente forense, para o atendimento a demandas urgentes (v.g: PP 0005123-86.2012.2.00.0000), de sorte que, até mesmo na prática, o sobreaviso já consiste em uma realidade perante a administração federal, sendo admitido, inclusive, por decisões do Judiciário e até mesmo do TCU.

V – Dos precedentes favoráveis ao sobreaviso por servidores federais.

27. Bem se vê que o regime de sobreaviso tem sido admitido em decisões do Judiciário e até do TCU.

28. No âmbito do Judiciário, deve-se destacar que o Ministério Público no Estado do Paraná ajuizou a Ação Civil Pública nº 2008.70.13.000986-7 contra a flexibilização da jornada de trabalho e o regime de sobreaviso instituído pelo MPU, mas que essa ação foi julgada improcedente pela Justiça Federal, indicando, então, que o sobreaviso pode ser, sim, empregado no âmbito da administração pública.

29. Por sua vez, no âmbito do TCU, deve-se observar que, nos termos do precedente citado pela Sefip (Acórdão 3.553/2010-1ª Câmara), foi reconhecida a autonomia administrativa para se instituir o regime de sobreaviso, dentro dos limites legais de cumprimento da jornada de trabalho, quando, ao apreciar a então Portaria Anatel nº 430/2009, o Tribunal entendeu que: *“a agência agiu dentro da discricionariedade autorizada pela lei, sem extrapolar seus limites, visando constituir meios adequados à sua missão institucional, coadunando-se com os novos paradigmas de uma gestão pública moderna, pautada no princípio da eficiência”*.

30. Aliás, a possibilidade de se instituir o regime de sobreaviso para os servidores públicos federais já havia sido reconhecida pelo Tribunal nos seguintes precedentes: Decisão 545/2000 e Acórdãos 91/2008, 2.662/2009 e 2.533/2012, todos do Plenário do TCU, destacando-se o último aresto em que o Tribunal não conheceu de denúncia sobre a edição da Portaria Anatel nº 461/2012, que revogou a Portaria Anatel nº 430/2009, por considerar, novamente, que a fixação das regras sobre o cumprimento de jornada de trabalho pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) decorre do exercício da autonomia administrativa e do poder normativo atribuídos por lei, desde que limitada à discricionariedade permitida à administração.

VI – Da conclusão.

31. Por essa linha, então, eu acompanharia o parecer da Sefip, com os ajustes indicados neste meu voto, propondo que fosse prolatado o Acórdão do TCU no sentido de: “9.1 conhecer da presente consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 264 e 265 do RITCU, para, no mérito, responder ao consulente que: 9.1.1. não há impedimento legal para a instituição de regime de sobreaviso para o servidor estatutário, desde que esse regime esteja disciplinado em regulamento próprio do órgão dotado de autonomia funcional e administrativa como

uma das formas de cumprimento da jornada de trabalho, observando-se os limites fixados pelo art. 19 da Lei nº 8.112, de 1990; 9.1.2. na retribuição pecuniária pelas horas relativas ao período de sobreaviso somente se mostra plausível quando houver adicional específico fixado em lei ou quando, em atendimento a situações excepcionais devidamente justificadas, o sobreaviso não puder ser objeto de compensação (banco de horas), destacando-se que, neste último caso, o pagamento das horas em sobreaviso excedentes ao limite máximo da jornada de trabalho pode ser feito por meio de indenização, de caráter eventual e não permanente, a qual deve também estar prevista em regulamento próprio; 9.1.3. as horas efetivamente trabalhadas, em decorrência de convocação do servidor em sobreaviso, podem ser remuneradas como serviço extraordinário somente quando excederem a jornada de 8 horas diárias ou de 40 horas semanais e não se mostrar possível o regime de compensação de horários, observando-se os limites fixados nos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112, de 1990; 9.2. dar ciência do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, por intermédio da Presidência do TCU, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Conselho da Justiça Federal, ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, à Defensoria Pública da União, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; e 9.3. arquivar os presentes autos.”

32. De todo modo, Senhor Presidente, ao observar que, no presente momento processual, o nobre Relator não mais mantém a sua posição original de seguir na íntegra o parecer do MPTCU, admitindo, então, que se promova a retribuição do sobreaviso pela gestão do banco de horas, deixo de pugnar pela minha redação para a parte final do aludido Item 9.1.2 no acórdão e, assim, a companhia do ilustre Relator, suprimindo-a, sem prejuízo de deixar registrado neste meu voto que, em atendimento a situações excepcionais devidamente justificadas segundo as circunstâncias do caso concreto (a exemplo da exoneração de servidor que tenha crédito junto ao referido banco de horas), pode-se admitir a retribuição pecuniária de sobreaviso que não possa ser objeto da suscitada compensação, destacando que, por aí, o pagamento das horas em sobreaviso excedentes ao limite máximo da jornada de trabalho pode ser feito por meio de indenização, de caráter eventual e não permanente, a qual deve também estar prevista em regulamento próprio.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de abril de 2016.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Revisor

VOTO COMPLEMENTAR

Na Sessão do dia 22/7/2015, quando atuava em substituição à ilustre Ministra Ana Arraes, o Ministro-substituto André Luis de Carvalho pediu vista do presente processo, nos termos do art. 112 do RITCU, para melhor examinar as questões por mim levantadas no Voto que apresentei àquela ocasião. Na Sessão de 21/10/2015, o nobre Revisor apresentou seu percuciente Voto, em posição divergente àquela por mim então defendida.

33. Gostaria, em princípio, de enaltecer a qualidade e a profundidade com que o eminente Revisor tratou da questão em seu Voto. Apesar de a divergência ainda prevalecer quanto ao âmago da questão de direito aqui debatida, acolho as contribuições do revisor que tanto enriqueceram a resposta a esta consulta, em especial, no que se refere à possibilidade de instituição do regime de sobreaviso por meio de futura compensação em banco de horas, bem como ao esclarecimento de que as horas efetivamente trabalhadas, em decorrência da convocação do servidor em sobreaviso, podem ser remuneradas, como serviço extraordinário, somente quando excederem a jornada de 8 horas diárias ou de 40 horas semanais e não se mostrar possível o regime de compensação de horários.

34. Entende o Revisor que o regime de sobreaviso seria admitido no âmbito da Administração Pública Federal em razão dos princípios da supremacia do interesse público, da continuidade do serviço público e da eficiência administrativa, além da previsão constante do art. 19 da Lei 8.112/1990, com redação dada pela Lei 8.270/1991.

35. A seu ver, a expressa previsão legal de permitir a adoção de jornada diária de trabalho de seis a oito horas, limitada a uma jornada máxima de quarenta horas semanais, a teor do disposto no art. 19 da Lei Estatutária, permitiria ao TST fixar, por meio de ato próprio, a jornada de trabalho de seus servidores, não mais dependendo de lei formal para isso. Assim, poderia aquela Corte Trabalhista estabelecer o aludido regime de sobreaviso, pela redução da jornada com a consequente compensação de horários, salientando, nesse ponto, que, como poderia ela definir a jornada de trabalho em regime presencial, também poderia o TST defini-la em regime de sobreaviso.

36. Com relação à possibilidade de instituição do regime de sobreaviso por órgão ou entidade pública mediante registro em banco de horas para fins de futura compensação de horários, não tenho qualquer reparo a fazer acerca das conclusões do Revisor, com as quais estou de pleno acordo.

37. Já em meu Voto, tinha deixado registrado acerca da viabilidade de adoção do regime de sobreaviso em órgãos que possuíam a jornada de trabalho flexível, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 19 da Lei 8.112/1990, a exemplo das Portarias 707/2006 e 479/2008, da PGR, e da decisão desta Corte de Contas consubstanciada no Acórdão 3.553/2010-TCU-1ª Câmara, que reconheceu não existir qualquer vício de legalidade na Portaria 430/2009 da Anatel.

38. Diga-se que deixei de tecer maiores comentários acerca da viabilidade da adoção do regime de sobreaviso em razão de não ser este o foco principal da consulta trazida a este TCU, porquanto cingia-se ela à possibilidade da implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei 8.112/1990, com contraprestação pecuniária.

39. Neste ponto, acrescento apenas, para fins de registro em banco de horas, que não se pode computar uma hora de sobreaviso como uma hora trabalhada. Considerando a inexistência de lei expressa instituindo tal regime de trabalho, bem como a autonomia administrativa dos órgãos e entidades federais para a fixação do cumprimento da jornada de trabalho de seus servidores, observados os limites estabelecidos pelo art. 19 da Lei 8.112/1990, penso ser adequada a utilização da

proporção estabelecida no art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como limite máximo do tempo da hora trabalhada a que corresponde a hora de sobreaviso.

40. Divirjo, contudo, do posicionamento do Revisor quanto à possibilidade de, mesmo em caráter excepcional e sem expressa previsão legal, o sobreaviso poder ensejar a percepção de retribuição pecuniária. A seu sentir, bastaria observar, por exemplo, que, no caso de impossibilidade de se promover a referida compensação de horários, o servidor deveria perceber a devida compensação indenizatória pelo sobreaviso.

41. A favor de sua tese levanta a regra trazida pelo art. 4º da Lei 8.112/1990, de que seria proibida a prestação de serviços gratuitos. Aduz que o pagamento de vantagem específica pelas horas de sobreaviso só seria necessário caso a administração necessitasse manter o servidor de sobreaviso além do limite máximo da jornada de trabalho, de forma habitual e permanente, conforme já assentado na jurisprudência do STJ (v.g.: AgRg no REsp 1498366/RS; e REsp 389420/PR).

42. Observo que a possibilidade de compensação futura das horas cumpridas em regime de sobreaviso afasta a tese de que estaria ocorrendo a prestação de serviço de forma gratuita, consoante proibição marcada no art. 4º da Lei 8.112/1990, porquanto a contraprestação do Estado ao servidor que permaneceu no regime de sobreaviso seria a possibilidade de obtenção de futuras folgas.

43. A jurisprudência do STJ mencionada pelo Revisor, AgRg no REsp 1498366/RS e REsp 389420/PR, não se adéqua a fundar o entendimento de que o pagamento de vantagem específica pelas horas de sobreaviso só seria necessário caso a administração necessitasse manter o servidor de sobreaviso além do limite máximo da jornada de trabalho, de forma habitual e permanente. Eis o que restou ementado no AgRg no REsp 1498366/RS:

TRIBUTÁRIO PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE E HORAS EXTRAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. 1.(...). 2. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.358.281/SP, de minha relatoria, sob o rito dos Recursos Repetitivos, art. 543-C do CPC, entendeu que incide a contribuição previdenciária sobre horas extras, adicional noturno, de insalubridade e periculosidade pagos pelo empregador e salário-maternidade por possuir natureza remuneratória. 3. Na linha da jurisprudência do STJ, configurado o caráter permanente ou a habitualidade da verba recebida, incide Contribuição Previdenciária sobre: diárias, abono pecuniário, auxílio-natalidade, adicional de sobreaviso, adicional de prestação de serviços extraordinários (horas extras), adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, adicional pelo exercício de atividades penosas, adicional por tempo de serviço, auxílio-funeral, auxílio-fardamento, gratificação de compensação orgânica a que se refere o art. 18 da Lei 8.273/1991, hora-reposo e alimentação. 4. A despeito da incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de adicionais ao servidor, é pacífico o entendimento do STJ no sentido de que tal verba possui natureza remuneratória, sendo, portanto, devido o tributo. 5. Agravo Regimental não provido. (grifo nosso)

44. Por intermédio do mencionado julgado, o STJ apenas reconheceu que configurado o caráter permanente ou a habitualidade na percepção, entre outros, do adicional de sobreaviso, tal verba teria natureza remuneratória estando sujeita à incidência de contribuição previdenciária. Não seria demais dizer que o Resp 1498366/RS, sobre o qual incidiu o Agravo Regimental (AgR), prestou-se a discutir as parcelas remuneratórias integrantes do salário de contribuição para fins de cálculo de aposentadoria de servidores federais, conforme regia a Lei 9.783/1999, posteriormente revogada pela Lei 10.887/2004. Referido recurso especial não travou qualquer discussão acerca da possibilidade ou não de contraprestação pecuniária, na forma de indenização, em face do regime de sobreaviso.

45. Vejamos, agora, a ementa do Resp 389420/PR, também citado pelo nobre Revisor:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DE SOBREAviso. ADICIONAL NOTURNO. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. HORAS EXTRAS. IMPOSSIBILIDADE. I - Inadmissível o recurso especial quanto às questões que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foram apreciadas pelo e. Tribunal a quo. Súmula 211-STJ. II - Não se pode reconhecer o direito ao recebimento de horas extras, em se tratando de regime de sobreaviso, se o serviço não tiver sido efetivamente prestado. Recurso não conhecido. (grifo nosso)

46. Percebe-se que o STJ apenas entendeu não ser possível o pagamento de horas extras relativamente às horas prestadas sob o regime de sobreaviso. Aquela Corte Superior foi clara ao reconhecer que o direito ao recebimento de horas extras somente se perfaz diante da efetiva prestação do serviço, ou seja, quando o servidor em sobreaviso é convocado para trabalhar.

47. Mais adiante, em seu Voto Revisor, conclui o eminente Ministro-substituto André Luis de Carvalho que, quando o sobreaviso importar em sobrejornada meramente eventual, devidamente justificada pela administração, poderia haver a retribuição pecuniária, hipótese em que a aludida retribuição teria a natureza de indenização pelo excepcional estado de disponibilidade do servidor, para além da jornada máxima prevista. Para tanto, esse ressarcimento eventual, não permanente, deveria ser objeto de regulamentação pelo órgão autônomo, à semelhança de outras vantagens pecuniárias de natureza sabidamente indenizatória, tais como, diárias e ajudas de custo para transporte, mudança e moradia. Esclarece que a Justiça Federal já se pronunciou no sentido de que os valores recebidos a título de eventual sobreaviso têm nítido caráter indenizatório, não se incorporando aos rendimentos percebidos pelo servidor, tampouco aos proventos de aposentadoria, consoante decidido nos AC 2006.34.00.013587-8/DF e AC 2009.31.00.001544-0/AP, do TRF-1; e APELREEX 28083/RN, do TRF-5.

48. De fato, considerando a jurisprudência do STJ, bem como da Justiça Federal, dúvidas não há de que eventuais valores recebidos a título de sobreaviso possuem caráter indenizatório, desde que presente o caráter de eventualidade. Contudo, todas as decisões judiciais mencionadas no Voto Revisor apenas tratam da natureza do adicional de sobreaviso, assim como dos diversos outros adicionais eventualmente devidos ao servidor público, para fins de incidência da respectiva contribuição previdenciária.

49. Assevero, contudo, que a similaridade da natureza indenizatória dos valores recebidos a título de sobreaviso, reconhecida pelos tribunais, a exemplo daqueles percebidos como diárias, ajudas de custo e de transporte, não garante autonomia administrativa do órgão ou entidade público na fixação de seus valores por meio de normativos internos. Tal garantia de fixação de valores foi conferida apenas às indenizações relativas a diárias, ajuda de custo e transporte. Vejamos o que dispõe os arts. 51 e 52 da Lei 8.112/1990:

Art. 51. Constituem indenizações ao servidor:

I - ajuda de custo;

II - diárias;

III - transporte.

IV - auxílio-moradia. [\(Incluído pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

Art. 52. Os valores das indenizações estabelecidas nos incisos I a III do art. 51, assim como as condições para a sua concessão, serão estabelecidos em regulamento. [\(Redação dada pela Lei nº 11.355, de 2006\)](#)

50. Da análise desses dispositivos legais, observa-se, primeiro, que não existe previsão legal para pagamento das horas de sobreaviso como verba indenizatória e, segundo, mesmo que por hipótese houvesse a expressa previsão estatutária para esse pagamento, também deveria existir autorização legal para que tais valores fossem instituídos por regulamento de órgão autônomo.

51. Seguindo sua linha argumentativa, traz o Revisor exemplos de casos práticos de sobreaviso no âmbito da administração pública federal. Cita a Portaria PGR 707/2006, bem como a Resolução

TSE 22.901/2008, que trata do plantão eleitoral, e a Resolução CNJ 71/2009, que cuida do plantão judiciário, para concluir que o sobreaviso já consistiria em realidade na administração federal, sendo admitido, inclusive, por decisões do Judiciário e até mesmo do TCU.

52. Menciona, por derradeiro, o desfecho pela improcedência da Ação Civil Pública 2008.70.13.000986-7, manejada contra a flexibilização da jornada de trabalho e o regime de sobreaviso instituído pelo MPU, bem como o Acórdão 3.553/2010-TCU-1ª Câmara, que reconheceu a autonomia administrativa da Anatel para a edição da Portaria 430/2009.

53. Anoto que a Resolução TSE 22.901/2008, mencionada pelo Revisor, trata exclusivamente de prestação de serviço extraordinário durante o período eleitoral, compreendido entre os noventa dias que antecedem as eleições até a data final para diplomação dos eleitos, não fazendo menção ao regime de sobreaviso. De igual modo, a Resolução CNJ 71/2009 cuida do regime de plantão judiciário em primeiro e segundo graus de jurisdição.

54. É de se asseverar, mais uma vez, que os demais exemplos trazidos pelo Revisor de normativos e de decisões cingem-se à adoção do regime de sobreaviso como elemento necessário a permitir a flexibilização da jornada de trabalho, de sorte que eles foram silentes quanto à possibilidade de instituição de qualquer tipo de retribuição pecuniária em face do cumprimento de jornada em regime de sobreaviso.

55. A respeito da possibilidade de instituição do sobreaviso mediante registro em banco de horas sujeito à futura compensação, deixo tecer novas considerações em razão daquelas já expendidas no presente Voto.

56. Por fim, saliento que, apesar de o objeto da consulta se referir ao estabelecimento do regime de sobreaviso a servidores públicos da área de TI, a resposta ao consulente não deve se restringir aos servidores pertencentes a tal área de atuação. Pelo contrário, ante os fundamentos expostos no presente voto, e acolhendo sugestão do eminente Ministro Raimundo Carreiro, proponho a meus pares que o entendimento aqui firmado alcance todas as carreiras que integram o serviço público federal.

57. Não posso concluir meu voto sem louvar, mais uma vez, as importantes contribuições trazidas pelo eminente Revisor, as quais incorporo, em grande medida, na proposta de acórdão elaborada.

Ante o exposto, acompanhando em parte o nobre Revisor, VOTO para que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de abril de 2016.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 784/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 001.728/2015-6.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta.
3. Interessado: Tribunal Superior do Trabalho (TST).
4. Órgão: Tribunal Superior do Trabalho (TST).
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Revisor: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, em substituição à Ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, a respeito da legalidade da implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a consequente contraprestação pecuniária;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Revisor e com fundamento nos art. 71, inciso II, da Constituição Federal, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 264 e 265 do RITCU, para, no mérito, responder ao consulente que:

9.1.1. não há impedimento legal para a instituição de regime de sobreaviso para o servidor estatutário, desde que esse regime esteja disciplinado em regulamento próprio do órgão dotado de autonomia administrativa e financeira como uma das formas de cumprimento da jornada de trabalho, considerado os limites fixados pelo art. 19 da Lei nº 8.112, de 1990, bem como, para fins de registro em banco de horas, seja observada, por analogia, a proporção estabelecida no art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como limite máximo de equivalência da hora de sobreaviso em relação à hora trabalhada;

9.1.2. a retribuição pecuniária pelas horas relativas ao período de sobreaviso somente se mostra plausível quando houver adicional específico fixado em lei;

9.1.3. as horas efetivamente trabalhadas, em decorrência de convocação do servidor em sobreaviso, podem ser remuneradas, como serviço extraordinário, somente quando excederem a jornada de 8 horas diárias ou de 40 horas semanais e não se mostrar possível o regime de compensação de horários, observando-se os limites fixados nos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112, de 1990;

9.2. dar ciência do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamenta, por intermédio da Presidência do TCU, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como à Casa Civil da Presidência da República; e

9.3. arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 11/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 6/4/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0784-11/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministra que não participou da votação: Ana Arraes.

13.3. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Revisor).

13.4. Ministro-Substituto convocado que votou com ressalva: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral