

Nota Técnica WAA/SM n. 17/2018

SINASEFE NACIONAL. Instrução Normativa nº 02/2018.
Jornada de trabalho dos servidores da Administração federal direta, autárquica e fundacional. Análise da legalidade.

Trata-se de análise solicitada pelo **Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnológica – SINASEFE** acerca da Instrução Normativa nº 02/2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores da Administração federal direta, autárquica e fundacional, fixa procedimentos para controle de assiduidade, banco de horas e jornada de sobreaviso.

O consulente questiona sobre a legalidade dos dispositivos constantes na Instrução Normativa.

Passa-se às considerações sobre o tema.

1. Da jornada de trabalho do servidor público federal

Ao versar sobre a carga horária dos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição Federal determina que a duração normal do trabalho não deve ser superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, sendo lícita a compensação de horários e a redução da jornada, nos termos que especifica.

Considerando as diretrizes constitucionais, a Lei n. 8.112/90, que estabelece o Regime Jurídico Único aplicável aos servidores públicos federais, assim dispõe sobre a jornada de trabalho:

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais.

Posteriormente, sobrevieram os Decretos nº 1.590/1995, nº 1.867/1996 e nº 4.836/2003, regulamentando especificamente a jornada de trabalho dos servidores da Administração federal direta, autárquica e fundacional, os quais tratam da possibilidade de sua flexibilização quando a situação fática atender a alguns pressupostos específicos, de intervalos para refeição e de controle de frequência, dentre outros.

2. Da Instrução Normativa nº 02/2018

A Instrução Normativa nº 02/2018 dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores públicos, sendo subdividida em sete capítulos: **I)** das disposições gerais; **II)** da jornada de trabalho; **III)** da compensação de horário e do plantão, da escala e do regime de turnos alternados por revezamento; **IV)** da jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional; **V)** do banco de horas e do sobreaviso; **VI)** dos regimes de trabalho e das jornadas especiais e **VII)** das disposições finais.

Em algumas oportunidades ao longo de seu texto, há reprodução fiel da Lei nº 8.112/1990 e dos Decretos nº 1590/1995 e 1.867/1996, procedimento que seria dispensável, até porque uma instrução normativa deve guardar intrínseca consonância com a Constituição e com as leis infraconstitucionais, não podendo inovar no ordenamento jurídico ante a sua posição na hierarquia legislativa.

Com efeito, a natureza jurídica de uma instrução normativa é de norma complementar, disciplinando as diretrizes para a aplicação de leis, decretos e regulamentos. Essa espécie de ato normativo tem por objeto, via de regra, apresentar formas de execução das atividades administrativas, orientando o desenvolvimento das atribuições relativas ao serviço prestado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.109.034/PR, reafirmando o entendimento da Corte, ao asseverar que *“Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis”*. E, no julgamento do REsp 872.169/RS, dispôs que *“Às portarias, aos regulamentos, decretos e instruções normativas não é dado inovar a ordem jurídica, mas apenas conferir executoriedade às leis, nos estritos limites estabelecidos por elas”*, incorrendo em ofensa ao princípio da legalidade quando extrapolarem os contornos delineados por lei.

No entanto, ainda que deva guardar relação com a legislação, o que pode ser verificado é que a IN nº 02/2018 deixou de observar tal dever em diversos pontos.

As incongruências detectadas serão abaixo analisadas,

sendo destacados os aspectos controvertidos e passíveis de discussão.

a. Das previsões relativas ao controle de frequência

No que tange ao controle de frequência dos servidores públicos federais, a IN nº 02/2018 assim determinou:

Art. 7º É obrigatório o controle eletrônico de frequência do servidor público em exercício na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º O registro de frequência é pessoal e intransferível, devendo ser realizado no início da jornada diária, na saída e no retorno do intervalo para as refeições, e ao término da jornada diária.

§ 2º Nos casos de ausência do registro de frequência por esquecimento, problemas técnicos no equipamento ou prestação de serviços externos, o servidor público deverá solicitar que sua chefia imediata registre o horário não lançado, seguindo os procedimentos fixados pelo órgão ou entidade.

§ 3º É vedada a aplicação de método que permita a marcação com horários uniformes de frequência ("registro britânico").

§ 4º Será admitida tolerância de até 15 (quinze) minutos para o início da jornada de trabalho no controle eletrônico de frequência.

Art. 8º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional somente serão dispensados do controle eletrônico de frequência os ocupantes de cargos de:

I - Natureza Especial;

II- Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, iguais ou superiores ao nível 4;

III - Direção - CD, hierarquicamente iguais ou superiores a DAS 4 ou CD – 3;

IV - Professor da Carreira de Magistério Superior do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos; e

V - Pesquisador e Tecnologista do Plano de Carreira para a área de Ciência e Tecnologia.

§ 1º No interesse do serviço, o dirigente máximo do órgão ou entidade poderá manter o controle eletrônico de frequência dos ocupantes de cargo de Pesquisador e Tecnologista do Plano de Carreira para a área de Ciência e Tecnologia, conforme as características das atividades de cada entidade.

§ 2º Ficam também dispensados do controle eletrônico de frequência os servidores participantes do programa de gestão, de que trata o § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.

Ocorre que no inciso IV do *caput*, ao prever que estão dispensados do controle de frequência os ocupantes do cargo de Professor da Carreira de Magistério Superior do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, referida IN deixou de considerar que a mesma dispensa deve ser concedida aos professores da carreira do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico – EBTT.

Observa-se que a IN apenas refletiu as hipóteses de dispensabilidade previstas no Decreto nº 1.590/1995 (alteração dada pelo Decreto nº 1.867/1996). Entretanto, ignorou que tal decreto foi editado bem antes da Lei 12.772/2012, a qual confere tratamento isonômico a ambas as carreiras e as congrega em um mesmo Plano de Carreiras e Cargos.

De fato, com a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal promovida através da Lei n. 12.772/12, procedeu-se à unificação da legislação que sucedeu o PUCRCE e que versava sobre as diversas carreiras que congregam os docentes atuantes nas Instituições Federais de Ensino.

O Plano abrange as Carreiras de Magistério Superior (MS) e de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT), com os respectivos Cargos Isolados.

Assim, de acordo com a Lei nº 12.772/12, a Carreira de Magistério Superior *destina-se a profissionais habilitados em atividades acadêmicas próprias do pessoal docente no âmbito da educação superior*, enquanto a Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico *destina-se a profissionais habilitados em atividades acadêmicas próprias do pessoal docente no âmbito da educação básica e da educação profissional e tecnológica* (art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei n. 12.772/12).

Como os professores da carreira do Magistério Superior, os docentes do EBTT estão submetidos a carga horária diferenciada, com prática de pesquisa e extensão, que dificultam o controle de assiduidade pelo modo tradicional, razão pela qual devem receber idêntico tratamento quanto ao tema.

Nesse sentido o Parecer nº 6282/2012 da AGU, de 11 de junho de 2012:

(...)

3. Como é sabido, os Institutos Federais, segundo previsto na Lei 11.892/08, artigo 2º, “são instituições de educação superior, básica e profissional, pluricurriculares e multicampi, especializadas na oferta de educação profissional e tecnológica nas diferentes modalidades de ensino”, criados pelo Governo Federal, para implementar uma política educacional de qualificação e formação de profissionais.

4. A “educação profissional e tecnológica”, que é exatamente a especialidade dos Institutos Federais (conforme o sobrerreferido artigo 2º, da Lei 11.892/2008) abrange **cursos superiores de**

tecnologia, como se vê dos artigos 2º e 3º da Lei 11.741/2008.

5. Fica evidente que os professores dos Institutos Federais atuarão, dessa maneira, no ensino **superior e na pós-graduação**.

(...)

8. Portanto, vê-se, sem margens para dúvidas, que os professores dos Institutos Federais, **bem como os professores insertos nas IFES**, atuarão no magistério superior, tanto em graduação (tecnologias, licenciaturas e bacharelados, conforme artigo 7º, inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c”), como na pós-graduação (artigo 7º, inciso VI, alíneas “d” e “e”).

9. Nessa linha de raciocínio, não se admite ao intérprete que tenha outra visão da legislação que não seja a de igualar os docentes das instituições de EBTT aos docentes das IFES – universidades – eis que a mesma é de meridiana clareza quando dispõe que os objetivos desses institutos, dentre eles as escolas das IFES, **são o de prestar educação em nível superior**.

10. Demais disso, não podemos esquecer que o Decreto 1.590 é de 1995, época que sequer existia a carreira dos docentes de EBTT. Daí a sua não inserção no referido Decreto.

11. Sendo assim, a Resolução 05/2012 andou bem quando excluiu expressamente estes docentes da obrigatoriedade do registro diário de jornada no ponto eletrônico.

(...)

Portanto, releva notar que a IN, ao não ressaltar a dispensabilidade de controle de frequência aos professores do EBTT, viola o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), o qual veda a discricionariedade injustificada, não se podendo tratar de forma diferenciada os iguais ou, a *contrario sensu*, de forma idêntica os desiguais.

De outro lado, também em relação à dispensabilidade de controle de frequência, a IN deixa de prever os casos em que os servidores exerçam atividades externas ao órgão de lotação ou em situações excepcionais que inviabilizam a manutenção de um controle de frequência diário.

Ora, é sabido que, nessas situações, não há como se aplicar a rigidez daquela espécie de controle. Tal situação inclusive já foi prevista pelo Decreto nº 1.590/1995, que assim dispõe:

Art. 6º (...)

§ 4º Os servidores, cujas atividades sejam executadas fora da sede do órgão ou entidade em que tenha exercício e em condições materiais que impeçam o registro diário de ponto, preencherão boletim semanal em que se comprove a respectiva assiduidade e efetiva prestação de serviço.

§ 5º O desempenho das atividades afetas aos servidores de que trata o parágrafo anterior será controlado pelas respectivas chefias imediatas.

Observa-se que a previsão da IN no sentido de que, nas hipóteses de ausência do registro de frequência em razão da prestação de serviços externos, *o servidor público deverá solicitar que sua chefia imediata registre o horário não lançado*, somente pode ser aplicada, sem afronta ao decreto em questão, na hipótese em que a prestação de atividades externas ocorra esporadicamente, em apenas determinado dia ou horário.

Porém, quando seja frequente a ponto de impossibilitar ou dificultar sobremaneira o registro diário, o controle de assiduidade deverá ser feito através de boletim semanal, sob pena de desrespeito ao previsto no Decreto 1.590/95.

b. Da compensação das horas excedentes – afronta ao direito de percepção de horas extras

A vida funcional do servidor público federal é regida pela Lei nº 8.112/90, que estabelece o conjunto de princípios e regras referentes a direitos, deveres e demais normas. Dentre essas, a previsão da jornada de trabalho com duração máxima de quarenta horas semanais, respeitando os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente (art. 19).

Ocorre que, ao desempenhar as suas atividades, o servidor poderá exceder o período de trabalho correspondente à jornada legal, dando azo ao serviço extraordinário. Sobre o tema, giza a Constituição Federal:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

A prestação de serviço extraordinário está igualmente prevista nos arts. 73 e 74 do RJU, *in verbis*:

Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

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

Portanto, havendo aumento da jornada de trabalho, configurando acréscimo à carga horária semanal de trabalho do cargo efetivo do servidor, deverá haver o correspondente aumento de remuneração mediante o pagamento do serviço extraordinário.

A IN nº 02/2018 prevê a possibilidade de compensação tanto de atrasos, ausências justificadas e saídas antecipadas, quanto das horas extraordinárias realizadas pelo servidor.

No tocante aos primeiros, que envolvem situações nas quais o servidor prestou jornada a menor e, por isso, deve complementá-la a fim de evitar o desconto remuneratório, a IN assim disciplina:

Art. 10. O servidor público terá descontada:

(...)

II - a parcela de remuneração diária proporcional aos atrasos, ausências justificadas e saídas antecipadas, quando não compensadas até o mês subsequente ao da ocorrência e a critério da chefia imediata, em conformidade com a legislação vigente.

Art. 12. As saídas antecipadas e os atrasos deverão ser comunicados antecipadamente à chefia imediata e poderão ser compensados no controle eletrônico de frequência até o término do mês subsequente ao da sua ocorrência.

§1º As ausências justificadas somente poderão ser compensadas no controle eletrônico de frequência até o término do mês subsequente ao da sua ocorrência, desde que tenham anuência da chefia imediata.

§ 2º A compensação de horário deverá ser estabelecida pela chefia imediata, sendo limitada a 2 (duas) horas diárias da jornada de trabalho.

A previsão encontra amparo no art. 44 da Lei 8.112/90:

Art. 44. O servidor perderá:

(...)

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.

Já em relação ao serviço extraordinário prestado pelo servidor – quando a situação é inversa, ou seja, o servidor cumpriu jornada maior do que a prevista em lei e, por isso, deveria fazer jus à compensação de horários mediante a concessão de folgas, ou, se não concedidas, ao pagamento das horas extras –, a IN cria o chamado Banco de Horas.

Nesse ponto, cabe salientar que não há prevista expressa na legislação autorizando a criação de banco de horas para servidores públicos, sendo, pelo menos em tese, questionável a legalidade da medida.

Contudo, ultrapassada tal questão, tem-se que a IN, ao mesmo tempo em que cria a possibilidade de o servidor obter compensação das horas trabalhadas a maior, retira a possibilidade de as horas excedentes serem remuneradas como serviço extraordinário, em clara afronta ao art. 73 e art. 74 da Lei 8112.

Nesse sentido, os arts. 24 e 29 da IN:

Art. 24. As horas excedentes à jornada diária devem ser prestadas no interesse do serviço e computadas no banco de horas, de forma individualizada, mediante prévia e expressa autorização da chefia imediata, observados os seguintes critérios:

I - as horas de trabalho excedentes à jornada diária não serão remuneradas como serviço extraordinário;

[...]

Art. 29. As horas excedentes contabilizadas no Banco de Horas, em nenhuma hipótese, serão caracterizadas como serviço extraordinário ou convertidas em pecúnia.

Ocorre que a ausência de previsão de prazo para que a Administração conceda as folgas compensatórias, aliada à previsão de que as horas extras nunca serão convertidas em pecúnia e nem remuneradas como serviço extraordinário, acarreta situação totalmente desarrazoada e ilegal.

A previsão é ilegal, **a uma**, porque dispensa tratamento anti-isonômico (**art. 5º, caput da CF**) a situações análogas: quando é o servidor que fica devendo horas, se ele não efetuar a compensação das mesmas até o mês seguinte, sofre desconto remuneratório.

Entretanto, nos termos da instrução normativa, na hipótese de ser a Administração a devedora (pois o servidor trabalhou a mais e deve receber folga compensatória ou o pagamento pelas horas trabalhadas), se não proporcionar ao servidor a compensação ou o pagamento até o próximo mês, não haverá qualquer consequência.

Não bastasse isso, veja-se que a IN limita o número de folgas a serem concedidas por período, implicando possível postergação indefinida da compensação:

Art. 25. A utilização do banco de horas dar-se-á, obrigatoriamente, mediante prévia e expressa autorização da chefia imediata, observados os seguintes critérios:

I - as horas acumuladas em folgas a usufruir estão condicionadas ao máximo de:

- a) 24 (vinte e quatro) horas por semana; e
- b) 40 (quarenta) horas por mês.

A **duas**, a ilegalidade advém justamente da possibilidade de pura e simples supressão do direito do servidor (ou seja, de que não sejam concedidas

as folgas e nem pago o serviço extraordinário), sem que haja qualquer causa legal para tanto (tais como decadência ou prescrição, por exemplo). Quanto ao ponto, há afronta tanto ao art. 73 da Lei 8.112/90, que trata do serviço extraordinário, quanto ao art. 4º da mesma lei, segundo o qual é proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.

A **três**, porque implica negar direito do servidor (ao pagamento pelo serviço extraordinário) previsto tanto na CF como no RJU.

Cabe ressaltar o que já foi dito. Ao editar regulamentos administrativos, a administração não pode inovar, devendo, tão somente, “*produzir disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública*”¹.

Isso porque, em razão de expressa previsão constitucional, a Administração Pública encontra-se subordinada à observância do princípio da legalidade, cuja definição é dada pelos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

Assim, se uma lei cria direitos, não cabe à Administração, através dos órgãos competentes para regulamentá-la, ampliá-los ou restringi-los, mas apenas dispor sobre os instrumentos necessários à sua materialização, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade definido no art. 5º, II, da Lei Maior.

Inquestionável, portanto, que resta defeso à Administração a publicação de normativas que, sem fundamento legal, imponham restrições aos direitos dos administrados.

Nesse contexto, a IN contém ainda outras previsões que acabam por afrontar o direito do servidor à obtenção de folgas compensatórias em prazo razoável (até o mês subsequente à prestação das horas extras) ou remuneração pelo serviço extraordinário:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. As viagens a serviço serão consideradas como jornada regular.

Art. 4º A contagem da jornada de trabalho somente ocorrerá a partir do início do horário de funcionamento do órgão ou entidade.
[...]

Art. 24. [...]

II - a chefia imediata deverá previamente, por meio do SISREF, justificar a necessidade e informar a relação nominal dos servidores autorizados à realização das horas excedentes para inserção em banco de horas; e

III - as horas armazenadas não poderão exceder:

¹ MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 240.

- a) 2 (duas) horas diárias;
- b) 40 (quarenta) horas no mês; e
- c) 100 (cem) horas no período de 12 meses.

Art. 35. As horas de trabalho registradas em desconformidade com as disposições desta Instrução Normativa não serão computadas pelo sistema de controle diário de frequência, cabendo à chefia imediata a adoção das medidas cabíveis à sua adequação.

Isso porque tais previsões podem implicar distorções no próprio registro do período efetivamente prestado a título de serviço extraordinário, já que:

a) as viagens a trabalho serão consideradas jornada regular (ou seja, contarão como a jornada regular do servidor), quando, muitas vezes, em tais oportunidades o servidor trabalhará muito além da jornada diária do seu cargo;

b) a contagem da jornada se dará apenas a partir do horário de funcionamento do órgão, ainda que o servidor tenha chegado muito antes desse horário e esteja desenvolvendo atividades essenciais à organização para o correto funcionamento do mesmo;

c) as horas armazenadas não poderão exceder os limites previstos, ou seja, se o servidor laborar além do ali contido, a conclusão é a de que tais horas sequer serão registradas; e

d) as horas registradas de forma diferente da prevista na IN (tais como em boletim semanal para aquele que realizam atividades externas, por exemplo, ou mesmo as que excedam os limites previstos na IN) não serão computadas, embora efetivamente prestadas.

Ora, qualquer previsão que implique a desconsideração do serviço extraordinário efetivamente realizado – e, conseqüentemente, a ausência de contraprestação ao mesmo – implica afronta à Lei 8.112/90 e à Constituição Federal.

Pertinente registrar que, nos termos da Lei 8.112/1990, o serviço extraordinário deverá respeitar o limite máximo de 2 horas diárias, havendo ainda, nos termos do art. 3º do Decreto nº. 948/93, previsão de limitação a 44 horas mensais e 90 horas anuais (sendo que o limite anual poderá ser acrescido em situações excepcionais).

Contudo, não se pode olvidar que tais limites são fixados em benefício do trabalhador, a fim de evitar sua sobrecarga e a situação de comprometimento de sua saúde. Trata-se de comandos a serem observados pela Administração Pública a fim de atentar ao aspecto referido, não podendo ser utilizados como subterfúgio para negar aos trabalhadores a contraprestação pela totalidade dos serviços realizados.

Portanto, se existem previsões limitando a jornada extraordinária do servidor, estas se destinam à Administração, a fim de que não exija dos trabalhadores jornadas exaustivas ou infundáveis. Porém, uma vez que ela utiliza os serviços e estes são efetivamente prestados pelos servidores, não pode se recusar a contraprestá-los através do estabelecimento de limite das horas trabalhadas que serão compensadas ou remuneradas.

c. Do regime de sobreaviso

A IN 02/2018 trata, ainda, sobre o regime de sobreaviso, nos seguintes termos:

Art. 30. Considera-se sobreaviso o período em que o servidor público permanece à disposição do órgão ou entidade, em regime de prontidão, aguardando chamado para o atendimento das necessidades essenciais de serviço, ainda que durante seus períodos de descanso, fora de seu horário e local de trabalho.

§ 1º Somente as horas efetivamente trabalhadas em decorrência do regime de sobreaviso poderão ser compensadas, na forma desta Instrução Normativa.

§ 2º É recomendável o estabelecimento prévio das escalas de sobreaviso com o nome dos servidores públicos que ficarão à disposição do órgão ou entidade para atender aos eventuais chamados.

§ 3º Em nenhuma hipótese as horas em regime de sobreaviso serão convertidas em pecúnia.

Especificamente quanto ao **regime de sobreaviso**, este implica em um dever de prontidão do servidor no período em que estiver designado para tanto, devendo comparecer na respectiva unidade ou órgão assim que acionado. Deste modo, o servidor não poderá se ausentar da cidade ou mesmo desenvolver atividades que o impeçam de atender imediatamente ao chamado e comparecer prontamente ao serviço.

Resta claro que, quando em sobreaviso, o trabalhador não possui plena liberdade para gerir seu tempo como bem entende, pois deve permanecer disponível e pronto para deslocar-se ao local de trabalho assim que acionado.

A IN, na tentativa de interpretação analógica à legislação trabalhista, previu a possibilidade de jornada de sobreaviso para servidores públicos federais.

Também em relação ao sobreaviso não há autorização legal expressa para sua adoção no âmbito do serviço público federal. A Lei n. 8.112/90, que rege os servidores públicos federais, em nenhum momento autoriza tal sistemática.

De outra parte, o Decreto n. 1.590/95, que *dispõe sobre a*

jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, prevê que, para os serviços públicos que exijam **atividades contínuas de 24 horas**, a medida a ser adotada é a instituição de **turnos interrompidos de revezamento**, sequer cogitando da criação de regime de sobreaviso.

Haveria, portanto, ao menos em tese, afronta ao princípio da legalidade administrativa, segundo o qual somente é permitido e devido aquilo que lei expressamente autoriza (embora existam posicionamentos admitindo a legalidade de tal regime, como mostra a decisão do Tribunal de Contas da União transcrita mais adiante).

Entretanto, ainda que se desconsiderasse tal aspecto, ou seja, ainda que aceitável o regime de sobreaviso no âmbito do serviço público federal, tem-se que a IN apresenta incongruências.

É que pretende adotar instituto aplicável aos trabalhadores celetistas, mas o faz de modo desvirtuado, aplicando apenas parcialmente seus contornos, em prejuízo do trabalhador.

O art. 244, §2º da CLT prevê que a hora de sobreaviso será remunerada na razão de 1/3 (um terço) do salário-hora. Assim, se o trabalhador for acionado no momento do sobreaviso, as horas efetivamente trabalhadas devem ser remuneradas como hora normal de trabalho (ou como hora extraordinária, se ultrapassarem a jornada legal do cargo).

Contudo, mesmo o período em que não acionado deve ser remunerado, porém em patamar inferior à hora normal de trabalho (ou seja, à razão de um terço do valor da mesma), para compensar o tempo à disposição da Administração e com limitações ao seu período livre.

Porém, além de não prever qualquer remuneração em razão do regime de sobreaviso (em relação ao período de prontidão), a IN aplica ao caso, ainda, as mesmas previsões ilegais que excluem o pagamento pelo serviço extraordinário, permitindo apenas sua compensação, mas sem limitação de data para tanto.

Tal medida vai de encontro ao que já decidiu o Tribunal de Contas da União no acórdão nº 784/2016, ao referir que é possível a aplicação analógica da CLT no tocante ao sobreaviso, podendo o servidor ser remunerado como serviço extraordinário quando houver labor além de sua jornada habitual:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, a respeito da legalidade da implantação do regime de sobreaviso a servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a consequente contraprestação pecuniária;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Revisor e com fundamento nos art. 71, inciso II, da Constituição Federal, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 264 e 265 do RITCU, para, no mérito, responder ao consulente que:

9.1.1. não há impedimento legal para a instituição de regime de sobreaviso para o servidor estatutário, desde que esse regime esteja disciplinado em regulamento próprio do órgão dotado de autonomia administrativa e financeira como uma das formas de cumprimento da jornada de trabalho, considerado os limites fixados pelo art. 19 da Lei nº 8.112, de 1990, bem como, para fins de registro em banco de horas, seja observada, por analogia, a proporção estabelecida no art. 244, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como limite máximo de equivalência da hora de sobreaviso em relação à hora trabalhada;

9.1.2. a retribuição pecuniária pelas horas relativas ao período de sobreaviso somente se mostra plausível quando houver adicional específico fixado em lei;

9.1.3. as horas efetivamente trabalhadas, em decorrência de convocação do servidor em sobreaviso, podem ser remuneradas, como serviço extraordinário, somente quando excederem a jornada de 8 horas diárias ou de 40 horas semanais e não se mostrar possível o regime de compensação de horários, observando-se os limites fixados nos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112, de 1990;

(...)

Dessa forma, a IN nº 02/2018 prevê situações ao arrepio da lei e das normas constitucionais, retirando direitos dos servidores públicos.

d. Da compensação das horas não trabalhadas para participação de atividades sindicais

A IN nº 02/2018 introduz a exigência de compensação das horas em que o servidor for liberado para participar de atividades sindicais:

Art. 36. Poderá haver a liberação do servidor público para participar de atividades sindicais, desde que haja a compensação das horas não trabalhadas.

A Lei nº 8.112/1990, em seu artigo 240, garante ao servidor público civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nos termos da Constituição Federal (art. 37, VI), o direito à livre associação sindical. O art. 8º da CF também versa sobre a questão, assegurando a liberdade sindical.

É com base nesses preceitos que se mostra desarrazoada a

exigência de compensação de horas do servidor que, atuando nos cargos representativos da categoria, tenha se afastado de suas atividades para participar de eventos do respectivo sindicato.

Do mesmo modo que a licença para exercício de mandato classista é considerada como efetivo exercício do cargo (102, VIII, c, da Lei n.º. 8.112/1990), as atividades sindicais realizadas por dirigentes que continuam prestando seu trabalho junto à Administração também devem sê-lo.

Observa-se que a exigência de compensação tem por consequência o desconto remuneratório caso não observada, o que vem em prejuízo do direito à liberdade sindical e ao interesse público, como entendeu recentemente o E. TRF da 1ª Região:

[...]

Sabendo-se que os vencimentos dos servidores públicos apresentam natureza alimentar, não devem ser favorecidas interpretações ou analogias que se prestem a fazer descontos em tal remuneração e, além disso, desestimulem o exercício do direito (constitucionalmente posto) à liberdade sindical.

Embora a União aduza que a reunião sindical a que compareceriam os servidores não teria finalidade de satisfação do interesse público, urge consignar que o favorecimento do direito à liberdade sindical configura, em si mesmo, realização do interesse público.

[...]

(TRF 1º Região, AC 0027406-98.2009.4.01.3400, Rel. Des. Fed. João Luis de Sousa, DJe 05/07/2018)

Assim, considerando a previsão constitucional ao direito à livre associação sindical, reprisado pela Lei n. 8.112/90, tem-se que a IN 02/2018 afigura-se desarrazoada e afrontosa ao princípio da liberdade sindical.

e. Outros aspectos

As seguintes previsões da IN 02/2018 são também passíveis de questionamento em contraste com a legislação:

- Art. 9º

Art. 9º Nas hipóteses em que a Constituição admite acumulação de cargos públicos, caberá ao servidor demonstrar a inexistência de sobreposição de horários, a viabilidade de deslocamento entre os locais de trabalho, respeitando-se os horários de início e término de cada jornada, bem como a ausência de prejuízo à carga horária e às atribuições exercidas nos cargos acumuláveis.

[...]

§ 2º O ateste de compatibilidade de horários não dispensa a comprovação de que o servidor público esteja observando o limite

de sessenta horas semanais, conforme estabelecido pelo Parecer Vinculante AGU GQ 145/1998.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a invalidade da limitação da jornada em 60 horas semanais para o caso de cumulação de cargos, pois não está prevista na Constituição Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PARECER GQ 145/1998/AGU. LIMITE MÁXIMO DE 60 HORAS SEMANAIS EM CASOS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPATIBILIDADE DAS JORNADAS DE TRABALHO DA IMPETRANTE. COMPROVAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados. Precedentes. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

(RMS 34257 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 03-08-2018)

- Art. 13

Art. 13. Ficam dispensadas de compensação, para fins de cumprimento da jornada diária, as ausências para comparecimento do servidor público, de seu dependente ou familiar às consultas médicas, odontológicas e realização de exames em estabelecimento de saúde.

§ 1º As ausências previstas no caput deverão ser previamente acordadas com a chefia imediata e o atestado de comparecimento deverá ser apresentado até o dia útil subsequente.

§ 2º O servidor público deverá agendar seus procedimentos clínicos, preferencialmente, nos horários que menos influenciem o cumprimento integral de sua jornada de trabalho.

§ 3º Para a dispensa de compensação de que trata o caput, incluído o período de deslocamento, deverão ser observados os seguintes limites:

I - 44 (quarenta e quatro) horas no ano, para os servidores públicos submetidos à jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias;

II - 33 (trinta e três) horas no ano, para os servidores públicos submetidos à jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias; e

III - 22 (vinte e duas) horas no ano, para os servidores públicos submetidos à jornada de trabalho de 4 (quatro) horas diárias.

§ 4º As ausências de que trata o caput que superarem os limites estabelecidos no § 3º serão objeto de compensação, em

15

conformidade com o disposto no § 2º do art. 13 desta Instrução Normativa.

A limitação à dispensa de compensação quando as ausências do servidor se dão para o comparecimento a consultas médicas, odontológicas e exames pode configurar situações desarrazoadas de prejuízo ao mesmo em razão de circunstâncias que estão fora de seu controles (problemas de saúde próprio ou de seus familiares).

- Art. 20

Art. 20. O servidor público da administração pública federal direta, autárquica e fundacional ocupante, exclusivamente, de cargo de provimento efetivo, poderá requerer a redução da jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais para 6 (seis) ou 4 (quatro) horas diárias e 30 (trinta) ou 20 (vinte) semanais, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.

[...]

Art. 21. A jornada de trabalho reduzida poderá ser revertida em integral, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou de ofício, por decisão motivada da Administração Pública.

Trata-se de previsão semelhante à que constava da MP 792/2017, que instituiu o Plano de Desligamento Voluntário – PDV e dava outras providências.

Quanto ao ponto, observa-se o risco de que a Administração Pública, diante de tal possibilidade, passe a forçar os servidores que fariam jus a horário reduzido sem redução remuneratória à opção pela redução de jornada com proporcionalização da remuneração.

Veja-se, exemplificativamente, que nos termos da Lei 8.112/90 há o direito a horário especial independentemente de redução da remuneração nas seguintes hipóteses:

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

[...]

§ 2º Também será **concedido horário especial** ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, **independentemente de compensação de horário**. ([Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97](#))

§ 3º As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência. ([Redação dada pela Lei nº 13.370, de 2016](#))

Portanto, a previsão pode dar margem à prática de arbitrariedades e ao desrespeito a direitos dos servidores.

3. Conclusões

A natureza de uma instrução normativa é de norma complementar, disciplinando as diretrizes para aplicação de leis, decretos e regulamentos. Deve, portanto, guardar direta e estrita correlação com a Constituição Federal e com as leis infraconstitucionais que lhe dão origem, não podendo estabelecer previsões de forma diversa ou ampliativa daquilo que foi originariamente previsto.

Contudo, a IN 02/2018, em diversos dispositivos, não segue tal diretriz, de modo que sua legalidade e constitucionalidade mostram-se passíveis de questionamento.

Ademais, a normativa tem o potencial de trazer sérios prejuízos aos servidores públicos, em especial no que tange à não retribuição pelo serviço extraordinário prestado.

Nesse contexto, mostra-se relevante sua discussão, em especial por parte das entidades sindicais, a fim de que se possa promover medidas tendentes à sua revogação ou anulação.

É o que temos a anotar.

Santa Maria, 21 de setembro de 2018.

Luciana Rambo
OAB/RS 52.887

Tanise Parmeggiani da Silva
OAB/RS 70.238