

4+ Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça
de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania

AGO | 2021

NOTA TÉCNICA

·Acumulação de Cargos Públicos -
Destaques·

MPRJ
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CAO
CIDADANIA
MPRJ

Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de
Defesa da Cidadania - CAO Cidadania

Elaborado por:

Coordenadora: Dra. Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado

Assessoria Jurídica: Pedro de Oliveira da Cunha Amorim de Souza

NOTA TÉCNICA CAO CIDADANIA Nº 07/2021

Acumulação de Cargos Públicos - Destaques

O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no exercício de suas atribuições, e com o fim de oferecer subsídios à atuação dos Promotores de Justiça vinculados a este CAO, expede esta Nota Técnica sobre Acumulação de Funções Públicas na intenção de facilitar a compreensão de detalhes e esclarecer dúvidas recorrentes sobre a matéria.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Notícias de acumulação indevida de cargos públicos são comuns em qualquer órgão de execução de tutela coletiva de cidadania, apesar da frequência com que aparecem não raro surgem dúvidas a respeito de sua caracterização, além da necessidade de se acompanhar as posições adotadas pela jurisprudência, de modo a facilitar a adoção de melhores estratégias para o tema.

O cuidado com a coisa pública passa necessariamente pelo zelo com a eficiência dos serviços públicos e pela diversidade de operadores desses serviços, existe a necessidade de se manter uma qualidade satisfatória no tocante à execução das funções públicas, qualidade essa que deve ser constante, pois dessa previsibilidade depende a confiança da população no funcionamento institucional de tantos órgãos espalhados pelos entes federativos.

Assim, o objetivo da presente Nota Técnica é exatamente auxiliar os membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em suas investigações e ações civis públicas por ato de improbidade que tenham como objeto a acumulação indevida de cargos públicos nas suas mais variadas formas. Como primeiro movimento, será necessária a conceituação do

fenômeno jurídico analisado. Após, serão abordadas situações específicas e, por fim, serão colacionadas as discussões mais recentes sobre o tema. Com isso, espera-se oferecer subsídios à atuação das Promotorias de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania, mas não só. No fim, o conteúdo poderá ser de grande valia para qualquer um que o acesse, para qualquer pessoa que tenha interesse na temática, servindo como fortuna teórica e prática ao MPRJ como um todo.

2. CONCEITO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Para detalhar o conceito de Acumulação de Cargos, cabe diferenciar, a princípio, o conceito de cargo do de função no contexto da Administração Pública. Enquanto cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura administrativa a ser ocupada por determinada pessoa¹, função são as atribuições propriamente ditas que cabem àquela pessoa. Se o cargo é o lugar, a função é o que se faz.

A acumulação ocorre, portanto, na situação em que uma única pessoa ocupa mais de um cargo, emprego ou função pública remunerada. Também pode ocorrer quando o servidor recebe proventos de aposentadoria simultaneamente com a remuneração de cargo, emprego ou função pública na Administração Pública direta ou indireta. Salvo o disposto no art. 37, XVI, da Constituição Federal, a regra é de proibição de acumulação de cargos, empregos, funções, pensões e aposentadoria.

É importante notar que a proibição de acumular estende-se, de acordo com o art. 37, XVII, “a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

3. A VEDAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUAS EXCEÇÕES

O Art. 37, em seus incisos XVI e XVII, estabelece como regra a vedação à

¹ Essa é a definição oferecida pelo art. 3º da Lei 8112/90: “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

acumulação de cargos na Administração Pública. As justificativas para tal proibição decorrem do princípio da eficiência da Administração Pública, introduzido no texto constitucional a partir da EC 19/98. A ideia por trás dessa associação entre proibição de acumulação de cargos e eficiência é a de que a acumulação de cargos por um servidor fará com que, em regra, este servidor não desempenhe sua função com a diligência devida, uma vez que a carga extraordinária de trabalho acabaria por reduzir a qualidade dos serviços por ele prestados em cada uma das funções que desempenharia.

Há, no entanto, uma série de exceções à regra do art. 37, XVI e XVII, algumas delas recentemente introduzidas por meio da EC 101/19, outras já conhecidas do operador do direito e sobre as quais encontra-se razoável jurisprudência. Os casos em que são permitidas acumulações de cargos e funções públicas são os seguintes:

1. Dois cargos de professor, de acordo com o art. 37, XVI, a);
2. Um cargo técnico ou científico e um cargo de professor, de acordo com o art. 37, XVI, b);
3. Dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, de acordo com o art. 37, XVI, c).

O rol de exceções é taxativo e o agente público deve ainda cumprir outros dois requisitos para a acumulação lícita de cargos: a compatibilidade de horários entre os cargos e a observância do teto salarial, em atenção ao art. 37, XI.

Por fim, tem-se que serão regidos pelas regras do art. 37, XVI e XVII, os ocupantes de cargos públicos efetivos e comissionados, bem como os contratados pela Administração Pública direta e indireta e os militares estaduais, estes últimos desde a aprovação da Emenda Constitucional 101/19.

Importante ainda comentar que os servidores que se licenciam sem vencimentos ainda estão atrelados ao cargo do qual estão licenciados, razão pela qual a Súmula 246 do Tribunal de Contas da União estabelece que:

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que

o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

3.1. A compatibilidade de horários:

Derivada do próprio texto constitucional, a regra da compatibilidade de horários é a que mais diretamente representa a preocupação do constituinte com a eficiência do serviço público, pois supõe-se que exista um limite material ao quanto de tempo alguém pode se dedicar ao trabalho. Logo, é fundamental a observação desse limite para se falar em licitude da acumulação.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ se posicionou a favor de um limite *a priori* para a quantidade de horas trabalhadas por semana, fixado em 60 horas semanais², contudo, o entendimento pacífico atual é o de que um limite exato de horas semanais trabalháveis só pode ser aferido no caso concreto. Assim se

²ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESENTA HORAS). AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trata-se de mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Saúde consistente na demissão da impetrante do cargo de enfermeira por acumulação ilícita cargos públicos (com fundamento nos arts. 132, XII, e 133, § 6º, da Lei 8.112/90), em razão de sua jornada semanal de trabalho ultrapassar o limite de 60 horas semanais imposto pelo Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU.

2. Acertado se mostra o Parecer GQ-145/98 da AGU, eis que a disposição do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal - "é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI" - constitui exceção à regra da não-acumulação; assim, deve ser interpretada de forma restritiva.

3. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho.

4. Também merece relevo o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido da coerência do limite de 60 (sessenta) horas semanais - uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) -, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizar os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. Ora, é limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal.

5. No caso dos autos, a jornada semanal de trabalho da impetrante ultrapassa 60 (sessenta) horas semanais, razão pela qual não se afigura o direito líquido e certo afirmado na inicial.

6. Segurança denegada, divergindo da Relatora.

(MS 19.336/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 14/10/2014)

posicionou o Supremo Tribunal Federal no Tema 1081 – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1246685 – RJ:

As hipóteses excepcionais autorizadoras de acumulação de cargos públicos previstas na Constituição Federal sujeitam-se, unicamente, a **existência de compatibilidade de horários, verificada no caso concreto**, ainda que haja norma infraconstitucional que limite a jornada semanal³.

Ocorre que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ainda não é uniforme. Ainda é comum o uso da posição vencida do STJ, como se observa no acórdão a seguir, datado de 16/06/2021, posterior à publicação do Tema 1081:

A carga horária da função de Diretor da Vigilância Sanitária de Duque de Caxias deveria ser cumprida no horário de 9h às 17h, de segunda a sexta-feira, 40 (quarenta) horas semanais, e já a carga horária de Farmacêutico no Hospital da Polícia Civil deveria ser cumprido no horário de 8h às 17h, de segunda a sexta-feira, 24 (vinte e quatro) horas semanais. A incompatibilidade é flagrante, tendo em vista que os horários para o desenvolvimento das duas funções eram quase que completamente sobrepostos, em desconformidade com o que dispõe o art. 37, XVI, da CF/88.

(...)

Existe ainda a questão sobre a jornada total de trabalho do réu. É entendimento pacífico do STJ, que as cargas horárias dos cargos públicos acumulados, mesmo que compatíveis, não podem exceder 60 horas, todavia, o réu acumulava 64 horas semanais de jornada de trabalho. Assim, mesmo que o réu tivesse desempenhado suas funções nos dois entes públicos sem ter prejudicado nenhum deles, de acordo com o entendimento do STJ, é impossível a acumulação dos dois cargos, pela carga horária somada⁴.

³ TEMA 1081 - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1246685 RIO DE JANEIRO

⁴ 0191672-41.2013.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). JDS FABIO UCHOA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO - Julgamento: 16/06/2021 - QUARTA CÂMARA CÍVEL

Já o Acórdão proferido em sede de apelação na ação 0029280-76.2017.8.19.0014⁵ se fundamenta na jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal, utiliza, inclusive, as mesmas expressões consagradas no tema 1081. Aqui, convém destacar que a repercussão geral foi definida recentemente, logo, por algum tempo é esperável encontrar decisões dissonantes, contudo, imperioso considerar seu caráter vinculativo nas peças e manifestações do Ministério Público.

3.2. A obediência ao teto remuneratório:

Em decorrência do art. 37, XVI, a regra do art. 37, XI também se aplica às exceções de acumulação lícita de cargos. Logo, é necessário que se obedeça o teto remuneratório, os valores percebidos não podem “exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e

⁵APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AUTORA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO REALIZADO NO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES NO ANO DE 2012 PARA O CARGO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. ALEGAÇÃO DE QUE FOI IMPEDIDA DE SER EMPOSSADA NO CARGO, SOB ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DE CARGA HORÁRIA ENTRE O CARGO PRETENDIDO E O CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO PELA AUTORA NA MUNICIPALIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO AUTURAL PRETENDENDO A REFORMA DA SENTENÇA, SOB O ARGUMENTO DE QUE A LEI MUNICIPAL 8.544/14, QUE REDUZIU PARA 30 HORAS SEMANAIS A CARGA HORÁRIA DOS OCUPANTES DOS CARGOS TÉCNICOS E AUXILIARES DE ENFERMAGEM, POSSIBILITA A POSSE NO CARGO ALMEJADO, TENDO EM VISTA QUE O SOMATÓRIO DE CARGA HORÁRIA SERIA 60 HORAS SEMANAIS. **EVENTUAL INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS, A ENSEJAR INEFICIÊNCIA NO DESEMPENHO DO CARGO, QUE DEVE SER APURADA APÓS A INVESTIDURA DO CANDIDATO NO SERVIÇO PÚBLICO, POR MEIO DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO E/OU PROCESSO ADMINISTRATIVO, NO QUAL SEJA ASSEGURADO O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, NÃO PODENDO SER PRESUMIDA. EXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL, QUE ESTIPULA LIMITAÇÃO DE JORNADA SEMANAL, QUE 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 DO STF E DESTA CORTE.** REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE PARA ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE NOMEAÇÃO E POSSE DA AUTORA NO CARGO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA. INTELIGÊNCIA DO VERBETE 145 DA SÚMULA DESTES TRIBUNAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

A questão que se põe é sobre o método correto de aferição deste teto remuneratório. A resposta encontrada pelo Supremo Tribunal Federal está nos Temas 377 e 384 que, em suma, estabelecem que a aferição é isolada, por cargo:

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal **pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público** (a mesma tese foi fixada para o tema 377)⁶.

Decidiu o STF, portanto, que o teto remuneratório deve ser observado por cargo, não para o somatório dos dois. Assim se posicionou por entender que a alternativa (o somatório das retribuições pecuniárias deve atender ao teto constitucional) traria desestímulo e desvalorização do trabalho do servidor – importando mesmo em uma queda de rendimento deste servidor por conta da desvalorização pecuniária de seu esforço funcional –, bem como por entender que o pagamento de apenas parte dos vencimentos incorreria em possível enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

3.3. As exceções do art. 37, XVI da Constituição Federal

Conforme mencionado, a acumulação de cargos lícita é prevista apenas nas hipóteses excepcionais elencadas no Art. 37, XVI:

- a. Dois cargos de professor
- b. Um cargo técnico ou científico e outro cargo de magistério

⁶ Tema 384 – Repercussão Geral no EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 602.043 MATO GROSSO.

- c. Dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde com profissões regulamentadas.

Nessa linha de ideias, mostra-se relevante discorrer sobre pontos específicos da questão, o que será feito nos próximos tópicos.

3.3.a. Dois cargos de professor:

Há pouco a se acrescentar acerca da alínea a) do art. 37, XVI. Cabe, no entanto, fazer uma rápida distinção entre dedicação integral e dedicação exclusiva, esse último regime, muito comum em cargos de professores de universidades públicas. A dedicação integral é simplesmente o regime de 40h semanais a que está submetido o servidor, em oposição à dedicação parcial, que não atinge as 40h completas.

Como observado no Item 2.1, a dedicação integral não impede, *a priori*, a acumulação de cargos lícita, vez que o agente público deve apenas se atentar para a compatibilidade de horários a ser aferida na prática, em cada caso concreto. Já o cargo em dedicação exclusiva veda a acumulação com outros cargos, inerente à proibição de exercer qualquer atividade remunerada de caráter não eventual, pública ou privada, independentemente de compatibilização de horários.

3.3.b. Um cargo técnico ou científico e outro cargo de magistério:

O importante a ser notado no caso da alínea b) do art. 37, XVI é a definição de cargo técnico ou científico. Isso porque nem todo cargo da administração pública pode ser conjugado com um cargo de professor: para ser técnico ou científico, alguns critérios são essenciais.

O STJ estabeleceu, no RMS 42392/AC⁷, entendimento a partir do qual

⁷ ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE APOSENTADORIAS. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR E TÉCNICO EM POLÍTICAS CULTURAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme consignado pela Corte local, está “evidenciada a impossibilidade de cumulação das aposentadorias outrora percebidas pelo impetrante, uma vez que o cargo de técnico em assuntos culturais não possui natureza técnica, pois não demanda formação profissional específica para o respectivo exercício”.

o cargo técnico é, para fins de acumulação de cargos públicos, aquele que requer conhecimento específico na área de atuação profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de ensino médio. Sobre o mesmo tema, o STF, no julgamento do RMS 28497/DF⁸, definiu que aqueles cargos que impliquem a prática de atividades meramente burocráticas, de caráter repetitivo e que não exijam formação específica não devem ser entendidos como cargos técnicos, uma vez que não se enquadram no conceito constitucional de cargo técnico. Afirmou ainda que não se deve observar apenas a nomenclatura do cargo ocupado para concluir pela impossibilidade de sua acumulação com o cargo de professor, deve-se analisar as atribuições inerentes ao cargo a partir do caso concreto.

Sobre o cargo científico, especifica o STJ, no RMS 28.644/AP⁹, que

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cargo técnico é aquele que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de 2º grau.

3. É possível verificar que o cargo ocupado pelo recorrente, “Técnico em Políticas Culturais”, exige apenas nível médio (fl. 50, e-STJ), não se enquadrando, portanto, na definição acima. Recurso Ordinário não provido. (RMS 42.392/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 19/03/2015)

⁸ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO INOCORRENTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Os procuradores da agravante não formularam pedido de sustentação oral até o término da leitura do relatório pelo Ministro Relator, inexistindo o alegado prejuízo. II – Esta Corte entende que “intimadas as partes e advogados, o Tribunal pode, respeitados os interstícios legais, julgar o processo em quaisquer das sessões subsequentes, sendo desnecessário nova intimação” (AI 145.203/SP-AgR, de relatoria do Ministro Paulo Brossard, Segunda Turma, DJ de 15/4/94). III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(RMS 28497 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03-08-2017 PUBLIC 04-08-2017)

⁹ ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. IMPEDIMENTO PARA A POSSE EM CARGO PÚBLICO SEM QUE, PREVIAMENTE, HOUVESSE A EXONERAÇÃO EM OUTRO CONSIDERADO INACUMULÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT OF MANDAMUS. CUMULAÇÃO DE CARGOS: AGENTE DE POLÍCIA CIVIL E PROFESSORA ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NATUREZA TÉCNICA OU CIENTÍFICA DO CARGO DE AGENTE DE POLÍCIA. 1. Na via mandamental, a matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário reclama a apresentação de prova robusta e pré-constituída do direito perseguido, sendo certo que meras alegações não são capazes de contornar essa exigência, sendo também impossível, nesse eito, levar a termo dilação probatória. 2. O writ of mandamus não foi instruído com acervo probatório apto a comprovar a tese de que houve empecilho à posse no cargo de Professora de Português do Estado do Amapá, sem que, previamente, fosse providenciada a exoneração do cargo de Oficial da Polícia Civil daquela Unidade Federativa. 3.

este se define como sendo “o conjunto de atribuições cuja execução tem por finalidade a investigação coordenada e sistematizada de fatos, predominantemente de especulação, visando a ampliar o conhecimento humano.”

Assim, tem-se que o a qualidade técnica ou científica do cargo deve ser aferida no caso concreto e obedecer aos seguintes critérios: ser um cargo que exija nível superior ou curso profissionalizante de ensino médio; não implique a prática de atividades meramente burocráticas, de caráter repetitivo e que não exija formação específica; no caso de cargos científicos, a função deve abranger formas de pesquisa e expansão do conhecimento humano.

3.3.c. Dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde com profissões regulamentadas.

A redação atual tem origem na EC nº 34/2001. Antes, apenas médicos em cargos privativos de médicos estavam contemplados pela exceção da alínea “c”. Hoje, outros profissionais de saúde também podem acumular dois cargos empregos privativos da área.

Questão relevante é a **abrangência das Organizações Sociais pelo referido dispositivo**. Tem-se que, de acordo com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1923 DF¹⁰, o emprego de servidores públicos

Conforme a jurisprudência desta Corte: “Cargo científico é o conjunto de atribuições cuja execução tem por finalidade investigação coordenada e sistematizada de fatos, predominantemente de especulação, visando a ampliar o conhecimento humano. Cargo técnico é o conjunto de atribuições cuja execução reclama conhecimento específico de uma área do saber.” (RMS 7.550/PB, 6.^a Turma, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 02/03/1998.) 4. O cargo de Oficial da Polícia Civil do Estado do Amapá não tem natureza técnica ou científica, de modo que mostra-se inviável sua cumulação com o de Professora daquela Unidade Federativa, na forma prescrita no art. 37, inciso XVI, alínea b, da Constituição Federal. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e desprovido. (STJ. 5.^a Turma. RMS 28.644/AP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 06/12/2011).

¹⁰ “As organizações sociais, **por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública**, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei.

(...)

Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37,

em Organizações Sociais, pessoas jurídicas de direito privado, não configura ocupação de cargo ou emprego na administração pública, mesmo que, por sua natureza, essa OS colabore com o poder público¹¹. Essas colaborações ocorrem por contratos de gestão que não têm o condão de transformar a organização em integrante da Administração Pública direta ou indireta, posto que a Lei 9637/98 a define como entidade do Terceiro Setor.

Acerca do Terceiro Setor, Di Pietro¹² leciona que é:

"(...) assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; este setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento (...)

E ainda:

"Em todas essas entidades estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, no sentido de que são instituídas por particulares, desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público, por essa razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominante direito privado, porém parcialmente derogados por normas de direito público. Integram o terceiro setor, porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta e indireta (...)"

Definição parecida é encontrada em José dos Santos Carvalho Filho¹³:

X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal." (ADI 1923, Relator(a): AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015)

¹¹ Sobre a relação das OSs com o poder público, Di Pietro Leciona: "**Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social**; a entidade é criada pela iniciativa privada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público".

¹² Di Pietro. Maria Zanella. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1138.

"Referidas entidades que, sem dúvida, se apresentam com certo hibridismo, na medida em que sendo privadas, desempenham função pública, em sido denominadas de entidades do terceiro setor, a indicar que não se trata nem dos entes federativos nem das pessoas que executam a administração indireta e descentralizada daqueles, mas simplesmente compõem um *tertium genus* (...)"

Isso significa que não há mesmo que se falar em acumulação de cargos, pois em tese a vaga ocupada pelo médico contratado pela Organização Social sequer é um emprego ou cargo público. Esse também foi o posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da sétima região no RO 0001199-04.2014.5.07.0016¹⁴.

¹³ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2018. pp. 370/371.

¹⁴ CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTATUAL POR ORGANIZAÇÃO SOCIAL SOB O REGIME CELETISTA. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE GESTÃO. ÁREA DE SAÚDE COM PROFISSÃO REGULAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE ACUMULAÇÃO PROIBIDA POR LEI. As Organizações Sociais (OS), como entidades privadas que não integram a Administração Pública, seja direta ou indireta, e que firmam CONTRATO DE GESTÃO com o Poder Público, embora possam receber servidores do Estado na condição de cedidos, admitem seus próprios empregados sob os auspícios do direito privado, mediante adoção do regime da CLT, o que afasta, de logo, a proibição de acumular cargos prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, visto que a norma constitucional diz respeito aos servidores públicos contratados diretamente pelo Ente Público, de sorte que o impedimento não se estende automaticamente à Organização Social privada que celebra o contrato de gestão com natureza de convênio, pois a proibição é específica aos cargos, empregos e funções da Administração direta e indireta, abrangendo as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público, não se enquadrando a OS em nenhuma dessas figuras jurídicas. De se concluir, então, que ao incluir em suas regras o vocábulo SOMENTE, o Edital de Processo Seletivo 2013/48 do Instituto de Saúde e Gestão Hospitalar - ISGH criou, para os servidores estatutários do Estado do Ceará, da área de saúde com profissão regulamentada, restrições de contratação pela Organização Social, na condição de empregado celetista, mais abrangentes que aquelas proibições previstas na Constituição Federal, no tocante à esfera pública, impondo, ainda, condições não estabelecidas nos arts. 20, § 2º, 115, 193 e 194 da Lei Estadual nº 9.826/74, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos servidores estaduais, indo, também, além da previsão do parágrafo único do art. 15 da Lei Estadual nº 12.781/97, que não possui em seu texto a palavra somente. Recurso ordinário provido para afastar o óbice constante do Edital e determinar ao ISGH a imediata contratação da reclamante como "Técnico de Laboratório para Agência Transfusional" do Hospital Regional Norte, em Sobral/CE, obedecidas as demais previsões editalícias não contrárias à lei. (TRT 7. RO 00011990420145070016. Rel.: Emmanuel Teofilo Furtado. j.: 08.02.2017. p.: 08.02.2017)

4. SÚMULA 246 DO TCU – SERVIDOR LICENCIADO SEM VENCIMENTOS E ACUMULAÇÃO DE CARGOS:

Sobre a situação específica do servidor que acumula cargo estando em gozo de licença sem vencimentos em outro vínculo, o Tribunal de Contas da União, em sua súmula 246, estabelece que:

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta **não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade** de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

Isso significa que o Tribunal adotou uma interpretação de legalidade estrita do art. 37, XVI, que se refere à acumulação remunerada de cargos públicos: o fato incidental da licença não modifica a natureza do cargo remunerado. Esse foi o entendimento do STF¹⁵ que baseou o Tribunal de Contas da União para a edição de sua súmula.

Deve-se observar, portanto, o vínculo com a Administração Pública que possui o servidor, não importando sua situação fática naquele momento, mas o regime jurídico a que está submetido.

5. ACUMULAÇÃO DE UM CARGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E UM CARGO ELETIVO DE VEREADOR:

¹⁵ “SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE ENFERMEIRO. ART. 17, § 2º, DO ADCT/88. LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSES PARTICULARES. 1 – **O fato de o servidor encontrar-se licenciado para tratar de interesses particulares não descaracteriza o seu vínculo jurídico, já que a referida licença somente é concedida a critério da administração e pelo prazo fixado em lei, podendo, inclusive, ser interrompida, a qualquer tempo, no interesse do serviço ou a pedido do servidor.** 2 – A Corte de origem limitou-se a interpretar a norma constitucional de natureza transitória, fazendo-o de forma razoável, sem ampliar direito que a Carta concedeu, excepcionalmente, aos profissionais de saúde que estivessem em situação de acumulação à época de sua promulgação. Vale dizer, a norma especial contempla a acumulação e afasta a incidência da regra geral que manteve vedada a acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos tanto na administração direta, como na administração indireta ou fundacional (incs. XVI e XVII do art. 37). 3 – Recurso extraordinário não conhecido.” (STF- RE 180597, Relator: Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 18/11/1997, DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00621)

Em regra, a acumulação de cargo na Administração com o cargo eletivo de vereador é permitida por força do Art. 38, III da Constituição Federal. O mesmo artigo, em seu inciso I, proíbe a acumulação no caso em que ocorra com os cargos de Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital.

Na sequência, o art. 38, II estabelece que o servidor, uma vez investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração. A regra se estende ao vice-prefeito, como indica a jurisprudência superior¹⁶.

No entanto, há de se fazer uma diferenciação. No contexto de cargos em comissão, a vedação à acumulação se mantém mesmo nos casos que envolvam vereadores. Foi o que decidiu o STF no RE 632184 AgR¹⁷, para o qual “não é possível a acumulação válida de vencimentos de cargo em comissão em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público municipal, estadual ou federal com vencimentos de cargo eletivo municipal”.

Do ponto de vista da probidade administrativa, esse posicionamento é razoável, considerando o fato de cargos comissionados serem, por definição, cargos de confiança. A vedação à acumulação de um cargo comissionado com

¹⁶ EMENTA: VICE-PREFEITO – ACUMULAÇÃO COM CARGO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE. O mandato de vice-prefeito é incompatível com o exercício cumulado de cargo, emprego ou função pública, a teor, por analogia, do disposto no inciso II do artigo 38 da Constituição Federal. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 199, Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no Diário da Justiça de 22 de abril de 1998. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO. Havendo interposição de recurso sob a regência do Código de Processo Civil de 2015, cabível é a fixação dos honorários de sucumbência recursal previstos no artigo 85, § 11, do diploma legal.” **(ARE 1.094.208-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 6/8/2018)**

¹⁷ EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGO DE VEREADOR COM CARGO COMISSIONADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não é possível a acumulação válida de vencimentos de cargo em comissão em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público municipal, estadual ou federal com vencimentos de cargo eletivo municipal. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973.

(RE 632184 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 01-12-2016 PUBLIC 02-12-2016)

um cargo de vereador tem o fito de evitar as trocas escusas de influência e favores entre quem nomeia livremente o vereador e o próprio, resguardando, assim, a moralidade administrativa.

6. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS

A Lei 8429/92 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe, em seu art. 2º, que o foro competente para o julgamento da ação civil pública é aquele onde ocorreu o dano. No caso de ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa que tenha como objeto a acumulação indevida de cargos públicos, o foro competente será, a princípio, aquele do último cargo assumido pelo servidor, uma vez que é a partir desse momento que se configura a acumulação de cargos constitucionalmente vedada. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁸ também

¹⁸ Apelação Cível. Ação Civil Pública. Antigo Secretário de Fazenda do Município de Rio Claro exonerado para assumir posto como servidor do Município de Resende, no cargo efetivo de contador do RESENPREVI que foi contratado pelo segundo-réu, novo Secretário de Fazenda do Município de Rio Claro, como assessor entre fevereiro de 2005 e fevereiro de 2008 e também no mês de dezembro de 2008, bem como para desempenhar o cargo de Presidente do IPARC (Instituto de Pensão e Aposentadoria do Município de Rio Claro) a partir de janeiro de 2005.

(...)

Vedação à acumulação de cargos públicos, incluídos os empregos e funções em quaisquer autarquias, fundações, empresas públicas e semelhantes. Inteligência dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal.

Atividade exercida pelo primeiro-réu que não se inclui entre as exceções previstas.

Invocação de comprometimento horário de apenas 20 horas semanais em Resende que ainda que envolvesse cargos de professor ou da área de saúde, não bastaria a afastar a impossibilidade de efetivo exercício em três locais diferentes, envolvendo municípios distintos, o que exigiria deslocamento de cerca de 5 (cinco) horas.

Desobediência a preceito constitucional e contraprestação inferior ao tempo de trabalho contratado que bastam a configurar o enriquecimento ilícito.

Obrigação à devolução pelo primeiro-réu dos valores recebidos referentes à segunda e terceira contratação, ou seja, a presidência do IPARC entre janeiro e fevereiro/2005 que colidia com o exercício da Secretaria de Fazenda e entre março/2005 a dezembro/2006 com o cargo de contador de Resende, bem como os dos serviços de assessoria, entre março de 2005 e fevereiro/2008 além de dezembro de 2008.

Atribuição ao primeiro-réu do disposto no art. 9º caput, e ao segundo-réu o do art. 10, inciso XII, ambos da Lei 8.429/92, condenados solidariamente a ressarcir o Município de Rio Claro nos valores supra mencionados, conforme previsão dos incisos I e II do art. 12 do mesmo diploma legal.

Réus ocupantes de cargo de Secretário de Fazenda Municipal que não podem invocar desconhecimento dos dispositivos legais nacionais, em particular da Constituição Federal. Má-

entende como local do dano aquele em que ocorre a ação que resultará na acumulação propriamente dita, o local da contratação mais recente.

7. A EMENDA CONSTITUCIONAL 101/2019

A EC 101/2019 trouxe novidades para a interpretação do art. 37, XVI e XVII da Constituição ao incluir militares estaduais no rol de servidores públicos que podem acumular cargos a partir das exceções do art. 37.

No regime anterior, militares estaduais e federais poderiam apenas acumular dois cargos da área da saúde, por força do art. 142, § 3º, VIII. Com a EC 101, o art. 42, § 3º prevê a aplicação, aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, o disposto no art. 37, inciso XVI, com prevalência da atividade militar. Isso significa que agora todas as três hipóteses de acumulação lícita de cargos públicos são possíveis aos militares estaduais e distritais.

As novas possibilidades trazidas pela EC 101/2019 devem amadurecer no tempo, sendo importante considerar o quão recente é a modificação constitucional. No entanto, algumas das questões que já se mostram relevantes serão expostas a seguir.

7.1 OS MILITARES FEDERAIS E A EC 101

De acordo com a Emenda Constitucional 101, os militares federais continuam não sendo englobados pelas alíneas *a* e *b* do art. 37, XVI. A única exceção à acumulação indevida de cargos públicos para membros das forças armadas, portanto, continua sendo a de dois cargos de profissionais de saúde. Essa parece ter sido uma opção consciente do constituinte derivado, e sua intenção pode ser depreendida de parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal acerca do Projeto que eventualmente se tornaria a

fé comprovada. Ônus sucumbenciais devidos, conforme o precedente citado pelo próprio segundo-apelante.

Honorários sucumbenciais em favor do Ministério Público. Descabimento. Princípios da Isonomia e simetria. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Sentença que se mantém quanto ao mais.

Provimento do primeiro apelo e provimento parcial do segundo.

(0001338-77.2011.8.19.0047 - APELAÇÃO. Des(a). GILBERTO DUTRA MOREIRA - Julgamento: 25/10/2016 - NONA CÂMARA CÍVEL)

EC 101/2019:

(...) assim, o que se objetiva, na prática, é a possibilidade de os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares poderem acumular seus cargos de militares dos Estados com: i) um cargo de professor; ii) um cargo técnico ou científico; ou iii) um cargo ou emprego privativo de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Esse é o verdadeiro espírito da alteração legislativa pretendida

Por fim, dá-se notícia de situação peculiar envolvendo as modificações propostas pela EC 101. Temos que o art. 142, § 3º, II CF dispõe que o militar federal e estadual da ativa que tomar posse em cargo público civil será transferido para a reserva, salvo se for da área de saúde. Com a alteração do art. 42 veio o acréscimo do § 3º para permitir que o militar estadual acumule cargo de professor, técnico ou científico e na área de saúde, mas não houve alteração que cuidasse do art. 142, § 3º, II, da Constituição Federal. Assim, uma interpretação sistemática e contextualizada da Constituição nos leva a entender que a aplicação do art. 142, § 3º, II limitar-se-á aos militares federais, devendo ser aplicada aos estaduais somente quando não houver compatibilidade de horários ou o novo cargo civil exigir dedicação exclusiva.

7.2. A ALÍNEA *b* DO ART. 37, XVI E A EC 101/2019

O parecer da CCJ do Senado acerca da PEC que deu origem à EC 101/2019 também traz uma outra discussão à tona:

(...) assim, o que se objetiva, na prática, é a possibilidade de os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares poderem acumular seus cargos de militares dos Estados com: i) um cargo de professor; **ii) um cargo técnico ou científico;** ou iii) um cargo ou emprego privativo de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Esse é o verdadeiro espírito da alteração legislativa pretendida.

(...)

A extensão literal dessas hipóteses de acumulação aos militares gera graves dúvidas de interpretação. Como compatibilizar a possibilidade de acumulação de um cargo de militar com dois cargos de professor? Ou com um cargo de professor e com outro, técnico ou científico? Ou com dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas?

Em qualquer das três hipóteses, estaríamos tratando da acumulação de três cargos. Não é esse o interesse dos autores da proposição.

Uma leitura atenta do texto relatado pelo Senador Acir Gurgacz indicia

interpretação criativa do texto constitucional a partir de algumas dificuldades causadas pela EC 101/19. Dessas, a questão mais complexa é aquela relacionada à alínea *b* do art. 37, XVI: como encaixar a realidade dos policiais militares e bombeiros na exceção que prevê a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico? De fato, a doutrina se divide em dois entendimentos.

Por um lado, há a posição do próprio Senador Acir Gurgacz, que assume a possibilidade de militares acumularem seus cargos com um outro técnico ou científico, fazendo, assim, uma interpretação da referida alínea *b* a partir da qual o “cargo ocupado por militar” em substituição ao “cargo de professor” previsto na primeira parte do texto constitucional. Isso possibilitaria, na prática, que a alínea *b* fosse lida, a partir da emenda constitucional 101, da seguinte forma:

b) um cargo de professor *ou de militar estadual* com outro técnico ou científico;

Porém, Márcio André Lopes Cavalcante e Rodrigo Foureaux discordam dessa interpretação, argumentam que a EC 101 não teve o condão de modificar o texto do art. 37, XVI, apenas expandir o rol de servidores por ele contemplado. Isso significa que qualquer interpretação acerca da alínea *b* deve respeitar a redação constitucional em sua integralidade e literalidade, não cabe a criação de exceções não previstas no referido artigo. Essas exceções são taxativas e não admitem possibilidades a não ser aquelas que venham a ser eventualmente adicionadas pelo constituinte derivado. Para eles, a alínea *b* do art. 37, XVI não deve ser considerada para além do que se depreende de seu texto¹⁹:

Não existe, portanto, a possibilidade de acumulação do cargo de militar estadual com outro cargo técnico ou científico.
A única oportunidade em que o art. 37, XVI fala em “cargo técnico ou científico” é na alínea “b”, mencionando a possibilidade de que seja acumulado com um cargo de professor.

¹⁹FOUREAUX, Rodrigo. *A EC 101 e a possibilidade do militar estadual acumular cargo público*. Migalhas. 05 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/305768/a-ec-101-e-a-possibilidade-do-militar-estadual-acumular-cargo-publico>> Acesso em 020/07/2021

Desse modo, a hipótese listada pelo Senador no item “ii” do seu parecer seria uma quarta hipótese, uma alínea “d” do inciso XVI do art. 37, que, obviamente, não existe.

Logo, repito, ainda que se possa cogitar que a intenção foi essa, o que se imagina não apenas pelo parecer, mas também pelas entrevistas dos congressistas após a promulgação da emenda, o que se constata é que o texto aprovado não diz isso.

Vale ressaltar que os servidores públicos civis não podem acumular dois cargos técnicos ou científicos, sendo irrazoável que haja distinção de tratamento jurídico quanto ao tema.
(FOUREAUX, 2019)

Uma interpretação que considere a possibilidade de acumulação, por parte dos militares estaduais, de cargos científicos ou técnicos seria a gênese de uma grave iniquidade material, pois aos militares seria possível uma hipótese de acumulação que continuaria vedada ao servidor público civil, que não poderia acumular dois cargos técnicos ou científicos.

Pelo acima exposto e em decorrência da necessidade de amadurecimento da discussão acerca do art. 37, XVI, b, recomenda-se a adoção, ao menos no contexto presente, de uma interpretação mais literal da norma constitucional, melhor preservar seu sentido original e assumir que a exceção é única e exclusivamente para aquelas situações em que o servidor esteja acumulando um cargo de professor e um cargo técnico ou científico, seja ele servidor civil ou militar.

8. A ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Embora a acumulação indevida de cargos públicos possa configurar, em tese, ato de improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais da Administração Pública – nos termos do art. 11 da Lei 8429/92 – a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a improbidade só ocorrerá se alguns critérios forem respeitados.

No paradigmático AgRg no Recurso Especial Nº 1.245.622 julgado em 2011, decidiu-se pela análise necessária da efetiva prestação dos serviços, bem como se essa se deu de forma satisfatória, sem trazer prejuízo a nenhum dos órgãos envolvidos. O outro elemento a ser analisado é o subjetivo. Para configurar ato de improbidade administrativa, a acumulação de cargos deve ser conduta dolosa nos casos dos arts. 9º e 11 e ao menos culposa no caso do art.

10º. Mais uma vez, é o que estabelece a jurisprudência do STJ:

III - O entendimento desta Corte é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10²⁰.

O Tribunal Superior tem mantido esse entendimento desde então, com acórdãos recentes que recuperam o disposto naquele de 2011²¹:

²⁰ ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I - Na origem, cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, buscando responsabilizar servidora pública da Universidade Federal do Ceará pela prática de ato de improbidade decorrente da acumulação do cargo público, de Regime de Dedicção Exclusiva - RDE, com outro vínculo empregatício.

(...)

III - O entendimento desta Corte é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10.

(...)

VII - Segundo a jurisprudência desta Corte "Comete ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, 'caput', e I, da Lei n. 8.429/92 o professor universitário submetido ao regime de dedicação exclusiva que acumula função remunerada em outra instituição de ensino". (AgInt no REsp 1.445.262/ES, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 14/3/2018). Nesse sentido também: AgInt no REsp 1.473.709/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 12/6/2018, DJe 18/6/2018; AgInt no REsp 1.445.262/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe 14/3/2018; AgRg no REsp 1.320.709/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/12/2012, DJe 19/12/2012.

VIII - Eventual compatibilidade de horários não tem o efeito de facultar à parte o desempenho de outra atividade remunerada, uma vez que o docente fora contratado explicitamente para se dedicar, com exclusividade, ao magistério. "E exclusividade significa monopólio, impossibilidade de concorrência com outro emprego. Trata-se de característica inerente ao próprio regime, não havendo espaço para a adoção de interpretação extensiva" (AgInt no REsp 1.473.709/MG, Rel.

Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 12/6/2018, DJe 18/6/2018.)

(...)

(AgInt no REsp 1621947/CE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020)

²¹ I. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ALEGADO ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AJUIZADA COM SUPORTE NOS ARTS. 9º., CAPUT (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO) E 11, CAPUT (OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS) DA LEI 8.429/1992.

II. CUMULAÇÃO INDEVIDA DOS CARGOS PÚBLICOS DE MÉDICA DA SECRETARIA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE/RN, DE SUBCOORDENADORA REGIONAL DE SAÚDE PÚBLICA E DE COORDENADORA DO PROJETO CIDADÃO DO AMANHÃ. **NA HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS, SE CONSIGNADAS A EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, O VALOR IRRISÓRIO DA CONTRAPRESTAÇÃO PAGA AO PROFISSIONAL E A BOA-FÉ DO CONTRATADO, HÁ DE SE AFASTAR A VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992, SOBRETUDO QUANDO AS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO EVIDENCIAM A OCORRÊNCIA DE**

NA HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS, SE CONSIGNADAS A EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, O VALOR IRRISÓRIO DA CONTRAPRESTAÇÃO PAGA AO PROFISSIONAL E A BOA-FÉ DO CONTRATADO, HÁ DE SE AFASTAR A VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992, SOBRETUDO QUANDO AS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO EVIDENCIAM A OCORRÊNCIA DE SIMPLES IRREGULARIDADE E INEXISTÊNCIA DE DESVIO ÉTICO OU INABILITAÇÃO MORAL PARA O EXERCÍCIO DO MÚNUS PÚBLICO

Nota-se, ainda, que parte majoritária da doutrina assinala que a leitura deste artigo 10º deve ser feita em conjunto com o art. 28 do Decreto-Lei 4657/1942, hoje chamado de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Introduzido na LINDB a partir da Lei 13.655/2018, o art. 28 estabelece que o agente público só responderá por suas ações em caso de dolo ou erro grosseiro. Isso significa que a leitura do art. 10º da Lei 8429/92 deve ser combinada com a leitura do referido artigo 28 para indicar a única hipótese em que a acumulação de cargos culposa seria considerada conduta ímproba para efeitos sancionatórios da Lei: a culpa grave.

Na prática, isso significa que o inquérito civil deve cuidar para estabelecer indícios de improbidade administrativa a partir dos requisitos estabelecidos como essenciais pelo STJ em combinada leitura do art. 28 da LINDB. Nesse contexto, o enunciado nº 46 do CSMP:

ENUNCIADO CSMP Nº 46/2014: APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS. SERVIDOR PÚBLICO OU DETENTOR DE MANDATO ELETIVO - VEREADOR. **Caberá homologação da promoção de arquivamento de inquérito civil ou de procedimento preparatório, caso não comprovada a ilicitude na acumulação remunerada de**

SIMPLES IRREGULARIDADE E INEXISTÊNCIA DE DESVIO ÉTICO OU INABILITAÇÃO MORAL PARA O EXERCÍCIO DO MÚNUS PÚBLICO (RESP 996.791/PR, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 27.4.2011). NA ESPÉCIE, PORÉM, O ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS INDICA QUE HOVE MALEFICÊNCIA DA DEMANDADA EM ASSUMIR CUMULADAMENTE AS FUNÇÕES EM ESPEQUE, FICANDO PATENTE, PELAS CIRCUNSTÂNCIAS, A AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, RAZÃO PELA QUAL SE DEMONSTROU A OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS (ART. 11, CAPUT DA LIA).

III. DOSIMETRIA SANCIONATÓRIA. AS SANÇÕES IMPOSTAS À ORA RECORRENTE - MULTA CIVIL NO VALOR DE R\$ 44.000,00 E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU DELE RECEBER BENEFÍCIOS/INCENTIVOS FISCAIS POR 3 ANOS - NÃO ADMITEM GRADAÇÃO, POIS SE HARMONIZAM COM A DIRETRIZ DA RAZOABILIDADE.

IV. AGRAVO INTERNO DA IMPLICADA DESPROVIDO.

(AgInt no REsp 1448597/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 26/11/2020)

cargos por servidor público ou detentor de mandato eletivo (vereador) ou restando sanada eventual irregularidade e não existindo dano ao erário.

É igualmente importante provocar a Administração Pública para que no uso de seu poder-dever de autotutela possa sanar aquelas situações de acumulação indevida cuja análise ministerial indique ser mera irregularidade.

Não se pode olvidar que as irregularidades administrativas devem ser, a princípio, solucionadas pela própria Administração Pública e, assim, evitar ajuizamento de ação civil pública nos casos que poderiam ser solucionados por meios menos gravosos.

E mais, a Administração pública, por intermédio de seu controle interno e pelo órgão responsável pela seleção e provimento dos cargos efetivos, deve se aporatar para evitar que acumulações indevidas ocorram e exigir que o candidato, quando da assunção de cargo público, indique expressamente – por escrito – se está ciente e de acordo com as regras constitucionais para acumulação de cargos.

9. NOVAS POSSIBILIDADES – O ANPC NOS CASOS DE ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS

Com o novo pacote anticrime, nome popular da Lei 13.964/2019, o parágrafo primeiro do art. 17 da lei 8.429/92 passou a admitir a celebração de acordo de não persecução cível nos casos de ações civis públicas de improbidade administrativa. Embora seja modificação recente, a possibilidade de ANPC é um dos temas mais importantes ao processo civil de caráter sancionatório e certamente influenciará a lida com as ações de improbidade que tenham como causa a acumulação indevida de cargos.

Toma-se o exemplo de alguém que seja réu na referida ação civil pública. A possibilidade de um acordo a partir do qual a parte disponha voluntariamente de alguns de seus direitos em troca de uma sanção mais leve é mutuamente benéfica. Isso porque o resultado pragmático reduzirá o tempo e o capital humano gasto pelo Ministério Público no curso da ação civil pública, que pode se prolongar por anos até o trânsito em julgado. Do lado do réu, é

uma admissão implícita de culpa²² – com adesão aos termos postulados pelo Ministério Público para a cessação do processo por improbidade; do lado do Ministério Público, é a promessa de não persecução cível daquele indivíduo por conta daquela conduta ímproba.

Inserindo-se em um espaço de justiça negociada²³, o ANPC tende a reduzir o desgaste processual e pode interessar especialmente aos casos em que soluções mais simples estejam ao alcance das partes envolvidas. É o que acontece quando, a partir do consenso entre o réu e o Ministério Público, fica acordado que ocorrerá o fim da acumulação indevida de cargos que ensejou a ação civil pública em primeiro lugar. Esse é apenas um exemplo de possível acordo e outros ainda preveem a devolução voluntária de vencimentos, entre outras sanções.

Assim, embora apenas os futuros casos específicos possam ditar as novas possibilidades de aplicação do acordo de não persecução cível nas situações de acumulação indevida de cargos públicos, os exemplos aqui expostos dão conta dessa possibilidade no campo consensual.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou elucidar conceitos relativos à problemática da acumulação de cargos na Administração Pública, de forma a aproximá-los à realidade do Promotor de Justiça na fiscalização da eficiência administrativa e da probidade dos servidores públicos. Isso porque o cuidado com a acumulação de cargos públicos é exatamente o cuidado com a boa prestação do serviço público.

Essa ideia fica muito clara quando se observa a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal acerca do limite de horas acumuláveis. Retomando o Tema 1081 – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com

²² CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129

²³ JOSITA, Hygina; LOPES JR., Aury. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. CONJUR, 06 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn3> Acesso em 25/07/2021.

Agravo 1246685 – RJ, temos uma ligação inequívoca entre o limite de horas a ser analisado no caso concreto e a eficiência do serviço prestado pelo servidor: o tempo de trabalho deve ser tal que não o impeça de desempenhar satisfatoriamente a sua função.

Por outro lado, a proteção ao servidor também é uma preocupação do ordenamento e da jurisprudência recente, uma vez que o próprio STF tem entendimento pacífico acerca do teto remuneratório para cada cargo, que deve ser considerada individualmente. A posição exarada no Tema 384 se explica pela valorização do trabalho do servidor e pela vedação ao enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, pois se a acumulação é lícita, não deve ser o servidor punido por sua dupla jornada. Ao contrário, sua remuneração justa é aquela devida por cada um dos cargos ocupados.

Por fim, temos que a atualidade do tema é patente, uma vez que discussões sobre o vínculo empregatício com Organizações Sociais para efeitos do art. 37, XVI; acumulação de cargos no caso de militares estaduais à luz da EC 101; e mesmo a utilização de Acordos de Não Persecução Cível em Ações Civis Públicas de Improbidade Administrativa por acúmulo ilícito de cargos públicos começam agora a ganhar terreno no universo jurídico.

11. LEGISLAÇÃO RELEVANTE

BRASIL. Constituição Federal. arts. 37, XVI; 38, II, III; 42; 142.

BRASIL. Decreto-Lei 4657/1942.

BRASIL. Emenda Constitucional 101/2019

BRASIL. Emenda Constitucional 19/1998

BRASIL. Emenda Constitucional nº 34/2001

BRASIL. Lei 13.964/2019

BRASIL. Lei 13.964/2019

BRASIL. Lei 8.112/1990

BRASIL. Lei 8.429/1992

BRASIL. Lei 8.429/92

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Enunciado nº 46.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Temas de Repercussão Geral 1081, 377 e 384

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Súmula 246

11. REFERÊNCIAS

BASTOS, Fabrício. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Foco, 2020

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

Di Pietro. Maria Zanella. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FOUREAUX, Rodrigo. A EC 101 e a possibilidade do militar estadual acumular cargo público. Migalhas. 05 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/305768/a-ec-101-e-a-possibilidade-do-militar-estadual-acumular-cargo-publico>> Acesso em 20/07/2021

JOSITA, Hygina; LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. CONJUR, 06 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn3> Acesso em 25/07/2021.

NEPOMUCENO. Luciana Diniz; SANTANA. Letícia Maciel. “O Reflexo do Art. 28 da LINDB na Lei de Improbidade Administrativa”. Virtua Jus, vol. 5, no 8, agosto de 2020, p. 269–85. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/24318>> Acesso em 30/07/2021