Parecer \_\_\_/2022.

Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2022.

Para: **ASSOCIAÇÃO DE DOCENTES DA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO - ADUR - SEÇÃO SINDICAL DO ANDES - SINDICATO NACIONAL**

Assunto: **Parecer sobre a implantação de ponto eletrônico para registro de assiduidade e pontualidade dos docentes da Carreira EBTT.**

Diante das recentes discussões em curso na Instituição, a Diretoria da ADUR solicita parecer jurídico com orientaçõesa respeito da exigibilidade de utilização de sistema eletrônico de registro de frequência para os Docentes do Magistério Federal de modo geral, e ocupantes de cargos no Ensino Básico, Técnico e Tecnológico de modo particular.

Inicialmente, **vale dizer que o tema, especificamente quanto à Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, já se encontra em discussão na via judicial, por decorrência de Ação Civil Pública iniciada pelo Ministério Público Federal em 2021. Até o momento, as decisões judiciais foram contrárias à instituição de controle de ponto eletrônico para os docentes EBTT da UFRRJ.**

Para melhor compreender o tema, antes de contextualizar as normativas mais recentes e o andamento do processo judicial em questão, é necessário apresentar, previamente, os elementos jurídicos relativos às regras que tratam sobre a jornada de trabalho dos servidores federais, o controle de frequência dos servidores em geral, e as previsões legais e regulamentares relativas à dispensa de ponto.

Feito isso, veremos a tese jurídica de equiparação no tratamento dos docentes MS e EBTT para fins de jornada de trabalho e controle de frequência e assiduidade. Ao final, apresentaremos as normativas e entendimentos mais recentes da AGU e do Governo Federal, bem como o posicionamento do Poder Judiciário no caso específico dos professores da UFRRJ.

* + - 1. **Previsão legal sobre jornada de trabalho do servidor público federal**

A **Lei n°. 8.112/1990**, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu art. 19, traz a regra geral da jornada de trabalho dos seus servidores:

**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**. 

Considerando que os limites impostos pela Lei 8.112/90 estão em conformidade com o permissivo constitucional (artigos 7º, XIII e 39, § 2º), a regra é que a jornada de trabalho do servidor público federal seja de quarenta horas semanais e oito horas diárias (limite máximo), podendo ser reduzida até seis horas diárias e trinta semanais (limite mínimo).

Note-se que **o parágrafo 2º do art. 19 ressalva a aplicabilidade da regra geral quando leis especiais tratam sobre o assunto** para cargos específicos. Sob certa perspectiva, esse ***é o caso dos Professores do Magistério Federal (MS e EBTT), cuja previsão do regime e jornada de trabalho está posta no art. 20 e seguintes da Lei 12.772/2012***.

Ou seja, **todos os ocupantes de cargo efetivo do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal possuem tratamento do assunto em Lei Especial, no seu próprio plano de carreira**. Há previsão expressa dos regimes diferenciados de 20 horas, 40 horas semanais e Dedicação Exclusiva. Veja-se, também, que **a atividade docente não compreende apenas o ensino ou a sala de aula, mas inclui trabalhos nas searas da *pesquisa*, da *extensão* e da *gestão***.

Art. 20.  O Professor das IFE, ocupante de cargo efetivo do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I - 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, com dedicação exclusiva às atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão institucional; ou

II - tempo parcial de 20 (vinte) horas semanais de trabalho.

§ 1o  Excepcionalmente, a IFE poderá, mediante aprovação de órgão colegiado superior competente, admitir a adoção do regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, observando 2 (dois) turnos diários completos, sem dedicação exclusiva, para áreas com características específicas.

§ 2o  O regime de 40 (quarenta) horas com dedicação exclusiva implica o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, com as exceções previstas nesta Lei. (...)

O fundamental a perceber, aqui, é que **não existe qualquer tipo de distinção sobre o assunto, no texto da lei, quando se trata de docente do Magistério Superior ou do EBTT**. Ambos estão compreendidos pelo mesmo Plano de Cargos e Carreiras, que estabelece regramento uniforme em relação ao regime e jornada de trabalho. Consequentemente, as disposições regulamentares que são aplicáveis ao MS também o são para o EBTT.

* + - 1. **Controle de frequência dos servidores públicos federais - aspectos gerais**

Quanto ao controle de frequência, o **Decreto n°. 1.590/1995** sobreveio regulamentando especificamente a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais. Ele assim estabelece:

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

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

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

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

Tal decreto também previu as formas passíveis de adoção para fins de controle de freqüência e pontualidade, quais sejam:

Art. 6º. O controle de assiduidade e pontualidade poderá ser exercido mediante:

I - controle mecânicos;

II - controle eletrônico;

III - folha de ponto.

[...]

§ 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.

Posteriormente, o Decreto n° 1.867/96, longe de revogar o Decreto n°1.590/1995, veio a complementar as suas disposições, utilizando-se do seu teor em diversas remissões e conferindo-lhe nova redação nos pontos em que expressamente diverge:

**Art. 1°** O registro de assiduidade e pontualidade dos servidores públicos federais da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional será realizado mediante controle eletrônico de ponto.

§ 1º O controle eletrônico de ponto deverá ser implantado, de forma gradativa, tendo início nos órgãos e entidades localizados no Distrito Federal e nas capitais, cuja implantação deverá estar concluída no prazo máximo de seis meses, a contar da publicação deste Decreto.

Art. 3**°** **Ficam *dispensados do controle de ponto* os servidores referidos no** [**§ 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995,**](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1590.htm#art6%C2%A74) **que terão o seu desempenho avaliado pelas chefias imediatas**.

Cabe lembrar que o próprio Decreto n° 1.590/95, em seu artigo 6º, §§ 4º e 5º, supratranscritos, ressalva da aplicação do ponto eletrônico os servidores cujas atividades, por sua natureza, imponham a realização de serviços *em condições materiais que impeçam o registro diário de ponto*.

O Decreto n° 1.867/96 também contempla essa hipótese, remetendo aos termos da legislação anterior, bem como **elenca rol de cargos, que pelo mesmo motivo, estão dispensados de qualquer controle de frequência**. E é nesse ponto que estão compreendidos os docentes do magistério federal.

* + - 1. **Dispensa do sistema eletrônico para Docentes do Magistério Federal**

O artigo 1º do Decreto nº 1.867/96 determina que os servidores públicos federais da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundações se submetam ao registro eletrônico de ponto.

Ocorre que esse mesmo dispositivo **excepciona também aqueles que exercem atividades externas ou aqueles que se enquadrem em uma das hipóteses previstas no parágrafo 7º do artigo 6º do Decreto nº 1.590/95**, **precisamente o caso dos membros do Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal**. Senão, vejamos:

*Art. 6º (...)*

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

*a ) de Natureza Especial;*

*b) do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, iguais ou superiores ao nível 4;*

*c) de Direção - CD, hierarquicamente iguais ou superiores a DAS 4 ou CD - 3;*

*d) de Pesquisador e Tecnologista do Plano de Carreira para a área de Ciência e Tecnologia;*

*e) de* ***Professor da Carreira de Magistério Superior do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos****.*

(...)

(grifou-se)

Em que pese a nomenclatura defasada pelas mudanças legislativas ao longo do tempo (decreto de 1996 x lei da carreira de 2012)**, há equiparação na aplicação do Decreto 1.590/95** **no tocante à dispensa de controle de ponto eletrônico conferida aos docentes das carreiras do Magistério Superior (MS) com os docentes do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT)**.

Os próximos 3 tópicos detalham essa tese.

* + - 1. **Equiparação entre as carreiras e autonomia da UFRRJ para regular matéria**

Vários diplomas legais evidenciam que o magistério do ensino básico, técnico e tecnológico é equivalente ao magistério de nível superior, sendo importante destacar as seguintes leis:

**Lei nº 11.784/08**:

Art. 111.  São atribuições gerais dos cargos que integram o Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, sem prejuízo das atribuições específicas e observados os requisitos de qualificação e competências definidos nas respectivas especificações:

I - as **relacionadas ao ensino, à pesquisa e à extensão**, no âmbito, predominantemente, das Instituições Federais de Ensino; e

II - as inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição, além de outras previstas na legislação vigente.

§ **1o Os titulares de cargos de provimento efetivo do Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, desde que atendam aos requisitos de titulação estabelecidos para ingresso nos cargos da Carreira do Magistério Superior, poderão, por prazo não superior a 2 (dois) anos consecutivos, ter exercício provisório e atuar no ensino superior** nas Instituições de Ensino Superior vinculadas ao Ministério da Educação.

§ 2o  O titular do cargo de **Professor Titular do Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico**, no âmbito das Instituições Federais de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico,  **atuará *obrigatoriamente* no ensino superior**.

Como se vê pelo texto da norma acima transcrita, os professores do EBTT ***poderão*** atuar no ensino superior das IFEs vinculadas ao Ministério da Educação. Na mesma linha, o § 2º, acima, prevê expressamente que os mesmos docentes ***deverão*** atuar obrigatoriamente no ensino superior.

Desse modo, é também aplicável, aos professores do magistério do EBTT, a norma que libera os professores do magistério de nível superior do controle de frequência e assiduidade aplicado aos demais servidores, uma vez que em ambas as carreiras há atuação no ensino superior.

***Interpretação diversa por certo ensejaria violação ao princípio da legalidade***, previsto na Constituição Federal, porque **não há como diferenciar ambas as carreiras no que diz com o magistério para o nível superior e com as características peculiares da docência**.

Além disso, o artigo 207 da Constituição da República garante autonômia didádico-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às Universidades, reforçando as afirmações acima. Veja-se:

Art. 207. As universidades gozam de **autonomia** didático-científica, **administrativa e de gestão** financeira e patrimonial, e obedecerão ao *princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão*.

Vale dizer que o mesmo dispositivo constitucional também estabelece o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão como orientador da vida universitária. Nesse contexto, os docentes EBTT também acabam sendo alcançados por tal preceito.

Ou seja, por decorrência da norma constitucional, não se pode mais compreender o professor EBTT como figura voltada exclusivamente para o ensino, ou para a sala de aula. Seu cargo e carreira compreende atividade profissional de maior abrangência, sendo impossível dela dissociar a pesquisa e a extensão, por exemplo.

Com efeito, uma vez que as Universidades Federais são autarquias de natureza especial e possuem autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar, cabe elas próprias Instituição regulamentar, internamente, as especificidades do exercício das diferentes jornadas de trabalho e a forma concreta do controle de frequência e assiduidade de seus servidores.

E isso não apenas por força da previsão expressa do Decreto 1.590/95, mas principalmente em razão da autonomia administrativa de tais entidades em relação ao Ministério da Educação. Ou seja, não lhes é diretamente aplicável sugestão do Ministério da Educação sobre a jornada de trabalho dos seus servidores, menos ainda do Ministério Público, por evidente violação ao princípio constitucional da separação de poderes.

Isso não quer dizer, por outro lado, que qualquer discussão sobre o tema relativo ao registro de frequência deve ser evitada. Antes pelo contrário, ela lembra o gestor de algumas disposições regulamentares merecedoras de observância. Ou seja, enquanto é certo que o MPF não pode fazer as vezes do Reitor da UFRRJ, também não pode a Administração Pública ignorar o que está contido na Lei e no Regulamento.

Porém, o enfrentamento sério da questão relativa ao controle de ponto somente pode acontecer se o conjunto de problemas e especificidades relativos à jornada de trabalho dos professores EBTT da UFRRJ for levado em consideração.

O que não se pode admitir, por grave ilegalidade, é a pura e simples implantação do ponto eletrônico, que viria acompanhada da contratação de serviços e dispêndio de recursos público, sem a existência de prévia regulamentação interna, ou seja, sem a edição de indispensável Resolução tratando sobre a matéria.

O princípio da Legalidade no âmbito da Administração Pública diz que a Gestão somente pode fazer aquilo que a Lei permite. Em outros termos, somente poderá adotar procedimentos e implantar sistemas se, previamente, existir norma regulamentadora.

No caso concreto, caso não seja editada qualquer espécie de Resolução, ou caso eventual normativa seja obscura e lacunosa, estará, aí sim, a Administração cometendo ilegalidade, ficando o Gestor passível de sanção por improbidade administrativa.

De todo modo, com força nos dispositivos legais mencionados nesse tópico, conclui-se que a aplicação da dispensa do controle de frequência e assiduidade é corolário lógico dessa equiparação entre cargos e carreiras, e encontra amparo, ainda, na lei que veio para substituir o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, como se poderá ver no tópico seguinte.

* + - 1. **O Novo Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Federal e a evolução normativa da matéria**

A Lei nº 12.772/12 criou o Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal e abarcou as carreiras, como se vê pelo seu art. 1º:

Art. 1º Fica estruturado, a partir de 1º de março de 2013, o Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, composto pelas seguintes Carreiras e cargos:

I - Carreira de Magistério Superior, composta pelos cargos, de nível superior, de provimento efetivo de Professor do Magistério Superior, de que trata a Lei no 7.596, de 10 de abril de 1987;

II - Cargo Isolado de provimento efetivo, de nível superior, de Professor Titular-Livre do Magistério Superior;

III - Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, composta pelos cargos de provimento efetivo de Professor do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, de que trata a Lei no 11.784, de 22 de setembro de 2008; e

IV - Cargo Isolado de provimento efetivo, de nível superior, de Professor Titular-Livre do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico.

Então, assim como ambas as carreiras aqui tratadas estavam abrangidas pelo PUCRCE, citado expressamente pelo Decreto nº 1.590/95, também atualmente elas estão previstas em um mesmo plano de cargos. **Porém, agora, ambas as carreiras são equiparadas no que diz respeito ao magistério para o nível superior**.

As diferenças que por certo existem no magistério de nível superior em relação ao magistério do EBTT *não são relevantes sob o aspecto que está em apreço na discussão posta*, pois a dispensa do controle de frequência e assiduidade aos professores do magistério superior se deve ao fato de que a carga horária dos docentes não deve ser prestada integralmente frente a alunos, sendo necessário dedicar parte do tempo ao preparo das aulas, correção das provas, às pesquisas, à extensão e à gestão.

Além disso, há outras atividades típicas do Magistério Superior que hoje fazem parte da realidade dos professores vinculados ao EBTT, a exemplo de atividades como: gestão, direção, chefia, formação de bancas e de defesas de dissertações, tanto dentro como fora da instituição.

Essa nova realidade jurídica também pode ser observada pela estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, colocando os docentes do EBTT em igualdade de remuneração com os docentes da Carreira do Magistério Superior. Com as Carreiras do EBTT e do MS estruturadas em classes e níveis, num total de 13 posições, a evolução nas mesmas ocorre por progressões e promoções. Essa passagem de nível ou classe dependerá de aprovação em avaliação de desempenho e titulação, com exigências adicionais para os casos de Professor Associado e Titular no Magistério Superior, bem como Professor Titular no Ensino Básico, Técnico e Tecnológico. **Essas avaliações deverão contemplar sempre as atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão**.

***Não se pode mais pensar o docente da Carreira do EBTT como um mero profissional do ensino em sala de aula*, que concentra a sua carga horária de trabalho voltada exclusivamente para ministrar aula, preparar a aula, corrigir provas e atender o aluno**. A nova realidade jurídica impõe uma alteração no cotidiano acadêmico, para que o docente do EBTT possa atender a esses objetivos. Deve-se considerar, para tanto, outras condições de trabalho, como a reorganização da carga horária, liberação para participação de programas de capacitação, de extensão e de gestão.

Em verdade, as transformações no magistério federal já vêm se desenhando há mais tempo, e não apenas por força da Lei 12.772/2012, de modo que a interpretação dada à regulamentação nacional relativa ao controle de ponto deve acompanhar toda essa evolução normativa.

Ainda em 2008, a Lei 11.784, acima referida, estruturou, nos seus artigos 105 e seguintes, a partir de 1º de julho daquele ano, o Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológio - EBTT, composto pelos cargos de nível superior do Quadro de Pessoal das Instituições Federais de Ensino, subordinadas ou vinculadas ao Ministério da Educação, que integravam a antiga Carreira de Magistério de 1º e 2º Graus do PUCRCE.

É de se notar, fundamentalmente, quanto às atribuições, a inexistência de ênfase na atividade de ensino, havendo referência direta também à pesquisa e extensão. Ademais, como já dito, não se pode esquecer dos dispositivos legais que permitem ou mesmo obrigam a atuação do Professor EBTT no ensino superior.

Por essa trajetória de evolução normativa, percebe-se uma nítida simetria ou mesmo identificação entre a realidade institucional e atividades dos docentes do Magistério Superior e do atual EBTT. Diante dessas convergências normativas, não há mais razão jurídica que legitime o *discrímen* normativo com relação de controle de frequência.

Não se trata de extensão de privilégio, mas de ***medida de isonomia***, que se justifica seja pela natureza das atribuições desempenhadas (ensino, pesquisa, extensão e gestão), seja pelo tratamento uniforme conferido à jornada de trabalho, ou mesmo em outros aspectos centrais das carreiras, como sua estruturação em níveis e formas de progressão e promoção.

Nessa perspectiva, a correta interpretação da evolução normativa sobre o assunto, desde a edição do Decreto 1.590/1995 até a Lei 12.772/2012, revela que tanto os Docentes do MS, quanto do EBTT, estão dispensados do ponto eletrônico, por força da previsão regulamentar em vigor, bem como da equiparação das atividades no âmbito de um mesmo Plano de Cargos e Carreiras.

Por consequência, ***não há como reconhecer legalidade em eventual sistema uniforme, geral e indiscriminado de controle de ponto eletrônico que não leve em consideração as peculiaridades de cada cargo, em especial a dispensa relativa aos Professores do Magistério Federal (MS e EBTT)***.

* + - 1. **As Diretrizes e Bases da Educação Nacional**

Por outro lado, a necessidade de carga horária diferenciada para os professores está prevista desde a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, como se pode ver:

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

(...).

V - ***período reservado*** a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

Ou seja, vem da norma que estabelece as diretrizes e bases para toda a educação nacional a determinação para uma carga horária diferenciada aos professores, devendo, por isso, ficarem dispensados do controle tradicional de frequência e assiduidade, sendo essa mais uma importante norma que deve integrar a interpretação acerca do disposto no Decreto nº 1.590/95.

Tal assertiva encontra maior força quando se trata do Magistério Federal, que além das atividades voltadas ao ensino, nesse patamar engloba-se toda atividade didático-pedagógica necessária ao dia-a-dia em sala de aula, como também aquelas correlatas à pesquisa e extensão acadêmicas.

Também a LDB veio explicitar que a educação profissional e tecnológica integra diferentes níveis e modalidades de educação e dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia, abrangendo não só cursos de formação inicial e continuada ou qualificação profissional e de educação profissional técnica de nível médio, como também de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação. Veja-se:

Art. 39.  A educação profissional e tecnológica, no cumprimento dos objetivos da educação nacional, integra-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

§ 1o  Os cursos de educação profissional e tecnológica poderão ser organizados por eixos tecnológicos, possibilitando a construção de diferentes itinerários formativos, observadas as normas do respectivo sistema e nível de ensino.

§ 2o  A educação profissional e tecnológica abrangerá os seguintes cursos:

I – de formação inicial e continuada ou qualificação profissional;

II – de educação profissional técnica de nível médio;

III – de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação.

Nota-se que também a LDB reconhece especificidades na jornada de trabalho dos professores, sobretudo do magistério federal, sem excepcionar os docentes ligados ao ensino técnico e tecnológico. Não há, portanto, razão de diferenciação para tratamento desses profissionais de magistério (EBTT) no que tange à dispensa do controle de ponto.

* + - 1. **Posicionamento da AGU (Procuradorias Federais) e do Governo**

Como se viu, **a carreira do Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico – EBTT é regida pela mesma norma do Magistério do Ensino Superior**, qual seja a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, e deve, por via de consequência, e por respeito ao preceito constitucional da isonomia, ser submetida ao mesmo regime de prerrogativas, direitos e atribuições. Isso inclui a aplicação da exceção da alínea “e”, §7º, artigo 6º, do Decreto nº 1.590/95.

Nessa linha de argumentação, são diversos os pareceres da AGU, de Procuradorias Federais, já de longa data, reconhecendo a equiparação entre os cargos e carreiras compreendidos no Magistério Federal para fins de dispensa do ponto eletrônico. Cite-se, por ilustrativo, o posicionamento da AGU no Parecer 6282/2012, relativo à UFSM, ***ainda anterior ao Novo Plano de Carreira***, com trechos da fundamentação ora transcritos:

(...) 1. Trata-se de solicitação de parecer dirigida a esta Procuradoria Federal pela Ouvidoria da UFSM, através de memorando de nº 026/2012 e pela PRRH, como interessada, sobre a legalidade da dispensa do sistema de controle eletrônico de jornada de trabalho dos professores do ensino básico, técnico e tecnológico da UFSM, feita pela Resolução 05/2012, eis que, segundo a consulta, o decreto 1.590 não os contemplou.

(...) 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 instituto, 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**. (...) (grifou-se)

Nessa linha de entendimento, cumpre reconhecer que a aplicação da exceção da alínea “e”, §7º, artigo 6º, do Decreto nº 1.590/95 também é extensiva aos docentes do EBTT. Por sua vez, não há razão para diferenciação de tratamento entre Magistério Superior e Ensino Básico, Técnico e Tecnológico sobre o assunto, de modo que o sistema eletrônico de controle de frequência não deve ser exigido aos professores (MS e EBTT) do CEFET/RJ.

**Contudo, apesar da clareza do argumento e do apoio que ele encontra no Direito, a AGU, mais recentemente, influenciada por normativas do Governo Federal, passou a interpretar erroneamente a matéria**.

Num primeiro momento, o então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no bojo da **Instrução Normativa 2, de 12 de setembro de 2018**, simplesmente reproduziu, em seu art. 8º, o texto do Decreto, sem aproveitar a oportunidade existente para aclarar a dúvida sobre a dispensa de ponto eletrônico dos professores EBTT.

Como inovação nesse quesito, a Instrução Normativa apenas trouxe a possibilidade de dispensa aos servidores participantes de programa de gestão, mas nada disse a respeito dos demais professores do magistério federal. Veja-se:

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.

A defasagem do texto é notável, pois continua adotando nomenclatura desatualizada ao se referir aos docentes do magistério federal. Nesse contexto, é de se reconhecer **que tal IN em nada alterou a intepretação válida até então – e exposta nesse parecer – por também compreender os docentes EBTT na condição de dispensados do ponto eletrônico**.

O tema seguiu em discussão no âmbito das Procuradorias e do Governo Federal até que, já durante a pandemia da Covid-19, foi editada a **Nota Técnica SEI 288499/2020** do agora **Ministério da Economia**, pretendendo ***“consolidar”*** o entendimento acerca do assunto.

A posição mais recente do Governo pode ser depreendida da conclusão do documento:

(...) em consonância com o Parecer n° 00117/2019/DECOR/CGU/AGU, do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União, e considerando que a dispensa de controle de frequência é medida excepcional a ser adotada pela Administração Pública, e em observância ao disposto a alínea "e" do § 7º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995, com a redação conferida pelo Decreto nº 1.867, de 1996, assegura a dispensa do controle de frequência para os ocupantes dos cargos de "*Professor da Carreira de Magistério Superior do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos*", não se aplicando referenciada disposição regulamentar aos integrantes da Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico - EBTT.

A referida Nota Técnica não tardou em repercutiu entre as diversas IFEs e junto à categoria docente. De pronto, o ANDES-Sindicato Nacional manifestou sua posição contrária ao indicativo do governo. A Assessoria Jurídica Nacional da entidade, por sua vez, emitiu parecer, na mesma linha do presente documento, indicando os equívocos da NT do Ministério da Economia e apontando as razões jurídicas pelas quais a dispensa de ponto eletrônico se aplica ao magistério federal como um todo. Vale citar:

(...)

Ou seja, o Ministério da Economia fez uma interpretação absolutamente literal da lei, sem se atentar que os docentes EBTT estão em situação anti-isonômica em relação aos docentes do Magistério Superior Federal quanto à alegação de observância do controle de frequência. Parace ser bastante óbvio que a dispensa de controle garantida aos docentes do Magistério Superior Federal deriva justamente da natureza de sua atividade, ancorada sob o tripé do ensino, pesquisa e extensão. Os docentes EBTT se submetem à mesma indissociabilidade, na medida em que os docentes dos Institutos Federais de Ensino e dos CEFET – Centro de Ensino Federal Tecnológico também exercem o ensino, a pesquisa e a extensão. Contudo, o Decreto que previu a exceção atribuída aos docentes do Magistério Superior Federal é antigo, de 1995, e encontra-se não apenas desatualizado como omisso em relação à estrutura do ensino no Brasil.

O Ministério da Economia tem consciência dessa circunstância de omissão legal, mas prefere agir sob a interpretação literal do Decreto, quando poderia exercer a hermenêutica histórica. Ou seja, a compreensão que aqui se defende é no sentido de que a análise das legislações editadas na década de 90, sob o viés da construção da teoria da isonomia, permite que os docentes EBTT sejam submetidos ao mesmo regime de prerrogativas, direito e atribuições do que os docentes do Magistério Federal. Isso inclui, por óbvio, a aplicação da exceção da alínea “e”, §7º, artigo 6º, do Decreto nº 1.590/95, dispensando-os do controle de frequência de ponto.

(...)

No estágio atual do debate, é imperioso que as instituições federais de ensino, em especial as Universidades, no exercício da autonomia administrativa que lhes são asseguradas pela Lei e pela Constituição, reconheçam a inaplicabilidade do controle de ponto eletrônico aos docentes EBTT.

Importante, também que elas asseguram internamente a prevalência de tal posicionamento, por seus atos e resoluções; e, por fim, mas não menos importante, que busquem a revogação e anulação de Instruções Normativas e Notas Técnicas em sentido contrário, com vistas à alteração e atualização do teor do Decreto 1.590/95.

* + - 1. **O Ministério Público Federal e a Ação Civil Pública 5030949-15.2021.4.02.5101**

No que tange à UFRRJ, a matéria já se encontra *sub judice*. Em abril de 2021, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública (processo n. 5030949-15.2021.4.02.5101) buscando, entre outras coisas, a implantação do ponto eletrônico para professores EBTT.

A ação judicial tem origem em Inquérito Civil instaurado em 2020, durante a pandemia da Covid-19, a exemplo de outros referentes a várias instituições federais de ensino no Rio de Janeiro. Mais especificamente, o Inquérito esteve voltado ao Colégio Técnico da Universidade Rural, buscando informação sobre o que o Ministério Público alega ser a “inexistência” de controle de jornada de trabalho.

A iniciativa do MPF não se resume ao controle de ponto, chegando a apresentar, entre os pedidos da petição inicial, o “*monitoramento por meio de câmeras com captura, gravação e armazenamento de imagens pelo prazo mínimo de um ano, em todas as unidades da instituição*”, pleito esse que, diga-se de passagem, não veio acompanhado de qualquer justificativa plausível ou minimamente coerente.

Ainda em maio de 2021, o pedido de tutela de urgência apresentado pelo MPF foi ***indeferido*** pelo Juiz da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, onde tramita o processo. Em janeiro deste ano, foi proferida **sentença julgando improcedentes** os pedidos da ação.

Vale trazer alguns trechos da fundamentação:

(...) Dentre as hipóteses de dispensa, a norma contemplou os professores da Carreira do Magistério Superior – MS, conforme art. 6º, §7º, alínea “e”, acima em destaque.

Ainda que o objetivo fosse também estender tal prerrogativa aos profissionais do EBTT, a referida norma não poderia ter feito menção à categoria, pois a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica só foi instituída posteriormente, com a entrada em vigor da Lei nº 11.892/2008.

Anos após, a Lei nº 12.772/2012 dispôs sobre a Carreira de Magistério Superior (MS) e sobre a Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT). Apesar da nítida distinção entre ambas (art. 1º, I e III), também ficou consignado que as atividades das Carreiras e Cargos Isolados do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal (ou seja, a do Magistério Superior e a do EBTT) são “*aquelas relacionadas ao ensino, pesquisa e extensão e as inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição, além daquelas previstas em legislação específica*” (art. 2º, *caput*).

Portanto, conforme salientado por este juízo (na ocasião em que enfrentou o pedido de tutela provisória), diante da patente semelhança entre ambas (MS e EBTT), no desempenho de suas atribuições funcionais, é razoável concluir que o docente no cumprimento de suas obrigações poderá realizar determinadas atividades dentro da sala de aula e outras fora da instituição de ensino, conforme o caso e a finalidade.

(...)

Outrossim, a UFRRJ destacou que, a despeito das diligências adotadas, as atividades exercidas pelos docentes pertencentes à carreira do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT) são as mesmas desenvolvidas pelos docentes pertencentes à carreira do Magistério Superior, conforme previsto no art. 2º, da Lei nº 12.772/2012; que, em ambos os casos, ambas as carreiras exigem dos docentes um certo grau de flexibilização para o regular exercício de suas atribuições (ensino, pesquisa e extensão); e que, na presente, não se discute equiparação total das relações de emprego, a questão cinge-se à isonomia no ponto específico do controle de frequência (evento 18, CONT1, folhas 20 e 29).

A autarquia ré esclareceu ainda que a análise quanto à melhor forma de controle de assiduidade dos servidores envolve a discricionariedade do Poder Público, na qual não cabe a ingerência do Poder Judiciário; e que não existe orçamento para cobrir a pretensão de “*controle (biométrico) de frequência, conjugado com monitoramento por meio de câmeras com captura, gravação e armazenamento de imagens pelo prazo mínimo de um ano, em todas as unidades da instituição*” (evento 18, CONT1, folha 40).

Nestes termos, considerando que a alegada integração tem previsão legal, promovida pela Lei nº 12.772/2012 (art. 1º, *caput*), que eventual dispensa do controle diário de ponto deva ter por objetivo unicamente o pleno exercício das atividades desempenhadas pelos docentes e que a matéria encontra-se afeta aos critérios de discricionariedade administrativa da autarquia ré, não se vislumbra arbitrariedades quanto aos fatos apresentados na exordial.

(...)

O Ministério Público Federal apresentou recurso contra a decisão e o julgamento da Apelação está pautado para iniciar em 17 de agosto, em sessão virtual, junto à 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O relator do processo é o Desembargador Alcides Martins.

Embora não possamos antever qual será o entendimento do Relator e da 5ª Turma neste processo, é relevante destacar que o TRF da 2ª Região já decidiu caso semelhante, relativo aos docentes EBTT do IFES-Campus Itatiba/ES. Na ocasião, prevaleceu posição favorável. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. ENSINO. CONTROLE DE FREQUÊNCIA. DISPENSA. ART. 6º DO DECRETO Nº 1590/95 e Nº 1.867/96. PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO TÉCNICO E TECNOLÓGICO. EQUIPARAÇÃO À DOCENTES DO MAGISTÉRIO SUPERIOR. LEI Nº 12.772/2012. APLICAÇÃO EXTENSIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Apelação cível em face de sentença que julgou improcedente pedido de declaração de dispensa de docentes do Ensino Básico Técnico e Tecnológico (EBTT) do controle de frequência de servidores público federais, em consonância com o Decreto 1.590/95, em razão de equiparação da carreira à do Magistério Superior.

2. Os servidores públicos federais da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional devem, em regra, se submeter ao controle de frequência (art. 1º do Decreto nº 1.867/96), excepcionados aqueles que exercem atividades eminentemente externas (§ 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590/95) ou, ainda, os que se enquadrem em uma das hipóteses previstas no § 7º do art. 6º do Decreto n° 1.590/95.

3. O Decreto n° 1.590/95, com redação dada pelo Decreto nº 1.867/96, dispensou 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. Inexiste previsão acerca dos professores de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico - EBTT, criada com a Lei nº 11.892/2008.

4. Cinge-se a controvérsia em perquirir o direito de docentes do Ensino Básico Técnico e Tecnológico (EBTT) vinculados ao IFES -Campus Ibatiba/ES à dispensa do controle de frequência de jornada laboral, em razão de alegada equiparação da carreira de docente do EBTT à carreira de docente de Magistério Superior.

5. A Lei nº 12.772/2012 passou a estruturar um único Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, composto tanto pela carreira de Magistério Superior, quanto pela carreira de Magistério EBTT. Em que pese distinção entre as carreiras, ficou determinado que as atividades dos cargos do Plano de

Magistério Federal [portanto, EBTT e Magistério Superior] são as de "ensino, pesquisa e extensão e as inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição, além daquelas previstas em legislação específica" (art. 2º, caput).

6. Contata-se a semelhança quanto ao tipo de ofício empregado por ambas as carreiras, com exercício de certos tipos de atividade que exigem um grau de flexibilidade do docente, porque realizadas tanto dentro da sala de aula (como o ensino em si e aplicação de provas), como também fora do instituto escolar (com o preparo de aulas e de avaliações e a participação em cursos e congressos).

7. A existência de tais características peculiares, inerentes a ambos os cargos de docência a que se pretende equiparar, ensejam a leitura do Decreto n° 1.590/95 de modo não restritivo, abarcando-se, por conseguinte, os docentes do Ensino Básico Técnico e Tecnológico quanto à inexigibilidade de controle de frequência.

8. Medida que apenas se justifica pela natureza das atribuições desempenhadas (ensino, pesquisa, extensão e gestão). A finalidade da dispensa do controle de frequência dos docentes EBTT resume-se na possibilidade de pleno exercício das atividades atinentes ao cargo, incluindo as que exigem uma flexibilidade no horário.

9. No entanto, tal interpretação deve ser aplicada apenas quando constatada que se está diante de obrigatoriedade de um controle de assiduidade e pontualidade referente à toda jornada de trabalho do docente EBTT, isto é, quando se exige o cumprimento de frequência por controle mecânico, controle eletrônico ou folha de ponto, restringindo-lhe o espaço para a atuação enquanto docente.

10. Sentença reformada de modo a se reconhecer aos docentes do Ensino Básico Técnico e Tecnológico do IFES -Campus Ibatiba/ES a dispensa do controle de frequência da jornada de trabalho. Destaca-se, contudo, que tal dispensa não afasta a prerrogativa da instituição de controle [mecânico, eletrônico ou folha de ponto] adequado à verificação de realização das atividades que não ensejam flexibilidade de horário, como aplicar provas presenciais ou ministrar aulas.

11. Provido o recurso, impõe-se a inversão, em favor dos recorrentes, da condenação em honorários sucumbenciais, fixados pelo Juízo a quo em 10% sobre o valor da causa (R$50.000,00) atualizado, nos t ermos do art. 85, §3º, I, do CPC/2015.

12. Apelação provida.

(TRF2 – 00281149020174025001. Relator: Des. Federal Ricardo Perlingeiro. Dj. 04/12/2018)

Na linha do julgamento acima mencionado, esperamos que o Tribunal mantenha a sentença, ou seja, também julgue improcedentes os pedidos do MPF. Uma possibilidade não desprezível, porém, é que o julgamento caminhe numa direção intermediária, qual seja, de reconhecer a impossibilidade do controle de ponto eletrônico quanto à totalidade da jornada de trabalho do docente EBTT, mas autorize a implantação de um sistema eletrônico no que diz respeito exclusivamente às horas em sala de aula.

De todo modo, a indicação mais relevante é a própria existência de uma Ação Civil Pública em andamento que já está discutindo o assunto e as medidas que devem/podem ser adotadas no âmbito da UFRRJ. O resultado desse processo judicial será crucial para os próximos passos.

* + - 1. **Conclusões**

Em suma, a partir do exame das questões acima, é possível depreender que:

**a)** a correta interpretação da evolução normativa sobre o assunto, desde a edição do Decreto 1.590/1995 até a Lei 12.772/2012, revela que tanto os Docentes do MS, quanto do EBTT, estão dispensados do ponto eletrônico, por força da previsão regulamentar em vigor, bem como da equiparação das atividades no âmbito de um mesmo Plano de Cargos e Carreiras;

**b)** por consequência, ***não há como reconhecer legalidade em eventual sistema uniforme, geral e indiscriminado de controle de ponto eletrônico que não leve em consideração as peculiaridades de cada cargo, em especial a dispensa relativa aos Professores do Magistério Federal (MS e EBTT)***;

**c)** eventual implantação de ponto eletrônico para a totalidade da jornada de trabalho dos Professores EBTT, especialmente sem a existência de regulamentação interna prévia e regular, implicará, por parte do Gestor, o cometimento de ato de improbidade administrativa;

**d)** a edição de regulamento interno que dispense os docentes EBTT de sistema de ponto eletrônico não representa qualquer ilegalidade passível de sanção, uma vez que está fundamentada na correta interpretação da Lei e dos Regulamentos em vigor;

**e)** o resultado da Ação Civil Pública em tramitação sobre o tema será crucial para os próximos passos, ou seja, para indicam que medidas podem e não podem ser adotadas pela Administração.

Por esse momento, é o que temos a anotar.

***Carlos Alberto Boechat Rangel***

***OAB/RJ 64.900***

***Assessoria Jurídica da ADUR***

***Júlio Canello***

***OAB/RJ 167.453***

***Assessoria Jurídica da ADUR***