



Comissão da
Advocacia Pública

PARECER REFERENCIAL OAB/SP – CAP nº 1/2023

ASSUNTO: Controle de jornada de trabalho de advogados públicos por meio de registro de ponto diário, eletrônico ou manual.

EMENTA: A instituição de controle diário de jornada de trabalho por meio de ponto manual, inclusive lista de frequência, mecânico ou biométrico é incompatível com a natureza das atribuições legais e constitucionais do Advogado Público e atenta contra sua liberdade de exercício profissional e independência técnica.

Comissão da Advocacia Pública,
Senhora Presidente,

A Comissão da Advocacia Pública do OAB/SP solicita análise e emissão de parecer, que possa eventualmente ser aprovado em caráter referencial, sobre a instituição de controle de jornada de trabalho por meio de registro de ponto diário, eletrônico ou manual, para advogados públicos.

O tema não constitui novidade, tendo sido objeto de análise em outros momentos, ensejando, pelo menos, a emissão de dois pareceres anteriores, dos quais se busca consolidar os argumentos e promover a atualização possível.

O primeiro deles, designado Parecer Padrão 01/CAP e datado de 25 de janeiro de 2018, elaborado pela Comissão de Estudos para Elaboração de Pareceres Padrão, constituída no âmbito desta Comissão por Anna Cândida Alves Pinto Serrado, Nilma de Castro Abe, Rafael Prandini Rodrigues e Renata Ferrero Palone, concluiu que:

(...) em virtude de isonomia com as demais carreiras típicas de Estado que exercem Função Essencial à Justiça, o controle diário de jornada de trabalho diário aferido por ponto (manual ou biométrico) e o cumprimento de carga horária diária em local fixo, ferem as prerrogativas dos advogados públicos de independência funcional e técnica, em razão da natureza do trabalho técnico-profissional do advogado, de representação, que exige mobilidade e flexibilidade de horários.”

O segundo parecer, denominado Parecer Referencial OABSP-CAP nº 1/2021 e elaborado em julho de 2021 por Alberto Shinji Higa, Patrícia Helena Massa, Raquel Barbosa, Taísa Cintra Dosso e Sérgio Martins Guerreiro, todos membros desta Comissão. Essa manifestação concluiu que:

“(...) eventual conduta que se distancie das normas constitucionais e legais acima indicadas, configurará inegável violação à independência funcional e técnica, em razão da natureza do trabalho técnico profissional do advogado, essencialmente intelectual, de representação, que exige mobilidade e flexibilidade de horários, tal como já assentado, nas **Súmulas 2 e 9 do Conselho Federal da OAB**:

Súmula 2 – ‘A independência técnica é prerrogativa inata da advocacia, seja 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.’

Súmula 9 – ‘O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.’”

Em vista das análises anteriores, o que se deve destacar, desde o início, é que persistem reclamações à CAP sobre situações em que ocorrem tentativas de violação dessa prerrogativa profissional do advogado público, o que motiva esta nova sistematização do tema, e que o tempo decorrido não infirmou a validade dos argumentos expostos nos pareceres anteriores.

Para evitar a transcrição dos textos, que permanecem atuais, passo a resumir seus fundamentos:

a) a Advocacia Pública está prevista na Constituição Federal como uma das funções essenciais à justiça, competindo-lhe representar judicial e extrajudicialmente as entidades públicas e desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico; como as demais funções essenciais à justiça de caráter público, o ingresso nessas carreiras ocorre exclusivamente por meio de concurso público de provas e títulos e seus membros estão submetidos a estatutos próprios (artigos 131 e 132 da Constituição Federal);

b) por esta peculiaridade institucional decorrente da Constituição Federal, o compromisso do advogado público é com a promoção e a defesa do interesse público primário, dos interesses da



sociedade titularizados pelo Estado, o que não se confunde com a missão de defender incondicionalmente o órgão público a que está vinculado ou os agentes públicos que governam temporariamente. A Advocacia Pública exerce uma função de Estado, permanente, não de governo, temporária, sendo sua finalidade institucional a promoção da legalidade da Administração Pública e a realização do Estado Democrático de Direito;

c) para consecução dos fins institucionais da Advocacia Pública, o advogado público deve exercer sua função com independência, livre de ingerências externas e internas indevidas; qualquer tentativa de interferir na sua atuação, sem um amparo na legislação e na Constituição, é danosa ao interesse público e deve ser prontamente combatida por ele e pelos órgãos de controle da Administração;

d) por outro lado, do ponto de vista geral da Advocacia (do qual a Advocacia Pública é uma espécie com delineamentos constitucionais), é um direito e um dever ético do advogado zelar por sua liberdade e independência profissional, conforme, especialmente, os arts. 7º, I, 18 e 31, § 1º, do Estatuto da OAB e o art. 4º do Código de Ética e Disciplina;

e) o advogado público desenvolve atividade essencialmente intelectual e o produto de sua atividade profissional, geralmente concretizadas em textos ou manifestações técnico-jurídicas escritas, não depende ordinariamente da presença em espaços físicos determinados ou em intervalos de tempo definidos pelos horários de expedientes tradicionais das empresas privadas ou repartições públicas; ao contrário, o trabalho do advogado, na sociedade contemporânea, incorpora os avanços tecnológicos e diversos insumos relevantes para a atividade jurídica são encontrados em meios eletrônicos, notadamente na rede mundial de computadores, de forma que a advocacia pode ser considerada uma das profissões mais fortemente vocacionadas para o trabalho à distância, caracterizada pela desnecessidade de deslocamento diário para um escritório, sem que isso se apresente como direito de se ausentar de forma permanente e injustificada do seu local de trabalho, até porque o advogado público, como funcionário público, deve atender aos princípios constitucionais, sem prejuízo das obrigações profissionais previstas na legislação que lhe incumbe aplicar e orientar a aplicação pelas autoridades públicas;

f) a hierarquia administrativa não alcança o exercício estritamente técnico-profissional das atividades do advogado, de forma que é ilegal ao superior hierárquico pretender expedir ordens, comandos ou orientações técnicas para determinar a atuação profissional do advogado para esta ou aquela conclusão, ressalvadas a fixação de entendimentos para uniformização da atuação jurídica do órgão ou entidade; a afronta à liberdade profissional independe de intenção deliberada e consciente de alcançar finalidade indevida ou de utilização concreta de limitações



ou restrições, bastando para configurar violação do estatuto legal do exercício profissional de advogado a caracterização de demérito à profissão;

g) os advogados públicos exercem a representação dos órgãos e entidades públicas por força de lei, sendo incompatível com a atividade de representação de interesses, que envolve a diligência, a administração e zelo pelo interesse público, a limitação de um espaço físico para a prestação deste serviço, justamente porque o advogado necessita da liberdade de deslocamento (ampla mobilidade) e liberdade de desenvolver seu trabalho fora de um local fixo e, eventualmente, de um horário predefinido, para melhor cuidar do interesse de que foi incumbido;

h) os advogados públicos têm direito a tratamento isonômico em relação a magistrados e membros do Ministério Público, seja porque todos se caracterizam como funções essenciais à Justiça, seja por força do art. 6º do Estatuto da OAB;

i) existem formas de controle dos deveres funcionais que são compatíveis com o exercício da atividade jurídica, como controle de produtividade, de desempenho e de eficácia, considerando-se que a mera presença do profissional na repartição pública, mediante o registro de ponto manual ou eletrônico, não demonstra o desempenho de suas funções de modo regular e adequado;

j) o 1º Encontro de Presidentes das Comissões de Advocacia Pública dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado no segundo semestre de 2019, fez constar no Enunciado 5º da “Carta de São Paulo” seu posicionamento sobre o tema:

“Controle de ponto: Advogados cumprem a sua missão constitucional dentro de prazos legais e peremptórios, independentemente do término do horário de expediente. A natureza intelectual, técnica e científica das atribuições constitucionais dos advogados públicos é incompatível com o controle de jornada através da exigência de ponto mecânico, eletrônico ou digital, ou de lista de frequência, sem prejuízo de que a assiduidade e a produtividade sejam mensuradas por padrões institucionais de controle quantitativo, qualitativo e de disponibilidade para a prestação do serviço;”

k) a Comissão da Advocacia Pública recebeu reclamações sobre o uso de controle de jornada como um meio de pressão, vigilância e assédio moral sobre o advogado público como tentativa de frustrar sua independência técnica no exercício profissional.



Em todas as vezes anteriores em que se tratou do tema, foram indicadas decisões judiciais que reconheceram a prerrogativa dos advogados públicos de não se submeterem a controle arbitrários de jornada de trabalho por meio de controle de ponto.

Assim exposto o assunto em análise e o teor dos debates e posicionamentos anteriormente havidos no âmbito desta Comissão, registro desde o já que meu entendimento segue a mesma orientação. Com efeito, os advogados públicos, enquanto segmento da Advocacia com regramento constitucional especial, são incumbidos da representação e defesa do interesse público primário, do erário e do Estado, merecem tratamento isonômico com as demais carreiras integrantes das denominadas “Funções Essenciais à Justiça”, previsto, ademais, para todos os advogados do já citado art. 6º do Estatuto da OAB.

Neste sentido, como bem assentado nos precedentes desta Comissão, a natureza das atribuições dos advogados públicos, que é intelectual, técnica e científica, é incompatível com o mero controle do tempo de jornada de trabalho por meio de ponto mecânico, eletrônico, manual ou lista de presença, porque se trata de meio evidentemente dissociado da verificação do atingimento dos fins institucionais da Advocacia Pública e da atuação de seus integrantes. A evidente inadequação destes meios burocráticos, por outro lado, não impede que a assiduidade, a produtividade e a eficiência dos profissionais sejam avaliadas por outros padrões institucionais objetivamente estabelecidos.

A relação que se faz nas manifestações anteriores entre o mero controle do tempo imposto pelos controles de ponto e a independência profissional é dada pela ofensa à prerrogativa (na verdade, uma condição indispensável para o exercício) profissional de poder definir com liberdade e independência técnica a melhor forma de cumprimento de suas obrigações legais (que decorrem do Estatuto da OAB, das leis processuais e administrativas, etc.) com vistas ao interesse representado e a necessidade de flexibilidade para cumprimento adequado de suas atribuições de representação, consultoria e assessoramento.

Este aspecto guarda também relação com a triste realidade que se tem constatado ao longo do tempo nesta Comissão, que é o fato de que a implantação de sistemas de controle de ponto para os advogados públicos não ocorre comumente como meio voltado ao aperfeiçoamento do serviço público, ordeiro e planejado, mas frequentemente como forma de pressão, represália ou algum interesse mais genérico relacionado a dar resposta a supostos clamores públicos por

maior controle administrativo. Nestes casos, a par de afrontar o exercício profissional e vilipendiar a Advocacia como um todo, essa providência pode estar eivada de desvio de finalidade, improbidade administrativa ou constituir forma de assédio moral.

É, no entanto, prerrogativa legal de qualquer advogado ou advogada receber das autoridades e os servidores públicos dos Poderes da República, os serventuários da Justiça e os membros do Ministério Público tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho, preservando e resguardando, de ofício, a imagem, a reputação e a integridade do advogado (art. 6º, § 1º do Estatuto da OAB), e esta prerrogativa resta violada em face de qualquer ato tendente a coarctar sua liberdade profissional, interferir com sua independência técnica ou, de qualquer modo, abalar a sua imagem e a boa reputação. Aliás, tratando-se de realização do interesse público, não é incabível registrar que a imposição limites e obrigações artificiais ou sem necessidade objetivamente demonstrada ao exercício da advocacia, notadamente de caráter físico ou temporal, pode se caracterizar como medida claramente lesiva ao erário,

especialmente diante da generalização dos processos eletrônicos em detrimento de processos físicos, dos meios disponíveis de tecnologia da informação para realização de trabalho fora do local fixo, de nova formas de distribuição de trabalho nas Procuradorias e novas formas de aferição da produtividade do trabalho.

Em reforço dos argumentos expostos, cumpre anotar também que os tribunais continuaram a decidir no mesmo sentido, em especial o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 1.400.161, relatado pelo Min. Edson Fachin (j. 14/12/22, DJe 16/12/22, trânsito em julgado em 16/3/23), assim fundamentado:

“Verifico que o acórdão recorrido está em dissonância com a disciplina constitucional da advocacia com função essencial à justiça do art. 133 da CRFB.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que disciplina tal artigo, em seu art. 7º, I, dispõe sobre o direito do advogado de exercer suas funções com liberdade em todo o território nacional. *In verbis*:

‘Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;’

É necessário esclarecer que liberdade inscrita no dispositivo inclui independência e flexibilidade na atuação funcional, além dos limites físicos do ambiente de trabalho,



compreendendo compromissos externos, exercício em horários além da jornada, feriados e fins de semana para que sejam atendidos os prazos processuais.

Tais prerrogativas se estendem aos 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 de administração indireta e fundacional.

Sendo assim, aplicam-se integralmente ao procurador público, eis que está amparado pelo referido diploma.

Além disso, cabe ressaltar o teor da súmula nº 9 do Conselho Federal da OAB que estabelece: O controle de ponto é incompatível com as atividades de Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilização de horário.

Dito isso, inegável é a incompatibilidade de controle de ponto de cumprimento da jornada regular dos advogados públicos ante a natureza de trabalho que compõe a profissão pela liberdade de atuação e flexibilidade de horários, inerentes à profissão. Ainda nesse sentido, o Decreto Municipal nº 12.877/2019, ao regulamentar a jornada de trabalho dos procuradores, extrapolou o poder regulamentar ao impor obrigação não prevista de forma expressa na lei.

O legislador municipal, embora tenha atribuído ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de regulamentar a duração da jornada de trabalho, não estendeu à referida forma de controle relativamente aos advogados públicos, cuja atividade é em princípio incompatível com a metodologia do controle de frequência.”

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamentos recentes, tem igualmente reiterado esse entendimento, (Agravo de Instrumento nº 2108414-58.2023.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, j. 30/6/23, trânsito em julgado em 21/8/23; Agravo de Instrumento nº 2108488-15.2023.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, j. 15/6/23, trânsito em julgado em 02/8/23).

Como conclusão do julgamento, foi afastado o controle de jornada de trabalho, por meio de cartão de ponto ou ponto eletrônico, dos Procuradores Municipais de Jaraguá do Sul – SC.

Em outra ordem de consideração, como já mencionado em outras passagens, a Advocacia Pública é espécie de gênero muito mais amplo, sendo útil lembrar que o entendimento exposto nesta manifestação diz respeito àqueles segmentos da Advocacia mencionados no Provimento 114/2006 do Conselho Federal da OAB, quais sejam, os membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, da

Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal, das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das respectivas entidades autárquicas e fundacionais, das Procuradorias e Consultorias Jurídicas junto aos órgãos legislativos federais, estaduais, distrital e municipais, bem como os que são estáveis em cargo de advogado, por força do art. 19 do ADCT. Quanto a estas categorias particulares e em relação às suas prerrogativas profissionais e institucionais, é indiferente se o vínculo funcional com a Administração Pública seja “estatutário” ou “celetista”, porque em qualquer circunstância a relação funcional é determinada pelo direito administrativo e pelas disposições constitucionais que regem a Advocacia Pública como uma instituição do Estado brasileiro.

Com essas considerações, submeto à apreciação de Vossa Senhoria e da Douta Comissão a conclusão de que a instituição de controle diário de jornada de trabalho por meio de ponto manual, inclusive lista de frequência, mecânico ou biométrico é incompatível com a natureza das atribuições legais e constitucionais do Advogado Público e atenta contra sua liberdade de exercício profissional e independência técnica.

São Paulo, 13 de novembro de 2023.

MARCOS GERALDO BATISTELA

OAB/SP 114.287

Membro Consultor da Comissão da Advocacia Pública