

TSE - PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM EXCESSO **Pedido de Reexame/ Denúncia (ostensiva)**

Ministro-Relator Iram Saraiva

Grupo I - Classe I - Plenário
Processo-TC 006.905/95-1 (c/Volume I)
Natureza: Pedido de Reexame/Denúncia (ostensiva)
Recorrente: Tribunal Superior Eleitoral
Unidade de Instrução: 10^a SECEX

Ementa: Pedido de Reexame da Decisão n.º 028/97 – TCU – Plenário, que tratou de denúncia formulada pelo SINDJUS/DF (tornada ostensiva), sobre "pagamento de horas extras em excesso. Conhecimento. Provimento parcial. Determinações.

RELATÓRIO

Tratam os autos agora do Pedido de Reexame formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão n.º 028/97 (item 8.2.1), prolatada pelo E. Plenário, em Sessão reservada de 29-01-1997.

2. Naquela oportunidade, este Tribunal, ao considerar procedente em parte a Denúncia formulada pelo SINDJUS/DF, determinou, entre outros aspectos, que o Tribunal Superior Eleitoral observasse, "doravante, o limite legal para o pagamento de serviço extraordinário, nos termos do disposto no art. 74 da Lei n.º 8.112/90."

3. A 10^a SECEX demonstra inicialmente que o pedido ora em exame foi interposto em 10-03-97, portanto fora do prazo legal, considerando que a citada Decisão foi publicada em 12-02-97. Contudo, propõe o recebimento da peça recursal, pelo Tribunal, tendo em vista a relevância da matéria.

4. A respeito da questionada determinação contida no item 8.2.1., da Decisão n.º 028/97, a instrução dos autos, a cargo da AFCE Maria Amélia Gomes Alves Almeida, ao destacar as justificativas apresentadas pelo Órgão recorrente, tece as seguintes ponderações:

.....

"DO MÉRITO DO RECURSO

03. Argumenta o recorrente que compete privativamente ao TSE, de acordo com o art. 23, inc. XVIII do Código Eleitoral - Lei n.º 4.737/65 -, tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. Em razão das Leis n.º 8.713/93 e 9.100/95, que estabelecem normas para a

realização das eleições de 1994 e 1996, e da Lei Complementar nº 64, de 18/5/90, que estabelece prazo para os procedimentos de impugnação de candidaturas e declaração de inelegibilidade de candidatos, entende o recorrente que os feitos eleitorais não podem sofrer solução de continuidade, o que justificaria a regulamentação dada pelo TSE, por meio da Resolução proferida no Processo nº 14.421-DF, relativa aos pagamentos por serviços extraordinários prestados no período de 90 dias que antecede as eleições, e posterior, até a proclamação final.

03.1 Cita, o recorrente, o art. 16 da Lei Complementar nº 64/90, que dispõe que os prazos nela estatuídos são peremptórios e contínuos, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados. Também se refere ao artigo 11 da Lei nº 8.713/93 e artigos 66 e 81 da Lei nº 9.100/95, que se referem a prazos atribuídos a procedimentos processuais e prioridade dada a solução de feitos eleitorais, nos períodos próximos às eleições. Tem-se aí normas processuais, que não se referem à organização das Secretarias do Órgão, ou regime de trabalho de seus servidores.

03.2 Dos dispositivos enfocados, todavia, bem como da análise do Regimento Interno do TSE, nada aponta em sentido contrário ao art. 184 do Código de Processo Civil, onde é estabelecido que os prazos que se vencem em feriado ou em dias em que não há expediente forense se prorrogam até o primeiro dia útil subsequente. Ressalte-se que o Regimento Interno do TSE esclarece que seus prazos obedecem as regras do Processo Civil, conforme se pode verificar do art. 92, *verbis*:

'Art. 92. No cômputo dos prazos referidos neste Regimento observar-se-ão as regras de direito comum, iniciando-se o seu curso da publicação no 'Diário da Justiça', salvo disposição em contrário.'

03.3 Daí, não se tem como obrigatório o funcionamento dos Tribunais em fins de semana e feriados em razão de normatização legal, apenas em razão do cumprimento de seus serviços, que se avoluma na vizinhança dos pleitos eleitorais.

04. Nos períodos de eleição, entende necessário o elastecimento da jornada de trabalho, em razão das peculiaridades da Justiça Eleitoral, como a realização das sessões daquele Tribunal, que se iniciam às 18 horas e 30 minutos, só se encerrando com o esgotamento da pauta. A seu ver, como a Lei nº 8.112/90 'não incluiu a excepcionalidade da Justiça Eleitoral na realização de serviços extraordinários', poderia aquele Tribunal definir o assunto.

04.1 Claro é que a Constituição Federal atribuiu aos Tribunais a competência para organizar suas secretarias e serviços auxiliares (art. 96, I, 'b'). Dessa forma, o estabelecimento dos horários de funcionamento de suas secretarias é prerrogativa do recorrente, no interesse do serviço público e em atendi-

mento aos prazos legais estabelecidos para a prestação jurisdicional naquela Justiça Especializada. Isso não significa dizer que, no tocante a seus servidores, tenham os Tribunais a competência para excepcioná-los do chamado Regime Jurídico Único que rege a todos os servidores públicos civis da União.

04.2 Oportuno ressaltar que, embora o recorrente manifeste seu inconformismo quanto ao número de horas extras permitidas pela lei, disposição interna anterior daquele Órgão - Resolução TSE nº 18.311, de 25/06/92 -, ao disciplinar o 'Calendário Eleitoral de 1992', já limitava em sessenta horas mensais a prestação de serviços extraordinários nos órgãos da Justiça Eleitoral, no período compreendido entre 90 dias antes e depois das eleições de 3 de outubro/92.

05. Na defesa do livre disciplinamento de seus serviços extraordinários, o recorrente colaciona trecho do Parecer nº AGU/PRO-01/94, onde é externado o entendimento que *'os regimentos autorizados pela própria Constituição Federal, pelo menos em seu próprio campo, na matéria que lhes é dado regular, tem força capaz de derrogar lei'*, bem como a ementa da ADIn nº 1105-7/DF, prolatada em 03.08.94, da qual se destaca:

'O regimento interno dos Tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos Tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos Tribunais o regimento interno prepondera'.

05.1 É de se observar que, na primeira citação é admitido que a norma contida em certos regimentos internos derroga lei apenas 'na matéria que lhes é dado regular'. No segundo trecho, o STF se posiciona pela preponderância do regimento interno no tocante ao funcionamento dos Tribunais. Nenhum dos entendimentos aponta para a possibilidade de alteração do regime jurídico dos serventuários da Justiça.

05.2 Reconhecendo-se ao Regimento Interno do TSE mesma hierarquia que as leis federais, para que se desse a prevalência daquele sobre estas deveria nele constar dispositivo que excepcionasse a matéria disposta na lei de forma geral, e que o disciplinamento por ele dado estivesse no âmbito de sua competência. A Resolução TSE nº 4.510, de fevereiro de 1965, que aprovou o Regimento Interno do TSE, bem como suas alterações posteriores (até a Portaria nº 145, de 2/08/93), não contém nenhuma disposição acerca de seus serventuários.

05.3 O regime jurídico dos servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional assegura a eles igualdade de direitos e obrigações. A Lei 8.112/90, em seu art. 74, ao estabelecer o limite máximo de duas horas por jornada para o serviço extraordinário, em situações excepcionais e temporárias, visou coi-

bir abusos na prestação de horas extras, em nome da moralidade administrativa, dando tratamento isonômico a todos os servidores públicos por ela regidos.
06.

Conclusão

Ex positis, submeto os presentes autos à consideração superior, propondo que seja conhecido o recurso de reconsideração de fls. 01/38, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a Decisão nº 028/97-TCU-Plenário."

5. O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica, Cristiano Rondon Prado de Albuquerque, opina inicialmente pelo não conhecimento do recurso, porque intempestivo. Quanto ao mérito, sugere na mesma linha da instrução, no sentido de o Tribunal conhecer do presente Pedido de Reexame, mas para negar-lhe provimento (fls. 43/46).

6. O Sr. Secretário de Controle Externo, Benjamin Zymler, divergindo em parte dos pareceres acima, manifesta-se nestes termos:

I - Limite do art. 74 da Lei nº 8.112/90

"A Sra. Analista e o Sr. Diretor da 10 Divisão Técnica divergiram quanto à admissibilidade do presente pedido de reexame (vide item 02 de fls. 43 e despacho de fls. 46 deste vol. I). Conforme ficou registrado, o presente recurso foi interposto fora do prazo de 15 dias previsto na Lei nº 8.443/92 (parágrafo único do art. 48, c/c o art. 33). Embora seja intempestivo, entendo que a necessidade de uniformização de determinações do TCU aos órgãos da Justiça Eleitoral justifique seja superada essa preliminar. Devo destacar, a propósito, que, em recente despacho (TC nº 625.238/95, recorrente: Presidente do TRE/RS), ofereci proposta de encaminhamento que conflita com a Decisão nº 028/97 - TCU - Plenário ora atacada. Com intuito de evitar indesejáveis incongruências, proponho seja o presente recurso conhecido.

2. Quanto ao mérito, concordo parcialmente com o posicionamento da Sr0. Analista, ratificado pelo Sr. Diretor da 10 Divisão Técnica. Entenderam que o limite para prestação de horas extraordinárias por seus servidores é aquele estabelecido no art. 74 da Lei nº 8.112/90. Por isso, concluíram pela manutenção da determinação ora atacada e, em consequência, pelo não provimento do presente recurso. Embora deva-se buscar sempre obedecer a esse comando legal, as circunstâncias verificadas em períodos eleitorais podem justificar a extrapolação dos limites para prestação de serviços

extraordinários expressos no art. 74 da Lei n1 8.112/90 (máximo de 2 horas extras por jornada) e também no inciso XV do art. 71, combinado com o ' 21 do art. 39 da Constituição (repouso semanal remunerado).

3. Em épocas de eleições, pode surgir aparente conflito entre princípios e normas de natureza constitucional e infraconstitucional. De um lado, a garantia constitucional do repouso semanal remunerado e também a restrição contida no art. 74 da Lei n1 8.112/90. Do outro, o princípio republicano e o regime democrático, estampados no caput do art. 11 da Constituição Federal e em seu parágrafo único. Em situação extrema, como deve se portar o gestor público? Obedecer ao limite constitucional que veda o trabalho em repouso semanal remunerado e também ao limite legal de 2 horas extras por jornada? Utilizar toda a força de trabalho disponível, mesmo desrespeitando tais limites, e garantir que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, confiável?

4. Por meio de interpretação sistemática, busco responder às questões seguintes: os limites estabelecidos pelo inciso XV do art. 71, c/c o ' 21 do art. 39 da CF e pelo art. 74 da Lei n1 8.112/90 são intransponíveis ? Podem sobrepôr-se aos princípios do art. 11 da CF? Parece-me que não. Exatamente porque deve o gestor público envidar todos os esforços para garantir a realização de eleições bem organizadas, confiáveis. No dizer de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, SP. - 1993, 90 edição, p.95), 'a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos (...), a existência de assembléias e câmaras populares nas três órbitas de governo da República e eleições periódicas por tempo limitado ...'. Tem-se, inclusive, que 'o voto direto, secreto, universal e periódico' (inciso II, ' 41, art. 60 da CF) é cláusula pétrea na atual CF.

5. Em princípio, portanto, deve todo administrador público respeitar os limites expressos na Constituição e na Lei n1 8.112/90 para a prestação de serviço extraordinário. Não deve admitir que haja trabalho durante o repouso semanal remunerado, nem que sejam extrapoladas as 2 horas excedentes por jornada de que trata o art. 74 da referida Lei. Mesmo a Justiça Eleitoral estaria sujeita a obedecer a tais restrições, devendo buscar respeitá-las dentro do possível. Caso entretanto, em razão de intransponíveis contingências e exclusivamente em períodos de eleições, poderá a autoridade administrativa da Justiça Eleitoral conceber a prestação de serviços extraordinários nos mencionados períodos. Ressalvo, porém, que deva sempre motivar os respectivos atos, quando for inviável observar as restrições constitucional e legal (art. 71, XV, c/c ' 21 do art. 39 da CF e art. 74 da Lei n1 8.112/90).

II - Valor das Horas Extras em Sábados, Domingos e Feriados

6. Não se discute, no presente processo, a forma de remuneração de horas extraordinárias prestadas. Entretanto, tal questão foi examinada recentemente por esta 100 SECEX, no TC n1 625.238/95-8. Na ocasião pronunciei-me por que se considerasse antijurídica estipulação, por meio de ato normativo infralegal, de percentuais devidos por horas extras trabalhadas. Embora não pretenda inovar neste processo, a ponto de propor seja considerada ilegal a estipulação do valor de remuneração por meio de Resolução do TSE (n1 14.421, de 16.06.94), entendo que o TCU deva adotar medidas para estender aos Tribunais da Justiça Eleitoral solução idêntica também a respeito dessa matéria. Apresento, em seguida, apenas a título de informação, as considerações que efetuei naquele outro processo.

'16. Início ressaltando que a forma de remuneração de horas extraordinárias prestadas é matéria reservada à lei. Ocorre que, ao se cotejarem os arts. 73 e 74 da Lei n1 8.112/90, é possível concluir que apenas as horas que excedem às da jornada normal de trabalho devem ser remuneradas com 50% de acréscimo. Nada há sobre qual deva ser a remuneração das horas extras prestadas em dias em que não há jornada de trabalho. Essa omissão, registro, não faculta à Justiça Eleitoral constituir o direito por meio do estabelecimento de regras inovadoras, consubstanciadas em Resolução do TSE. A despeito disso, conforme consta do recurso ora examinado, regulamentou-se que as horas extras trabalhadas em sábados são remuneradas com acréscimo de 80% e as em domingos e feriados com acréscimo de 100% em relação às horas normais de trabalho (fls. 9 e 10 deste vol. I).

17. Uma vez que a lei não contém regra específica para solução da presente questão, só há um caminho a ser percorrido : utilizar a forma de integração de lacunas que o próprio direito positivo eleger. Consoante o art. 41 da Lei de Introdução ao Código Civil, 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. Essa norma não está restrita à matéria de natureza cível. Fornece meio de integração para os diversos ramos do Direito. Certo é que, em certas áreas do direito, é vedada a analogia. Em matéria penal não se admite a condenação de réu por meio da analogia. O mesmo pode ser dito, em relação ao Direito Tributário, sobre a criação de impostos. Essas áreas são permeadas pela reserva absoluta da lei (lei formal).

18. Em relação ao direito administrativo, importa transcrever a lição de Alberto Xavier, em Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, S.P., Ed. RT, 1978, p.29 a 31, quando discorre sobre os princípios da legalidade no Direito Tributário: 'Como atrás já se

sustentou, o Direito Administrativo brasileiro exige uma reserva da lei no que respeita à criação de deveres - de conteúdo positivo ou negativo, isto é, à 'obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa' a que se refere o ' 21 do art. 153 da Constituição (inciso II do art. 51 da atual Constituição). De tal modo que a atividade administrativa que não consista na criação de limites à liberdade pessoal ou patrimonial dos súditos apenas se encontra submetida à regra da preeminência da lei'. E prossegue: 'O rigor do princípio da legalidade administrativa no Direito brasileiro não vai, porém, às suas últimas conseqüências, que só atingem o campo do (..) Direito Tributário. (...) no Direito Administrativo a reserva (...) é apenas uma reserva relativa.'

19. Assim sendo, não há nada que impeça buscar na analogia a definição do valor das horas extras a serem pagas aos servidores do TRE/RS em domingos e feriados. Poder-se-ia optar por recorrer ao próprio art. 73 da Lei n1 8.112/90, para concluir que essas horas deveriam ser remuneradas com 50% de acréscimo em relação à hora normal de trabalho. Parece-me, porém, que o Direito do Trabalho, em normas positivadas e enunciados de Jurisprudência, oferece alternativa mais adequada. Fornece solução que considera as peculiaridades da prestação de trabalho em dias de repouso remunerado ou em dias a eles equiparados. Recorrer-se-á, logo a seguir, à analogia juris, que se 'estriba num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar' (Maria Helena Diniz - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, Saraiva, 1996, SP, 20 edição, p. 111 e 112).

20. A Lei n1 605, de 05.01.49, dispõe em seu art. 11 que 'Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado, de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local'. O art. 91 da mesma Lei prescreve que 'Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga'. Ante a existência dessas normas e o impedimento de se suprimir o repouso semanal remunerado, o STF sumulou o entendimento de que (Súmula n1 461), a título de indenização, 'É duplo, e não triplo, o pagamento de salário nos dias destinados a descanso'.

21. É fácil notar que esses preceitos normativos e o comando jurisprudencial referem-se a situações fáticas bastante similares à que ora se examina. Por isso, é possível deles extrair solução adequada ao presente caso (definição do valor a ser pago por hora extra em domingos

e feriados), para o qual deixou a lei de fornecer solução específica. Nisso, a propósito, consiste a analogia: 'aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado', consoante Maria Helena Diniz, na mesma obra citada no item 19 supra (p.108). Dessa forma, é possível concluir que os servidores da Justiça Eleitoral, ocupantes ou não de cargo em comissão, fazem jus ao recebimento de horas extras remuneradas em dobro, em relação à hora normal de trabalho.

22. A remuneração das horas extras trabalhadas nos sábados merece outro tratamento. Em razão do que prevê o inciso XV do art. 71 da Constituição e devido à ausência de norma específica que estipule dia diverso como sendo de repouso semanal remunerado, considero que esse dia seja o domingo. Sábado, portanto, não pode ser também considerado como tal. Caso contrário estar-se-ia admitindo a existência de dois dias de descanso remunerado por semana, o que contrariaria o citado dispositivo constitucional. Assim sendo, embora não haja rotineiramente expediente aos sábados nos Tribunais Judiciários, parece correto considerar que as horas extras prestadas nesse dia devam ser remuneradas como as horas extras prestadas em dias normais de trabalho. Com 50% de acréscimo, em relação à remuneração da hora normal de trabalho, nos termos do art. 73 da Lei nº 8.112/90.

23. É possível, devo dizer, questionar-se a recorrência a esse dispositivo legal para solucionar a questão em tela, a partir de exame conjunto dos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112/90. Poder-se-ia, em interpretação restritiva, entender que o adicional de 50% mencionado no art. 73 refere-se tão-só às horas que extrapolam a jornada normal de trabalho a que se refere o art. 74. Nessa hipótese e por não haver nos Tribunais, em regra, jornada de trabalho no sábado, poder-se-ia concluir que é impróprio recorrer à regra contida no primeiro desses artigos. Daí resultaria a necessidade de buscar, no Direito do Trabalho, novamente por analogia, solução mais adequada. O debate acerca de qual dessas teses deve prevalecer, todavia, se revelaria inócuo, visto que ambas forneceriam o mesmo resultado final. Tanto o Direito do Trabalho (conforme ' 11 do art. 59 da CLT e ante a ausência de norma legal que preveja o valor da hora extraordinária) como a Lei nº 8.112/90 (art. 73) conduzem à conclusão de que a hora extra em sábados deva sofrer 50% de acréscimo sobre a remuneração da hora normal.'

III - Auditoria Operacional - Controle da Remuneração das Horas Extras

7. O presente recurso revela a atuação do TCU exercendo sua competência constitucional de controlar a legalidade e economicidade dos atos dos

gestores públicos. Examinou-se denúncia do SINDIJUS-DF, em que acusava recebimento por 'servidores ocupantes de DAS' de 'vultosos salários pelo pagamento de até 211 horas extras mensais'. Devo destacar que se debateu exaustivamente, na recente Decisão Administrativa n1 534/97 - TCU - Plenário, de 20.08.97 - BTCU n1 52/97, a possibilidade de pagamento de hora extra a servidores ocupantes de cargo em comissão. Decidiu-se que determinado servidor do TCU não faz jus ao recebimento de horas extras por ter excedido à sua jornada normal de trabalho em Comissão Parlamentar de Inquérito. No presente processo, as contingências das eleições justificaram tratamento diferenciado a respeito de pagamento de horas extras a servidores ocupantes de cargo em comissão pelo TSE (vide especialmente itens 3 e 5 do Voto de fl. 322).

8. Entendo, também, ser possível a extrapolação dos limites constitucional e legal (inciso XV do art. 71, c/c o ' 21 do art. 39 da CF e art. 74 da Lei n1 8.112/97), para ocupantes de cargo em comissão ou função comissionada - e também para servidores de cargo efetivo - em períodos próximos de eleições (vide itens 1 a 5). Isso, contudo, não exonera os gestores da Justiça Eleitoral, sem prejuízo para o processo eleitoral, de otimizar a utilização de seus recursos humanos. Nessa linha de raciocínio e da mesma forma que propus nos autos do TC n1 625.238/95-8, com suporte no inciso IV do art. 71 da CF, seria conveniente a realização de auditoria com intuito de verificar a eficácia e eficiência dos controles formais na prestação de serviços extraordinários, nos Tribunais da Justiça Eleitoral - em especial no TSE-, nos períodos de eleição. Nessa oportunidade, dever-se-ia buscar uniformizar as determinações, sobre essa matéria, aos órgãos da Justiça Eleitoral.

IV - Proposta de Encaminhamento

9. Em face do exposto, proponho que:

I - seja o presente pedido de reexame conhecido;

II - no mérito, lhe seja dado provimento parcial para:

a) tornar sem efeito a determinação atacada (item 8.2.1 da Decisão n1 028/97 - TCU - Plenário - fl. 323);

b) determinar ao TSE:

b.1) que envide esforços para não extrapolar o limite de 2 horas extras por jornada, estipulado pelo art. 74 da Lei n1 8.112/90, e para assegurar o gozo do repouso semanal remunerado de que trata o inciso XV do art. 71 da CF;

b.2) que, ante a impossibilidade de observância das restrições a que se faz referência no item anterior, o Presidente do Tribunal motive seu ato admi-

nistrativo, evidenciando as razões que o impedem de cumprir os preceitos contidos nas normas constitucional e legal;

III - o Tribunal, conforme já proposto nos autos do TC n1 625.238/95-8, avalie a conveniência e oportunidade de incluir, em sua programação, auditoria nos órgãos da Justiça Eleitoral - em especial no TSE - para: a) avaliar a eficiência e eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras; b) garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regulam a prestação de horas extras nesses períodos."

.....

7. O Sr. Representante do Ministério Público junto a este Tribunal, Dr. Ubaldo Alves Caldas, por sua vez, acompanha a proposição da 1ª Divisão Técnica da 10ª SECEX. Transcrevemos a seguir o parecer de fls.53/54, do MP/TCU:

.....

"Aprecia-se Pedido de Reexame, interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão nº 28/97-Plenário. Nessa assentada, o Plenário desta E. Corte, entre outras deliberações, determinou a observância do disposto no art. 74 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

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

O processo administrativo não exige as formalidades solenes e sacramentais previstas para o processo judicial.

Concordam na Instrução, o Sr. Diretor de Divisão e o Sr. Secretário de Controle Externo, quanto à incidência do art. 74 da Lei nº 8.112/90 ao caso, regulando a prestação de serviço extraordinário por servidores do TSE, sejam ou não detentores de cargos em comissão. De acordo, não há como admitirmos que as normas regimentais do órgão possam suspender a eficácia do mencionado dispositivo da Lei nº 8.112/90.

O Sr. Secretário de Controle Externo, contudo, defende a tese de que o princípio republicano e o regime democrático gravados no *caput* do art. 1º da Constituição Federal exigem que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, o que, *in casu*, justifica a extrapolação do limite fixado pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90.

Apesar dos argumentos do Sr. Secretário de Controle Externo terem relativo fundamento lógico, ainda assim não há como admitirmos que a situação pincelada pelos recorrentes, qual seja, o aumento do volume dos serviços nos dias próximos ao das eleições, seja suficiente para justificar a transgressão da Lei nº 8.112/90.

Se observarmos a rotina da Administração Pública Federal, constataremos que muitas são as situações que poderiam justificar a concessão de horas extras em número superior ao fixado em Lei.

Assim como o TSE apresenta como argumento a majoração dos serviços nas imediações do dia das eleições, seria justificável, por exemplo, a extrapolação do limite legal para servidores do Congresso Nacional em época de sucessivas e numerosas votações ou em época de funcionamento de Comissões Parlamentares de Inquérito. Também pleiteariam a extrapolação do limite legal, por exemplo, os servidores do Ministério do Planejamento e Orçamento que cuidam de Orçamento, nos meses que antecedem à sua finalização. E assim por diante.

Entendemos que uma Decisão desta Corte no sentido do provimento do recurso, além de permissiva quanto à infringência da Lei nº 8.112/90, poderia servir de justificativa para que muitos órgãos da Administração Pública Federal fizessem o mesmo.

Ademais, não cabe aos órgãos tentar impor restrições à incidência de normas legais que regulam seu funcionamento, pois estariam como que a legislar, a incluir parágrafos nos artigos da Lei que não lhe são convenientes. O legislador não incluiu restrições ao comando inculcado no art. 74 da Lei nº 8.112/90 certamente porque entendeu que a abertura de exceções à essa regra poderia torná-la inoperante.

Ainda assim, o caminho correto para que a Justiça Eleitoral possa ser tratada de modo especial quanto ao assunto, é o trilhado pelo legislador, seja ele parlamentar, seja ele o Presidente da República (quando da edição de medidas provisórias).

Por fim, cabe-nos ressaltar que a concessão de horas extras em número superior ao limite fixado pela Lei nº 8.112/90 quebra o Princípio da Legalidade, agasalhado pela Constituição Federal (art. 37, *caput*), que reza que Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Como ensina Maria Silva Zanella di Pietro ('Direito Administrativo', 5ª edição, pg.61, Ed. Atlas), é no Princípio da Legalidade 'que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração é a que decorre da lei'.

Destacamos citação inserta na peça recursal (fl. 14), que busca justificar o ato questionado pela existência da chamada autonomia administrativa. Trata-se de texto de Marcelo Caetano (Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Forense, 1977, pg. 88): 'Uma entidade autônoma administrativamente é aquela que possui poderes para tomar decisões executórias sem ter de acatar ordens superiores nem estar sujeita à superintendência, e à disciplina de outra entidade administrativa'. Ora, o jurista sustenta que

o órgão autônomo não deve estar sujeito à disciplina de outra entidade administrativa, mas com certeza não defende que não deve estar sujeito aos ditames da Lei. Lembremos: o que realmente se discute *in casu* é a infringência de uma norma legal.

A propósito, a discricionariedade dos atos administrativos só é admissível nas lacunas deixadas pela Lei. Note-se que é exatamente para esses espaços que podem atuar as normas regulamentadoras (resoluções, no âmbito do Judiciário).

Sobre o assunto, Maria Silva Zanella di Pietro esclarece:

'A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

(...)

b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico.' ('Direito Administrativo', 5ª edição, pg. 177, Ed. Atlas).

Neste caso, obviamente, a Lei não foi omissa, não cabendo ao TSE, como fez por meio de Resolução proferida no Processo nº 14.421-DF, regulamentar o serviço extraordinário de modo diverso ao estabelecido legalmente.

Considerando o que dispõe o art. 74 da Lei nº 8.112/90; considerando que os atos administrativos devem estar sujeitos ao Princípio da Legalidade a que alude o art. 37, *caput*, da Constituição Federal; considerando as possíveis conseqüências que poderiam advir de uma Decisão deste E. Tribunal no sentido de admitir exceção à regra fixada pelo mencionado dispositivo legal; este representante do Ministério Público manifesta-se por que seja conhecido o recurso de reconsideração interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a Decisão nº 28/97-TCU-Plenário."

.....
É o relatório.

VOTO

Tratam os autos, neste ensejo, do Pedido de Reexame formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão n.º 028/97 (item 8.2.1), prolatada em Sessão reservada de 29-01-1997. Naquela assentada, esta Corte de Contas, ao

considerar procedente em parte a Denúncia formulada pelo SINDJUS/DF, determinou, entre outros aspectos, que o Tribunal Superior Eleitoral observasse, *"doravante, o limite legal para o pagamento de serviço extraordinário, nos termos do disposto no art. 74 da Lei n.º 8.112/90."*

II

2. Em síntese, justifica o recorrente que compete privativamente ao TSE, de acordo com o art. 23, inc. XVIII do Código Eleitoral - Lei n.º 4.737/65 -, tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. Acrescenta ainda que, em razão das Leis n.º 8.713/93 e 9.100/95, que estabelecem normas para a realização das eleições de 1994 e 1996, e da Lei Complementar n.º 64, de 18-05-90, que estabelece prazo para os procedimentos de impugnação de candidaturas e declaração de inelegibilidade de candidatos, os feitos eleitorais não podem sofrer solução de continuidade, o que justificaria a regulamentação dada pelo TSE, por meio da Resolução proferida no Processo n.º 14.421-DF, relativa aos pagamentos por serviços extraordinários prestados no período de 90 dias que antecede as eleições, e posterior, até a proclamação final.

3. Esclarece também o TSE que a Lei Complementar n.º 64/90, em seu art. 16, estabelece que os prazos nela estatuídos são peremptórios e contínuos, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados. Também menciona o artigo 11 da Lei n.º 8.713/93 e artigos 66 e 81 da Lei n.º 9.100/95, que se referem a prazos atribuídos a procedimentos processuais e prioridade dada a solução de feitos eleitorais, nos períodos próximos às eleições. A recente Lei n.º 9.504, de 30-09-97, ao regulamentar a matéria dispõe:

"Art. 94. Os feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juízes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança.

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo desta Lei, em razão do exercício das funções regulares.

§ 2º O descumprimento do disposto neste artigo constitui crime de responsabilidade e será objeto de anotação funcional para efeito de promoção na carreira."

4. Argúi ainda o Recorrente que, nos períodos de eleição, faz-se necessário o elastecimento da jornada de trabalho, em razão das peculiaridades da Justiça Eleitoral, como a realização das sessões daquele Tribunal, que se iniciam às 18 horas e 30 minutos, só se encerrando com o esgotamento da pauta. A seu ver, como a Lei n.º 8.112/90 "não incluiu a excepcionalidade da Justiça Eleitoral na realização de serviços extraordinários", poderia aquele Tribunal definir o assunto.

5. Cumpre, entretanto, lembrar que disposição interna anterior daquele Órgão - Resolução TSE nº 18.311, de 25/06/92 -, ao disciplinar o Calendário Eleitoral de 1992, limitou em sessenta horas mensais a prestação de serviços extraordinários nos órgãos da Justiça Eleitoral, no período compreendido entre 90 dias antes e depois das eleições de 3 de outubro/92.

III

6. A respeito do pressuposto de admissibilidade do recurso, como sustenta o então Secretário de Controle Externo da 10ª SECEX, Dr. Benjamin Zymler, hoje dignificando este Colegiado, no exercício das funções de Auditor e Ministro-Substituto, entende este Relator que, embora intempestivo, pode o Tribunal conhecer do presente Pedido de Reexame da Decisão n.º 028/97, e ensejar nesta oportunidade a uniformização de determinações do TCU aos órgãos da Justiça Eleitoral, sobre a matéria.

IV

7. No que tange à determinação em questão, releva notar que os pareceres constantes dos autos concordam inicialmente com o entendimento defendido pela instrução, no sentido de que o limite para prestação de horas extraordinárias pelos servidores do TSE é aquele expresso no art. 74 da Lei nº 8.112/90 (máximo de 2 horas extras por jornada) e também no inciso XV do art. 71, combinado com o ' 21 do art. 39 da Constituição (repouso semanal remunerado). Ressalte-se, entretanto, que a imprensa já veicula notícia sobre o esquema de plantão a que está sujeita a Justiça Eleitoral, a partir de 6 de julho, funcionando inclusive aos sábados e domingos, e com sessões extraordinárias, nas segundas e sextas, para apreciar, entre outras conflitos, processos referentes a propaganda eleitoral fora de época.

8. O Sr. Titular da Unidade Técnica, divergindo em parte da instrução, observa que em épocas de eleições, pode surgir aparente conflito entre princípios e normas de natureza constitucional e infraconstitucional. Dando seguimento ao seu estudo, que acompanho, anota o Sr. Secretário que convivem nesse momento:

"De um lado, a garantia constitucional do repouso semanal remunerado e também a restrição contida no art. 74 da Lei nº 8.112/90. Do outro, o princípio republicano e o regime democrático, estampados no caput do art. 11 da Constituição Federal e em seu parágrafo único. Em situação extrema, como deve se portar o gestor público? Obedecer ao limite constitucional que veda o trabalho em repouso semanal remunerado e também ao limite legal de 2 horas extras por jornada? Utilizar toda a força de trabalho disponível, mesmo desrespeitando tais limites, e garantir que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, confiável?

4. Por meio de interpretação sistemática, busco responder às questões seguintes: os limites estabelecidos pelo inciso XV do art. 71, c/c o ' 21 do art. 39 da CF e pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90 são intransponíveis? Podem sobrepôr-se aos princípios do art. 11 da CF? Parece-me que não. Exatamente porque deve o gestor público envidar todos os esforços para garantir a realização de eleições bem organizadas, confiáveis. No dizer de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, SP. - 1993, 90 edição, p.95), "a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos (...), a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governo da República e eleições periódicas por tempo limitado ...". Tem-se, inclusive, que "o voto direto, secreto, universal e periódico" (inciso II, ' 41, art. 60 da CF) é cláusula pétrea na atual CF.

5. Em princípio, portanto, deve todo administrador público respeitar os limites expressos na Constituição e na Lei nº 8.112/90 para a prestação de serviço extraordinário. Não deve admitir que haja trabalho durante o repouso semanal remunerado, nem que sejam extrapoladas as 2 horas excedentes por jornada de que trata o art. 74 da referida Lei. Mesmo a Justiça Eleitoral estaria sujeita a obedecer a tais restrições, devendo buscar respeitá-las dentro do possível. Caso entretanto, em razão de intransponíveis contingências e exclusivamente em períodos de eleições, poderá a autoridade administrativa da Justiça Eleitoral conceber a prestação de serviços extraordinários nos mencionados períodos. Ressalvo, porém, que deva sempre motivar os respectivos atos, quando for inviável observar as restrições constitucional e legal (art. 71, XV, c/c '21 do art. 39 da CF e art. 74 da Lei nº 8.112/90).

Em face do exposto, com a devida vênia do MP/TCU, acolho o parecer Sr. Secretário de Controle Externo da 10ª SECEX. Voto por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à consideração deste E.Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador Ubaldo Alves Caldas

Aprecia-se Pedido de Reexame, interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão nº 28/97-Plenário. Nessa assentada, o Plenário desta E. Corte, entre outras deliberações, determinou a observância do disposto no art. 74 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

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

O processo administrativo não exige as formalidades solenes e sacramentais previstas para o processo judicial.

Concordam na Instrução, o Sr. Diretor de Divisão e o Sr. Secretário de Controle Externo, quanto à incidência do art. 74 da Lei nº 8.112/90 ao caso, regulando a prestação de serviço extraordinário por servidores do TSE, sejam ou não detentores de cargos em comissão. De acordo, não há como admitirmos que as normas regimentais do órgão possam suspender a eficácia do mencionado dispositivo da Lei nº 8.112/90.

O Sr. Secretário de Controle Externo, contudo, defende a tese de que o princípio republicano e o regime democrático gravados no *caput* do art. 1º da Constituição Federal exigem que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, o que, *in casu*, justifica a extrapolação do limite fixado pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90.

Apesar dos argumentos do Sr. Secretário de Controle Externo terem relativo fundamento lógico, ainda assim não há como admitirmos que a situação pincelada pelos recorrentes, qual seja, o aumento do volume dos serviços nos dias próximos ao das eleições, seja suficiente para justificar a transgressão da Lei nº 8.112/90.

Se observarmos a rotina da Administração Pública Federal, constataremos que muitas são as situações que poderiam justificar a concessão de horas extras em número superior ao fixado em Lei. Assim como o TSE apresenta como argumento a majoração dos serviços nas imediações do dia das eleições, seria justificável, por exemplo, a extrapolação do limite legal para servidores do Congresso Nacional em época de sucessivas e numerosas votações ou em época de funcionamento de Comissões Parlamentares de Inquérito. Também pleiteariam a extrapolação do limite legal, por exemplo, os servidores do Ministério do Planejamento e Orçamento que cuidam de Orçamento, nos meses que antecedem à sua finalização. E assim por diante.

Entendemos que uma Decisão desta Corte no sentido do provimento do recurso, além de permissiva quanto à infringência da Lei nº 8.112/90, poderia servir de justificativa para que muitos órgãos da Administração Pública Federal fizessem o mesmo.

Ademais, não cabe aos órgãos tentar impor restrições à incidência de normas legais que regulam seu funcionamento, pois estariam como que a legislar, a incluir parágrafos nos artigos da Lei que não lhe são convenientes. O legislador não incluiu restrições ao comando insculpido no art. 74 da Lei nº 8.112/90 certamente porque entendeu que a abertura de exceções à essa regra poderia torná-la inoperante.

Ainda assim, o caminho correto para que a Justiça Eleitoral possa ser tratada de modo especial quanto ao assunto, é o trilhado pelo legislador, seja ele parlamentar, seja ele o Presidente da República (quando da edição de medidas provisórias).

Por fim, cabe-nos ressaltar que a concessão de horas extras em número superior ao limite fixado pela Lei nº 8.112/90 quebranta o Princípio da Legalidade, agasalhado pela Constituição Federal (art. 37, *caput*), que reza que Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Como ensina Maria Silva Zanella di Pietro ("*Direito Administrativo*", 5ª edição, pg.61, Ed. Atlas), é no Princípio da

Legalidade *"que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração é a que decorre da lei"*.

Destacamos citação inserta na peça recursal (fl. 14), que busca justificar o ato questionado pela existência da chamada autonomia administrativa. Trata-se de texto de Marcelo Caetano (*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Forense, 1977, pg. 88*): *"Uma entidade autônoma administrativamente é aquela que possui poderes para tomar decisões executórias sem ter de acatar ordens superiores nem estar sujeita à superintendência, e à disciplina de outra entidade administrativa"*. Ora, o jurista sustenta que o órgão autônomo não deve estar sujeito à disciplina de outra entidade administrativa, mas com certeza não defende que não deve estar sujeito aos ditames da Lei. Lembremos: o que realmente se discute *in casu* é a infringência de uma norma legal.

A propósito, a discricionariedade dos atos administrativos só é admissível nas lacunas deixadas pela Lei. Note-se que é exatamente para esses espaços que podem atuar as normas regulamentadoras (resoluções, no âmbito do Judiciário).

Sobre o assunto, Maria Silva Zanella di Pietro esclarece:

"A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

(...)

b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico." (*"Direito Administrativo"*, 5ª edição, pg. 177, Ed. Atlas).

Neste caso, obviamente, a Lei não foi omissa, não cabendo ao TSE, como fez por meio de Resolução proferida no Processo nº 14.421-DF, regulamentar o serviço extraordinário de modo diverso ao estabelecido legalmente.

Considerando o que dispõe o art. 74 da Lei nº 8.112/90; considerando que os atos administrativos devem estar sujeitos ao Princípio da Legalidade a que alude o art. 37, *caput*, da Constituição Federal; considerando as possíveis conseqüências que poderiam advir de uma Decisão deste E. Tribunal no sentido de admitir exceção à regra fixada pelo mencionado dispositivo legal; este representante do Ministério Público manifesta-se por que seja conhecido o recurso de reconsideração interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a Decisão nº 28/97-TCU-Plenário.

1. Publicada no DOU de 09/06/98.

DECISÃO N.º 305/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo n.º TC 006.905/95-1 (c/Volume I)
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame da Decisão n.º 028/97 – TCU – Plenário, que tratou de denúncia formulada pelo SINDJUS/DF (tornada ostensiva), sobre pagamento de horas extras em excesso. Conhecimento. Provimento parcial. Determinações.
 3. Órgão: Tribunal Superior Eleitoral
 4. Recorrente: Tribunal Superior Eleitoral
 5. Relator: MINISTRO IRAM SARAIVA
 6. Representante do Ministério Público: Procurador, Dr. Ubaldo Alves Caldas.
 7. Unidade Técnica: 10^a SECEX
 8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 19, inc. II, e 233 do RITCU, DECIDE:
 - 8.1. - conhecer do presente pedido de reexame, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;
 - 8.2 - tornar sem efeito a determinação contida no item 8.2.1 da Decisão n1 028/97 - TCU – Plenário, prolatada em Sessão de 29-01-1997;
 - 8.3. - determinar ao Tribunal Superior Eleitoral:
 - 8.3.1. – que envide esforços para não extrapolar o limite de 2 horas extras por jornada, fixado pelo art. 74 da Lei n1 8.112/90, e para assegurar o gozo do repouso semanal remunerado de que trata o inciso XV do art. 71 da CF;
 - 8.3.2. – que o Presidente do Tribunal, ante a impossibilidade de observância das restrições a que se faz referência no item anterior, motive seu ato administrativo, evidenciando as razões que o impedem de cumprir os preceitos contidos nas normas constitucional e legal;
 - 8.4. - autorizar que sejam incluídas, em sua programação, as auditorias a serem realizadas nos Órgãos da Justiça Eleitoral, em especial no Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, para serem avaliadas a eficiência e eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras, bem como para garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regulam a prestação de horas extras, nos períodos de 90 dias que antecede a eleição e, no posterior, inclusive em havendo segundo turno, até a proclamação final.
 9. Ata n.º 19/98 - Plenário
 10. Data da Sessão: 27/05/1998 - Ordinária.
 11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1 Ministros Presentes: Homero Santos (Presidente), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e o Ministro-Substituto Benjamin Zymler.
 - 11.2. Ministro que alegou impedimento: Benjamin Zymler.

Homero Santos
Presidente

Iram Saraiva
Ministro-Relator