

Parecer APESJF nº 02/2011

Referência: Jornada de Trabalho. Controle de Frequência.

Em razão de dissenso havido entre os professores e a Reitoria do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais acerca da obrigatoriedade da adoção do controle de frequência, a diretoria da APESJF - SSind solicitou dessa assessoria jurídica um breve parecer sobre o tema.

### **DO CONTROLE DE ASSIDUIDADE E PONTUALIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO**

A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal encontra seu regramento básico no Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.

Segundo o artigo 1º do referido Decreto, a jornada de trabalho dos servidores será de oito horas diárias e a carga horária de quarenta horas semanais, salvo os casos específicos excepcionados expressamente em lei.

Quanto aos ocupantes de cargo em comissão ou funções de direção, chefia e assessoramento, cargos de direção, função gratificada e gratificação por representação, a carga horária será em regime de dedicação integral, estando autorizada a Administração a convocá-los livremente sempre que o interesse ou a necessidade do serviço o exigir.

Por importante, veja o inteiro teor do artigo 1º do Decreto nº 1.590/95:

*Art. 1º A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de oito horas diárias e:*

*I - carga horária de quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo;*

*II - regime de dedicação integral, quando se tratar de servidores ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção, função gratificada e gratificação de representação.*

*Parágrafo único. Sem prejuízo da jornada a que se encontram sujeitos, os servidores referidos no inciso II poderão, ainda, ser convocados sempre que presente interesse ou necessidade de serviço.*

Ainda, de acordo com o artigo 6º do indigitado Decreto nº1.590/95, o controle de assiduidade e pontualidade do servidor poderá ser exercido através de três mecanismos diferentes, quais sejam:

- o controle mecânico;
- o controle eletrônico;
- a folha de ponto.

E, para os casos de servidores cujas atividades sejam executadas fora da sede do órgão ou entidade em que tenham exercício, em condições materiais que impeçam o registro diário de ponto, o controle de frequência será exercido mediante boletim semanal que comprove a assiduidade e a efetiva prestação de serviço pelo funcionário.

Por outro lado, nos termos do artigo 6º, § 7º, do citado Decreto, estão dispensados do controle de frequência os ocupantes de cargos de natureza especial; do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, iguais ou superiores ao nível 4; e os de cargo de direção – CD, iguais ou superiores ao nível 3.

Em contraposição, a fim de evitar eventuais distorções que a leitura em abstrato do controle de frequência pudesse gerar, dispõe o artigo 7º do indigitado diploma que os “*eventuais atrasos ou saídas antecipadas decorrentes de interesse do serviço poderão ser abonados pela chefia imediata*”.

Por fim, diz o Decreto nº 1.590/95 que a inobservância do regramento por ele erigido sujeitará o infrator a processo administrativo disciplinar e as cominações dele decorrentes.

Pois bem, ampliando o rol de agentes dispensados do controle de frequência, o Decreto nº 1.876, de 17.04.1996, alterou a redação original do artigo 6º, § 7º, do Decreto nº 1.590/95, para nele inserir o pesquisador e tecnólogo do plano de carreira para a área de ciência e tecnologia e, notadamente, os professores da carreira do magistério superior.

Veja, por importante, o texto final do citado dispositivo:

Art. 6º [...]

§ 7º São dispensados do controle de frequência os ocupantes de cargos:

- a) de Natureza Especial;
- b) do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, iguais ou superiores ao nível 4;
- c) de Direção - CD, hierarquicamente iguais ou superiores a DAS 4 ou CD - 3;
- d) de Pesquisador e Tecnologista do Plano de Carreira para a área de Ciência e Tecnologia;
- e) **de Professor da Carreira de Magistério Superior do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos.**

### DA ANÁLISE DOS DECRETOS DESTACADOS

Muito se discutiu, no âmbito judicial, acerca da implementação do controle de ponto no serviço público.

Não foram poucas as demandas aforadas por sindicatos e associações representativas que acoimavam os Decretos nº 1.590/95 e 1.867/96 de ilegais / inconstitucionais.

E, diante da divergência instaurada, parte da jurisprudência posicionou-se pela legitimidade do controle de frequência.

Para essas Cortes, o controle de assiduidade e pontualidade insere-se no âmbito do exercício do poder hierárquico da Administração, que pode ser definido como aquele que se manifesta, de forma permanente, dentro de uma cadeia de comando, e que confere ao superior a prerrogativa de ordenar, fiscalizar, rever, delegar e avocar as tarefas de seu subordinado.

Segundo esses Tribunais, o poder hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. E o Poder Executivo, ao editar os Decretos 1.590/95 e 1.867/96, nada mais fez do que exercitar esse poder dentro dos limites da razoabilidade.

Nesse sentido, veja o seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

*Acórdão Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIAO*

*Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 23659*

*Processo: 9802414115 UF: RJ Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA*

*Data da decisão: 02/06/1999 Documento: TRF200069499*

*Fonte: DJU - Data: 25/11/1999*

*Relator(a) Desembargadora Federal NIZETE ANTONIA L. RODRIGUES*

*Decisão Por unanimidade, negou-se provimento à apelação na forma do voto do Relator.*

*ADMINISTRATIVO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. INCRA. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA. LEGALIDADE.*

*- O controle eletrônico do ponto dos servidores da Administração Pública tem respaldo no art. 1º do Decreto nº 1.867/96.*

*- O exercício de cargo público sem qualquer controle de frequência, ainda que por longo período de tempo, não gera direito adquirido à permanência da situação para o seu titular*

*- O art. 13 da Lei nº 8.112/90 é inaplicável à espécie, posto que o controle eletrônico de assiduidade e pontualidade, que se insere no âmbito do exercício do poder hierárquico, não pode ser havido como modificação unilateral das condições de trabalho do servidor público, cuja relação com a Administração não se encontra regida pela CLT e sim por estatuto próprio.*

*- Apelação improvida. Sentença confirmada.*

Todavia, mesmo para essa corrente jurisprudencial, a situação específica dos docentes, assim como as peculiaridades inerentes a tal mister, hão de ser analisadas *cum granu salis*, tendo em vista os contornos particulares conferidos a tal categoria pelos mencionados Decretos.

No caso, conforme salientado acima, ao listarem as categorias funcionais expressamente dispensadas do controle de assiduidade e pontualidade exigido da grande massa de servidores, os Decretos 1.590/95 e 1.867/96 destacaram, expressamente, a situação dos docentes do magistério superior.

E, por óbvio, assim o fizeram em razão das particularidades que cercam o exercício da função de magistério.

De fato, não há dúvidas de que a atividade docente é cercada de especificidades próprias, estranhas a outras categorias profissionais e que impossibilitam o controle de ponto.

Por cediço, dividi-se o trabalho docente entre a jornada didática, quando há o contato direto entre docentes e discentes, pelo ministério de aulas e acompanhamento de alunos, e a jornada pedagógica, assim entendida aquela representada pela preparação de aulas, material didático, seminários e avaliações, correção de exames, frequência a cursos e a congressos.

Aliás, a estruturação diferenciada da jornada de trabalho é um dos pontos que distingue a docência.

Com efeito, muitas das atividades docentes são desempenhadas fora da sala de aula e do próprio campus. Não raro o

exercício de atividades ligadas à pesquisa, laboratório, orientação, planejamento e correção de provas são realizadas fora do horário regulamentar, inclusive nos finais de semana.

Desse norte, a isenção conferida aos docentes de qualquer controle de frequência encontra eco no princípio da razoabilidade, além de fincar raízes no princípio da isonomia, na medida em que “*trata desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*”.

Dito isso, é válido então consignar, por outro lado, que, conquanto os Decretos 1.590/95 e 1.867/96 refiram-se, exclusivamente, aos professores do magistério superior, a dispensa do controle de frequência há de ser estendida a todos os docentes, inclusive os da carreira do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT).

É que, *in casu*, está-se diante de hipótese onde a norma disse menos que pretendia.

De fato, embora desejasse abranger todas as carreiras docentes, o dispositivo em questão, por um erro de formulação, acabou por referir-se equivocada e exclusivamente ao magistério superior.

Reclama, pois, o dispositivo invocado uma interpretação extensiva, na medida em que a fórmula positivada é demasiado estreita, contendo expressão inexata ou inadequada a traduzir, em sua plenitude, o sentido colimado. *Minus dixit quam voluit*.<sup>1</sup>

É dizer: a norma usou palavra designativa da espécie quando deveria abranger o gênero.

Frise-se então, nessa toada, que é princípio comezinho do direito aquele que prega que as normas devem ser interpretadas inteligentemente, de modo que a ordem legal não envolva um absurdo, prescrevendo uma inconveniência ou levando a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Ainda, segundo o aludido postulado, há de se preferir a interpretação que resulte na eficiência da providência legal ou na validade do ato, àquela que torne a norma sem efeito ou que acarrete a nulidade da ação.

Conforme adverte CARLOS MAXIMILIANO<sup>2</sup>:

*Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada*

<sup>1</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense: Rio de Janeiro. 2002, 19ª ed., p. 161

<sup>2</sup> *Idem*, p. 135

*interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quando possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às idéias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame.*

*Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave.*

*É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito.*

*Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade.*

E, na hipótese em testilha, não há outra interpretação válida dos Decretos analisados, senão aquela que inclui dentre os grupos dispensados do controle de frequência todas as categorias docentes, e não exclusivamente os professores do magistério superior.

Pensar de forma contrária seria ferir de morte o postulado da isonomia, inscrito como cláusula pétrea no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Com efeito, conforme assinalado acima, a inclusão do magistério superior na regra de exceção prevista no artigo 6º, § 7º, do Decreto nº 1.590/95, teve em mira, notadamente, a estruturação diferenciada da jornada de trabalho que individualiza a docência.

Todavia, todas as particularidades que cercam a jornada do magistério superior também circundam a docência dos professores do EBTT. Em ambos os casos estão os professores submetidos a duas cargas distintas: didática (relacionadas às horas-aula ministradas) e a pedagógica (muitas vezes envolvendo atividades fora do campus, em horários não regulamentares).

Aliás, tal qual ocorre com o magistério superior, é da essência da docência no EBTT a prática da pesquisa e da extensão, o que embaraça, sobremaneira, o controle da assiduidade pelo sistema tradicional engendrado pelos Decretos 1.590/95 e 1.867/96.

Nesse contexto, não seria legítima qualquer distinção realizada quanto ao controle de frequência entre os docentes do magistério superior e do EBTT.

Não restam dúvidas de que o tratamento diferenciado das duas categorias funcionais acima relacionadas romperia com o princípio da isonomia.

Conforme é consabido, a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que deve tratar a todos de forma paritária.

Nesse sentido, onde não haja motivo justo e relevante, devidamente evidenciado, a lei não pode discriminar situações idênticas.

Aliás, o princípio da isonomia não se encontra voltado exclusivamente para o legislador, mas também exige a sua observância pelo aplicador da lei, restringindo, assim, a atuação de ambos ao impedir interpretação ou criação de normas em afronta ao preceito excogitado.

Conforme preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO<sup>3</sup>:

*O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.*

Destarte, e considerando que todas as leis são criadas para diferenciar situações, de modo a submetê-las à regência de tais ou quais regras, é imperioso destacar quais distinções afrontam o princípio em debate.

Mais uma vez socorre-se dos ensinamentos do mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>4</sup>, que, com particular clareza, assim pontifica:

*Para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:*

- a) Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;*
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços nelas residentes, diferenciados;*
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;*
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.*

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, 3ª ed.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 41

Do excerto acima transcrito, merece destaque a seguinte assertiva: há violação da igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Vale dizer: ainda que o fator de discriminação possa ser qualquer elemento, ele, todavia, necessita guardar pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta.

Assim, não pode a discriminação ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. De consequência, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

Pois bem, na hipótese em tela, por não haver qualquer fundamento jurídico que legitime a disparidade estabelecida no tratamento conferido aos professores do ensino superior e do EBTT, parece claro, a todas as luzes, que qualquer interpretação que pretenda excluir esses últimos da regra impressa no artigo 6º, § 7º, do Decreto nº 1.590/95 arrosta o princípio isonomia, sendo, portanto, contrária à Constituição da República.

## DA CONCLUSÃO

Assim, por todo o exposto, à guisa de conclusão, temos que não é legítimo o controle de frequência dos docentes do EBTT segundo o modelo concebido pelo Decreto nº 1.590/95, uma vez que tal providência esbarraria na melhor interpretação do disposto no artigo 6º, § 7º, do mesmo diploma, além de vulnerar o artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

É o que nos parece.

Juiz de Fora, 18 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_  
Christofer Cunha Mansur  
OAB/MG 93.236

\_\_\_\_\_  
Leonardo de Castro Pereira  
OAB/MG 92.697

\_\_\_\_\_  
Ricardo Calazans Marques  
OAB/MG 93.194

\_\_\_\_\_  
Ricardo de Castro Pereira  
OAB/MG 93.253