



Instada a se manifestar sobre os direitos assegurados pela referida Lei, a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, por meio de sua Superintendência Central de Administração de Pessoal, emitiu o MEMO.GAB.SUGESP nº 126/2015, nos seguintes termos:

“Pedidos eletrônicos dirigidos à Diretoria Central de Orientação de Pessoal pelo canal RH RESPONDE estão sendo indeferidos com o seguinte teor:

“De acordo com o art. 19 da Instrução Normativa nº 01/2012 os ocupantes de cargos públicos abaixo relacionados têm direito a afastar-se do trabalho por motivo de DOAÇÃO de SANGUE devidamente comprovada por 01 dia em cada 12 meses de trabalho:

- detentores exclusivamente de cargo de provimento em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
- agentes políticos, ressalvado o exercente de mandato eletivo vinculado ao respectivo regime próprio de previdência social;
- designados que se refere a alínea “a” do § 1º (Art. 10 da Lei 10520)
- contratados nos termos da (Lei 18.185)

OBS: As disposições da Lei 11.105 referentes aos dias de afastamento por motivo de doação de sangue (máximo de 02 dias por ano correspondentes a 02 doações” e de “01 dia descanso acrescido às suas férias”) não são aplicadas, pois a Lei ainda não foi regulamentada”.

“A Resolução SEPLAG nº 10/2004 estabelece que:

“Art. 31. Serão consideradas justificadas, para efeito de abono do ponto, as ausências do servidor ao trabalho pelos seguintes motivos:

(...)

II – doação de sangue, mediante apresentação de documento comprobatório;

O servidor terá a falta do dia em que realizar a doação de sangue abonada mediante apresentação de documento comprobatório.”

A Lei nº 11.105/1993 está em vigor, porém depende de regulamentação para ser aplicada, como prevê expressamente o seu art. 3º.



Entretanto, o art. 31 da Resolução SEPLAG nº 10/2004, que estabelece normas complementares relativas ao registro, controle e apuração da frequência dos servidores públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo, considera justificada a ausência do servidor ao trabalho para doação de sangue, mediante apresentação de documento comprobatório.

Sendo assim, diante da divergência de interpretação entre a Lei nº 11.105/1993, a orientação dirigida às Unidades de Recursos Humanos é a de que o servidor não terá acrescido às duas férias um dia de descanso decorrente da doação de sangue. Porém, no dia da doação, terá a ausência abonada mediante apresentação de documento comprobatório.

Sendo assim, diante da divergência de interpretação entre a Unidade Técnica da Superintendência Central de Administração de Pessoal/SEPLAG e a Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Social solicito a manifestação dessa Assessoria Jurídico-Administrativa no sentido de definir se a Lei Estadual nº 11.105/2003 poderá ser aplicada no âmbito do Poder Executivo Estadual a despeito de não ter sido regulamentada.

Em síntese, o pedido de manifestação desta Consultoria Jurídica deve-se, especialmente, à divergência entre o Parecer SEDS nº 247/2014 – AJU nº 219 – sms, e o entendimento do órgão da SEPLAG quanto à matéria.

Relatada a consulta, opino.

Parecer

Nas palavras do jus filósofo italiano Norberto Bobbio, externando o conteúdo jurídico do princípio da legalidade como pressuposto do Estado Democrático de Direito:

“Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o habito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo da democracia.



E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência.” (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, pp. 170/171)

Mais recentemente, parte da doutrina jusadministrativista passou a reportar-se ao princípio da juridicidade, como princípio autônomo do regime jurídico administrativo, querendo com isto externar a ideia de que a Administração Pública sujeita-se não somente à legalidade, em sentido estrito, mas a todo o ordenamento jurídico, no que se incluem todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, particularmente a seus próprios atos normativos.

Aderindo à corrente que critica a utilidade da alteração terminológica, mas reforçando a submissão da Administração Pública a todo o ordenamento jurídico, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da SILVA conclui:

“quer se utilize a expressão ‘princípio da juridicidade’, quer se continue a falar em ‘princípio da legalidade’ (como o faz o legislador nacional), o que há que ter presente é que se está perante uma noção positiva de legalidade, enquanto modo de realização do direito pela Administração, e não apenas como limite da actuação administrativa, e que por lei se entende não apenas a lei formal, mas também todo o Direito”. (*Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 84-85)

Reiterada a premissa da sujeição da Administração ao ordenamento jurídico, de forma ampla, é que passamos a analisar o caso, constatando ser o cerne da questão a aplicabilidade da Lei Estadual nº 11.105, de 1993, a despeito da ausência de regulamentação, como entende a SEPLAG.



A Constituição do Estado de Minas Gerais, em simetria ao art. 84, IV, da Constituição Federal, dispõe em seu art. 90:

Art. 90 – Compete privativamente ao Governador do Estado:

...

VII – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos;

O texto da Lei Estadual nº 11.105, de 1993, ora em análise, é o seguinte:

Art. 1º - O servidor público civil ou militar que doar sangue a banco de sangue estadual será dispensado do registro de ponto no dia da doação e terá direito a um dia de descanso, acrescido às suas férias regulamentares.
Parágrafo único - A doação deverá ser precedida de cadastramento do servidor no órgão estadual competente.

Art. 2º - O servidor terá direito a, no máximo, 2 (dois) dias de descanso por ano, correspondentes a 2 (duas) doações, observado o intervalo mínimo de 6 (seis) meses entre uma e outra.

§ 1º - Para fins de apuração e de controle dos dias de descanso a que tiver direito o servidor, a doação deverá anteceder as suas férias regulamentares em pelo menos 90 (noventa) dias.

§ 2º - Não poderão ser convertidos em espécie os dias de descanso a que se refere este artigo.

Art. 3º - O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º - Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 1.501, de 25 de outubro de 1956.

O cerne da consulta está na aplicabilidade dos artigos 1º e 2º, *em razão da norma contida no art. 3º da mesma Lei*. Ou seja, a ausência de regulamento, passados mais de 22 (vinte e dois) anos da edição da Lei, obstaculiza a concessão do dia de descanso ao servidor que doar sangue?

Antes e adentrarmos no tema, registra-se que a matéria de fundo comporta indagação à luz da teoria tridimensional do direito, proposta pelo Professor Miguel Reale.



Por meio da Lei Estadual nº 1.501, de 25 de outubro de 1956 – expressamente revogada pelo art. 5º da Lei Estadual nº 11.105, de 1993, o legislador mineiro assim conferiu tratamento aos cidadãos que exerciam o gesto humanitário de doar sangue:

Art. 1º - Será consignada com louvor na folha-de-serviço militar, de funcionário público civil ou servidor de autarquia, a doação voluntária de sangue, feita a Banco reconhecido de utilidade pública, devidamente comprovada por atestado oficial da instituição.

Art. 2º - Será dispensado do ponto, no dia da doação de sangue, o funcionário público civil, de autarquia ou militar que comprovar sua contribuição para tal Banco.

Art. 3º - O doador voluntário, que não for servidor público civil ou militar nem de autarquia, será incluído, em igualdade de condições exigidas em lei, entre os que prestem serviços relevantes à sociedade e ao Estado.

Para além da distinção honorífica, o caráter “premia” da norma *se limitava à dispensa do ponto no dia da doação.*

Regra semelhante, também dispensando o trabalhador de comparecer ao trabalho *no dia em que doar sangue*, consta do art. 473, IV, do Decreto-lei nº 5.452, de 1943, que contém a Consolidação das Leis do Trabalho, inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967. O direito é restrito a 1 (um) dia a cada 12 (doze) meses.

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que contém o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, também assegura a ausência do serviço *por 1 (um) dia* ao servidor que doar sangue. Não há limitação expressa do número de dias a cada ano. Também não há previsão de regulamento pelo Poder Executivo.

Em razão do mesmo fato, constata-se ao longo do tempo, e segundo a competência legislativa, semelhante valoração, mas chegando-se a resultados normativos distintos.



Em argumentação especulativa, à qual nos permitimos diante do admirável mundo novo que se descortina, a evolução da ciência poderá nos conduzir a momento em que o gesto – ainda imprescindível e humanitário – de doar sangue torne-se desnecessário, como descoberta do sangue artificial, ou sua produção em larga escala, a partir de células tronco ou outro substrato. Nestas hipóteses, possivelmente as normas jurídicas citadas deixarão de ter sentido. Ou seja, à luz da teoria tridimensional do direito, o fato novo e sua valoração poderão conduzir ao resultado da supressão da norma do ordenamento jurídico.

Entretanto, sabe-se que o momento histórico em que vivemos é outro e, conforme noticia a mídia, persiste o descompasso entre a demanda por sangue e a quantidade de doações, problema de saúde pública que, não raras vezes, se agrava em períodos como feriados prolongados e férias, sendo recorrentes campanhas de doação. Possivelmente este foi o mote do legislador estadual ao editar a Lei nº 11.105, de 1993.

Conforme texto acima transcrito, por meio de manifestação prévia, emitida nos termos do Decreto Estadual nº 46.223, de 2013, a SEPLAG conclui que somente o abono da falta no dia em que ocorreu a doação de sangue encontra-se regulamentado, na forma e nos limites dos instrumentos citados, sendo este o motivo determinante para o indeferimento da concessão do dia adicional de descanso, a ser somado às férias, como prescreve a segunda parte do art. 1º da Lei, observadas as limitações do art. 2º.

No que se refere ao poder regulamentar (que parte da doutrina qualifica dever regulamentar, a exemplo do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello; ou poder normativo, a exemplo da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro) e sua decorrência do princípio da legalidade, destacamos os posicionamentos doutrinários que seguem.



Para José dos Santos Carvalho Filho:

“O poder regulamentar é subjacente à lei e pressupõe a existência desta. É com esse enfoque que a Constituição autorizou o Chefe do Executivo a expedir decretos e regulamentos: viabilizar a efetiva execução das leis (art. 84, IV).

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

É legítima, porém, a fixação de obrigações secundárias (ou derivadas) – diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal; neste caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no art. 5º, II, da CF. (Manual de direito administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49)

Prossegue o autor, tratando especificamente das *leis pendentes de regulamentação*, o que, como visto, é o motivo determinante da conclusão da SEPLAG em sua manifestação técnica:

“Não raras vezes o legislador, ao instituir a lei, prevê que o Poder Executivo deve proceder a sua regulamentação. Quando o legislador contempla essa previsão, está implicitamente admitindo que a lei precisa ser complementada para merecer devida e correta aplicação. E o Poder Executivo, como regra, incumbe desempenhar essa função complementadora do mandamento legal através dos respectivos atos regulamentares.



A regra legal que autoriza o Chefe do Executivo a regulamentar a lei deve necessariamente apontar o prazo fixado para ser expedido o ato de regulamentação. Nesse prazo, a lei ainda não se torna exequível enquanto não editado o respectivo decreto ou regulamento, e isso porque o ato regulamentar, nessa hipótese, figura como verdadeira condição suspensiva de exequibilidade da lei. Significa que os efeitos da lei ficam pendentes, e somente quando implementada a condição com o advento do referido ato é que a lei se torna, então, passível de aplicabilidade.

O Executivo não pode se eximir de regulamentar a lei no prazo que lhe foi assinado. Cuida-se de poder-dever de agir, não se reconhecendo àquele Poder mera faculdade de regulamentar a lei, mas sim dever de fazê-lo para propiciar sua execução. Na verdade, a omissão regulamentadora é inconstitucional, visto que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o poder de legislação negativa em contrário, ou seja, de permitir que sua inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a estrutura de Poderes da República.

Com tal fundamento, se for ultrapassado o prazo de regulamentação sem a edição do respectivo decreto ou regulamento, a lei deve tornar-se exequível para que a vontade do legislador não se afigure inócua e eternamente condicionada à vontade do administrador. Nesse caso, os titulares de direitos previstos na lei passam a dispor de ação com vista a obter do Judiciário decisão que lhes permita exercê-los, com o que estará sendo reconhecido que a lei deve ser aplicada e observada. Entre as ações cabíveis está, como vimos, o mandado de injunção, remédio adequado conforme a natureza do direito dependente de regulamentação.

A ausência, na lei, de fixação de prazo para a regulamentação afigura-se nos inconstitucional, uma vez que não pode o Legislativo deixar ao exclusivo alvedrio do Executivo a prerrogativa de só tornar a lei exequível quando julgar conveniente. Primeiramente, inexistente tal prerrogativa na Constituição. E depois tal situação equivaleria a uma disfarçada delegação de poderes, o que é proibido no vigente sistema constitucional.” (Idem, pp. 51/52)

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre a finalidade e natureza da competência regulamentar leciona:

“Assim, inúmeras vezes, em consequência da necessidade de uma atuação administrativa, suscitada por lei dependente de ulteriores especificações, o Executivo é posto na contingência de expedir normas a ela complementares.

Ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos aspectos procedimentais de seu comportamento quanto no que respeita aos critérios que devem obedecer em questões de fundo, como condição para cumprir os objetivos da lei. [...]

18. Em face do quanto foi dito, já se pode assinalar e enfatizar que:



a) Onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá cabida para regulamento. Foi o que Geraldo Ataliba esclareceu luminosamente: “Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou dessa depende. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis”.

b) Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta –, não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente. (Curso de direito administrativo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 355/356)

Prossegue o autor:

“Costuma-se referir-se à atribuição regulamentar conferida ao Chefe do Poder Executivo designando-a como “poder regulamentar”. Embora de uso corrente e moente, a expressão é infeliz. Melhor seria designar tal atribuição como “dever regulamentar”, pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providência, e não meramente um “poder” de fazê-lo .

...

23. Por tais motivos, fácil é compreender-se que, se uma lei depende de regulamentação para sua operatividade, o Chefe do Executivo não pode paralisar-lhe a eficácia, omitindo-se em expedir as medidas gerais indispensáveis para tanto. Admitir que dispõe de liberdade para frustrar-lhe a aplicação implicaria admitir que o Executivo tem titularidade jurídica para sobrepor-se às decisões do Poder Legislativo. Tanto é exato que a omissão em regulamentar se caracteriza como descumprimento de dever jurídico que o art. 5º, LXXI, da Lei Magna estabelece: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ademais, o art. 85, VII, capitula como “crime de responsabilidade” o ato do Presidente que atente “contra o cumprimento das leis (...)”. Frustrar a execução de uma lei é descumpri-la por omissão. (Idem, pp. 357/358)

Tal como adverte o primeiro autor citado, o texto da Lei, em seu art. 3º, estabeleceu prazo para a edição de regulamento: 90 (noventa) dias. Não havia para o Chefe do Poder Executivo discricionariedade quando à escolha de outro momento posterior para regulamentação, de forma que o motivo determinante invocado pela SEPLAG, com a devida vênia, enseja o *reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão*.



Por outro lado, ainda à luz da doutrina do Professor José dos Santos Carvalho Filho, manter o indeferimento dos pedidos teria como implicação reconhecer o interesse de agir processual dos servidores para buscarem solução junto ao Poder Judiciário. Certamente na totalidade dos casos, mesmo se considerando o teto remuneratório constitucional do art. 37, X, da Constituição Federal, o custo para o erário como o acompanhamento dos processos seria substancialmente maior que a expressão econômica de um dia de trabalho, com a procedência dos pedidos, indo de encontro aos princípios da eficiência e da economicidade.

Não bastasse tal aspecto, não se pode desconsiderar que, como reconhece a SEPLAG, *já existem no ordenamento jurídico atos normativos regulamentares afetos à aplicabilidade da Lei Estadual nº 11.105, de 1993, o que legitima a tese de que o Poder Executivo exerceu a dever-poder regulamentar*; e, quanto à concessão do dia adicional de descanso, não tratou da matéria nestes regulamentos porque *os pressupostos e limites* ao exercício do direito já estão contidos na lei: a) o ato de doação de sangue (art. 1º); b) o cadastro em órgão estadual competente para recebimento de doação de sangue (art. 1º, p. ú.); c) a apresentação do documento que certifique a doação (já aceito pela Administração Pública Estadual para o fim de dispensa do dia em que ocorre a doação) (decorrência lógica do art. 1º); d) que o dia adicional de descanso seja usufruído necessariamente de forma acrescida às férias regulamentares (art. 1º); e) possibilidade de exercício do direito limitada a 2 (dois) dias por anos, correspondentes a 2 (duas) doações (art. 2º); f) intervalo mínimo de 6 (seis) meses entre as doações (art. 2º); g) que a doação tenha antecedido as férias regulamentares em pelo menos 90 (noventa) dias (art. 2º, § 1º); h) vedação expressa à conversão do dia de descanso adicional às férias em pecúnia (art. 2º, § 2º).



Ou seja, aparentemente a norma em discussão é objeto não apenas de interpretação divergente em tese, mas já estaria sendo aplicada de forma divergente para os servidores, o que vai de encontro ao princípio da impessoalidade.

Salvo melhor juízo, *em face do caso concreto* (evidentemente não significando defesa da tese da aplicabilidade imediata de toda e qualquer lei não regulamentada), considerando a densidade das normas jurídicas contidas na Lei Estadual nº 11.105, de 1993, quanto aos pressupostos e limites para exercício do direito ao dia de descanso adicional a ser somado às férias; considerando a existência de normas regulamentares quanto à mesma Lei, no que se refere à concessão do dia em que ocorre a doação; considerando que, pelos elementos dos autos, aparentemente a concessão do dia adicional de descanso já ocorre para parcela dos servidores públicos estaduais; e considerando que o custo para o acompanhamento de processos judiciais referentes à obrigação de fazer (a lei veda expressamente a conversão do dia em pecúnia) certamente seria superior à expressão econômica de um dia de trabalho, entendemos prudente a ratificação do Parecer SEDS nº 247/2014 – AJU nº 219 – sms.

Compreende-se, ainda, que tão ou mais importante que a solução do caso concreto, à luz dos princípios da Administração Pública, é a questão ser enfrentada pela Chefia do Poder Executivo Estadual, seja para dirimi-la expressamente quanto a todos interessados, seja para valorar até mesmo a manutenção da norma no ordenamento jurídico estadual, tal como vige, ou adequá-la ao que é concedido a outros trabalhadores, tendo em vista a situação atual da política de saúde no que se refere à doação de sangue, pressuposto ao bem jurídico maior que é a vida.



Conclusão

Diante do exposto, com as ressalvas acima expostas, entende-se que, no caso concreto, é prudente a ratificação do Parecer SEDS nº 247/2014 – AJU nº 219 – sms, que conclui pela existência do direito ao dia de descanso adicionado às férias regulamentares pelos servidores civis e militares que doarem sangue, observadas estritamente os pressupostos e limites contidos no texto da Lei Estadual nº 11.105, de 1993.

Dada a relevância da matéria e até mesmo em homenagem aos doadores de sangue (comemorado no dia 25 de novembro passado o “Dia Nacional do Doador Voluntário de Sangue”, instituído pelo Decreto da Presidência de República nº 53.988, de 30 de junho de 1964), sugere-se a remessa de cópia do expediente à Governadoria do Estado, para apreciação da matéria, na forma exposta na fundamentação.

É o nosso entendimento, em 14 (quatorze) laudas.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2015

Alessandro Branco

ALESSANDRO HENRIQUE SOARES CASTELO BRANCO
PROCURADOR DO ESTADO
OAB/MG 76.715 – MASP 1050973-5

Alessandro Henrique S. C. Branco
Procurador do Estado
MASP 1.050973-5 - OAB/MG 76.715

APROVADO EM 03/12/2015

Daniilo Antonio de Souza Castro
DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.840

*Aprovação -
Bite. 10/12/15
Sérgio Pessoa de Paula Castro*

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral Adjunto do Estado
MASP 598.222-8 - OAB/MG 62.597