

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.385.358 - RS (2018/0276954-9)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **ADRIANA MARIA GABBI PONTELLI**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE JAENISCH MARTINI - RS051403**
LUCIANO JOSE TONEL DE MEDEIROS - RS057622
DANIEL FIGUEIRA TONETTO - RS058691
FELIPE JOSE TONEL DE MEDEIROS - RS058313
MARIA LUIZA LIMA DE SA COELHO E OUTRO(S) - RS066733
ROCHELE VOGELI - RS088578
TIAGO CARIJO DA SILVA - RS099434
AGRAVADO : **UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM**

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto por ADRIANA MARIA GABBI PONTELLI, em 17/09/2018, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR UFSM. CÔMPUTO DE HORA NOTURNA DE MODO REDUZIDO. OBSERVÂNCIA.

O serviço noturno é considerado aquele desempenhado entre às 22 horas e às 5 horas do dia seguinte, nos termos do art. 75 da Lei n. 8.112/90, sendo a hora noturna computada como 52 minutos e 30 segundos, circunstância já observada pela Universidade ré, conforme restou demonstrado.

Restou cabalmente confirmado que o sistema utilizado pela Administração, de fato, contabiliza corretamente a hora noturna, considerando-a como sendo 52 minutos e 30 segundos" (fl. 671e)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 698/710e).

Sustenta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, o seguinte:

"4. DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL:

No que tange à possibilidade de pagamento por horas extras efetivamente laboradas por servidor público federal, independentemente de autorização, a decisão do Tribunal Regional destoa do entendimento firmado pela 3ª Turma Suplementar do E. TRF da 1ª Região no julgamento da APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N. 2000.01.00.056580- 0/MG, julgada em 28/03/2012 e publicado no Diário da Justiça em 14/05/2012, às fls. 26/27.

(...)

5. DO MÉRITO DO RECURSO:

5.1. Da violação ao art. 75 da Lei Nº 8.112/90: descumprimento de legislação federal

Conforme é cediço, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal estabelece à Administração Pública o respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

(...)

Entretanto, a recorrida não está cumprindo o disposto no o art. 75 da Lei nº 8.112/90, que aduz que 'o serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos'

Isto porque o sistema biométrico de ponto do HUSM contabiliza 7 horas noturnas no período compreendido entre as 22h e as 5h, conforme se verifica do excerto do Resumo de Fechamento do mês de março/2012, cujo excerto abaixo se colaciona:

(...)

Verifica-se do excerto do documento acima, que o recorrido contabiliza a hora noturna com 60 minutos de duração e não como cinquenta e dois minutos e trinta segundos, como determina o art. 75 da Lei nº 8.112/90, em flagrante violação ao referido dispositivo de lei.

(...)

Conforme se verifica, a ora recorrida confessou que não paga o adicional noturno sobre 52 minutos e 30 segundos, em contrariedade veementemente o mandamento legal.

Em que pese a recorrida ter procedido com medida que importa em redução da jornada de seus servidores, levando a beneficiá-los, tal fato não pode servir de justificativa para que o mesmo descumpra legislação vigente.

A benesse conferida aos seus servidores não constitui em óbice para a aplicação do disposto o art. 75 da Lei nº 8.112/90, sob pena de perpetuar violação a legislação federal vigente e de cuja aplicação é obrigatória para a Administração Pública.

Diante disso, notória a vulneração do disposto no art. 75 da Lei nº 8.112/90, devendo ser dado provimento ao presente recurso para, reconhecendo tal violação, modifique o acórdão regional, determinando à recorrida que cumpra o período e duração do adicional noturno, pagando à recorrente as diferenças retroativas, acrescidas de juros e correção monetária.

5.2. Da violação ao art. 373, inciso I do CPC e arts. 73 e 75 da Lei nº 8.112/90: servidora à disposição do nosocômio durante os intervalos de descanso e refeição

Como referido no processo, a recorrente trabalha Serviço Internação Clínica Médica II do HUSM, o único nosocômio de alta complexidade que tente pelo SUS na cidade e região.

O acórdão regional confirmou a sentença de primeiro grau, no

sentido de inexistir direito da ora recorrente de ser indenizado pelos intervalos intrajornadas não usufruído. Entretanto, a prova testemunhal produzida em juízo descreve a real condição dos servidores:

(...)

Diante disso, deve ser dado provimento ao presente recurso, de modo que este E. Tribunal reconheça a violação aos arts. 73 e 75 da Lei nº 8.112/90 e 373, inciso I do CPC, reformando-se parcialmente o acórdão atacado, a fim de que seja reconhecido o direito da recorrente à percepção de horas-extras em razão da irregularidade na fruição dos períodos de descanso e alimentação que, quando realizados, se dão dentro da unidade em razão da proibição de se ausentar da mesma para ficar à disposição da chefia.

5.3. Das horas extraordinárias laboradas e da aplicação da Súmula nº 85/STJ: violação aos arts. 73 e art. 110, inciso I, da Lei nº 8.112/90
Conforme já aduzido, a recorrente desenvolve suas atividades no Serviço Internação Clínica Médica II do HUSM.

Assim, ao ajuizar o presente feito, a recorrente juntou os denominados "Resumo Fechamento", sobre os quais o recorrente não se insurgiu ou impugnou, e que demonstram o labor extraordinário. Confessando, dessa forma, a existência de labor extraordinário por parte da recorrente.

Ademais, conforme o fluxo de pacientes, os servidores não conseguem sair no horário pré-determinado, gerando horas-extras sobre as quais deveria receber o valor em pecúnia ou compensar com folgas. Contudo, a recorrente jamais recebeu essas diferenças ou tirou folga compensando com as horas-extras que laborou.

Portanto, a parte recorrida aduz em sua defesa a Resolução nº 005/2012, que condiciona que o labor extraordinário 'terá prazo de até o mês subsequente para a sua compensação' violando por completo o disposto nos arts. 73 e art. 110, inciso I, da Lei nº 8.112/90 e desconsiderando a legislação atinente à prescrição quinquenal regulamentada, pelo Decreto nº 20.910/32 e Súmula nº 85/STJ.

(...)

Ainda, deve-se atentar que não há comprovação nos autos de que havia a possibilidade da parte recorrente ter compensado as horas extraordinárias laboradas, uma vez que a parte recorrente é servidora de um hospital que presta serviço nas mais diversas áreas da saúde à população não apenas de Santa Maria, mas de toda a região. Portanto, incontestes a demanda do setor.

Ademais, mesmo que se considerasse como extraordinária apenas a hora extraordinária laborada acima da 40ª hora, mesmo assim, a percepção do pagamento de adicional pelas horas-extras laboradas consiste em direito garantido ao servidor público, do qual a parte recorrida não pode se furtar e também constitui objeto da presente

ação.

Portanto, não se pode olvidar que a realização de labor excedente não se deu por mero capricho do servidor, uma vez que o setor onde atua necessita que antes de assumir seu plantão, vista-se de forma adequada e higienizada (o que demanda tempo), bem como comece a receber seu plantão antes do horário de início e o 'passe' para o colega antes de poder ir embora, mesmo que isso signifique ficar mais tempo do que o determinado pela chefia.

(...)

Assim, conforme o fluxo de pacientes, os servidores não conseguem sair no horário pré-determinado, gerando horas-extras sobre as quais deveria receber o valor em pecúnia ou compensar com folgas. Contudo, a recorrente jamais recebeu essas diferenças ou tirou folga compensando com as horas-extras que laborou.

Ademais, a inexistência de autorização da chefia para a realização das horas extraordinárias, com o único intuito de atender à grande demanda de serviço existente no HUSM, não pode prevalecer frente à materialidade do fato, qual seja, a efetiva prestação de serviço, demonstrada pelos documentos juntados com a exordial e pela própria recorrida em sede de contestação, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da recorrida. Assim, existindo horas extras inadimplidas, as mesmas devem ser remuneradas adequadamente, nos termos da Lei nº 8.112/90.

Dessa forma, imperioso o provimento do presente recurso, reconhecendo-se a violação aos arts. 73 e 110, inciso I, ambos da Lei nº 8.112/80, reformando parcialmente o acórdão regional, com o intuito de que sejam reconhecidas como extraordinárias as horas extras laboradas pela recorrente e devidamente descritas no Resumo de Fechamento elaborado pela recorrida, não atingidas pela prescrição quinquenal, em atenção ao disposto no Decreto nº 20.910/32 e Súmula nº 85/STJ" (fls. 723/736e).

Requer, ao final, "o processamento e conhecimento do presente recurso especial, para que, considerando-se prequestionada a matéria, sejam reconhecidas as violações demonstradas, dando-se provimento ao presente recurso, a fim de seja reformado o acórdão regional, determinando-se a percepção de horas-extras em razão da irregularidade na fruição dos períodos de descanso e alimentação que, quando realizados, se dão dentro da unidade em razão da proibição de se ausentar da mesma para ficar à disposição da chefia; bem como o pagamento das horas extras laboradas pela recorrente e devidamente descritas no Resumo de Fechamento elaborado pela recorrida, não atingidas pela prescrição quinquenal, em atenção ao disposto no Decreto nº 20.910/32 e Súmula nº 85/STJ" (fls. 736/737e).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 751/753e).

Negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 756/758e), foi interposto o presente Agravo (fls. 766/772e).

Com contraminuta (fls. 776/778e).

A irresignação não merece acolhimento.

Quanto ao cerne da controvérsia, o Tribunal local consignou que:

"Do mérito

No que tange as horas extraordinárias pleiteadas, entendo que a sentença, de lavra do Juiz Federal Gustavo Chies Cignachi, bem apreciou a controvérsia, razão pela qual a adoto como fundamentos para decidir, *in verbis*:

1. HORA EXTRA

Em que pese a argumentação tecida pela parte autora, tenho que não está comprovado que trabalhou em horas excedentes à jornada normal de trabalho, haja vista as folhas ponto anexadas aos autos (evento 1 - OUT10, OUT11, OUT12 e OUT13; evento 12 - PROCADM2 e PROCADM3). De fato, com a redução da jornada de trabalho de 40 horas para 30 horas semanais, pela Portaria 66.241/2013, houve flexibilização do tempo de serviço, tendo a autora o benefício da compensação assegurado. Em algumas ocasiões, o servidor não cumpriu sua jornada de trabalho mínima e não sofreu descontos em sua remuneração, uma vez que compensou as horas faltantes no mês subsequente. Do mesmo modo, nos dias em que a autora necessitasse se ausentar do trabalho, as horas extras poderiam ser utilizadas para tanto.

No que se refere à matéria, a Lei 8.112/90 a elucida nesses termos:

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

A referida lei foi regulamentada, no âmbito administrativo, pelo Decreto 1.590/1995, com as modificações trazidas pelo Decreto 4.836/2003. Permitiu-se a flexibilização da carga horária dos servidores públicos civis cujos serviços exijam atividades contínuas em turnos ou escalas de 12 ou mais horas, em função de atendimento ao público ou de trabalho noturno, como é o caso daqueles que prestam atendimento nos hospitais universitários (Decreto 1.590/1995):

'Art. 3º Quando os serviços exigirem atividades contínuas de regime de turnos ou escalas, em período igual ou superior a doze horas ininterruptas, em função de atendimento ao público ou trabalho no período noturno, é facultado ao dirigente máximo do órgão ou da entidade autorizar os servidores a cumprir jornada de trabalho de seis horas diárias e carga

horária de trinta horas semanais, devendo-se, neste caso, dispensar o intervalo para refeições.

§ 1º Entende-se por período noturno aquele que ultrapassar às vinte e uma horas.

§ 2º Os dirigentes máximos dos órgãos ou entidades que autorizarem a flexibilização da jornada de trabalho a que se refere o caput deste artigo deverão determinar a afixação, nas suas dependências, em local visível e de grande circulação de usuários dos serviços, de quadro, permanentemente atualizado, com a escala nominal dos servidores que trabalharem neste regime, constando dias e horários dos seus expedientes.'

A Portaria 63.161/2012 da UFSM, que autorizou a flexibilização no cumprimento da jornada semanal de trabalho, estipulou que, das quarenta horas semanais de serviço, sete delas passariam a ser cumpridas em regime de sobreaviso pelos servidores do Hospital Universitário de Santa Maria. Sobreveio a Portaria 66.241/2013, que reduziu a jornada para trinta horas semanais, sem redução do salário, amenizando a fadiga do labor noturno:

'Artigo 1º - A jornada de trabalho dos servidores do Hospital Universitário de Santa Maria, que possuem jornada flexibilizada de trabalho através das portarias de nº 63.161 de 31 de agosto de 2012, 64.169 de 29 de novembro de 2012, 64.171 de 29 de novembro de 2012, 65.030 de 15 de março de 2013, será cumprida em turno de 6,00 (seis) horas ou 12,00 (doze) horas diárias ininterruptas e 30 (trinta) horas semanais, registradas em ponto eletrônico biométrico;

Parágrafo Único - A redução da jornada de trabalho para os servidores autorizados através desta portaria, tem como pressuposto o atendimento ao público e período de trabalho noturno do Hospital Universitário, nos termos do artigo 3º e seu § 1º do Decreto 1.590/95.'

Diante da conjuntura telada, vislumbro que não cabe o pagamento de horas extras à autora, porquanto os servidores foram beneficiados com a redução da jornada, ato de liberalidade da UFSM, bem como com o regime de compensação que, segundo o Eg. TRF4, é o mais adequado nessa conjuntura:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. HORA EXTRA. DEMONSTRAÇÃO. COMPENSAÇÃO.1. O pagamento de hora extra no serviço público pressupõe a comprovação da efetiva extrapolação do limite da jornada de trabalho, considerando-se, inclusive, os regimes de compensação autorizados por lei (arts. 19, 73 e 74 da Lei 8.112/90; arts. 1º,

2º e 3º do Decreto 1.590/95 e Súmula 222 do TFR-4ªR). (TRF4, AC 2005.72.00.002001-5, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 25/01/2011).2. Não procede o pedido de indenização por horas extras se não ficou demonstrado estreme de dúvida sua prestação.3. Para prorrogação eventual da jornada de trabalho e por poucos minutos, é mais adequado o regime de compensação e não o pagamento de horas extras. (TRF4, APELREEX 5038256-32.2011.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 13/06/2014)

Como sabido, a remuneração devida por conta do serviço extraordinário, aquele prestado pelo trabalhador além da jornada estabelecida na relação jurídica firmada com o patrão - que, no caso do serviço público, justifica-se como forma de evitar o enriquecimento sem causa da Administração - pressupõe, por óbvio, que a atividade efetivamente exercida seja superior àquela contratada. No caso, como dos autos, em que o regime jurídico estabelece uma jornada superior àquela cumprida pelo servidor, havendo prestação de serviço em tempo menor do que aquele para o qual foi prestado concurso, por liberalidade da Administração, soa no mínimo irrazoável pleitear o pagamento a título de horas extraordinárias.

De todo modo, ainda que estivesse comprovado o trabalho em regime de horas extras, tal circunstância não geraria, por si só, direito à percepção de adicional por serviço extraordinário (horas extras). Conforme entendimento majoritário na jurisprudência, o pagamento de adicional por serviço extraordinário no serviço público depende de autorização prévia e expressa da autoridade competente. Nesse particular, a autora não comprovou referida autorização, tendo se limitado a anexar seus extratos de frequência, motivo por que o aludido pedido não merece prosperar.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. -Tratando-se de servidor público, por imposição legal, para o pagamento de horas extras, é imprescindível prévia autorização da chefia competente e somente se justifica para atender situações de caráter excepcional. (TRF4, AC 2002.71.00.004602-5, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 19/07/2006)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. JORNADA DE TRABALHO. HORA EXTRA. LEI Nº. 8.112/90. RESOLUÇÃO Nº. 357 DO CONSELHO E DA JUSTIÇA FEDERAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA

EM PARTE. 1. Não há se falar em ilegitimidade passiva, tendo em vista que o ato praticado refere-se ao exercício da competência da autoridade impetrada, enquanto Coordenador do JEF/ITINERANTE DE PONTES E LACERDA/MT (cf. MS.2006.01.00.039130-5/DF, Rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (conv.), 1ª Seção, e-DJF1 de 04/08/2008).

2. Nos termos do disposto nos arts. 19 e 74 da Lei n. 8.112/90, a duração da jornada de trabalho dos servidores federais corresponde a 40 (quarenta) horas semanais, respeitados os limites mínimos e máximo de, respectivamente, seis e oito horas diárias, e quando autorizada a sobrejornada pela autoridade administrativa competente, poderão cumprir mais 02 (duas) horas extraordinárias diárias.

3. Considerando que os servidores representados pelo autor estão cumprindo jornada de trabalho superior a estipulada por lei, além de trabalharem aos sábados e feriados, vislumbro a conduta ilegal praticada pela autoridade impetrada, em literal afronta aos referidos dispositivos legais.

4. No que concerne ao pedido de horas extras, a Resolução n. 357, de 23 de março de 2003, ao regulamentar, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de 1ª e 2ª instâncias, a concessão do adicional pela prestação de serviço extraordinário, condiciona a sua concessão à disponibilidade orçamentária.

5. Assim, à guisa de disponibilidade orçamentária, e considerando que os atos da Administração Pública pautam-se sempre pela obediência ao princípio da legalidade, tenho que não merece acolhimento o pedido do autor em relação ao pagamento de horas extras.

6. Segurança parcialmente concedida, para que seja observada a jornada de trabalho, nos moldes do art. 19 e 74 da Lei n. 8.112/90. (TRF-1 - MS: 15021 MT 2007.01.00.015021-6, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 15/02/2011, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: e-DJF1 p.379 de 04/03/2011)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO REALIZADO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO. PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 73 E 74 DA LEI Nº 8.112/90 C/C O ART. 2º DO DECRETO Nº 948/93 ENTÃO VIGENTE. Não se verificando nos autos a autorização expressa dos superiores hierárquicos do servidor para justificar a realização do serviço extraordinário, como exigia o art. 2º do Decreto nº 948/93, não há que se falar em direito ao pagamento do mesmo. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 642501 PR 2004/0030815-1, Relator: Ministro JOSÉ

ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 28/09/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.11.2005 p. 346)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PAGAMENTO DO ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. ART. 83, DA LEI N. 8.112/90. FALTA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO E DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA ADMINISTRAÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PELO TRIBUNAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de recurso interposto pela parte autora contra a sentença de improcedência do pedido de pagamento do adicional de 50% referente às horas-extras previstas no art. 73, da Lei nº 8.112/90, ao fundamento de exigir o pagamento procedimento administrativo prévio e expressa autorização da Administração. (...) O art. 74 da Lei 8.112/90 dispõe: 'Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.' A aplicação do dispositivo se dá conforme regulamentação pelo Decreto 948, de 5 de outubro de 1993 que expressamente consigna: 'Art. 2º A execução do serviço extraordinário será previamente autorizada, pelo dirigente de recursos humanos do órgão ou entidade interessado a quem compete identificar a situação excepcional e temporária de que trata o art. 74 da Lei 8.112/90 de 11 de dezembro de 1990. Parágrafo único. A proposta do serviço extraordinário será acompanhada da relação nominal dos servidores que o executará.' (...) 4. Assim, apesar de não constar da Lei nº 8.112/90 a exigência de prévio procedimento administrativo ao pagamento do adicional de horas extras, o Decreto previu a medida, por sinal indispensável, em razão da necessidade previsão orçamentária para a realização do correspondente pagamento. A norma contida no Decreto atine somente à aplicação da norma e, portanto, não extrapola os limites da Lei nº 8.112/90. (TRF1-, Nº 0045115-54.2006.4.01.3400, Relator: JUÍZA FEDERAL LANA LIGIA GALATI, Data de Julgamento: 17/03/2015, T5 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.04.2015 p. 1489)

A Lei 8.112/90 autoriza, de modo genérico, a prestação de horas extras pelos servidores públicos. No entanto, cabe à Administração Pública, no exercício do Poder Regulamentar, especificar a lei, tornando-a aplicável nas relações entre o Poder Público e os cidadãos, inclusive no que diz respeito à atuação dos servidores públicos. Respalhada nessa

prerrogativa, a UFSM expediu a Orientação normativa nº 02 de maio de 2008 regulou a hora extra:

Art.2º hora extra somente para situação excepcional e transitória.

Art. 3º A autorização para a prestação do serviço extraordinário é obrigatoriamente prévia, sendo de responsabilidade da chefia imediata sua proposição supervisão e controle.

Também a Resolução nº 010/2013, que regulamenta o regime de trabalho flexibilizado, demonstra que a situação apresentada pela autora, não autoriza a hora extra:

'Art. 10 É vedada a prestação de horas extraordinárias por Técnico-Administrativos em Educação com jornada de trabalho flexibilizada para seis horas diárias nos termos desta resolução.'

Do mesmo modo, a Portaria nº 66.241/2013 torna inviável o pleito autoral:

'Artigo 5º - É vedada, nos termos do artigo 10 da Resolução 010/2013, a prestação de horas extraordinárias por Técnico-Administrativos lotados no Hospital Universitário da UFSM;

Portanto, é fato impeditivo do direito da autora a ausência de prévia autorização da chefia, não cabendo à demandante decidir, por conta própria, sem autorização prévia do superior hierárquico, se deveria prolongar sua jornada de trabalho. Vale lembrar que os pagamentos efetuados por entes públicos devem observar os orçamentos elaborados com a devida antecedência, não podendo a Administração da UFSM ser surpreendida pelo fato de que seus servidores resolvam trabalhar em regime de horas extras, sem a análise anterior da necessidade do serviço, no intuito de auferir maiores ganhos salariais, em situação que vai de encontro ao interesse público. Por outro lado, quanto às horas trabalhadas em regime de sobreaviso, aplica-se integralmente o que foi expandido acima, reforçando-se que, se somadas à jornada normal (33 ou 30 horas semanais), totalizarem 40 horas semanais, não há falar-se sequer em trabalho extraordinário, uma vez que respeitada a jornada semanal de trabalho prevista legalmente para os servidores públicos civis (Lei nº 8.112/90, art. 19). É que as horas semanais a serem cumpridas em regime de sobreaviso servem justamente para complementarem a jornada semanal de 40 horas, conforme se verifica do próprio texto da Portaria 63.161/2012 (art. 2º), sendo que, ao término da cada semana, são liquidadas e consideradas em efetivo exercício aquelas não trabalhadas, não gerando horas-extras aquelas que

eventualmente vierem a ser efetivamente cumpridas (parágrafo primeiro).

2. Hora-extra referente ao intervalo para refeição e descanso.

A autora requer o pagamento, como hora extra, do intervalo para refeição e descanso, que alega não ter usufruído, com o acréscimo do art. 73 da Lei nº 8.112/90, considerando-se, no mínimo uma hora. Segundo a autora, esse descanso era suprimido devido à sobrecarga de trabalho.

Cabe registrar que não está em discussão o próprio turno de trabalho de 12 horas, mas a inexistência de intervalo intrajornada que possibilite ao servidor a realização de refeições ou breve período de descanso para a continuação do trabalho. Requer, a autora, o pagamento de indenização em valor correspondente à hora extra em relação ao intervalo intrajornada que não teve a oportunidade de usufruir durante o seu vínculo laboral com a universidade demandada.

Neste contexto, estabelece o artigo 3º do Decreto nº 1.590/1995 que *'Quando os serviços exigirem atividades contínuas de regime de turnos ou escalas, em período igual ou superior a doze horas ininterruptas, em função de atendimento ao público ou trabalho no período noturno, é facultado ao dirigente máximo do órgão ou da entidade autorizar os servidores a cumprir jornada de trabalho de seis horas diárias e carga horária de trinta horas semanais, devendo-se, neste caso, dispensar o intervalo para refeições'*.

Desta forma, se quando houver a redução da jornada para 6 horas, fica facultada a dispensa do intervalo para refeições, conclui-se, *contrario sensu*, que o intervalo é direito dos servidores que laborem na escala de 12 horas, mencionada anteriormente no mesmo dispositivo. Ademais, afigura-se evidente que a fixação de turno de trabalho de 12 horas, sem qualquer intervalo intrajornada, representaria fator impeditivo para que o servidor pudesse desempenhar suas funções a contento, submetendo-o a desgaste anormal e, por consequência, aumentando o risco de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho.

Parece-me, assim, bem caracterizado o direito do servidor ao intervalo intrajornada para o turno de 12 horas, em período correspondente à 1 hora a cada jornada de trabalho, que é o intervalo mínimo estabelecido no art. 5º, § 2º, do Decreto nº 1.590/1995.

Porém, conforme exposto acima, não conseguiu a parte autora comprovar que, de fato, não eram realizados intervalos intrajornada ou que tais intervalos não obedeciam ao prazo de uma hora previsto no § 2º do artigo 5º do Decreto 1.590/1995,

não se desincumbido, portanto, do ônus probatório do fato constitutivo de seu direito.

Não obstante os argumentos colacionados pela demandante, não restou demonstrado nos autos que essa situação realmente ocorria. Ao contrário, da análise dos depoimentos prestados em juízo, depreende-se que os servidores realizam a pausa durante a realização do trabalho no âmbito do Hospital Universitário, consoante se infere do depoimento da testemunha (evento 7 - TERMOTRANSCDEP2), que informa que eles usufruíam de descanso de 3 horas, por mais que o local não fosse apropriado e que esse período as vezes fosse interrompido. Logo, a parte autora não se desincumbiu do ônus da prova de comprovar a alegação de natureza fática.

Do supra expendido, resulta explícita a fruição dos intervalos para descanso pela autora. Não me parece plausível, nesse contexto, que todos os servidores usufruam do momento de pausa no trabalho, com exceção apenas da demandante. Logo, não merece guarida o pleito de horas extras quanto ao referido período.

3. Hora extra noturna de 52 minutos e trinta segundos.

Por derradeiro, alegou a parte autora que as horas trabalhadas entre vinte e uma horas de um dia e cinco horas do dia seguinte deveriam ser computadas como hora noturna, sendo aplicável à espécie o art. 3º, §1º do Decreto nº 1.590/95. Asseverou que uma hora noturna deveria equivaler a cinquenta e dois minutos e trinta segundos. Outrossim, sustentou que sobre essas horas deveriam incidir pagamento de adicional de 25% sobre o valor-hora.

Quanto ao adicional noturno, está previsto no art. 75 do RJU, de seguinte redação:

Art. 75. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinqüenta e dois minutos e trinta segundos'.

Sustenta o autor que a hora noturna deve ser computada a partir das 21 horas, nos termos do art. 3º, § 1º, do Decreto nº 1.590/1995, segundo o qual *entende-se por período noturno aquele que ultrapassar às vinte e uma horas.*

A sustentação do demandante não procede por duas razões.

Primeiramente, porque o parágrafo invocado pela autora, no sentido de que o período noturno inicia-se às 21 horas, está relacionado exclusivamente ao texto do art. 3º do Decreto, explicitando o que deve ser entendido por período noturno para que os turnos de trabalho de 12 horas possam ser desdobrados

em jornadas de trabalho de 6 horas diárias.

Deste modo, o dispositivo sequer tinha a pretensão de regular o início da hora extraordinária, mas apenas estabelecer o critério que facultasse ao administrador a troca de jornadas de trabalho.

Por outro lado, caso o decreto dispusesse que o período de hora extraordinária teria início às 21 horas, seria inválida a disposição.

Como se percebe, o Decreto nº 1.590/1995 dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal, enquanto a Lei nº 8.112/1990 regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Porém, são inaplicáveis ao caso os critérios cronológicos ou da especialidade, uma vez que estes pressupõem um conflito de normas de mesma hierarquia. No caso, não se está em frente de normas de idêntica magnitude, mas de uma lei, portanto, com hierarquia superior ao decreto, cuja função é, justamente, a de regulamentá-la, não podendo contrariá-la em qualquer de suas disposições.

Neste contexto, é evidente que, se a lei ordinária dispõe que o adicional noturno deve ser pago no período das 22 às 5 horas, o decreto presidencial não poderia estabelecer horário fora deste intervalo, e, se o fizesse, a disposição seria inócua, posto que a alteração do horário extraordinário estabelecido na Lei nº 8.112/1990 somente poderia ser feita por norma de hierarquia igual ou superior.

Desta forma, o horário noturno deve ser pago para os períodos de trabalho entre as 22 horas e às 5 horas do dia seguinte, nos termos do art. 75 da Lei nº 8.112/1990, como já vem fazendo a Universidade, sendo improcedente a demanda neste ponto.

Em via de consequência, todos os pedidos articulados na inicial são resolvidos com o mesmo juízo de improcedência.

Não há razões para se alterar o *decisum*.

A teor do art. 19, *caput* e § 1º da Lei nº 8.112/90, a jornada de trabalho dos servidores públicos federais é de quarenta horas semanais, salvo disposição em contrário por leis especiais.

No caso em tela, a redução do cumprimento da jornada para trinta horas semanais no âmbito do Hospital Universitário de Santa Maria ocorreu por força da Portaria nº 66.241/2013. Bem se vê, portanto, que a redução do cumprimento de jornada ocorreu por liberalidade da Administração, não havendo lei que estabeleça outro regime de cumprimento de jornada àqueles servidores.

Dessa forma, como adequadamente definiu a sentença, a prova produzida e a legislação de regência recomendam a conclusão de que

o período efetivamente laborado pelo requerente não excedeu às quarenta horas semanais previstas na legislação aplicável ao caso, de modo que incabível a condenação da ré em pagamento de horas extraordinárias.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. FATOR DE DIVISÃO: 200 HORAS MENSAIS.

1. A jurisprudência desta Corte possui a orientação de que o serviço extraordinário deve ser calculado com base no divisor de 200 (duzentas) horas mensais, tendo em conta que a jornada máxima de trabalho dos servidores públicos federais passou a ser de 40 (quarenta) horas semanais com o advento da Lei n. 8.112/90.

Precedentes: REsp 805.437/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 20/4/2009; REsp 1.019.492/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 21/2/2011.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1421415/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 28/09/2015)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ADICIONAL DE SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 458, II E 535, II DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Com o advento da Lei 8.112/90, a jornada máxima de trabalho dos servidores públicos federais passou a ser de 40 horas semanais, pelo que o adicional noturno deve ser calculado com base no divisor de 200 horas mensais. Precedente.

3. O aresto recorrido afirma que os autores não comprovaram a efetiva prestação do número de horas discriminadas na inicial. A alteração da referida conclusão, na forma pretendida, demandaria, necessariamente, a incursão no acervo fático-probatório da causa.

Contudo, tal medida encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Precedentes.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 970.901/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 28/03/2011)

Diante disso, acolho o entendimento do magistrado *a quo*, no sentido de que não há horas extraordinárias a serem adimplidas.

E caso análogo, esta Corte:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. JUSTIÇA DO TRABALHO. LEI 8.112/90 HORAS EXTRAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

1. Conforme jurisprudência do STJ, 'somente é devido o pagamento pela realização de serviço extraordinário quando, além de efetivamente trabalhado, seja autorizado pela Administração'

2. Hipótese em que não há qualquer comprovação de que havia autorização para a autora permanecer trabalhando além de sua jornada normal; que não foi demonstrado que havia, efetivamente, uma situação que ensejasse uma sobrecarga de trabalho que justificasse sua permanência na unidade (o que poderia ser demonstrado, por exemplo, pela juntada dos pontos eletrônicos de colegas da unidade) e que a maioria absoluta dos dias não representou mais que 30 minutos além de sua jornada, algo aceitável, diante das flexibilidade de horário que os servidores possuem dentro das Varas, realidade vivenciada nesta unidade igualmente, entendo que não restaram comprovados os requisitos legais que autorizam o pagamento de horas extras.

3. Manutenção da sentença de improcedência.

(TRF4, AC 5010160-18.2013.404.7009, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 17/12/2015)

Consigne-se que restou comprovada a fruição dos intervalos entre os turnos pelas testemunhas, como já apontado na sentença, não merecendo provimento o apelo também nesse ponto.

No entanto, especificamente em relação ao adicional de serviço noturno, entendo que assiste razão ao apelante. Da documentação acostada aos autos, notadamente o seu ponto eletrônico (evento 1, OUT10-OUT13), depreende-se que a ré não vem computando a hora noturna de modo reduzido, considerando cada hora como 52 minutos e 30 segundos, como determina o art. 75 da Lei nº 8.112/90. A requerida alega que, em função da redução da jornada deferida

administrativamente, não seria possível computar a hora noturna nesses parâmetros.

Não subsiste o argumento suscitado pela ré. A concessão da jornada reduzida, por meio da Portaria nº 66.241/2013, foi deferida em ato de liberalidade da Universidade em prol dos seus servidores, o que não lhe dá o direito de tolher outras garantias asseguradas pela Lei nº 8.112/90. Saliente-se que a Administração deve atuar com respaldo na legalidade, de modo que, havendo norma que impõe a contagem da hora noturna de maneira reduzida, não cabe ao administrador contá-la de outro modo, prejudicando os servidores.

Diante disso, entendo que merece provimento a apelação nesse ponto, apenas para que seja computada como hora noturna cada intervalo de cinquenta e dois minutos e trinta segundos trabalhado das 22h às 5h, na inteligência do art. 75 da Lei nº 8.112/90.

A despeito do cômputo da hora noturna nesses termos, a existência de diferenças a título de jornada extraordinária é matéria a ser apurada em fase de liquidação, considerando como parâmetro a carga horária semanal legal de quarenta horas, bem como a prescrição quinquenal" (fls. 642 /650e).

Assim, para se chegar a conclusão diversa do Tribunal de origem, acolhendo os argumentos da parte recorrente, seria imprescindível reexaminar os fatos da presente causa, o que é insuscetível de ser realizado, na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial") do STJ.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 128 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A leitura atenta do acórdão combatido, integrado pelo pronunciamento da origem em embargos de declaração, revela que o art. 128 do CPC, bem como a tese a ele vinculada não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que atrai a aplicação da Súmula n. 211 desta Corte Superior, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que para interposição de recurso especial, não se admite o chamado prequestionamento ficto, vale dizer, a mera oposição de embargos de declaração não é apta para caracterização do requisito do prequestionamento.

3. No que se refere à hora extra, verifica-se que o Tribunal de origem consignou que não restou provado que houve a extrapolação da jornada máxima semanal e que não houve compensação posterior por impedimento da Administração. Desta forma, a inversão do julgado, implicaria, necessariamente, no reexame de provas, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.563.809/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 09/12/2015).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PRODUÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO DISTRITO FEDERAL - FHDF E A CÂMARA DOS DEPUTADOS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE DUPLA JORNADA DE TRABALHO. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS, ADICIONAIS E REFLEXOS. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA A PARTIR DA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS DO CONVÊNIO, FOLHAS DE PAGAMENTO E OUTRAS PROVAS DOCUMENTAIS PRODUZIDA NOS AUTOS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária na qual os autores, ora agravantes, médicos da Fundação Hospitalar do Distrito Federal - FHDF, buscam o pagamento de horas extras, adicionais e reflexos, por força da dupla jornada de trabalho realizada na FHDF e na Câmara dos Deputados, no período de 10/6/91 até 31/07/95, em decorrência de convênio entre os dois órgãos.

(...)

7. Quanto ao mérito, do acurado exame do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, dirimiu a controvérsia posta no recurso de apelação a partir da análise das cláusulas do convênio celebrado entre a FHDF e a Câmara dos Deputados, bem como da farta prova documental produzida nos autos. **Portanto, modificar o quadro fático delineado pelo acórdão recorrido demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido"** (STJ, AgRg no REsp 1.516.457/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA

TURMA, DJe 20/10/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - FALTA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA À ADVOGADA DA AGRAVADA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - GRATIFICAÇÕES, **HORAS EXTRAS** E ABONOS - INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO - HABITUALIDADE - COMPROVAÇÃO - **IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE - ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - COMPETÊNCIA DO STF - RECURSO IMPROVIDO**" (STJ, AgRg no REsp 1.109.208/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 11/12/2009).

Anote-se, por fim, que segundo entendimento desta Corte, a inadmissão do recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal, em razão da incidência de enunciado sumular, prejudica o exame do recurso, no ponto em que suscita divergência jurisprudencial, se o dissídio alegado diz respeito ao mesmo dispositivo legal ou tese jurídica, o que ocorreu na hipótese. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.590.388/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/03/2017.

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte **recorrida**, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Ressalte-se que, em caso de reconhecimento do direito à gratuidade de justiça, permanece suspensa a exigibilidade das obrigações decorrentes de sua sucumbência, nos termos do § 3º do art. 98 do CPC/2015.

I.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora