

PGE. JORNADA DE TRABALHO. PONTO ELETRÔNICO. ATRASOS. REMUNERAÇÃO. DESCONTOS. LC Nº 10098/94, ART. 80, II. ORDEM DE SERVIÇO Nº 24/2013, ART. 10. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LIMITES GERENCIAIS. PARECER PGE Nº 10449/94.

Vem a esta Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado o EA nº 1590-1000/14-9, no qual a Exma. Sra. Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos apresenta questionamento acerca da "correta interpretação do art. 80, II, da Lei Complementar nº 10098/94 e sua compatibilidade com o disposto no art. 10 da Ordem de Serviço nº 24/2013." (fl. 02).

Vêm anexados o Ofício nº 137/2013, protocolado pelo Sindicato dos Servidores da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - SINDISPGE/RS, bem como cópia da referida Ordem de Serviço nº 24/2013.

E, assim, ante a dúvida, aporta o mencionado expediente administrativo, para análise.

É o sucinto Relatório.

A questão que vem posta diz respeito ao cumprimento da jornada de trabalho por parte dos servidores desta Procuradoria-Geral do Estado e, por extensão, se poderia dizer por todos os servidores estaduais, diante dos termos do art. 80, II da Lei Complementar n. 10098/94 e da Ordem de Serviço n. 24/2013

Diz o texto legislado em questão:

Art. 80 - O servidor perderá:

(...)

II - A parcela da remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências e saídas antecipadas, iguais ou superiores a 60 (sessenta) minutos;

Já, a Ordem de Serviço n. 24/13, em seu art. 10º, assim está redigida:

Art. 10º - As marcações realizadas até 5 minutos do horário a que esteja sujeito o servidor não ensejarão descontos, desde que não excedam 10 minutos no total diário, hipótese em que o desconto será efetuado a partir do excesso.

Parágrafo Único: Ocorrendo dois ou mais registros em um intervalo de até 3 (três) minutos, o sistema considerará apenas o primeiro.

A questão que está posta, na sua generalidade, diz respeito à correta compreensão do texto legal presente no Estatuto dos Servidores estaduais. Ou seja, para que se compreenda o significado e extensão das normas contidas na OS 24/13, antes é preciso ter-se aclarado o significado e o papel da Administração Pública e, correlatamente, do serviço e do servidor público no âmbito do Estado Democrático de Direito, e sua repercussão pontual na gestão do cumprimento da jornada de trabalho dos trabalhadores públicos.

Desde a perspectiva constitucional tem-se que a Administração Pública tem como princípios regentes a legalidade, a moralidade e a eficiência, mantendo seu sentido de existência ligado à concretização dos fins para os quais fora criada, ou seja, para a realização mesma do projeto de Estado Constitucional desenhado pelo constituinte em 1988.

Para além de tais pressupostos, amplamente tratados pela doutrina jus-administrativista, há que se ter presente que, ainda, para desincumbir-se de suas atribuições a Administração Pública se utilizará de serviços públicos a serem desempenhados por servidores públicos ou, quando for o caso, por agentes privados a serviço daquela. Em ambas as situações o serviço público tem como características, dentre outras, a continuidade, a qual exige que o mesmo seja prestado de maneira ininterrupta.

Assim, para além de ser eficiente, há que ser contínua a prestação dos serviços públicos.

Para que tal ocorra, um dos fatores que deve ser levado em consideração diz com a prestação do

serviço e, mais particularmente, com aquele que o realiza, ou seja o servidor público. E quanto a este, um dos aspectos que se vincula a tais pressupostos é o do cumprimento efetivo da jornada de trabalho, à qual estão sujeitos tais trabalhadores nas suas especificidades.

O tema da jornada de trabalho e seu cumprimento compõe, assim, o universo de preocupações que contribuem para que a Administração Pública se constitua em instrumento eficaz para o cumprimento do desiderato buscado com a instalação do nomeado Estado Democrático de Direito.

E aqui se insere o objeto do questionamento, qual seja o problema da inefetividade do trabalhador público e as consequências daí advindas.

Há que se ter presente que não dispõe o legislador constituído e nem o gestor público disponibilidade quanto a tal tema, vindo a praticar liberalidades ou benesses ou qualquer outro tipo de gestão do tempo que não venha ao encontro dos fins que pautam a Administração Pública e os interesses daqueles para os quais esta foi constituída.

Bem já escreveu o Procurador do Estado LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO, tratando de matéria que está na base do problema aqui posto, como segue:

PARECER 16195/13

REGIME E JORNADA DE TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CHANCELA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À INDEPENDÊNCIA DO ESTADO PARA A ORGANIZAÇÃO DE SUA ADMINISTRAÇÃO E DA FORMA PELA QUAL SEUS AGENTES PRESTARÃO O SERVIÇO PÚBLICO. LIVRE ADOÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM O PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 2º DA LEI FEDERAL 11.738/2008 E SUA HARMONIZAÇÃO COM AS REGRAS FIXADAS NOS DISPOSITIVOS POSTOS NOS ARTIGOS 116, 117, 118 E 119 DO ESTATUTO DO MAGISTÉRIO POR VIA DO DECRETO 49.448/2012, CUJAS PRESCRIÇÕES SE MOSTRAM CONSENTÂNEAS COM A NORMATIZAÇÃO VIGENTE.

(...)

Nesse sentido, sujeitos a prestar serviço público por vinte horas semanais por cargo titulado, os profissionais do magistério podem dedicar sete horas a cada vinte para atividades extraclasse - mas sempre vinculadas à docência - ficando, nas outras treze horas, por cargo, compromissados com o exercício nas salas de aula, de funções tão ou mais relevantes do que as extraclasse, relacionadas ao exercício pleno e realizador da docência, à qual os mestres, de regra são tão vocacionados.

Não se pode deixar de referir que no sistema administrativo gaúcho os servidores são investidos em cargos para exercerem suas atribuições em períodos determinados de horas, tempo pelo qual são remunerados com recursos públicos. Não há espaço, portanto, para a criação de padrões virtuais que não reflitam a hora em seu conceito mais evidente, o equivalente a sessenta minutos. Não há hora ficta; quando se trata de horário, fala-se no padrão mundial, a menos que a lei - lembre-se da legalidade a que está sujeita a Administração - preveja alguma espécie de compensação, como ocorre, por exemplo, no trabalho noturno expressa e detalhadamente tipificado na lei trabalhista.

Afora isso, ferirá a isonomia - também alçada a princípio constitucional, lembro - e dentro dos próprios quadros do magistério, como faz boa referência a informação do Jurídico da Secretaria de Educação, a utilização de outro critério para considerar-se a hora, na medida em que titulares de mesmo cargo, com idênticas atribuições em escolas diferentes poderiam estar sujeitos a situações diversas - não isonômicas - o que não teria qualquer lógica. O sistema adotado pelo Estado, além de compatibilizar-se com a regra da Lei Federal, também racionaliza no âmbito da prestação efetiva do serviço, as equações que emanam da realidade própria do Estado, especialmente com relação à jornada de trabalho dos cargos de magistério disposta na Lei 6.672/1974, situação local que é contemplada, convém referir, na orientação do julgado da Suprema Corte, no sentido de ser lícito aos entes federados, no exercício de suas competências, regular as suas peculiaridades.

(...)

Anda bem o Estado, pois, na regulamentação posta no Decreto 49.448/2012, que a par de consagrar a previsão federal mantém e resguarda a atividade docente, no sentido de ser praticada nos limites mínimos necessários à melhor prestação do serviço público, por cuja atividade, já disse, são seus agentes remunerados pela coletividade.

(...)

Nesta mesma linha, recentemente reiterou o mesmo colega, nos Autos do EA nº 004080-10.00-95.4, como se lê:

(...)

Sem dúvida, notadamente em organizações complexas como é a Procuradoria-Geral do Estado, cujas atividades são pressionadas por prazos e metas de origem externa, prejudica o ritmo das atividades tal defecção de servidores, imprescindíveis agentes da atuação administrativa.

Já expressei meu entendimento no Parecer 16195, de 26 de novembro de 2013, no sentido de que "não se pode deixar de referir que no sistema administrativo gaúcho os servidores são investidos em cargos para exercerem suas atribuições em períodos determinados de horas, tempo pelo qual são remunerados com recursos públicos", preocupado com a razoabilidade das condutas dos agentes da Administração Pública, qualidade da qual, a meu ver, até pela natural evolução dos parâmetros e das exigências que pautam a atuação administrativa, passou a carecer o generoso posicionamento adotado nesta Casa com relação à liberação de servidores para a realização de provas escolares.

A regra geral é simples: o servidor percebe sua remuneração para exercer na integralidade as atribuições de seu cargo, na jornada estipulada. Licenças e afastamentos, como exceções, recebem tratamento restritivo, no limite em que configurem prestigiamento administrativo - aos atos liberatórios.

Não se pode olvidar que a Procuradoria-Geral do Estado já pronunciou, na esteira da boa hermenêutica, a necessidade de interpretação restritiva em matéria que envolva vantagens de servidores, de forma a que não se elasteça o conteúdo das benesses. Nesse sentido, as bem lançadas considerações postas no Parecer 11191, de 28 de junho de 1996, firmado pela Procuradora do Estado Eunice Rotta Bergesch:

(...)

No que respeita à matéria objeto do questionamento específico, esta Casa dispõe de manifestação que dialoga diretamente com os termos postos na interrogação, quando interpreta o significado da norma contida no art. 80, II, da LC nº 10098/94, como se lê no Parecer nº 10449/94, de autoria da Procuradora do Estado ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY, como segue:

PARECER Nº 10449/94

ARTIGO 80, ITEM II, LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098/94. PERDA PARCIAL DA REMUNERAÇÃO PELO SERVIDOR DEVIDO A ATRASOS, AUSÊNCIAS E SAÍDAS ANTECIPADAS IGUAIS OU SUPERIORES A SESENTA MINUTOS.

O Senhor SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA remete a esta Procuradoria-Geral do Estado, para exame, processo em que é questionado o conteúdo do artigo 80, item II, da Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994.

A matéria foi exemplarmente estudada na Secretaria do Planejamento e da Administração.

É o relatório.

A vigorante Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado), no indicado artigo 80, item II, assim estabelece:

"Art. 80 - O servidor perderá:

.....

II - a parcela da remuneração diária proporcional aos atrasos, ausências ou saídas antecipadas, iguais ou superiores a 60 (sessenta) minutos;"

Este preceito se encontra inserido no Capítulo relativo ao vencimento e remuneração do servidor público civil, os quais são definidos, respectivamente, como "a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão fixado em lei" e "o vencimento do cargo acrescido das vantagens pecuniárias estabelecidas em lei".

Objetivamente, o direito estatutário vincula dois aspectos: a retribuição pecuniária, quer o vencimento relativo ao padrão, quer aquele com seus acréscimos legais, a remuneração, ao efetivo exercício do cargo.

A contrário sensu, a falta de exercício, seja total, seja fracionada, implica, sempre e necessariamente, no comando da lei, na correspondente supressão da respectiva contraprestação, ressalvadas as ausências legais.

O mandamento cuja análise é requerida, diga-se de passagem, não é novidade da Lei C. nº 10.098, eis que é encontrável no artigo 74, parágrafo 2º, da Lei nº 1.751, de 22 de fevereiro de 1952:

"Art. 74...

§ 2º - Quando comparecer ao serviço dentro da hora seguinte a marcada para o início do expediente ou quando se retirar até uma hora antes de findo o período de trabalho, o funcionário perderá um terço do vencimento diário."

O exame comparativo dos dois preceitos indica que ambos contêm o mesmo princípio, o princípio de que a falta de exercício pelo servidor induz a falta de obrigação em a Administração Pública de remunerá-lo.

É claro que existem peculiaridades: no artigo 74, parágrafo 2º, não estava prevista a penalização pela ausência intercalada, aquela que se dá durante o período de trabalho, mas apenas o ingresso tardio ou a saída antecipada, acarretando a perda de um terço do vencimento diário; no sistema da Lei C. nº 10.098, estão contidas três hipóteses: o ingresso tardio, a ausência intercalada e a saída antecipada, iguais ou superiores a sessenta minutos, acarretando a perda proporcional da remuneração diária.

Constatada, pois, a identidade substantiva entre a norma da Lei C. nº 10.098 e a da Lei nº 1.751, ainda que ambas tenham diferenças adjetivas, crê-se que nenhuma dificuldade terá o administrador em operacionalizar a aplicação do artigo 80, item II, do vigente Estatuto, à vista do registro-ponto e de uma operação aritmética que apure o valor-hora de trabalho do servidor que incorra na situação descrita na previsão legal.

Cumpra que ainda se aduzam outras considerações, o que aliás, já foi corretamente adiantado na Secretaria do Planejamento e da Administração, e que se relacionam com o chamado direito disciplinar.

Efetivamente, prevêm o artigo 177 e 178 da Lei C. nº 10.098, versando sobre o regime disciplinar do exercente da função, que:

"Art. 177 - são deveres do servidor:

I - ser assíduo e pontual ao serviço;

...

V - observar as normas legais e regulamentares.

..."

"Art. 178 - Ao servidor é proibido:

III - ausentar-se do serviço durante o expediente sem prévia autorização do chefe imediato;

....

XXIV - proceder de forma desidiosa;"

O comportamento do servidor que enfrente a disciplina genérica inserida nos deveres e proibições acima enunciados concorre para a aplicação de penas disciplinares que serão infligidas considerando-se, inclusive, as circunstâncias agravantes ou atenuantes bem como os antecedentes funcionais.

A repreensão, reza o artigo 188, "será aplicada por escrito, na falta do cumprimento do dever funcional.." e a suspensão, prevê o artigo 189, será aplicada ao servidor "na violação das proibições consignadas nesta lei..", quer dizer, no Estatuto atual.

A Lei nº 1.751, no artigo 201, consignava, dentre os deveres do funcionário, "respeitar a lei", e, no artigo 202, dentre as proibições, a de "retirar-se da repartição durante as horas de expediente, sem prévia licença de seu superior imediato" (item IV, parte final).

Também por este aspecto foi mantida, na substância, a normatividade do anterior diploma estatutário; daí a estranheza de que setores da Administração enfrentem dificuldades para compreensão e/ou aplicação do novel Estatuto, neste particular.

É interessante, complementarmente, ponderar que os deveres do funcionário são, na doutrina corrente, subdivididos em duas espécies, a saber: os deveres gerais, ou seja, aqueles que decorrem da condição de funcionário em sentido amplo, e os deveres técnicos ou atribuições que se

relacionam com a posição particular do servidor no contexto do trabalho público.

Pois os deveres de comparecimento ao trabalho, permanência no recinto do trabalho, respeito a lei, pontualidade, o interesse pelo serviço pertencem a categoria dos deveres gerais e uns e outros não raro se interpenetram; sem dúvida, porém, há interesse em que tais condutas sejam definidas em lei para que mais eficientemente se exerça a ação disciplinar, uma vez apuradas faltas funcionais.

Estas referências são pertinentes, eis que a SPA, em certa passagem, alvitra com a possibilidade de que os atrasos, as ausências intercaladas ou saída antecipada do servidor, segundo alguns setores, poderiam ser admitidos pelo Poder Público, uma vez aplicado simplesmente o desconto proporcional da remuneração.

Trata-se de interpretação assistemática da matéria.

O regime jurídico do servidor público e o regime legal (princípio da legalidade, Constituição Federal, artigo 37). Dentro do regime legal dos cargos está compreendido o regime de trabalho e as hipóteses, circunstanciais, de modificação da jornada (Lei nº 8.112, de 24 de dezembro de 1985, e Lei nº 7.830, de 5 de dezembro de 1983) são as exaustivamente previstas na legislação geral ou especial conforme a categoria.

Destarte, interpretar-se que o artigo 80, item II, da Lei C. 10.098, admitiria uma hipótese de redução eventual de jornada de trabalho, a critério do servidor público, mediante "desconto" proporcional da remuneração, implica no descumprimento frontal dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, mais diretamente os da legalidade e moralidade.

O indicado artigo 80, II, LC nº 10.098 diz, como está claro dos seus termos, que as horas não trabalhadas não serão remuneradas. O servidor que incorrer na prática constante do comportamento descrito descumpra deveres funcionais, como os de ser assíduo e pontual e os de observar as normas legais e regulamentares, assim como viola proibição de se ausentar do trabalho durante o expediente e procede de forma desidiosa. Em razão de tais circunstâncias previamente descritas na competente lei, sujeita-se o agente a sanções disciplinares, que serão tão mais rigorosas quanto maior for a incidência da violação aos deveres e proibições legais.

Acrescento uma vez mais que a matéria está exemplarmente versada pela Secretaria do Planejamento e da Administração.

É o parecer.

Porto Alegre, 04 de outubro de 1994.

ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY

PROCURADORA DO ESTADO

Processo nº 004446-1300/94.1-SPA

Fica explicitado, aqui, que há que se separar aquilo que seja a eventualidade de um descumprimento da jornada de trabalho diária do servidor, a ensejar uma reparação financeira, do que se constitua em falta funcional, pela reiteração da ocorrência, uma vez que a possibilidade admitida pelo regramento administrativo não implica em uma redução da jornada de trabalho do servidor, devendo ser compreendida sistematicamente, no cotejo das normas estatutárias e sua submissão aos mandamentos constitucionais.

E tal discussão, inclusive, tem tratamento jurisdicional, tendo como objeto a regulamentação promovida pelo Tribunal de Justiça gaúcho, na Ordem de Serviço nº 11/2008-P, tendo sido analisada em manifestação do Juiz-Assessor Sílvio Luís Algarve, da qual se extrai o que segue:

(...)

Ao dispor sobre a efetividade dos servidores públicos do Estado, o artigo 80, II, da Lei Complementar nº 10.098/94 estabelece:

Art. 80. O servidor perderá:

I - (...)

II - a parcela da remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências e saídas antecipadas, iguais ou superiores a 60 (sessenta) minutos;

(...)

Da leitura do dispositivo, percebe-se que, em verdade, não há espaço para discricionariedade do administrador apenas quando o atraso, a ausência ou a saída antecipada for igual ou superior a 60 (sessenta) minutos.

É dizer, em tais, situações, a lei expressamente veda qualquer possibilidade de ato normativo de hierarquia inferior autorizar a justificção pela chefia imediata e compensação do tempo não trabalhado pelo servidor.

Isto e nada mais.

(...)

A ausência de discricionariedade para autorizar a justificção pela chefia imediata e a compensação do tempo não trabalhado pelo servidor, em se tratando de atraso, ausência ou saída antecipada igual ou superior a 60 (sessenta) minutos, não significa óbice ao administrador para que imponha limites mais rígidos quanto a períodos de atraso, ausência ou saída antecipada inferiores - até 59 (cinquenta e nove) minutos - visando a uma melhor otimização na prestação do serviço público, e, quanto aos descontos vencimentais, à moralidade administrativa.

Tal interpretação é perfeitamente viável, somente questionada em face de um vezo exegético positivista ainda arraigado, fruto da não bem refletida reiteração que se faz de uma máxima consagrada por Hely Lopes Meireles.

Agora, conquanto não se tenha expressamente essa previsão na mera literalidade legislativa, não se vê empecilho a que se sustente a tese acima expendida, restringindo por ato administrativo o período de atraso, ausência ou saída antecipada passível de justificção pela chefia imediata e compensação pelo servidor, o que é possível sustentar a partir da adequada interpretação da própria lei em menção, sob a ponderação de todo o arcabouço normativo - princípios e regras - do nosso ordenamento.

...

A rigor, em relação à Lei complementar n.º 10.098/94, não há cogitar de qualquer ilegalidade na Ordem de Serviço n.º 11/2008-P, que, alterando a alínea b do item IV da Ordem de Serviço n.º 02/2001-P, limitou a flexibilidade na entrada e na saída em tempo não superior a 10 (dez) minutos para cada registro de frequência, devendo ser autorizada pela chefia imediata, sob pena de determinar a perda da parcela da remuneração diária proporcional.

Ocorre que "a atual convivência entre a Administração e o sistema jurídico não se faz unicamente na forma de uma vinculação positiva diante da lei que, durante largo espaço de tempo, predominou entre nós com base em ensinamento de Hely Lopes Meireles. Pelo contrário, a submissão da Administração à lei ora se dá como fundamento prévio e necessário de determinada ação (vinculação positiva), ora como um mero limite externo à livre ação do sujeito (vinculação negativa). Nesta última hipótese, onde se têm situações não abrangidas pela reserva legal, o administrador pode realizar condutas sem necessidade de prévia habilitação em preceito de hierarquia legislativa, com a única condição de que não contradigam proibições estabelecidas na Constituição e em sede legal"

(...)

Em verdade, para assim concluir-se, é preciso a superação do paradigma de subordinação da Administração à legalidade estrita, para alcançar-se o conceito de vinculação da atividade administrativa à juridicidade.

(...)

É dizer, a lei não consegue mais dar respostas satisfatórias aos mais diversos interesses legítimos - e no mais das vezes conflitantes - existentes na sociedade, não tendo capacidade de regular todas as necessidades coletivas a serem atendidas, tampouco de evitar novos riscos que se encontram presentes nas sociedades desenvolvidas (catástrofes ambientais, crises nos mercados financeiros, etc.).

Razão pela qual, para impedir sua obsolescência, começam a ser editadas com a utilização de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e enumerações exemplificativas, conferindo aos aplicadores uma maior autonomia para declarar o direito no caso concreto, ultrapassando-se a fase do modelo silogístico-subsuntivo de aplicação da lei.

Além disso, passa-se a compreender a legalidade como algo que não se esgota no direito positivado,

ampliando-se o seu conteúdo material, de modo que a atuação da Administração Pública seja informada pelo princípio da juridicidade.

(...)

Cuida-se, enfim, de analisar as regras até aqui positivadas e procurar harmonizá-las em favor da coerência e unidade do sistema, o que pressupõe também a incidência de normas principiológicas e valores nele hierarquicamente dispostos.

Interpretar, como bem sintetiza Juarez Freitas, é hierarquizar, e na hierarquia das fontes normativas é que se buscarão, sistematicamente, os valores que apontarão as melhores soluções, ou a promoção da "máxima integração com o mínimo de conflito entre os elementos constitutivos do sistema".

(...)

Desde logo se afirme que está no campo dos princípios o principal foco na análise do artigo 80, II, da Lei Complementar n.º 10.098/94.

À luz dessa digressão doutrinária, não se pode realizar simples raciocínio cartesiano para concluir pela ilegalidade da Ordem de Serviço n.º 11/2008-P, que alterou a alínea b do item IV da Ordem de Serviço n.º 02/2001-P, por reduzir a flexibilidade na entrada e na saída para tempo não superior a 10 (dez) minutos para cada registro de frequência, em suposta contrariedade à lei estrita, mais especificamente à literalidade do disposto no artigo 80, II, da Lei Complementar n.º 10.098/94.

Ora, a edição de tal ato administrativo é fruto da ponderação de valores muito maiores, concernentes à finalidade dos atos administrativos e à moralidade administrativa, princípios que permeiam e, mais, integram o ordenamento jurídico nacional: o primeiro expresso no art. 2.º da Lei n.º 9.784/99 e o segundo estatuído no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Isso porque a previsão de um período de flexibilidade na entrada e na saída de 59 (cinquenta e nove) minutos não mais se coaduna com os atuais desafios postos à Administração, em função do aumento considerável do volume de trabalho, não só pelo incremento na demanda administrativa e jurisdicional (cada vez mais expedientes, ações e recursos tramitam junto ao Tribunal de Justiça), mas também pela sabida deficiência em termos de número de servidores para consecução de tais tarefas, o que é reflexo de um anterior período de escassas contratações.

Enfim, a simples manutenção desse modelo defendido pelo funcionário resultaria em uma clara distorção da finalidade do instituto em exame, que objetiva propiciar ao servidor não uma desproporcional e irrazoável margem para verdadeira alteração dos termos inicial e final da jornada de trabalho, mas, sim, a possibilidade, mediante autorização da chefia imediata, da compensação de eventuais pequenos atrasos e saídas antecipadas decorrentes de imprevistos a que todos estão sujeitos no dia-a-dia, a fim de que não se verifique perda da parcela da remuneração diária proporcional.

Não há, atualmente, espaço para extrair outra significação ou fim da lei.

...

De modo a se ter por atendida plenamente a finalidade da lei - que fixou o período (na verdade, um limite máximo) dentro do qual há margem de discricionariedade para o administrador definir, nos casos de atraso, ausência e saída antecipada, uma flexibilização, a partir da previsão de um tempo razoável, que autorize a justificação pela chefia imediata e a compensação pelo servidor, com vistas a que este não perca parcela da remuneração diária proporcional -, cumpre não confundir a "vontade da lei" nem mesmo com a vontade de seus autores. Nesse sentido, consulte-se Francesco Ferrara, para quem a fórmula vontade da lei "não pretende significar que a lei tem um querer no sentido psicológico, mas apenas que encerra uma vontade objectivada, um querido (volunto) independente do pensar dos seus autores, e que recebe um sentido próprio, seja em conexão com as outras normas, seja com referência ao escopo que a lei visa alcançar".

Nesse contexto, uma interpretação literal do disposto no artigo 80, II, da Lei Complementar n.º 10.098/94 desvirtuaria a precípua finalidade da regra, que foi conferir ao administrador a faculdade de, observadas as peculiaridades da realidade por ele vivenciada, estipular prazo diverso para a flexibilização das entradas tardias e saídas antecipadas, vedada, em qualquer hipótese, a possibilidade de justificação pela chefia imediata e compensação pelo servidor, nos casos de atrasos, ausências e saídas antecipadas iguais ou superiores a 60 (sessenta) minutos.

Por outro lado, a manutenção de prazo notoriamente excessivo não deixaria de ser um estímulo à prática de eventuais abusos, omissão que, indubitavelmente, atentaria contra comezinha regra de moralidade que sempre deve orientar a atuação do administrador público.

Importante compreender o inexorável curso da redução de espaços a uma visão tolerante, paternalista e privilegiada em face do servidor público, como se fossem possíveis atrasos ou saídas antecipadas por tão expressivos lapsos e conseqüente possibilidade ilimitada de compensação. Cabe referir que um dos principais deveres do servidor é a pontualidade e não se compreende, frente aos princípios da eficiência e moralidade, tamanha flexibilização, por sinal inexistente, v.g., nas relações de trabalho regidas pela CLT:

Artigo 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

§ 1º. Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001).

(...)

De tudo o que vem acima, há que se considerar que, desde logo, como já referido, andou bem esta Procuradoria-Geral do Estado, já no Parecer nº 10449/94, ao perceber a especificidade presente na norma, na qual se trata, apenas, o caráter remuneratório, objeto da legislação em análise, e não o disciplinar.

Também, tem-se evidenciado que se afasta qualquer possibilidade de tal previsão converter-se em um direito do servidor a uma redução da jornada de trabalho em até 59 minutos diários.

A correta compreensão do significado da lei dialoga com a eventualidade da ocorrência de tal situação e não da sua reiteração, a qual implicaria seu tratamento pelo direito disciplinar, ao qual se submete o servidor e que fica sob a responsabilidade do gestor público.

Mesmo, diante da hermenêutica pretendida pelo magistrado signatário da manifestação acima transcrita, em excertos, não se pode, diante da expressão inequívoca do legislador, presente no texto do art. 80, II, da LC nº 10098/94, pretender substituí-lo, mesmo sob o argumento de uma otimização do texto constitucional. Ou seja, não se abre, aqui, ao gestor público a disposição - mesmo que pretensamente apoiada pelo caráter de discricionariedade, este sim revisto e delimitado pelo novo constitucionalismo brasileiro, ao qual se vincula da Carta de 1988 - quanto a temporalidade selecionada pelo legislador na edição da lei.

Há que se considerar que, apesar de tudo, o Estado Democrático de Direito privilegia o legislador e o ato legislativo como expressão da vontade política do Estado, legitimado na representação da qual se reveste o Parlamento, em particular, a partir da vontade majoritária expressa em eleições.

Por óbvio que estas opções legislativas não estão imunes ao controle, seja político, seja jurisdicional, do que é exemplo privilegiado o controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional e, mesmo, no interior do processo legislativo por meio das Comissões de Constituição e Justiça presentes na estrutura institucional dos órgãos legislativos.

Situação diversa é a de permitir-se ao gestor público, em quaisquer das esferas da Administração Pública, a competência para, por decisão própria, alterar o conteúdo expresso do texto legal.

Considerando-se o que trazido pelo signatário da manifestação transcrita acima, pode-se até mesmo admitir a possibilidade de questionamento acerca da constitucionalidade da norma em comento, porém não se pode aceitar o afastamento da pauta legislativa por decisão "discricionária" do gestor público.

Tratando, o art. 80, II da LC nº 10098/94, de aspectos de natureza remuneratória, fixando um lapso temporal para que se possa realizar descontos na remuneração do servidor, a única alternativa que se disponibiliza ao Administrador Público é a de gerir, aí sim, podendo fixar por ato próprio, a temporalidade relativamente à questão disciplinar, admitindo-se, até mesmo, estabelecer um pequeno prazo, considerando-se as circunstâncias objetivas do serviço, para que o servidor anote, pelo meio que estiver regulamentado, o início, os intervalos e o término de sua jornada laboral diária, à qual esteja submetido.

Ou seja, andou bem esta Casa quando analisou o referido texto normativo no Parecer nº 10449/94, segmentando a regulação relativa à remuneração - tratada pelo art. 80, II da LC nº 10098/94 - daquela relativa à disciplina, diante da expressão evidente e clara posta pelo legislador, não se abrindo, aqui, ao contrário do que expresso pelo magistrado signatário da manifestação antes referida, possibilidade para o Administrador Público tratar diversamente a matéria.

A crítica, mesmo que consistente - sob a perspectiva principiológica ou mesmo de uma revisão dos

limites postos à Administração Pública e sua vinculação substancializada à realização do projeto constitucional -, ao conteúdo da norma, não pode transformar o Administrador em Legislador, em verdadeira subversão da estrutura institucional do Estado, sob pena de, em outras situações, desvirtuarmos a vontade popular expressa pelo seu órgão máximo de representação, o Parlamento, a partir de uma atitude "corretiva" da lei feita com base em suposições, desejos ou sentimentos - mesmo que bem intencionados - daqueles que a devem por em prática, sem que isso signifique, por outro lado, a inviabilização de um controle contramajoritário da mesma, respeitados os seus pressupostos, ou a sua revisão por parte daquele que a própria Constituição define como competente para tal.

Ainda, anote-se, isto não significa concordância com o conteúdo da norma, porém, este aspecto merece análise sob o prisma da possibilidade de promoção de um eventual controle de constitucionalidade da mesma, como antes referido, ou, de outro modo, a propositura de uma alteração legislativa de competência originária do Chefe do Executivo estadual, adequando a lei àquilo que melhor reflita o tratamento constitucional do tema, inclusive considerando, exemplificativamente, o que já realizado pela União, no âmbito do serviço público federal quando, alterando a Lei nº 8112/90, assim dispôs:

Art. 44. O servidor perderá:

I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Portanto, em resposta à questão proposta, há que se reconhecer como incompatível com o texto do art. 80, II da LC nº 10098/94 o conteúdo do at. 10º da OS nº 24/2013, devendo o mesmo ser revogado, uma vez que pretende alterar aquilo que o legislador estabeleceu, admitindo-se, contudo, a regulação de um lapso temporal, mínimo, relativamente ao controle disciplinar dos atrasos e ou saídas eventuais do servidor, devendo tal tolerância não ser confundida com a permissão genérica de tais práticas, o que levaria a uma redução da jornada de trabalho do servidor.

Ainda, diante da reiteração de atrasos, deve-se proceder à verificação de ocorrência de falta funcional ensejadora da imposição das consequências jurídicas previstas na legislação funcional aplicável aos servidores desta Procuradoria-Geral do Estado, como já expresso no Parecer nº 10449/94, antes transcrito, devendo o mesmo ser interpretado em conjunto com as reflexões aqui postas.

É o Parecer.

Porto Alegre, 18 de março de 2014.

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

Procurador do Estado

EA nº 1590-1000/14-9

Processo nº 1590-10.00/14-9

Acolho as conclusões do Parecer nº 16.317/14, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS.

Em 1º de julho de 2014.

Bruno de Castro Winkler,

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

De acordo.

Restitua-se o expediente à Exma. Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos.

Em 1º de julho de 2014.

Carlos Henrique Kaipper,

Procurador-Geral do Estado.