

**SMARH. ACOMPANHAMENTO DE PESSOA COM
NECESSIDADES ESPECIAIS. ART. 127 DA LC Nº 10098/94.
DMEST. AVALIAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA.
JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA REITERADA.**

Chega nesta Equipe de Consultoria da Procuradoria-Geral do Estado o expediente administrativo nº 3400-2400/15-9, no qual, por iniciativa do Departamento de Perícia Médica e Saúde do Trabalhador - DMEST, por meio do Memorando nº 0017/2015-GABINETE/DMEST, inauguram-se questionamentos em torno da aplicação do art. 127 da Lei Complementar nº 10098/94.

Em manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos (ASJUR/SMARH) - fls. 05 a 08 - põem-se, ao final as seguintes dúvidas:

"1)A assistência do art. 127 da LC nº 10098/1994 somente será deferida se o Departamento de Perícia Médica e Saúde do Trabalhador - DMEST entender imprescindível a assistência, devendo ser justificado o porquê do percentual de afastamento a ser concedido?

2)A assistência é destinada aos filhos, cuja responsabilidade esteja com o servidor (pai ou mãe); enteados quanto houver Termo de Guarda em favor do servidor; e em situação idêntica aquela contida no Parecer nº 7868/1983, em que a servidora passou a exercer o papel de mãe do irmão curatelado?

3)A comprovação do vínculo deverá ser por meio da certidão de nascimento, acompanhada de Termo de Guarda quando o servidor for divorciado ou findada a união estável, e, quando o assistido for maior o Termo de Curatela?

4)São situações incompatíveis à concessão do afastamento a ocupação de Cargo em Comissão e os Contratados Emergencialmente, visto que o afastamento do trabalho vão de encontro as justificativas da nomeação e da contratação?(sic)

5)Igualmente, são situações incompatíveis ao afastamento do art. 127 da LC nº 10098/1994, os servidores que tiverem sua carga horária normal ampliada para atendimento do serviço como ocorre nos casos dos professores com convocação e dos servidores da saúde que se colocam à disposição em tempo integral à Administração, visto que o afastamento do trabalho vão de encontro as justificativas das convocações?"(sic)

Após tramitação ordinária me vem para análise e manifestação, e decorrido período de férias regulares segue orientação.

É o relatório.

O tema relativo à abrangência e aplicação da previsão normativa contida no art. 127 da LC nº 10098/94 tem sido objeto de inúmeras manifestações deste mesmo órgão de consultoria, como, aliás, bem apanhado na manifestação da ASSJUR/SMARH, antes mencionada.

Agora retornam algumas dúvidas que, embora possam estar contidas em outras consultas, merecem resposta pontual, inclusive tendo-se presentes as conclusões constantes do Parecer nº 15458/11, assim ementado:

PARECER Nº 15.458/11

REDUÇÃO DE HORÁRIO PARA ACOMPANHAMENTO A EXCEPCIONAL. MANUTENÇÃO DA ORIENTAÇÃO JÁ ASSENTADA POR ESTA PROCURADORIA-GERAL SOBRE A MATÉRIA, EM FACE DA INEFICÁCIA DOS DISPOSITIVOS CONSOLIDADOS DA LEI 13.320, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2009, PORQUE REPRODUZEM OS DA LEI Nº 10.003, DE 08 DE DEZEMBRO DE 1993, QUE TIVERAM SUA EFICÁCIA SUSPensa PELO STF. O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS É DISCIPLINADO POR LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, COM FORMA PRÓPRIA.

Em face desta situação, há que se enfrentar o pedido de orientação, tendo presente que as interrogações, todas, advêm da interpretação a ser dada ao referido texto legislado, assim redigido:

Art. 127 - O servidor, pai, mãe ou responsável por excepcional, físico ou mental, em tratamento, fica

autorizado a se afastar do exercício do cargo, quando necessário, por período de até 50% (cinquenta por cento) de sua carga horária normal cotidiana, na forma da lei.

Ora, da leitura do mesmo já se pode retirar conclusões que contribuem para solver as dúvidas apresentadas.

Em primeiro lugar, trata o dispositivo legal de afastamento autorizado do servidor por "até" 50% de sua carga horária normal cotidiana para atendimento de pessoa com necessidades especiais (excepcionais, no texto), em tratamento.

Depois, define quais servidores estão incluídos na previsão, quais sejam: pais, mães ou responsáveis.

Ao fim preceitua que tal benefício deverá ser regulado em legislação específica.

Apesar da falta desta última, como vem reconhecido nos Autos, não há que se negar a usufruição do referido benefício, o que impõe seja a regra bem analisada e interpretada, no contexto de um Estado Social como aquele erigido pela Carta Política brasileira de 1988.

Assim, desde logo há que se reter que o destinatário do benefício é o servidor pai, mãe ou responsável pelo indivíduo, o que indica objetivamente que todo aquele que tiver alguém com necessidades especiais, em tratamento, sob sua responsabilidade poderá usufruir de dito "afastamento" eventual e parcial do serviço. Com isso, parece não restar dúvida que tanto o pai quanto a mãe ou o responsável, incluído aqui o tutor ou o curador, poderão lançar mão desta previsão legal para afastar-se do serviço, o que responde a questão 2, o que já, obliquamente, havia posto o Parecer nº 7868/83.

É óbvio que para dispor do benefício o servidor deverá comprovar a situação de responsável que ocupa em relação ao indivíduo, o que, evidentemente, deverá ser formalmente demonstrado, seja pela comprovação da paternidade, da tutela ou da curatela, o que responde a questão 3.

Quanto à questão 4, tivemos a oportunidade de nos manifestar em situação similar, a qual contribui para a resposta, na Informação nº 065/12/PP:

INFORMAÇÃO Nº 065/12/PP

SEINFRA. FUNÇÃO GRATIFICADA. DESIGNAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO. AFASTAMENTO PARA ACOMPANHAR FILHO COM NECESSIDADES ESPECIAIS. SITUAÇÃO DE AFASTAMENTO LEGAL. PARECER Nº 15751/12. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.

E, nesta constou:

A questão aqui posta já foi objeto de análise pelo signatário, no Parecer nº 15751/12. Por serem situações análogas, reproduz-se, aqui, os termos presentes na referida manifestação, como segue:

(...)

O tema que me é trazido para análise e manifestação parece, em um primeiro momento, identificar-se com a situação objeto do Parecer nº 14378/05 desta Procuradoria-Geral do Estado, no qual ficou assentado que o servidor, para ocupar função gratificada, deverá cumprir jornada de trabalho em tempo integral, como se lê:

PARECER Nº 14378/05

FEPAM. FUNÇÃO COMISSIONADA E CARGA HORÁRIA. O CUMPRIMENTO DE CARGA HORÁRIA SEMANAL DE 40 HORAS É INERENTE AO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE CHEFIA.

(...)

Claro, pois, que o exercício de função de chefia acarreta o cumprimento de carga horária de 40 horas semanais. A designação para uma função gratificada implica, obrigatoriamente, o exercício de 40 horas semanais. Não se trata de alterar para mais a carga horária prevista no contrato de trabalho original, mas de uma exigência própria do exercício de função de chefia.

(...)

Ora, pelo que se observa do texto acima, elaborado a partir da legislação específica aplicável ao órgão solicitante à época, a ocupação de função de confiança demanda o cumprimento de jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, não se admitindo a ocupação da posição por servidor ou

empregado público, se for o caso, que não esteja vinculado a tal regime horário.

Portanto, a questão que se coloca é saber se a servidora, no presente caso, em razão de ter o benefício de ausentar-se do trabalho por ser genitora de filho com necessidades especiais, está em situação idêntica àquela de servidor submetido a regime horário diverso daquele de tempo integral.

Da verificação dos apontamentos funcionais verifica-se que esta se encontra vinculada ao DAER em regime de 40 horas semanais e dedicação exclusiva. Também, a mesma é beneficiária da previsão contida no art. 127 da LC 10098/94, o qual institui a possibilidade de afastar-se do exercício do cargo, quando necessário, por período de até 50% (cinquenta por cento) de sua carga horária normal cotidiana.

Ou seja, instala-se, aqui, a dúvida acerca de ser esta situação equivalente àquela que deu origem ao Parecer antes transcrito.

Ao contrário do que aparenta, a situação aqui posta não pode ser confundida com a anterior. Nesta, que aqui se analisa, a servidora é destinatária de um benefício legal em razão da situação que lhe afeta a vida privada, decorrente do reconhecimento da situação que lhe atinge por ser, no caso, mãe de filho com necessidades especiais.

Não se está diante de situação de redução de jornada de trabalho, como pretende fazer supor o órgão de origem. Está-se diante de garantia dirigida ao servidor público que se encontra em tal situação.

Trata-se, portanto, de uma possibilidade concedida ao servidor de afastar-se do trabalho "quando" e "se" necessário para o atendimento do filho na situação prevista em lei, sem que isso signifique qualquer alteração em seu regime laboral horário.

Ou seja, esta situação é diversa daquela na qual o servidor não desenvolve jornada em tempo integral. Aqui, a jornada de trabalho permanece inalterada, sendo concedido ao servidor a possibilidade, por lei, de afastar-se sem que isso afete sua assiduidade e o cumprimento da mesma. Aliás, como a própria LC nº 10098/94 determina em seu art. 64, XI.

Em conclusão, a utilização do benefício legal de afastamento do trabalho para acompanhar filho com necessidades especiais não se confunde, sequer significa, redução da jornada de trabalho para patamares diversos ou inferiores daqueles de regime integral. E, se a situação funcional da servidora é esta, tal não se constitui em óbice para a ocupação da função de confiança para a qual fora designada, ficando no âmbito da discricionariedade e da conveniência administrativa a designação de servidor em tal situação, como peculiar às competências próprias do gestor público.

Assim, razão assiste à posição inicial da Assessoria Jurídica do órgão consulente originariamente. Diante de situação fundada em previsão legal, bem como em face das características que estão presentes na possibilidade de afastamento do trabalho, como previsto pelo art. 127 da LC nº 10098/94, para, e quando necessário, o atendimento de filho com necessidades especiais, não há impedimento para que o mesmo seja designado e ocupe posição de confiança, sem que isso prejudique o contido no Parecer nº 14378/05.

Nestes termos, a ocupação de cargo de confiança não é incompatível com a utilização deste benefício. E a contratação emergencial, apesar de suas características peculiares, estando o contratado submetido ao regime desta legislação, outra postura não exige, pois o que se tem aqui, como dito, é um benefício legal que não afeta a prestação laboral do servidor, apenas lhe assegura um afastamento justificado ao trabalho. E isto responde a questão 4.

Da mesma forma e sob os mesmos fundamentos há que se reconhecer que não há incompatibilidade, como sugerido na consulta, entre o uso do benefício com outras situações funcionais específicas, como aquelas indicadas na quinta interrogação. Ou seja, servidores com carga horária ampliada ou com disponibilização em tempo integral à Administração Pública não ficam em situação incompatível com o aproveitamento do benefício constante no art. 127 do Estatuto local, pois, como dito, este não se vincula ao vínculo do servidor com o ente público, mas à situação especial que se encontra por ser pai, mãe ou responsável por pessoa com necessidades especiais, em tratamento. E assim, respondida a questão 5.

Diante de tudo isso, retoma-se a questão inaugural (1), na qual interroga-se acerca da necessidade de reconhecimento da situação e da definição do tempo necessário a ser disponibilizado para o servidor atender o indivíduo necessitado.

Parece evidente que a situação ensejadora do benefício impescinde do reconhecimento formal e oficial da mesma, o que, por suas características próprias, só poderá ser cumprido pelo órgão estatal oficial com competência para tal, uma vez que não se pode pressupor a necessidade de

acompanhamento do indivíduo, sequer o tempo exigido para isso, como já assentado no Parecer nº 11090/96:

PARECER N' 11090/96

Assistência a filho excepcional. Direito de petição. Recurso de Reconsideração ou de Reexame. O afastamento autorizado para assistência ao filho excepcional não compreende necessariamente 50% da carga horária normal cotidiana do servidor. Compete ao D.P.H. examinar e decidir sobre o tempo necessário, não podendo este ultrapassar aquele limite máximo de 50% L.C. nº 10.098 c/c Lei nº 7.868. A interposição de recursos administrativos exige o cumprimento de formalidades legais, sem as quais não há como prosperar. A Procuradoria-Geral do Estado não é órgão de instância recursal.

Ou seja, para a utilização do benefício quando necessário para o acompanhamento do indivíduo, requer-se que este esteja em tratamento e, por outro lado, exige-se que o tempo necessário seja devidamente comprovado, limitado a 50% (cinquenta por cento) da jornada normal de trabalho cotidiana do servidor. Portanto, a usufruição do benefício não fica ao alvedrio do interessado, mas exige sua definição prévia, uma vez que se trata de benefício que autoriza o afastamento se e quando necessário para o atendimento do indivíduo sob sua responsabilidade, limitado ao percentual estabelecido no art. 127 da LC nº 10098/94.

Assim, ao DMEST incumbe avaliar as condições necessárias que justifiquem o afastamento eventual e parcial do servidor, definindo, com base nas referências médicas do caso, os limites do mesmo, como indicado no Parecer nº 11090/96 e, por tratar-se de decisão administrativa, esta deverá vir adequadamente fundamentada e justificada pelo emissor, como, de regra, todas as decisões produzidas no âmbito da Administração Pública.

É o Parecer

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2015.

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

Procurador do Estado

EA nº 3400-2400/15-9

Processo no 003400-24.00/15-9

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.668/15, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS.

Restitua-se o expediente à Secretaria da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos, com vista prévia ao Agente Setorial.

Em 14 de janeiro de 2016.

Euzébio Fernando Ruschel,

Procurador-Geral do Estado.