

PARECER: IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA POR PONTO ELETRÔNICO PARA O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO¹

Sergio Correa

Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

I. Relatório

O presente SEI foi encaminhado a essa Gerência de Assuntos de Pessoal para a emissão de Parecer Jurídico, ante sua competência regimental para tanto.

A consulta decorre dos Ofícios 20/2017, do Observatório de Gestão Pública de Londrina, e 05/2017 do Conselho Municipal de Transparência e Controle Social de Londrina, e solicitam a adoção de controle eletrônico de ponto para todos os servidores do Município de Londrina, em especial para os ocupantes do cargo de Procurador do Município (PMUU01), o que, segundo ofícios, seria essencial para se assegurar o respeito ao princípio da isonomia.

Os documentos informam que o controle eletrônico não inviabilizaria a realização de jornada flexível, podendo ser adaptado aos horários e condicionantes de cada categoria, sugerindo ainda que a instituição de tratamento diferenciado visaria atender a interesses meramente corporativos, colocados “acima do interesse público e dos princípios legais”.

Há igualmente a preocupação com eventuais prejuízos ao erário decorrentes de horas extras não pagas.

O observatório solicita ao Prefeito Municipal “que *determine à Controladoria Geral do Município a realização de uma Auditoria no ‘controle de ponto’ da Procuradoria Geral do Município, a fim de averiguar sua adequação às normas legais*”, bem como a implantação do controle eletrônico de jornada aos Procuradores do Município.

Por sua vez, o CMTCS, expõe o entendimento de que a Controladoria-Geral teria competência para dispor sobre a matéria, solicita igualmente a que este órgão verifique a questão.

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 265/2017, exarado em 28/03/2017.

2. Nossas considerações

2.1 Da singularidade da atividade dos advogados públicos

O fundamento mais amplamente divulgado acerca da impossibilidade de fixação de controle de ponto aos advogados públicos^[1] é o caráter estritamente intelectual de suas atividades.

Por certo que tal afirmação, feita sem melhores explicações, pode gerar compreensões equivocadas, inclusive abrindo oportunidade para alegações de favorecimentos corporativos, o que certamente não se verifica.

O correto entendimento acerca das atividades desenvolvidas pela advocacia pública e seu caráter intrincado traz a certeza de que há absoluta impossibilidade técnica, constitucional, legal e lógica, que possibilite a instituição de controle ponto aos advogados públicos, e que tal fato se presta justamente à garantia do interesse público.

Especificamente quanto às razões técnicas, há que se esclarecer como são desenvolvidas as atividades dos Procuradores Municipais, demonstrando assim, a regularidade da forma de controle aplicada amplamente à advocacia pública, não só no Município de Londrina.

De início, temos que é incontroverso que sua atividade não se restringe ao recinto da repartição, dada a necessidade de participação em audiências judiciais e extrajudiciais, viagens para sustentações orais perante tribunais, conversas diretas com magistrados, consulta a autos físicos nas secretarias dos juízos, reuniões, acompanhamento do cumprimento de mandados (como reintegrações de posse), pesquisas, estudos, dentre outros.

Indiscutível, portanto, que a **flexibilidade** é inerente à atividade desenvolvida, como reconheceu recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “*É consabido que o Procurador desloca-se durante o horário de expediente para realizar audiências ou representar a administração além das fronteiras do espaço físico que ocupa na seção de trabalho. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade*”^[2]

Além da **maleabilidade**, que leva à **flexibilidade**, existe ainda uma infinidade de atribuições decorrentes da própria atividade, fazendo com que esta seja indissociável da **imprevisibilidade**, e afastando qualquer possibilidade lógica e técnica de controle de ponto.

Exemplos não faltam, cabendo aqui trazer apenas alguns.

No âmbito contencioso, ligado ao acompanhamento das ações judiciais, nos últimos anos tem havido um aumento significativo na propositura de demandas em face da Administração Pública, agravado em momentos de crise financeira, quando então o Estado se vê

obrigado a reduzir a amplitude dos serviços públicos prestados, rever contratos já celebrados, aumentar a carga tributária, modificar a política de concursos públicos e demais questões funcionais etc.

No âmbito do Município de Londrina, esse acréscimo é acompanhado de forma detalhada pela Procuradoria-Geral, através de dados estatísticos que permitem gerenciar a prestação do serviço jurídico de forma pontual.^[3]

Quanto à crescente judicialização, esta é facilmente constatada em todas as áreas de atuação da Procuradoria-Geral, em especial, nas questões ligadas à prestação de serviços públicos que enfrentam um acréscimo natural decorrente do aumento das competências executivas municipais.

Além disso, como tem sido amplamente noticiado, um número cada vez maior de pessoas tem se deparado com a impossibilidade de arcar com os custos dos planos de saúde, de medicamentos ou de escolas particulares, buscando socorro junto à rede pública.

No entanto, muitas vezes o Município não tem como se antecipar ao acréscimo inesperado de demanda, com a prévia realização de estudos técnicos e alocação de recursos para fazer frente às necessidades que se apresentam, o que leva os cidadãos a buscarem o Poder Judiciário.

Diante desse panorama, o Município dependerá do suporte jurídico prestado pela Procuradoria-Geral, que, no desempenho de seu papel, buscará garantir que o direito individual de cada cidadão seja compatibilizado com o interesse público. Como consequência, a imprevisibilidade que atinge o Município é, em grande parte, suportada pela atuação dos seus advogados públicos.

Importante destacar que, na imensa maioria dessas demandas, há a concessão de liminares, com a imposição de pesadas multas para o caso de descumprimento, sendo imprescindível a atuação imediata dos Procuradores para assegurar seu cumprimento e buscar sua reversão em grau de recurso, prevenindo a aplicação de sanções pecuniárias à Fazenda Pública.

Destaque-se também a imprevisibilidade inerente à própria atividade da advocacia (pública e privada), manifestada nas mais diversas situações impostas diariamente aos profissionais do direito.

O advogado jamais poderá prever o volume de intimações judiciais que serão publicadas em determinado momento (agravadas pela crescente judicialização) e, dada a fatalidade do prazo judicial, que pode ser estipulado em horas, o “final do expediente”, não significa o encerramento do trabalho.

O advogado é tarefeiro, estando sujeito ao cumprimento de metas. A instituição de controles temporais ao exercício de suas atribuições vai na contramão da eficiência imposta pelo art. 37 da Constituição como princípio da Administração Pública.

Com relação às audiências, uma das muitas atividades externas desempenhadas, não raras vezes ocorrem atrasos que ultrapassam o minimamente razoável, o que não exclui a necessidade de o Procurador, após o retorno, dar continuidade aos trabalhos do dia, independentemente do horário.

O Procurador Municipal submete-se à dupla sujeição fiscalizatória (Estatuto Municipal e OAB). Caso furte-se às suas responsabilidades, deixando de apresentar defesa ou qualquer manifestação judicial sob o argumento de que sua jornada se encerrou, poderá ser responsabilizado nos termos da Lei.

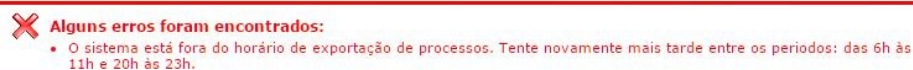
Ademais, qualquer intercorrência ocorrida no Poder Judiciário ou em outros órgãos refletem diretamente no serviço do Procurador. Exemplificativamente, quando ocorrem paralisações de servidores do Poder Judiciário, ou interrupções técnicas dos sistemas eletrônicos, após a retomada das atividades há um número acima da média de publicações para serem cumpridas independentemente da jornada ordinária de trabalho.

Temos ainda outras questões de ordem técnica que exigem que ao advogado seja conferida a possibilidade de suas atribuições da forma que entender mais eficiente. Citemos algumas situações.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - que concentra a maior parte das demandas do Município de Londrina - atualmente é adotado o sistema PROJUDI para a tramitação eletrônica das ações judiciais. Em que pese a implementação do sistema eletrônico ter trazido avanços no trabalho dos Procuradores, algumas de suas particularidades impedem qualquer forma de controle de ponto.

Todas as novas demandas sujeitas à competência da Justiça Estadual de primeiro grau tramitam exclusivamente em meio eletrônico. No entanto, os mesmos processos, quando submetidos ao Tribunal, são convertidos ao meio físico, tendo em vista que o sistema ainda não foi implementado em segundo grau.

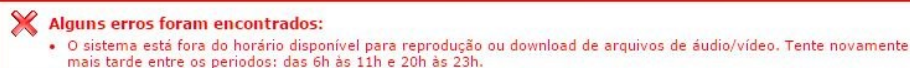
Nesse panorama, quando surge a necessidade de interposição de recursos, o processo, que até então tramitava em meio eletrônico, deve ser impresso para seu encaminhamento ao tribunal. A ferramenta utilizada para tanto é a “exportação”. Ocorre que o sistema PROJUDI somente permite que essa operação seja realizada entre das 06h às 11h e das 20h às 23h.



✘ Alguns erros foram encontrados:

- O sistema está fora do horário de exportação de processos. Tente novamente mais tarde entre os períodos: das 6h às 11h e 20h às 23h.

A mesma sistemática é adotada pelo PROJUDI para a disponibilização de download dos arquivos de áudio e vídeo, como os depoimentos prestados em audiência, muitas vezes imprescindíveis para a elaboração de razões finais ou recursos.



✘ Alguns erros foram encontrados:

- O sistema está fora do horário disponível para reprodução ou download de arquivos de áudio/vídeo. Tente novamente mais tarde entre os períodos: das 6h às 11h e 20h às 23h.

Voltar

Ressalte-se que o momento em o uso dessas ferramentas (exportação, download de vídeos) será necessário é igualmente imprevisível, sendo essencial que se adeque a jornada do cargo a tais situações.

Além disso, a facilidade que traz o processo eletrônico muitas vezes é superada pelas dificuldades técnicas que ele apresenta, e que fogem ao controle dos procuradores.^[4]

Atualmente existe quase uma dezena de interfaces de processo eletrônico nos mais diversos tribunais, além de sistemas vinculados à Receita Federal, essenciais para a satisfação de créditos da Fazenda Pública. Tais sistemas não são uniformizados, e a compatibilização dos computadores para um deles pode levar à incompatibilização para outro. Essa situação, rotineira e imprevisível, pode decorrer da simples atualização de um navegador de internet, levando à necessidade da conclusão e protocolo de determinado prazo judicial em casa ou em uma das salas da OAB perante os foros.

Além disso, muitas vezes há a necessidade da revisão do trabalho ou protocolo de manifestações após o expediente ordinário, o que não raro decorre do envio tardio da documentação à PGM. Para essas situações a Lei Federal 11.419/2006, que instituiu o processo eletrônico, traz a possibilidade do cumprimento dos prazos processuais até às 24 horas do último dia^[5], se adequando à realidade da atividade da advocacia.

Nesse sentido traz decisão judicial proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Laguna/ SC.^[6]

(...) os membros da advocacia pública não são servidores burocratas que ao completar a sua jornada de trabalho diária interrompem o que está a fazer já que, por exemplo, os membros da carreira não podem deixar de

apresentar uma defesa cujo prazo está para se encerrar porque o seu horário de expediente diário terminou, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal

Assim é porque não há um tempo exato para a realização de um trabalho de elaboração de uma defesa, de um recurso, de uma decisão em processo administrativo – justamente por exigir atividade cognitiva intelectual

*A instituição do controle de horário, além de apequenar a função de Advogado Público, promoverá apenas e tão-somente a submissão à Administração Pública, circunstância **flagrantemente comprometedora de sua autonomia e independência***

Quanto à sua rotina administrativa, há uma miríade de situações que se apresentam inesperadamente e que demonstram a total incompatibilidade do exercício do cargo com o controle de ponto.

Por seu papel fundamental à orientação da Administração Pública na tomada de decisões, diariamente se faz necessária a presença de um ou mais procuradores (a depender do tema tratado) em reuniões, que nem sempre permitem o prévio agendamento. Isso sem falar nos atendimentos realizados pessoalmente ou por meio telefônico, consultas urgentes, apenas para citar apenas alguns exemplos.

Não se perca de vista que o trabalho dos advogados possui natureza estritamente intelectual. Sua produção é obtida através de argumentação lógica e racional da realidade dos fatos, devidamente embasada no ordenamento jurídico. O Procurador, via de regra, não trabalha com produção em série, mas sim com o cumprimento de suas obrigações. A eficiência de seu trabalho não pode ser mensurado pela frequência ou pela pontualidade estabelecidas externamente, mas sim pelos resultados obtidos em sua atuação contenciosa e consultiva.

Além disso, é consabido que o direito é uma ciência em constante transformação, acompanhando as mutações sociais, cada vez mais rápidas. Esse fato se traduz no surgimento das mais variadas correntes doutrinárias, além de constantes alterações legislativas e jurisprudenciais, fazendo com que se exija dos advogados estudo incessante para a construção de sólida base de conhecimento a ser aplicada na solução dos mais variados e complexos problemas submetidos ao seu crivo.

O estudo é igualmente essencial na medida em que ao Procurador são apresentadas questões relativas às mais diversas áreas do saber, e que exigem pesquisa específica para a correta atuação. É indiscutível que o produto de seu labor não exige a limitação a espaços físicos predeterminados, e nem assim deve ser mensurado.

Nesse sentido a Consultoria-Geral da União já se manifestou, esclarecendo que eventual pesquisa realizada em ambiente diverso da repartição, e que é direcionado justamente à busca do melhor cumprimento do trabalho, é sim atividade externa, que impõe o respeito à independência técnica e funcional, não se compatibilizando com o controle de ponto:

Parecer GQ-24 - Consultoria-Geral da União

10. A sujeição dos advogados servidores públicos federais à carga horária, por força de lei, não imprime convicção de que estejam compelidos a cumpri-la exclusivamente no recinto da repartição. *É consentâneo com o princípio da independência profissional entender-se compreendido no período de trabalho o afastamento da repartição para a realização de pesquisas, que se reputam como de serviços externos, com o que se garante o exercício da profissão de forma a proporcionar o resultado visado com a execução do trabalho.* A positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, *não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional.*

11. Inobstante versar sobre a exoneração de funcionário em período de experiência, a decisão, por unanimidade, do TFR, adotada no Recurso Ordinário n. 6.419, guarda consonância com o entendimento exposto no item anterior. Senão, atente-se para o seguinte excerto da ementa do acórdão, relativo à ação em que se interpôs o Recurso, *ipsis litteris*:

"- Não constitui ineficiência ou inaptidão para o cargo de advogado o fato de o bacharel, em período de experiência, produzir seus pareceres com cuidados de pesquisa, fora do local de trabalho, em face da especialização da matéria sob seu exame".

12. O voto do Ministro-Relator, em que se louvou o Tribunal para decidir sobre o pedido, consigna: "... Lembro Savigny, ao observar que, *em direito, é preciso que nossa teoria tenha muito de prática e que nossa prática seja científica* - para considerar que o reclamante, afeito mais às questões de direito financeiro ou de contabilidade pública, teria que adquirir prática em matérias tão diversas quanto às relativas ao crédito e à moeda, ou a operações com o exterior. Daí valer-se não só da pesquisa, mas da experiência do próprio grupo a que se integrava, para que seu desempenho alcançasse o nível dos advogados mais antigos.

Do cuidado do reclamante em pesquisar antes de emitir seus pareceres, não se pode concluir em desfavor de sua eficiência. Nem mesmo os mais altos juízes podem fugir da necessidade da busca, da meditação e da organização de elementos para os votos que proferem em causas de maior complexidade".

(...)

Ainda sobre o tema, sendo inafastável o caminho ao processo judicial eletrônico eficiente, sua implementação em todas as instâncias judiciárias vem a confirmar a maleabilidade do exercício do cargo, voltada justamente à busca da eficiência.

Por tal razão aponta-se atualmente a advocacia como uma das profissões mais fortemente vocacionadas ao teletrabalho^[7]. Essa forma de trabalho tem se mostrado na prática^[8], extremamente vantajosa, importando em economia e aumento da produtividade, dando cumprimento ao princípio constitucional da eficiência.^[9]

Sobre o tema, assim julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

1. O controle eletrônico de frequência e pontualidade para procuradores autárquicos é incompatível com a natureza de suas atribuições e com os princípios da administração gerencial (eficiência e controle de resultados), instituídos pela Emenda Constitucional n.19/98.” (AMS 1998.01.00.058772-9/PI. Rel. Juiz Plauto Ribeiro, Rel. Convocado Juiz João Batista Gomes Moreira in DJ de 27.11.2000, p. 32).

2. O ato impugnado representa, a bem da verdade, mais uma amostra de uma Administração burocratizada, apegada a rotinas formalistas, destituídas de utilidade e que têm por escopo dificultar a atuação de seus agentes, com prejuízo a todos. Administração moderna e socialmente útil equivale a Administração livre para agir nos termos da lei.

(...)^[10]

Ainda o TRF da 1ª Região, assim decidiu nos autos 19802-45.2012.4.01.3800:

No caso examinado, sustenta-se que as medidas veiculadas no ato censurado afiguram-se dissonantes da realidade acerca da atuação dos profissionais do Direito nos dias atuais, acompanhadas por significativas mudanças na legislação vigente, de que são exemplos os processos eletrônicos (CPC, art. 154, § 2º) e a admissão do trabalho à distância para fins de configuração da relação de emprego (art.6º, da CLT), arrematando por dizer a independência funcional dos membros da Procuradoria do Estado diante da natureza dos trabalhos inerentes ao cargo, no presente caso, há de ser reconhecida mediante a dispensa do controle de ponto biométrico ou eletrônico, até mesmo porque as suas atividades peculiares, como deslocamento para fora da sede de sua repartição, a militar nos foros, estão a recomendar seja arredada a exigência impugnada.

(...)

Impõe-se registrar, por pertinente, que os membros da advocacia pública não são servidores burocratas que ao completar a sua jornada de trabalho diária interrompem o que está a fazer já que, por exemplo, os membros da carreira não podem deixar de apresentar uma defesa cujo prazo está para se encerrar porque o seu horário de expediente diário terminou, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal.

(...)

Destarte, da mesma forma que a lei lhes atribui responsabilidade pessoal pelos atos que praticar ou deixar de praticar, é de se lhe ser concedida também a prerrogativa de utilizar o tempo e escolher o local que entender adequado para pesquisar, refletir e praticar os atos jurídicos na defesa do interesse público, tendo em conta que o referido profissional deve estar disponível para cumprir suas tarefas dentro do prazo legal sob pena de responsabilização, independentemente do término ou não de sua jornada de trabalho motivo pelo qual a sua submissão ao controle de ponto lhes subtrai substantiva parcela significativa das condições apropriadas para o exercício pleno da função, em flagrante desacordo com o disposto no § 1º, do art. 31, da Lei 8906, de 1994.

(...)

Além disso, o Procurador do Estado não pode deixar de terminar o recurso ou a defesa no prazo legal, ou abandonar a audiência, simplesmente porque a sua jornada de trabalho diário se encerrou, o que só vem a reforçar a incompatibilidade de sua atividade profissional com o controle de jornada de trabalho por meio eletrônico ou biométrico, com registrados de horários de entrada e saída.

Verifica-se assim que não há como se limitar a atividade dos advogados, impondo controle de ponto, sem que isso desnature o caráter intelectual e intrincado da atividade, mostrando-se contraproducente, contrária ao interesse público e, ofensiva à dignidade da advocacia pública, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei 8.904/1994:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

(...)

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Nesse sentido, na busca da defesa das prerrogativas essenciais para a atuação dos advogados públicos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a súmula 09, que assim dispõe:

Súmula 09 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Ressalte-se que esse é o entendimento amplamente majoritário perante o Poder Judiciário, cumprindo aqui reproduzir apenas algumas decisões:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) Impossibilidade de imposição aos procuradores municipais de submissão ao controle de frequência por meio de ponto eletrônico através de decreto. Violação ao princípio da legalidade. Controle de advogado público por meio de ponto eletrônico que é incompatível com a sua atividade laboral. Enunciado sumular nº 9 do Conselho Federal da OAB. Precedente do TRF da Terceira Região. Inexistência de violação ao princípio da igualdade. Não submeter os procuradores ao ponto eletrônico implica tratar os desiguais de forma desigual, na exata proporção de sua desigualdade. Características do ofício da advocacia, que não se coaduna com o controle de frequência por meio de ponto eletrônico. Segurança concedida. [\[11\]](#)

Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

É defeso o controle eletrônico de frequência para os procuradores autárquicos, submetendo-se, apenas, ao controle manual de assiduidade e pontualidade, na forma do parágrafo 4º do art. 6º do decreto 1.590/95 C/C art. 3º do decreto 1.867/96. [\[12\]](#)

Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS DO INCRA. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. 1. Cabendo aos procuradores a defesa judicial e extrajudicial da autarquia a que se vinculam, é forçoso reconhecer que o controle eletrônico de frequência é incompatível com o desempenho normal de suas funções, haja vista que a carga horária não é cumprida apenas no recinto da repartição mas também em atividades externas. Precedentes desta Corte. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.^[13]

Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCURADOR AUTÁRQUICO. CONTROLE ELETRÔNICO DE PONTO. DECRETOS 1.590/95 E 1867/86.

1. A instituição de controle eletrônico de ponto para procuradores, por óbvio, não se compatibiliza com o exercício da atividade voltado para a advocacia.
2. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade. Neste contexto, a submissão dos procuradores a ponto eletrônico de frequência desnatura a singularidade do ofício e promove restrição indevida da atuação do profissional.
3. Os Decretos 1.590/95 e 1867/86 bem dispõem sobre diversa forma de controle de frequência para os servidores que exercem suas atividades em ambiente externo.
4. Apelação e remessa oficial improvidas.^[14]

Com especial destaque, cita-se decisão proferida pelo Juiz Federal Itelmar Raydan Evagelista, proferida apelação em mandado de segurança^[15] em decisão que foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não se trata de desprezar a necessidade de controle de frequência nem isto foi determinado pela sentença. Mas trata-se de compatibilizar a necessidade de controle do exercício responsável da atividade com método razoável para aferi-la. Importa destacar, inicialmente, a ausência de razoabilidade na regulamentação determinada pelo citado, ao desconsiderar que a atividade de procurador autárquico não se mensura pela frequência e pontualidade no âmbito interno da autarquia. O procurador, na condição de advogado e assim prestar serviço essencial à justiça, na defesa dos interesses da instituição que representa, trabalha com resultados que se expressam como consequência da atividade de consultoria, representação judicial contenciosa, dentre outras diversas atividades que devem nortear a necessária aplicabilidade dos Princípios Constitucionais a que a Administração Pública está subordinada (art. 37 da CF/88).

A estas razões, acresça-se o fato de a atividade se dar, em regra, no âmbito externo da autarquia, assim prestada onde os interesses jurídicos que o profissional representa são objeto de discussão e solução, qual seja, onde se exercita a jurisdição.

(...)

Trata-se de atividade jurídica que em face da responsabilidade que representa, **desatende ao interesse público sua submissão cega à forma de controle instituída pelo ato coator (...)**

Essencial ainda se destacar a posição do Ministério Público do Estado do Paraná, em parecer expedido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público, órgão Estadual do MP com atribuição para orientar a atuação de seus membros.

Em consulta formulada, assim se posicionou o MPPR, em parecer firmado pela Promotora em Segundo Grau, Monica Sakamori, bem como pelo Procurador de Justiça Arion Rolim Pereira, então coordenador do CAOP, atual Corregedor-Geral do MP do Paraná e presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do MP.

(...)

Ao advogado público aplicam-se as mesmas prerrogativas previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, verbis:

“Art. 3º

§1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal dos Municípios e das respectivas entidades da administração indireta e fundacional.”

Nessa perspectiva, e especificamente acerca da questão ora versada, a Comissão Nacional da Advocacia Pública, do Conselho Federal da OAB, editou a Súmula 9, nos seguintes termos:

“O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.”

E esse entendimento vem sendo prestigiado pelos tribunais.

Nos autos nº 040.13.000407-3, o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Laguna/SC deferiu liminar aos advogados públicos municipais, ordenando a abstenção do controle de suas jornadas por meio de “relógio ponto” ou “registro biométrico”:

“DEFIRO, em parte, os pedidos emergenciais formulados nos autos do presente MANDADO DE SEGURANÇA, processo n 040.12.005993-2, por vislumbrar, prima facie, o fumus boni iuris do direito líquido e certo e o indispensável periculum in mora. Em decorrência, CONCEDO, initio litis e inaudita altera parte, a ORDEM MANDAMENTAL tendente a ORDENAR que os Senhores SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS e PROCURADOR DO MUNICÍPIO, in continentis a intimação, ABSTENHAM-SE de exigir que dos impetrantes o controle de sua jornada diária de trabalho através do "relógio ponto" ou "registro biométrico", sem prejuízo de seus subsídios, bem como de qualquer tipo de controle da frequência diária dos impetrantes na Procuradoria Municipal.”

(...)

De tudo quanto exposto e em resposta, objetivamente, à consulta:

(...)

- 1) *a priori, não há óbice a que o Procurador Jurídico Municipal exerça suas funções fora do prédio da Prefeitura (in casu, em escritório localizado em outro Município distante 30Km);*
- 2) *o Procurador Jurídico Municipal não está sujeito a controle rigoroso de ponto;*
- 3) *a quantidade e qualidade do trabalho do Procurador Jurídico Municipal, bem como seu comprometimento e dedicação ao interesse público, são sujeitos à verificação.* [\[16\]](#)

Dada a complexidade de seu labor, o advogado convive com o caos, não sendo crível ou admissível a imposição de controle de ponto, sob pena de se contrariar a própria lógica.

Pelas mesmas razões, no âmbito da Magistratura, assim entendeu o Conselho Nacional de Justiça:

A liberdade conferida ao magistrado, no que diz respeito à frequência e ao horário de trabalho, já foi reconhecida por este Conselho Nacional de Justiça no julgamento do Pedido de Providências n.º 2007.10.00.001006-7, conforme se infere do seguinte trecho do eminente relator Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá:

(...)

Dessas premissas não se pode inferir, todavia, que o juiz esteja submetido à jornada fixa de trabalho. O compromisso do juiz é com a tarefa de dar solução aos inúmeros casos que lhe são submetidos. O cumprimento dessa tarefa exige mais que mera presença na sede do juízo no horário de atendimento ao público. A preparação de atos decisórios exige estudo de autos de processos e dos temas jurídicos subjacentes aos casos submetidos à solução judicial. Em síntese, as atividades realizadas pelo juiz no cumprimento de seus deveres funcionais não se restringem e não se exaurem na observância do horário do expediente do órgão judiciário.” (Plenário, j. 50.ª Sessão Ordinária, em 23.10.2007, DJU em 09.11.2007).

(...) o controle, por meio de telefone, da frequência e dos horários de trabalho dos Juízes de Direito vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, instituído pela Corregedoria daquele Tribunal, limita, inquestionavelmente, a sua liberdade de escolha da melhor forma e o melhor horário para o exercício de suas atividades, dentro das peculiaridades do Juízo em que atuam.

(...)

Assim, não há razão fática, lógica ou jurídica para a manutenção do Provimento em questão, devendo, pois, serem asseguradas a autonomia e independência dos Juízes de Direito vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no que concerne à frequência e aos horários de trabalho nos juízos em que atuam

2.2 Da posição constitucional da advocacia e da importância da advocacia pública. Imperativo de independência funcional.

Além de todas as peculiaridades atinentes ao labor do advogado público, importante que se tenham algumas considerações acerca de suas prerrogativas, o que permitirá que se verifique não haver qualquer ilegalidade, irregularidade, imoralidade ou favorecimento corporativo no controle de frequência dos Procuradores do Município de Londrina.

Nesse intento, cumpre de plano sedimentar que o texto da Constituição Federal traz a advocacia em posição destacada, prevendo expressamente que, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, é **função essencial à Justiça**.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3026-DF, ao apreciar a importância da OAB, ressaltou que a atividade dos Advogados é “constitucionalmente privilegiada”, porquanto indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

Especificamente com relação à advocacia pública, sua importância é verificada na prática, porquanto, no desempenho do papel assessoria jurídica, confere o suporte e respaldo necessários para a concretização dos fins estatais, tornando-se “verdadeiro controlador interno da legalidade administrativa, na medida em que, com exercício de função preventiva, buscará reduzir o número de demandas judiciais em face do Estado.”^[17]

Não há contrato ou convênio nos Municípios que prescindam da análise jurídica, que deve ser isenta, independente. A receita municipal advém em grande volume da execução fiscal e da defesa tributária, seja de forma direta ou indireta na economia feita aos cofres públicos no contencioso judicial. A gestão tributária é feita com a participação das Procuradorias municipais, o que se aplica em outras áreas.^[18]

Nesse sentido, a Ministra Carmen Lúcia, do STF, ressaltou a necessidade de respeito à independência funcional do advogado público, o que assegura o seu fortalecimento e a defesa estrita do interesse público. Nos dizeres da Ministra, “o advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o interesse público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado pelo governante e pelo administrador público. Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns administradores ou de grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares e administrativas. Por isso mesmo é que o advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes”.^[19]

Destaque-se ainda a posição constitucional autônoma da advocacia pública com relação aos demais poderes de Estado (título IV, capítulo IV) é reconhecida pelo próprio STF, conforme consignou o Min. Dias Toffoli em voto proferido no RE 558.258/SP:

Temos que tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo quanto do Executivo, quanto do Judiciário.

Também perante o STF, assim se manifestou o Min. Ayres Britto

A prerrogativa estampada no art. 133 da Constituição Federal se põe como uma condição mesma de exercício ativo e desembaraçado com independência funcional e desassombro pessoal, portanto. Razão de ser da estruturação da atividade advocatícia em lei necessariamente especial ou orgânica (Lei nº 8.906/94). -

No mesmo sentido o Ministério Público do Estado do Paraná:

A Constituição Federal inseriu a Advocacia Pública dentre as funções essenciais à justiça e conferiu-lhe posição autônoma em relação aos poderes do Estado (Título IV, Capítulo IV).^[20]

Essa autonomia é consubstanciada na **independência funcional**, que se justifica na medida em que o advogado público age em prol da sociedade, o que não se confunde com o interesse do ente ou órgão a que está vinculado. Sua atividade é de Estado, não de governo. Seu compromisso é com a lei e com a defesa do Estado Democrático de Direito, buscando sempre o aprimoramento da ordem jurídica.^[21]

Em suma, havendo colidência entre o interesse do governo e a ordem jurídica, esta deverá prevalecer, sendo indiscutível a necessidade de se assegurar ao advogado público garantias para que possa exercer sua atividade com liberdade, recusando professar entendimento diverso de sua convicção e, acima de tudo, do interesse público.^[22]

Na prática, a autonomia do advogado público se verifica na possibilidade de conduzir sua atividade pautada pelo interesse público, podendo escolher os fundamentos jurídicos e

mecanismos processuais para sua atuação judicial e administrativa. Além disso, e com ainda mais razão, o advogado público deve ter a **mais absoluta liberdade** para exercer sua atuação consultiva, consubstanciada na emissão de pareceres e orientações aos órgãos públicos a que está vinculado.^[23]

O advogado público parecerista tem o **dever** de esclarecer a correta aplicação do ordenamento jurídico e recomendar aos órgãos públicos as quais está administrativamente vinculado o estrito cumprimento da lei na tomada de decisões.

Não raro, o parecer emitido por um advogado público de forma independente tem potencial para gerar inconformismos e descontentamento, porquanto seu entendimento nem sempre coincide com o do administrador, que busca na consulta formulada, sustentação jurídica para seu agir.

Ocorre que, esse agir não necessariamente estará conforme a lei e os princípios, o que não poderá ser ignorado por aqueles que tem compromisso constitucional com a legalidade.

Especialmente relevante para o tema a lição da eminente jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, professora titular aposentada de direito administrativo da USP, e uma das mais importantes administrativistas brasileiras:

*São muitas as hipóteses em que a autoridade competente para praticar determinado ato administrativo depende da prévia manifestação de órgão jurídico. Na quase totalidade dos processos administrativos, a autoridade administrativa, para fundamentar a sua decisão, depende de pareceres jurídicos emitidos por advogados públicos, **que exercem a atividade de consultoria com fundamento nos artigos 131 e 132 da Constituição.***

(...)

*É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é **perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo.** Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que **nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB.** Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua*

responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. *De outro modo, faltará aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.*

(...)

Temos realçado, em diferentes oportunidades, *que a advocacia pública, quando na função consultiva, participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública.*

Esta não age por iniciativa própria. Ela não exerce função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. *Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle, é posterior).*

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito – que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos – consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha (daí a importância da inserção da advocacia pública fora da hierarquia administrativa, para fins de exercício de suas funções institucionais; daí também a importância da estabilidade dos membros da advocacia pública). A autoridade quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressaltar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato. Estará agindo de má-fé e poderá ser responsabilizado.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa. (...)^[24]

Destaque-se que a mesma independência funcional é igualmente assegurada às demais carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública), somente se concebendo estrutura hierárquica nas respectivas carreiras de ordem estritamente administrativa, e não técnica.^[25]

Cabe como uma luva aqui a lição de Cristiane da Costa Nery

Os municípios são diariamente demandados por órgãos e instituições organizadas, estruturadas e com prerrogativas constitucionais para questionar as políticas implementadas e a cobrar posturas e responsabilidades. Como as municipalidades e seus gestores podem dar conta de responder sem um corpo jurídico estruturado, permanente e especializado, com as mesmas prerrogativas constitucionais, a fim de tratarem as questões em igualdade de condições?^[26]

O principal instrumento assecuratório do livre exercício da advocacia pública são as prerrogativas funcionais, previstas pela Lei Federal 8.906/1994^[27].

Tais prerrogativas costumam equivocadamente ser tratadas como privilégios, o que não se admite, na medida em que instituídas para assegurar o cumprimento da missão constitucionalmente atribuída ao advogado, o que se mostra ainda mais relevante quando se debate o papel do advogado público. A prerrogativa é instrumento de cidadania, sendo garantia do interesse que representa, e não só do profissional.

Novamente, citemos Cristiane da Costa Nery:

A independência e autonomia no trabalho desenvolvido pelos advogados públicos, assim como nas demais carreiras de estado, como se vê, são fundamentais para que as políticas a serem implementadas o sejam com isenção e correção, pois legitimadas por profissionais com comprometimento técnico e orgânico, sem qualquer vinculação com compromissos político partidários, mas sim com o serviço público, com políticas de Estado.

A defesa das prerrogativas da função pública, portanto, nada mais é do que a defesa da própria instituição administrativa para satisfação do interesse público e da efetivação dos princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência.

As garantias de independência são a garantia da institucionalização do ente de Estado que ele representa, quer seja União, Estado, Município, pois torna efetiva a ação controladora sobre a juridicidade dos atos do Poder Público. E toda e qualquer usurpação das prerrogativas do cargo deve ser combatida, seja mediante ações judiciais, seja mediante a busca da independência e autonomia funcionais, o que deve ser a base da atuação da advocacia pública, haja vista a sua importância para a justiça e o Sistema Federativo Brasileiro.

Deve, portanto, o Advogado Público possuir autonomia, a fim de expressar seu entendimento à luz do direito, salvaguardando os interesses coletivos de forma compromissada com os dispositivos e princípios constitucionais e legais que norteiam sua atuação. O servidor de carreira não está inserido na luta pelo poder político-partidário, mas sim vinculado à causa institucional do ente que representa como expressão do seu trabalho.^[28]

Qualquer tentativa de intimidação ou frustração ao exercício das prerrogativas funcionais é, indubitavelmente, uma ofensa aos ditames constitucionais e ao interesse público e deve ser combatida.^[29]

O Procurador Público é a manifestação do Estado presente no controle interno e sua autonomia e independência funcional são garantias da sociedade e da indisponibilidade do interesse público.^[30]

2.3 Da leitura Constitucional do princípio da isonomia

Diante do panorama delineado, verifica-se que há justificativas de fundo legal e constitucional para haja manutenção do controle de frequência nos moldes atualmente praticados para os Procuradores do Município. Trata-se de prerrogativa decorrente da essencialidade da advocacia à manutenção do Estado Democrático de Direito.

No entanto, à míngua de uma melhor compreensão de seu conteúdo, poder-se-ia apressadamente concluir que essa sistemática enseja violação ao princípio da isonomia. Justifica-se, portanto, que seja destinado tópico específico ao esclarecimento dessa questão.

Iniciemos com a lição de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são

desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.^[31]

A lição contida no pequeno excerto é valiosa, trazendo todo o conteúdo do princípio em poucas palavras.

Mas para que haja ainda mais clareza, podemos dividir a igualdade em seu aspecto formal e material.

Diante da igualdade formal, ou “igualdade perante a lei”, qualquer tratamento diferenciado representaria favorecimento ou desigualdade. A igualdade formal não estabelece qualquer distinção entre as situações, “medindo a todos com a mesma régua”, sendo que o resultado de sua aplicação, pura e simples, é a própria desigualdade.

A igualdade material (isonomia), por sua vez, é o instrumento de concretização da igualdade formal. Ao contrário daquela, que reside exclusivamente no campo da abstração, volta-se à realidade, conferindo à frieza da lei, interpretação que se amolde às peculiaridades sociais e individuais.

Nesse contexto, a igualdade material mostra-se extremamente relevante, não só por assegurar oportunidades iguais, mas também por limitar a conduta tendentes a impedir o exercício de direitos.

Sobre o tema, assim se posiciona o STF:

(...) O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária, e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade. (...) Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O STF admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional ([AI 349.477 AgR/PR](#) – rel. min. Celso de Mello, DJ de 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma

inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/1988 ([RE 194.925 ED-EDv](#), rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 19-4-2002). (...) Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos. [[RE 453.740](#), voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 28-2-2007, P, DJ de 24-8-2007.]

Transmutando a lição para o caso em comento, verifica-se que, sem que se assegure o respeito às prerrogativas, dentre elas a independência funcional, ainda que haja igualdade formal (perante à lei), não haverá igualdade material (substancial).

Não se perca de vista que, conforme já exposto de forma satisfatória, eventual diferenciação não decorre de favorecimento, sendo garantia de cumprimento do interesse público. A constatação destas diferenças não diz respeito ao ocupante do cargo, mas à função constitucional do cargo em si.

Essa diferenciação decorre de seu papel essencial na estrutura da administração, como detentor da exclusividade da representação judicial e extrajudicial e do assessoramento jurídico.

Diogo de Figueiredo classifica o advogado público como “órgão individual” (unipessoal), pela natureza institucional da função. Assim sendo, possui a atribuição de expressar uma vontade imputável ao ente público, o que é garantido pelas suas prerrogativas funcionais de independência e inviolabilidade. Tal atribuição o difere sobremaneira dos demais agentes públicos.^[32]

Especificamente no tocante ao modelo proposto, com controle de ponto para os Procuradores Municipais, a partir da compreensão das singularidades do ofício exercido, bem como da necessidade de respeito às suas prerrogativas, voltadas à defesa do interesse público, chega-se à conclusão inafastável de que sua instituição representa ofensa à isonomia.

Desta feita, encontra-se no princípio da igualdade mais um fundamento que assegura o respeito à independência funcional. Há razões de ordem pública que justificam tais prerrogativas, sendo verdadeira ferramenta de consecução da igualdade material.

Sobre o tema, segue trecho de acórdão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades. É de se frisar que o caso observa tal princípio, pois exatamente pelas características da profissão de procurador, ou seja, a desigualdade do ofício exercido pelos procuradores em relação aos demais servidores municipais, é que aqueles não devem se submeter ao controle de ponto eletrônico.^[33]

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

1. A adoção do ponto eletrônico, para o controle da assiduidade dos servidores públicos federais, foi contemplada, no Decreto Nº 1.867/96, que previu a sua implantação gradativa, admitindo que, apenas excepcionalmente, fossem empregados outros mecanismos.

2. Não há ilegalidade alguma na aplicação de tal sistema somente em alguns setores da Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte - UFRN, considerando que, até em função do elevado custo dos equipamentos, não seria possível implantá-lo, de imediato, em toda a instituição.

3. O ponto eletrônico, reclamado em face do princípio constitucional da eficiência e da necessidade de emprego de técnicas de administração gerencial no setor público, pode deixar de ser utilizado para aqueles que desempenham determinadas atividades, em razão de suas peculiaridades e complexidade, sem que, por isto, se tenha como afrontado o princípio da isonomia.

4. APELAÇÃO IMPROVIDA.^[34]

2.4 Da não incidência de horas extras ordinárias

O modelo de controle de frequência atualmente adotado para os Procuradores do Município, decorre de fundamento jurídico sólido.

Em que pese os tais servidores estejam submetidos à jornada mínima de 30 horas semanais, dada a natureza da atividade e o modo como esta é desenvolvida, não há mecanismo eficiente de controle de horários de trabalho que com tal situação se compatibilize.

Desta feita, em havendo eventual extrapolamento de jornada, bem como o trabalho realizado aos finais de semana ou à noite, não autorizam, em regra e institucionalmente, o pagamento de horas extras ou adicional noturno.

Assim, não havendo controle compatível de jornada, exclui-se, por consequência lógica, o **cômputo ordinário** de horas extras para os Procuradores Municipais.

Essa situação se assemelha àquela disciplinada pela legislação trabalhista^[35], que exclui do direito à percepção de horas-extras os trabalhadores com atividades incompatíveis com controle de jornada, **cujas atividades são voltadas ao atingimento de metas, a entrega de resultados, independentemente do momento, do modo e do local em que a atividade seja exercida.**

Verifica-se, portanto, que **nem sempre o extrapolamento de jornada ensejará o pagamento de horas extras**, desde que a atividade seja incompatível com controle e que não haja fiscalização por parte do empregador. Do contrário, havendo fiscalização, por qualquer mecanismo que seja, desnatura-se a regra do dispositivo, passando a gerar o direito à percepção de horas extras:

Nos termos do artigo 62 , inciso I , da CLT , não fazem jus ao pagamento de horas extras os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. A norma atual do artigo 62 da CLT , dada pela redação da Lei nº 8.966 , de 27.12.1994, alude à incompatibilidade e não apenas de ausência de fixação de horário de trabalho, como se dava na lei anterior. Recurso da ré ao qual se nega provimento.^[36]

*Para que o empregado se enquadre na hipótese prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, não basta que exerça atividades externas. **Necessário se faz que a função desempenhada seja incompatível com a fixação de horário de trabalho. O que interessa à configuração da hipótese legal é a ausência de fiscalização constante, efetiva, o que de fato se observa na presente hipótese.***^[37]

Por certo que a regra prevista na CLT não possui aplicabilidade à situação, mas seu fundamento é perfeitamente compatível com o caso em comento.

Simplificando a hermenêutica jurídica, há que se ter em mente que o arcabouço de dispositivos legais e principiológicos que constituem o ordenamento jurídico devem ser sempre interpretados de forma a se buscar sua compatibilidade com o texto constitucional.

Nesse sentido, reforça-se o papel constitucional da advocacia pública, como instrumento de proteção ao interesse público primário, razão pela qual a ela são asseguradas prerrogativas instituídas pela própria constituição e por legislação específica, que justificam, ao lado das razões decorrentes da própria lógica, a absoluta impossibilidade de se instituir controle de ponto eletrônico aos Procuradores do Município.

Por certo que há hierarquia entre as normas, de forma que a legislação Municipal não poderia dispor de forma contrária à Constituição Federal ou à legislação específica.

O Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Londrina, ao dispor sobre a jornada dos Servidores, respeita claramente essa premissa, senão vejamos:

SUBSEÇÃO ÚNICA - DAS JORNADAS, HORÁRIOS E REGIMES DE TRABALHO Art. 36. Compete ao Município de Londrina, em legislação específica, disciplinar, dentro dos limites constitucionais, do direito administrativo e do direito comparado, os assuntos que dizem respeito a jornadas, horários e regimes de trabalho de seus servidores.

Diga-se de passagem que nem haveria necessidade de o Estatuto assim ter disposto, porquanto trata-se de regra implícita, decorrente do próprio ordenamento jurídico. Aliás, qualquer disposição em sentido contrário padeceria de inconstitucionalidade formal ou material, não possuindo eficácia.

Por fim, ainda que estejam os Procuradores Municipais excluídos do controle de jornada de forma ordinária, faz-se ressalva quanto a eventuais atividades excepcionais, sujeitas à controle específico, que, em regra, permitem anotação em banco de horas.

Tratam-se de plantões, mutirões ou outras atividades realizadas nos moldes do que dispõe o art. 189 do Estatuto, destinados a atender situações excepcionais, com prévia convocação e autorização da chefia imediata.

2.5 Consequências advindas da imposição de controle por meio de ponto

Em qualquer forma que possa se apresentar, a instituição de controle de ponto aos Procuradores Municipais implica na desfiguração do labor exercido pelo advogado público, impondo-lhe a sujeição a regras que não lhes são pertinentes.

Atualmente, dada a incompatibilidade com controle, não há cômputo das horas extras ordinárias, tão somente nas situações excepcionais já indicada. Por outro lado, havendo controle, surge o direito, na mesma *ratio* do que dispõe o art. 62 da CLT, aqui citado somente para fins didáticos.

Surgindo o direito à percepção de horas extras, caso estas não sejam devidamente pagas pela administração, abre-se a possibilidade para sua cobrança pela via judicial, de forma indenizada, acrescidas de custas processuais, juros de mora, correção monetária e honorários de sucumbência, o que certamente representa gravame indesejado aos cofres públicos.

Indiscutível, portanto, que a manutenção do modelo adotado, além de não implicar em qualquer ilegalidade, representa economia para o Município, na medida em que a desnaturação do cargo e das atividades realizadas, afora representar violação a garantias constitucionais e legais, pode gerar o direito à percepção de horas extras, o que atualmente não ocorre de forma ordinária

O que se pode afirmar sem medo é que, diante da realidade atual, em que a tecnologia da informação é instrumento de produtividade, não só pelas facilidades técnicas, mas pela flexibilidade que ela traz, permitindo que o trabalho seja desenvolvido em qualquer parte do mundo, eventual mensuração da atividade do advogado público pela sua presença física em local específico, parece ir contra à necessidade de desburocratização do serviço público, que deve estar atento às reais necessidades da sociedade que representa.

2.6 Legalidade do controle de frequência adotado

Atualmente, ante todas as razões fáticas e jurídicas já expostas, o controle de frequência dos Procuradores Municipais é feito por meio do preenchimento de formulário padronizado para a anotação de intercorrências, como concessões, licenças, afastamentos, férias, dentre outros, tudo devidamente anotado em registro funcional e acompanhado da documentação necessária, nas hipóteses em que estas forem exigidas, e remetido mensalmente à Secretaria Municipal de Recursos Humanos, a quem compete a supervisão formal.

O modelo é corroborado pelo entendimento dos Tribunais, da doutrina e do próprio Ministério Público do Estado do Paraná, adequando-se ao que dispõe a Súmula 09 da Comissão de Advocacia Pública Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

Súmula 09 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Destaque-se ainda que a Competência da Controladoria-Geral do Município em que pese tratar-se de órgão com atribuições fiscalizatórias, não detém competência para a verificação da a verificação da legalidade de tais atos, mas tão somente de **questões contábeis, financeiras e orçamentárias**, nos exatos termos da Constituição Federal, Lei Municipal 8.834/2002, Lei Municipal 9.698/2004 e Decreto 375/2012 (Regimento Interno da CGM).

Por fim, é importante ressaltar que, ao lado das prerrogativas existem obrigações e responsabilidades, cabendo à Corregedoria-Geral do Município, ao Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Poder Judiciário eventual imposição de sanção caso se verifiquem irregularidades de conduta.

4. Conclusão

Diante de tudo que se expos, verifica-se não haver qualquer ilegalidade no modelo de controle de frequência adotado para os ocupantes do cargo de Procurador do Município, muito pelo contrário, há imperativo constitucional e legal que assegura tal liberdade como forma de prerrogativa, voltada precipuamente à realização do interesse público primário, pertencente ao Estado e não ao Governo.

Por fim, destaque-se que o parecer aqui exposto é nitidamente facultativo, não sendo essencial para a formulação de qualquer medida administrativa. Ressalte-se que o STF já pacificou o entendimento de que o parecer opinativo não vincula a autoridade. O poder de decisão não se altera. E ainda que se tratasse de parecer essencial (o que não é o caso), jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento. Não existem pareceres vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o administrador sempre poderá motivadamente recusá-lo.^[38]

[1] Dentre os quais se inserem os membros da Advocacia Geral da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Procuradores Municipais.

[2] Mandado de Segurança Nº 0003133-89.2016.8.19.0000

[3] O controle é feito por todas as unidades da PGM, e leva em conta o número de novas ações propostas, recursos interpostos, petições diversas, pareceres, despachos, dentre outros.

[4] Os problemas do sistema são de amplo conhecimento. O atual presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Cláudio Lamachia, afirmou que, diante das dificuldades encontradas, “o advogado quase tem que fazer uma faculdade de internet e tecnologia da informação para que ele possa se adaptar a todos os sistemas”.

[5] Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

[6] Autos 040.13.000407-3

[7] CASTRO, Aldemario Araujo - Conselho Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - Parecer 2/OAB/DF-AAC

[8] No âmbito da Justiça Federal - como na Justiça Federal do Paraná -, em que há regulamentação específica acerca do teletrabalho, o acréscimo de produtividade estabelecido para os servidores em teletrabalho tem sido sistematicamente superado, conforme constatou o Conselho Nacional de Justiça.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82662-servidores-em-teletrabalho-superam-metas-de-produtividade-nos-tribunais>

[9] A Portaria 53/2015, do Tribunal Regional da 4ª Região, disciplina o teletrabalho em 1º e 2º Graus, destacando as **vantagens e benefícios para a administração, para o servidor e para a sociedade**, que

se mostra ferramenta de respeito ao **princípio constitucional da eficiência**, além do direito à saúde e à segurança no trabalho.

O documento destaca ainda que a **Lei nº 12.551/2011** reconhece a equiparação dos efeitos jurídicos do trabalho realizado a distância àqueles decorrentes da atividade laboral exercida mediante subordinação pessoal e direta.

[10] (TRF1, MAS 199801000531250, Relator (a) JUIZ NEY BELLO (CONV), PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR, DJ DATA: 11/03/2002 PAGINA: 130)

[11] Mandado de segurança nº 0003133-89.2016.8.19.0000 Impetrante: Associação Dos Procuradores Do Município De São João De Meriti Impetrado: Município De São João De Meriti Autoridades Apontadas Como Coatoras: Prefeito Do Município De São João De Meriti E Outros Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara

[12] 67643 SE 99.05.28461-3, Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, Data de Julgamento: 24/ 10/ 2002, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/ 07/ 2003 - Página: 655

[13] TRF1, AMS1999.01.00.008899-0/DF, DJ 16/ 01/ 2003, P. 87

[14] MS 200003990653417; 2ª TURMA, DJ 18/05/2007, P.518.

[15] 2000.01.00.081670-1/DF,

[16] Parecer 10/2013 - AUTOS: Prot. CAOPPPOT 0343/2012 e Prot. CAOPPPOT 0069/2013 CONSULENTE: Promotoria de Justiça da Comarca de Barbosa Ferraz (Inquéritos Cíveis MPPR-0015.12.000121-7, MPPR-0015.12.000122-5 e MPPR-0015.11.000005-4)

[17] Parecer emitido pela Comissão da Advocacia Pública - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São José dos Pinhais.

[18] NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 250, mar./abr. 2010

[19] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25

[20] DINIZ, Cláudio Smirne. ADVOCACIA PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS: participação no controle interno e estruturação da carreira. http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia_publica.pdf

[21] Lei 8.904/1994:

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Provimento 114/2006 - Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.:

Art. 5.º É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública.

[22] Realmente, os Advogados de Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgãos tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle da juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica, funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça. No caso, a essencialidade dessa atuação não será a de decidir de direito, tarefa que cabe aos agentes ativos da Administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a desustentar o direito”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 43.)

[23] O STF, no julgamento da ADIN 4.261, assim consignou: “(...). Isso como condição de qualificação técnica e independência funcional. Independência e qualificação que hão de presidir a atuação de quem desenvolve as atividades de orientação e representação jurídica, tão necessárias ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critérios de absoluta tecnicidade, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente categorizadas como 'funções essenciais à Justiça' (Capítulo IV do Título IV da CF). - Min. Ayres Britto”

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres

[25] Destaque-se que eventual revisão de entendimento pelo ocupante de cargo hierarquicamente superior não implica em qualquer desrespeito à independência funcional, na medida em que, a busca

pela uniformização de teses e procedimentos justifica-se por razões de interesse público, porquanto voltadas à segurança jurídica e à redução da litigiosidade do Estado.

[26] NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 250, mar./abr. 2010

[27] Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

[28] NERY, idem.

[29] CFOAB - **Súmula 2** - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

[30] CARVALHO, Ana Luísa Soares, e Cristiane da Costa Nery, em artigo A Carreira do Procurador do Município no contexto da Federação Brasileira, publicado em 2008, edição de junho do jornal da Associação Nacional dos Procuradores Municipais/ANPM.

[31] BARBOSA, Rui - *Obras Completas* - V. 48, t. 2, 1921. p. npb

[32] NERY, Idem

[33] Mandado de Segurança Nº 0003133-89.2016.8.19.0000

[34] TRF-5 - AMS: 78344 RN 0011704-54.2000.4.05.8400, *Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto)*, *Data de Julgamento: 28/05/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 21/02/2003 - Página: 551*

[35] Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

[36] TRT-9 - 2633200825905 PR 2633-2008-25-9-0-5 (TRT-9)

[37] TRT-6 - RO 208200692009506

^[38] MENDONÇA, José Vicente Santos de – A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards

SERGIO CORRÊA

Procurador do Município de Londrina

Gerente de Assuntos de Pessoal - Matrícula 15801-1 – OAB/PR 38.572

Ratifico.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-geral do Município de Londrina