



Procedência: Ouvidoria Geral do Estado

Interessado: Estado de Minas Gerais e Servidores interessados em cumular cargos, empregos ou função

Número: 15.541

Data: 29-dezembro - 2015

Ementa:

SERVIDOR PÚBLICO. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE CUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS. PREVISÃO EM UMA DAS ALÍNEAS DO INCISO XVI DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSIÇÕES DIVERGENTES. NECESSIDADE DE O JUÍZO SER FEITO EM CADA SITUAÇÃO ESPECÍFICA. ETAPAS A SEREM CUMPRIDAS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR. PRINCÍPIOS DA REALIDADE E DA VERDADE MATERIAL. INVIABILIDADE DE JUÍZO GENÉRICO, ABSTRATO E PRELIMINAR.

PARECER

Trata-se do Ofício OGE.OFPLP nº 46/15 da Ouvidora de Fazenda, Patrimônio e Licitações Públicas da Ouvidoria-Geral do Estado de Minas Gerais a propósito da Manifestação OGE nº 105163, em trâmite naquele órgão. Na citada Manifestação, foi analisada a situação de aprovado em concurso público para provimento de dois cargos de professor da UNIMONTES, com carga horária semanal de 40 (quarenta) horas para cada cargo, tendo sido invocada a incompatibilidade de horários que ofenderia o artigo 37, XVI, 'a' da Constituição da República.

A interessada Dilma Marques Silveira Klem, informando ser professora contratada e vinculada à Unimontes, assevera ter sido classificada em segundo lugar no concurso realizado conforme Edital 1/2014, na área de Artes Visuais, sub-área Arte-educação, permanecendo como “candidato em lista de espera”, ao que acrescentou:



“O candidato em 1º lugar, também foi classificado na sub-área – Processos Pedagógicos do ensino de Artes Visuais. No dia 14/10/2015, o candidato tomou posse nas duas sub-áreas, totalizando uma carga horária de 80 horas, me privando a oportunidade de assumir o cargo no qual fui classificada. Reivindico análise sobre o caso e aguardo um retorno.”

A UNIMONTES, em 04.11.2015, apresentou Relatório de Apuração no qual, após fixar que o artigo 37, XVI, ‘a’ da Constituição da República admite a acumulação remunerada de dois cargos públicos, desde que haja compatibilidade de horários, estabeleceu que a compatibilidade pode ser verificada “tão somente após a posse e início do exercício dos cargos públicos”. Conforme o Presidente da Comissão Especial do Concurso esclareceu, uma vez efetivada a posse e o exercício nos cargos, são adotadas medidas necessárias à instrução do processo de acúmulo, sendo posteriormente encaminhado para validação pela Diretoria Central de Gestão de Direitos do Servidor (DCGDS/SEPLAG) que conclui pela licitude ou ilicitude da acumulação.

A ilustre Ouvidora de Fazenda, Patrimônio e Licitações Públicas da OGEMG pontuou que a acumulação fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários. Esclarece, ainda, que a compatibilidade está presente quando é possível dois cargos, funções ou empregos em horários distintos, sem prejuízo de número regulamentar das horas de trabalho de cada um, bem como o exercício regular das atribuições inerentes a cada cargo. Por fim, invoca o Parecer nº GQ-145 (DOU de 01.04.1998) no sentido da “ilicitude do acúmulo de dois cargos ou empregos públicos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, sendo a compatibilidade de horários, admitida quando o exercício dos cargos ou empregos não exceda a carga horária de sessenta horas semanais”.

Consta do expediente cópia do resumo da tramitação na Ouvidoria Geral do Estado de Minas Gerais da Manifestação nº 105163, inclusive resposta, à interessada, de que se entendeu conveniente solicitação de parecer à Advocacia Geral do Estado, com a consequente suspensão do seu requerimento de manifestação.

É o breve relatório.

Passo a opinar.



PARECER

Não é recente a discussão a propósito da cumulação de cargos, empregos e funções públicas, estando o servidor em atividade ou quando já obtida a aposentadoria. Atentando para o texto constitucional em vigor, certo é que o artigo 37, XVI proíbe, vinculando os três níveis da federação, a acumulação remunerada de cargos públicos, salvo as hipóteses exclusivas por ele legitimadas e na hipótese de comprovada compatibilidade de horários:

“Art. 37 (...) XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”.

O inciso XVII do artigo 37 da CR, por sua vez, estende a proibição de acumulação aos empregos e às funções públicas, seja da Administração Direta dos entes políticos integrantes da federação, seja de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações públicas, ao que se acrescem as subsidiárias das entidades da Administração Indireta e as sociedades que sofram o controle direto ou indireto do Poder Público.

Diante de tais dispositivos, a doutrina pontua:

“A acumulação, portanto, entende-se vedada, cuide-se de dois cargos, um cargo e um emprego públicos, um cargo e uma função, um emprego e uma função, duas funções ou dois empregos públicos. A reunião, no caso, refere-se às atribuições entregues ao desempenho do ocupante, e tal reunião é que é constitucionalmente vedada.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 267)

É manifesta a intenção moralizadora dos referidos preceitos, sem prejuízo das mencionadas exceções constitucionais. Além de concretizar a igualdade jurídica e a probidade, tornam realidade princípios da acessibilidade de todos os habilitados e interessados em participar da gestão da coisa pública e da



igualdade de oportunidade de todos em aceder os cargos que compõem os quadros da Administração. É nesse sentido que constitucionalistas esclarecem, inclusive, que “pela inacumulabilidade, o interesse público de ter o serviço bem prestado e a moralidade na escolha e desempenho dos servidores públicos são mais bem atendidos. (...) Ademais, a eficiência e a excelência buscadas no serviço público em benefício do administrado são mais bem atendidas, em regra, pela investidura, em cada cargo, de um servidor e de cada servidor para apenas um cargo.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, op. cit., p. 266)

Clássica era a lição de Rui Barbosa no sentido de que a razão da regra da não cumulação é o interesse do serviço público, o bem da administração. Desenvolvendo tal raciocínio, Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que as acumulações, por via de regra, prejudicam o serviço público, relaxam e desmoralizam a administração, daí por que “devem ser vedadas, como inconvenientes a excelência dos serviços, que a administração desempenha”. A ideia de que as acumulações são nocivas como regra encontram fundamento no fato de desfavorecerem o bom serviço do Estado. Assim sendo, sofre o serviço porque, ordinariamente, cargos acumulados são cargos mal desempenhados. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, op. cit., p. 266)

A regra geral, portanto, da inacumulação deve orientar a interpretação dos dispositivos vigentes, em especial das exceções e condições fixadas no texto constitucional. A interpretação não poderá ser ampliativa, nem mesmo flexibilizar requisitos exigidos para que se consubstanciem exceções. Daí ser legítimo afirmar que, mesmo diante de atividades enumeradas como hipóteses de cumulação permitida, é preciso que não haja comprometimento do exercício satisfatório das atribuições dos cargos, satisfeito o pressuposto da compatibilidade de horários.

Nessa linha de raciocínio, confirmam-se as seguintes advertências doutrinárias:

“A compatibilidade de horários fica configurada quando houver possibilidade de exercício dos dois cargos, funções ou empregos, em horários distintos, sem prejuízo de número regulamentar das horas de trabalho de cada um, bem como o exercício regular das atribuições inerentes a cada cargo.” (SCUTTI, Renata Cavalcante. Considerações sobre



acumulação de cargos públicos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8720>>. Acesso em 07 de maio de 2010)

O Supremo Tribunal Federal já definiu, ao interpretar o inciso XVI do artigo 37 da CR, que “A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos.” (Mandado de Segurança nº 26.085-DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno do STF, DJe de 12.06.2008)

A propósito da compatibilidade de horários, uma **primeira corrente** adota parâmetros rigorosos e restritivos, já em abstrato, a propósito da caracterização dessa condição. Os seus defensores excluem, aprioristicamente e independente do caso concreto, a possibilidade do exercício cumulado de dois cargos, empregos ou funções públicas que impliquem jornada semanal superior a 60 (sessenta) horas de trabalho.

Como mencionado no Ofício OGE. OFPLP nº 46/15 da Ouvidora de Fazenda, Patrimônio e Licitações Públicas da OGEMG, a Advocacia Geral da União firmou entendimento no bojo do Parecer nº GQ-145 pela ilicitude do acúmulo de dois cargos ou empregos públicos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, sendo a compatibilidade de horários admitida quando o exercício dos cargos ou empregos não exceda a carga horária de sessenta horas semanais. No âmbito federal, portanto, foi realizado um juízo abstrato e preliminar de natureza jurídica, a incidir em todas as realidades administrativas, no sentido da ilegitimidade do acúmulo de cargos que excedam, juntos, 60 (sessenta) horas de trabalho por semana. O limite máximo de tempo de trabalho semanal admitido seria, pois, 60 (sessenta) horas de trabalho.

Assim confirma a doutrina:

“Para ser possível a cumulação, além de se apresentar algumas das exceções constitucionais, faz-se imprescindível que haja compatibilidade de horário. Quanto a este requisito, na esfera federal, o Parecer GQ-145 da AGU limita a carga horária a 60 (sessenta) horas semanais. No mesmo sentido o Ofício-Circular nº 10 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.” (LEAL, Celso Costa Lima Verde.



Acumulação remunerada de cargos e empregos públicos na jurisprudência brasileira . Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2355, 12 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13966>>. Acesso em 07 de maio de 2010)

A fixação, em sede de parecer jurídico, no âmbito federal, do limite máximo de carga horária de trabalho de 60 (sessenta) horas semanais ensejou o ajuizamento de significativo número de ações judiciais. O Superior Tribunal de Justiça, após período de controvérsia, passou a entender pela ilegitimidade de cumulação de cargos com carga horária exaustiva, superior a 60 (sessenta) horas, como é o caso de exercício simultâneo de 02 (dois) cargos de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho. Confira-se recente julgado do STJ:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE. ART. 37 DA CARTA MAGNA E ART. 118 DA LEI 8.112/90. EXEGESE JUDICIAL DAS LEIS ESCRITAS. FINALIDADE E ADEQUAÇÃO DO ESFORÇO INTERPRETATIVO. PREVALÊNCIA DOS ASPECTOS FACTUAIS RELATIVOS À PROTEÇÃO E À SEGURANÇA DOS PROFISSIONAIS E PACIENTES. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Segundo a dicção do art. 37, XVI da Constituição Federal e do art. 118 da Lei 8.112/90, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvados os casos topicamente previstos no art. 37, XVI da Constituição Federal, dentre eles o de dois cargos ou empregos privativos de Profissionais de Saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior.

2. Contudo, a ausência de fixação da carga horária máxima para a cumulação de cargo não significa que tal acúmulo esteja desvinculado de qualquer limite, não legitimando, portanto, o acúmulo de jornadas de trabalhos exaustivas, ainda que haja compatibilidade de horários, uma vez que não se deve perder de vista os parâmetros constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho, previstos no art. 1º, III e IV da CF.



3. A Lei 8.112/90, em seu art. 19, fixou para o servidor público a jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais, com a possibilidade de duas horas de trabalho extras por jornada. Tomando-se como base esse preceito legal, impõe-se reconhecer que o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o servidor se submeta a dois ou mais regimes de trabalho, devem ser prestigiados, uma vez que atendem ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Neste sentido: MS 19.300/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 18.12.2014.

4. Agravo Regimental desprovido.” (Ag. Reg. no Agravo em REsp nº 415.766-RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma do STJ, DJe de 04.11.2015)

O Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho reconheceu que, no caso, não havia previsão que limitasse a carga horária máxima desempenhada, diária ou semanal, por servidor interessado em cumular cargos. No entanto, ao tratar do inciso XVI do artigo 37 da CR, asseverou que a ausência de fixação da carga horária máxima para a cumulação de cargo não significa que o acúmulo de cargo esteja desvinculado de qualquer carga horária. Daí concluiu não ser legitimado o acúmulo de jornadas de trabalhos ilimitadas, ainda que haja compatibilidade de horários, uma vez que não se deve perder de vista os limites constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho, previstos no art. 1º, III e IV da Constituição da República. Também lembrou que, nos termos do art. 7º do texto constitucional, são direitos dos trabalhadores, dentre outros: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, sendo extensivos aos servidores públicos o disposto nos citados incisos XIII e XV, do art. 7º, por força do art. 39, § 3º da Constituição. Desses aspectos extraiu os seguintes fundamentos:

“Com efeito, as citadas disposições constitucionais e legais devem ser interpretadas levando-se em conta a proteção do trabalhador, bem como a do paciente. Não se deve perder de vista, assim, que a realização de plantões sucessivos e intensos coloca em risco a segurança do trabalho, bem como



a saúde dos profissionais e dos pacientes por eles atendidos. Trata-se, portanto, de direito fundamental que, como sabido, não pode ser objeto de livre disposição por seu titular. 12. Assim, a análise da compatibilidade de horários não deve ser apreciada com a simples ausência de choque de horários de exercício efetivo do trabalho, mas se deve ter o cuidado de garantir ao trabalhador o tempo para refeição, deslocamento e descanso necessários e suficientes para a sua adequada recuperação, a fim de não comprometer a qualidade do serviço por ele prestado, especialmente considerando tratar-se de profissional da área da saúde, que executa tarefa notoriamente exaustiva.

13. Corroborando essa assertiva, cumpre registrar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho segundo o qual o requisito da compatibilidade de que trata o texto constitucional para acumulação de dois cargos públicos não deve ser interpretado meramente com base na colisão de horários, deve considerar, também, a possibilidade efetiva de cumprimento de jornada, sem prejuízo ao desempenho do cargo ou à saúde do trabalhador (RR 76300-34.2009.5.04.0007, Rel. Juiz conv. SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, DEJT 25.11.2011).

14. É importante consignar que a exegese judicial das leis escritas não deve conduzir o Juiz a proclamar a supremacia absoluta ou tirânica da sua dicção, deixando de levar em conta os efeitos de tal postura cognitiva do ordenamento normativo, como se a solução das disputas e dissensos encontrasse resposta cem por cento elaborada no ditado das leis; pelo contrário, cabe ao Julgador verificar, criteriosamente, se a aplicação automática e acrítica do dispositivo legal não se mostra nociva, perversa ou geradora de danos ou prejuízos, cabendo-lhe evitar essa solução quando tal resultado se mostra visível e inevitável.

15. Tal posicionamento encontra apoio em recente julgado da Primeira Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça que, com base nos preceitos normativos elencados, reconheceu a limitação de jornada de trabalho em 60 horas semanais para o servidor que se submete a dois ou mais regimes de trabalho, uma vez que atende ao princípio da



razoabilidade e proporcionalidade (MS 19.300/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 18.12.2014).

16. No presente caso, a Servidora Pública exerce, em concomitância, dois cargos públicos de Auxiliar de Enfermagem, obrigando-se a desempenhar carga horária manifestamente excessiva e mesmo desumana, com sacrifício dos intervalos de repouso e lazer, o que lhe vem em desfavor da sua própria saúde e põe em risco de dano involuntário a segurança dos pacientes que atende com zeloso cuidado.” (voto do rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho no Ag. Reg. no Agravo em REsp nº 415.766-RJ, 1ª Turma do STJ, DJe de 04.11.2015)

Referido acórdão reúne alguns dos principais fundamentos proclamados pelo Superior Tribunal de Justiça ao tratar da matéria posteriormente ao Mandado de Segurança nº 19.336-DF (DJe de 14.10.2014) quando a 1ª Seção do STJ pacificou o entendimento de que o Parecer -145/98 da AGU, que trata da limitação da jornada, não esvazia a garantia consagrada no inciso XVI do art. 37 da Constituição da República, mas, ao contrário, atende ao princípio da eficiência que deve disciplinar a prestação do serviço público, tanto na área de saúde como no magistério.

Com efeito, em diversos julgados o STF vem reiterando a natureza excepcional da regra do artigo 37, XVI da CR, sendo que, “como exceção, deve ser interpretada restritivamente. Só este aspecto, não havendo previsão constitucional à duração máxima da jornada de trabalho, as condições objetivas para a acumulação de cargos devem ser aferidas sob ótica restritiva, porquanto a hipótese, como dito, constitui exceção à regra geral de não acumulação.” (Ag. Regimental no Ag. Regimental no Agravo em REsp nº 736.635-SE, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma do STJ, DJe de 16.10.2015) A preocupação ao estabelecer a interpretação restritiva com base no princípio da eficiência deve-se à necessidade, reconhecida pelos Pretórios, de que professores e profissionais de saúde estejam em boas condições físicas e mentais para o exercício das 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. Desse modo, revela-se coerente o limite de 60 (sessenta) horas semanais, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos” (Ag. Regimental no



Agravo em REsp nº 728.249-RJ, rel. Min. OG Fernandes, 2ª Turma do STJ, DJe de 23.09.2015).

Com base entendimento do TCU sobre o limite de carga horária, o STJ destacou a “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 otimizarem 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.” (Mandado de Segurança nº 19.300-DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção do STJ, DJe de 18.12.2014) Sob esse ponto de vista, insiste-se que “a análise da compatibilidade de horários não deve ser apreciada com a simples ausência de choque de horários de exercício efetivo do trabalho, mas deve-se ter o cuidado de garantir ao trabalhador o tempo para refeição, deslocamento e descanso necessários e suficientes para a sua adequada recuperação, a fim de não comprometer a qualidade do serviço por ele prestado”, pelo que tem sido afastado o desempenho de “carga horária manifestamente excessiva e mesmo desumana (12 horas diárias), com sacrifício dos intervalos de repouso e lazer, o que lhe vem em desfavor da sua própria saúde” e dos usuários do serviço público. (Ag. Regimental no Agravo em REsp nº 352.654-RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma do STJ, DJe de 15.10.2014)

Confira-se, ainda, na mesma linha de raciocínio: Ag. Regimental no Agravo no REsp nº 737.684-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma do STJ, DJe de 17.09.2015; Ag. Regimental no Agravo em REsp nº 713.660-RJ, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma do STJ, DJe de 11.09.2015; Ag. Regimental no RMS nº 46.195-PR, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma do STJ, DJe de 10.09.2015; Ag. Regimental no Agravo em REsp nº 635.757-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma do STJ, DJe de 13.05.2015.

Para uma **segunda corrente**, sempre que não se estiver diante de uma fixação, em lei ou em norma da Constituição, de jornada máxima de trabalho semanal, é mister concluir pela compatibilidade de horários relativos aos cargos que se pretende cumular com base no artigo 37, XVI da CR. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já deixou ementado acórdão no sentido de que “Não há previsão constitucional ou legal que estabeleça limite máximo da jornada de trabalho em caso de cumulação remunerada de cargos ou empregos públicos”, sendo que,



conforme o Desembargador Moacyr Lobato, “ainda que, de fato, a acumulação de cargos possa se mostrar extremamente cansativa para a autora, com eventual prejuízo até mesmo da sua saúde, não há como se impedir a posse em razão da incompatibilidade de horários, eis que não há limitação máxima de jornada de trabalho”, motivo por que reconheceu o direito à nomeação em ambos os cargos. (Apelação Cível nº 1.0145.13.052025-0/001, rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 16.11.2015)

Referida posição retrata orientação predominante no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“A limitação da carga semanal a 60 (sessenta) horas - requisito inexistente no texto constitucional -, não pode representar óbice à posse e exercício em cargo público. (...) Ora, não pode o intérprete exigir o cumprimento de condição que não foi prevista pelo Constituinte, tanto mais em se tratando de norma limitativa de direitos.

Assim, a limitação da carga semanal a 60 (sessenta) horas - requisito inexistente no texto constitucional -, não pode representar óbice à posse e exercício em cargo público.

Ademais, tal como ocorre com qualquer servidor que esteja em estágio probatório, a Autora está obrigada a apresentar bom desempenho, não podendo se esquivar do cumprimento de suas obrigações em razão de eventual cansaço advindo do exercício paralelo dos dois cargos. Caberá à Administração, se for o caso, a adoção dos procedimentos próprios a impedir que a servidora se torne estável caso não atinja o rendimento adequado.” (Apelação Cível nº 1.0145.13.042185-5/001, rel. Des. Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 10.09.2015)

“REEXAME NECESSÁRIO/ APELAÇÃO CIVEL - ACÚMULO DE DOIS CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAL DA SAÚDE - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS - POSSIBILIDADE - JORNADA DE TRABALHO EXTENSA - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - SENTENÇA CONFIRMADA NO DUPLO GRAU. Inexiste limitação à carga horária de servidor que exerce dois cargos privativos de profissional da saúde, o art. 37, XVI da Constituição Federal da República apenas condiciona a acumulação lícita de cargos à compatibilidade de horários. (...)



Nestes termos, entende-se que a compatibilidade de horários refere-se tão somente à possibilidade de que o servidor exerça suas tarefas no horário previamente estipulado.

Os efeitos da extensa jornada de trabalho na saúde da impetrante e no desempenho de seu cargo deverão ser aferidos no estágio probatório.” (Apelação Cível nº 1.0145.13.036479-0/001, rel. Desembargador José Antonino Baía Borges, 3ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 30.06.2015)

“I. A Constituição da República consente ao profissional da área da saúde o direito de acumular dois cargos ou empregos privativos desde que haja compatibilidade de horários;

II. Inexiste qualquer previsão legal ou constitucional que estabeleça limite de jornada máxima diária ou semanal em caso de acumulação de dois cargos públicos” (Apelação Cível nº 1.0145.13.053693-4/001, rel. Des. Washington Ferreira, 7ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 01.06.2015)

“EMENTA: ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL. CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS NA ÁREA DE SAÚDE - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS DEMONSTRADA - LIMITE MÁXIMO DE JORNADA - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL - DIREITO À POSSE RECONHECIDO.

- A Constituição Federal /88 admite a cumulação de dois cargos públicos na área de saúde, desde que haja compatibilidade de horários.

- Demonstrado que os cargos podem ser exercidos em horários distintos e que se tratam de funções relativas à área de saúde, deve ser reconhecido o direito à cumulação.

- Inexistindo previsão constitucional quanto ao limite máximo da jornada resultante da cumulação, não pode o Município se utilizar desse fundamento para inviabilizar a posse da parte autora no cargo público para o qual prestou concurso e foi devidamente aprovada.” (Apelação Cível nº 1.0145.13.051807-2/001, rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 29.04.2015)



Mesmo em se tratando de cargos com jornada máxima semanal de trabalho fixada em lei, o TJMG tem entendido que esse limite incide sobre cada cargo isoladamente, devendo-se permitir a cumulação se presente as condições do inciso XVI do artigo 37 da CR:

“1- É possível o acúmulo de dois cargos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas, desde que haja compatibilidade de horário.

2- A limitação prevista no art. 14 da Lei nº 7.394/85, quanto à jornada de 24 horas semanais do Técnico em Radiologia, diz respeito a cada cargo isoladamente considerado e não à jornada de trabalho total, sob pena de se esvaziar o direito constitucional do servidor à cumulação de cargos ou empregos públicos.

3- Apenas após a posse do servidor público, é que deverá ser apurada eventual acumulação inconstitucional de cargos por incompatibilidade de horários, seguindo-se, se for o caso, a oportunização ao exercício do direito de opção (Precedentes do STF e do STJ).

(...)

No entanto, a interpretação que se faz de tal dispositivo é a de que tal limitação dirige-se antes ao administrador, obstando a criação de cargos ou empregos públicos com jornada de trabalho extenuante, dizendo respeito a cada cargo isoladamente considerado e não à jornada de trabalho total, sob pena de se esvaziar o direito constitucional do servidor à cumulação de cargos ou empregos públicos.

Veja-se que a resistência quanto à posse da impetrante, por parte da autoridade coatora, não se fundamenta em eventual sobreposição concreta de horários, mas sim em suposta ilegalidade da jornada semanal de trabalho superior a 24 horas, limitação que não encontra amparo na ordem jurídica vigente, em ofensa ao princípio da legalidade.

Isso porque a Constituição confere ao servidor o direito de acumular dois cargos privativos da área de saúde, não dispondo sobre limitação da carga horária a ser exercida pela soma dos cargos cumulados. Logo, o art. 14 da Lei nº 7.394/85 deve ser interpretado em conjunto com os ditames constitucionais, não havendo que se falar em tal limitação em abstrato e 'a priori'.



Nesse contexto, eventual impossibilidade do desempenho pleno e eficiente das atribuições de cada um dos cargos, por incompatibilidade fática na cumulação, não se presume da mera superação de limite adotado pela Administração a seu alvedrio e 'a priori', devendo ser aferida no curso do estágio probatório, 'in concreto' e no âmbito de um devido processo.

(...)

Logo, é ilegítimo vedar o acesso ao serviço público de candidato aprovado em novo concurso público, sem se ter certeza de que os horários poderão ser compatibilizados, sendo que a jornada disposta na Lei nº 7.394/85 deve ser considerada em relação a cada cargo ocupado. É nesse sentido que se configura a violação ao direito líquido e certo da impetrante, que teve sua posse indeferida por suposição de incompatibilidade de horários e com base em inadequada interpretação legal.

(...)

Não há que se falar, portanto, em violação ao princípio da legalidade, tampouco em inobservância das normas regentes da saúde do trabalhador, dos direitos sociais e da dignidade (artigos 1º, III; 6º, 'caput'; 7º, XXII; 39, § 3º; e 196, todos da CRFB de 1988), uma vez que a própria Constituição não veda a cumulação e não limita, 'a priori', a jornada de trabalho do servidor público, admitindo, inclusive, a prestação de serviços em jornadas superiores à legalmente prevista, tanto que autoriza a prestação de serviço em sobrejornada.” (Apelação Cível nº 1.0024.14.152471-0/001, rel. Des. Hilda Teixeira Costa, 2ª Câmara do TJMG, DJMG de 08.09.2015) Confira-se, também: Apelação Cível nº 1.0145.13.000828-0/011, rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível do TJMG, DJMG de 02.02.2015)

Também os Tribunais Regionais Federais já mantiveram a acumulação de cargos com jornada de trabalho total superior a sessenta horas semanais, ao fundamento de a Constituição e a lei de regência não fixaram carga horária máxima semanal:

“Falta respaldo jurídico ao entendimento que considera ilícita a acumulação de cargos apenas por totalizarem uma jornada de trabalho superior a sessenta horas semanais. Ora, tanto a



Constituição Federal, em seu art. 37, XVI, como a Lei 8.112/90, em seu art. 118, § 2º, condicionam a acumulação à compatibilidade de horários, não fazendo qualquer referência à carga horária. Nestes termos, desde que comprovada a compatibilidade de horários, como de fato ocorreu no caso em análise, não há que se falar em limitação da jornada de trabalho, sendo que entendimento contrário implicaria, sem respaldo legal, criar outro requisito para cumulação de cargos. O Parecer GQ-145 da AGU, de 30.08.98, não tem força normativa que possa preponderar sobre a garantia constitucional. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.” (Apelação Cível nº 2005.34.00.004019-5/DF, rel. convocada Juíza Federal Sônia Diniz Viana, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 25.11.2008, p. 44)

Confira-se, também: Apelação em MS nº 0002797-08.2005.4.05.8500, rel. Des. Federal Marcelo Navarro, 4ª Turma do TRF da 5ª Região, documento nº 154693, julgamento em 11.03.2008)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DECARGOS. PROFISSIONAL DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL DE TRABALHO. ART. 37, XVI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal veda a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos, permitindo, contudo, quando houver compatibilidade de horários, a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (CF, art. 37, XVI, c).

2. Esta Corte já firmou o entendimento no sentido de que não havendo norma legal regulamentando a carga horária passível de acumulação, não pode a garantia constitucional ser afastada por mera interpretação da Administração, em parecer interno. A acumulação de cargos públicos é condicionada à compatibilidade de horários, nos termos do art. 37, XVI, da CF e do art. 118, § 2º, da Lei 8.112/1990, aplicável no âmbito federal.

3. Não existe no Texto Constitucional qualquer limitação à jornada de trabalho dos profissionais de saúde, exigindo-se, apenas, a compatibilidade de horários. Eventuais faltas ou abusos, como choque de horários, ausências, irregularidades



no serviço prestado, pertencem à esfera do desempenho funcional do servidor, devendo ser devidamente apurados e eventualmente punidos como tal.

4. No caso, considerando a compatibilidade de horários entre os dois cargos na área de saúde (auxiliar de enfermagem e técnico em atividades médico-hospitalares), afigura-se legítima a acumulação de cargos aqui pretendida.

5. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.” (Apelação em MS nº 0000584-04.2011.4.01.3400, rel. Desembargador Federal Neviton Guedes, 5ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 30.09.2014, p. 385)

Em outras oportunidades, os Tribunais chegaram a afirmar a impossibilidade de lei fixar um máximo de jornada semanal, diante da ausência de determinação, nesse sentido, no texto constitucional:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DA SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal, no art. 37, inciso XVI, "c", autoriza expressamente a acumulação remunerada de cargos públicos ou empregos privativos de profissionais da saúde, desde que haja compatibilidade de horários.

2. A Lei 7.394/86, anterior à Constituição Federal, não pode impor restrição não previstas na norma constitucional para criar óbice à acumulação de cargos públicos, por se tratar de lei ordinária.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.” (Apelação Cível nº 2004.34.00.001136-5/DF, rel. Des. Federal Carlos Olavo 1ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 18.12.2009, p. 272)

No mesmo sentido: Apelação Cível nº 2003.35.00.011907-6/GO, rel. Des. Federal Carlos Olavo, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 18.12.2009, p. 266)

Denota-se, pois, que uma segunda posição sobre a matéria é flagrantemente favorável à cumulação permitida nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da CR, sem qualquer rigor na interpretação da compatibilidade de



horários. Quem a perfilha afirma que a ausência de previsão constitucional (e também legal, para alguns) de jornada máxima de trabalho na semana é elemento suficiente para tornar possível a cumulabilidade nas hipóteses previstas no art. 37, XVI, 'a' a 'c' da Constituição da República. Isso significa que os defensores da segunda corrente insistem na possibilidade abstrata de cumulação de cargos além do limite de 60 (sessenta) horas, visto que a Constituição e a legislação não fixam tempo máximo de trabalho semanal. Há quem chegue a aduzir a inconstitucionalidade de uma lei estipular uma jornada máxima semanal nos casos das cumulações excepcionalmente admitidas, uma vez que a Constituição não o fez.

Em sentido diverso, uma **terceira corrente** não sustenta a proibição de acumulação abstrata e genérica, incidente em todos os casos e independente da realidade administrativa, quando se supera o limite de 60 (sessenta) horas de trabalho semanal (como a primeira corrente), nem mesmo proclama a permissão apriorística da cumulação de cargos apenas com base na falta de regra constitucional e legal fixadora de jornada semanal, sem atentar para qualquer prova específica da compatibilidade de horários na hipótese em questão (como a segunda corrente).

Os defensores da terceira posição asseveram que, em se tratando de hipótese excepcional de cumulação permitida nas alíneas do inciso XVI do artigo 37, é preciso aferir em cada situação a compatibilidade dos horários a serem cumulados. Para verificar tal compatibilidade, cabe à Administração, em cada realidade específica, verificar as possibilidades de cumprimento da carga horária de trabalho a ser acumulada. Em alguns casos, como é comum na área de saúde, o regime de trabalho pode facilitar a cumulação (p. ex., dois cargos em que se tenha o regime de trabalho 12/36 hs) ou impedi-la (p. ex., um cargo com o regime de trabalho 12/36 e outro com 08 horas diárias de segunda a sexta).

O **primeiro passo** é, portanto, analisar no ordenamento vigente, se as normas impõem regime de cumprimento de carga horária para os dois cargos que admita, abstratamente, compatibilidade. Pode-se estar diante de uma situação em que decorra da própria ordem jurídica a inviabilidade de cumulação em razão do modo como foram regradas as atribuições dos cargos e a forma do seu exercício. Caso contrário, se o exame das normas não caracterizar, aprioristicamente, inacumulabilidade abstrata, o **passo subsequente** é analisar, no caso específico daquele servidor, se o regime de um dos cargos especificado pelo órgão ou autoridade competente, dentro da margem de liberdade eventualmente fixada na lei e atos normativos da Administração, é compatível com o regime do



outro cargo, igualmente determinado pelo órgão ou autoridade competente. Afinal, na ausência de regras em vigor na ordem jurídica que estabeleçam vinculadamente como as atribuições do servidor serão exercidas, o órgão ou autoridade que tem poder de gestão naquele ente ou entidade deverá estabelecer, atentando para as necessidades administrativas, o modo de cumprimento da carga horária em cada cargo, emprego ou função pública. Uma vez assim estipulado, será possível ao órgão colegiado ou singular responsável pela análise da legitimidade da cumulação, ou não, verificar os aspectos ali presentes, fazendo o juízo técnico dentro dos limites da sua competência.

É legítimo que se tenha apenas dois regimes de 40 horas semanais, sem determinação normativa alguma de como cumprir referida carga horária; neste caso, cabe uma definição de gestão administrativa, por um órgão colegiado ou pela autoridade superior da entidade, que distribua o tempo de trabalho, conforme as necessidades públicas. Poderá acontecer, p. ex., de um professor ter uma carga horária de magistério de 10 horas num dia da semana e de somente 4 horas em outro, assumindo ainda reuniões de departamento ou atividades extracurriculares em dias alternados, o que dificilmente será compatível com exercício de outro cargo. A análise de tais circunstâncias somente é possível diante das atribuições de cada cargo, com manifestação dos órgãos de gestão a propósito das necessidades públicas relativas à realidade em que atuará o servidor, em estrita obediência aos parâmetros normativos de regência.

Saliente-se que um **terceiro passo relevante** é atentar para a continuidade possível no futuro, de modo estável, do juízo feito a propósito da forma de cumprimento da carga horária. Se se tratar de um juízo transitório, sem segurança possível sobre a sua manutenção futura, não há que se o considerar como permissivo de uma cumulação de cargos cujo exercício tende à perenidade. Sendo assim, não é suficiente, p. ex., que um Superintendente de Ensino afirme um professor exerce a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais permanecendo de 07 às 13 horas em uma unidade de ensino e outro gestor informe que o mesmo professor exerce outra carga horária de 40 (quarenta) horas semanais das 17 às 23 horas, com o restante do trabalho sendo realizado com atividades de preparação de aulas, correção de provas e trabalhos correlatos, conforme livre escolha do profissional, se esse for um juízo insustentável para o semestre ou ano letivo subsequente. Neste caso, ter-se-á uma possibilidade apenas circunstancial cuja natureza transitória não justifica que se faça um juízo técnico permissivo de cumulação de cargos que deverão ser continuamente exercidos. O órgão competente para fazer análise sobre a compatibilidade de horários que permite a acumulação deverá atentar, portanto, para a viabilidade da manutenção estável



das condições de trabalho que eventualmente permitam o exercício de ambos os cargos num determinado momento.

Destaque-se ainda que, em algumas realidades, não haverá qualquer margem para determinação discricionária pelo próprio órgão no tocante ao cumprimento da carga horária semanal de trabalho. Nestes casos, bastará analisar o ordenamento, aplicar as regras no caso concreto e concluir se há, ou não, a compatibilidade de horários exigida pelo artigo 37, XVI da CR. Já em outras situações, vislumbrar-se-á liberdade de gestão pelo órgão que terá competência para especificar o modo de atendimento da carga horária semanal. Os Tribunais reconhecem que, nesses casos, a jornada de trabalho “poderá ser fixada de acordo com os critérios da Administração Pública estadual”, sendo eventual redução de carga horária dos servidores “tema que está afeto à discricionariedade da Administração Pública” (RMS nº 44.548-AP, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma do STJ, DJe de 17.11.2014). Uma vez exercida a discricionariedade a esse respeito, a Administração Pública comunicará o servidor e o órgão encarregado de analisar a compatibilidade de horários verificará a sua presença, ou não, atentando inclusive quanto à continuidade, ou não, do juízo realizado no tocante à realidade futura, tal como analisado “supra”.

É imprescindível que a análise da compatibilidade de horários se faça de modo objetivo, atentando para as atribuições de cada cargo. Assim, não é suficiente que se faça um somatório abstrato das jornadas de trabalho. É preciso que se verifique, em cada situação, a possibilidade fática da cumulação de horários, com um mínimo de segurança jurídica.

A esse respeito, João Trindade Cavalcante Filho:

“O primeiro requisito (necessário mas não suficiente) diz respeito à compatibilidade de horários. Horários compatíveis são aqueles que não se superpõem, de modo que uma jornada atrapalhe a outra. Por exemplo: um professor que exerce um cargo à tarde e outro à noite possui cargos com compatibilidade de horários. Mesmo que haja superposição de horários, podem eles ser considerados compatíveis, se a Administração permitir a compensação das horas não trabalhadas – mas essa autorização é um ato discricionário e precário (pode ser revogado a qualquer tempo).” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O conceito de cargo técnico ou científico para fins de acumulação . Jus



Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2296, 14 out. 2009.
Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13681>>.
Acesso em 07 de maio de 2010)

Os Tribunais vem buscando estabelecer parâmetros claros da compatibilidade em tese. A ideia é de que é necessário, em cada caso, analisar a viabilidade do exercício simultâneo de dois cargos. Mantem-se algumas premissas basilares como a de que “É RAZOÁVEL A LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL PERMITIDA, TENDO EM VISTA QUE O SER HUMANO NECESSITA DE UM INTERVALO DE DESCANSO SUFICIENTE PARA O DEVIDO REPOUSO, A ALIMENTAÇÃO E A LOCOMOÇÃO, SOB PENA DE CAUSAR DANOS A ELE PRÓPRIO E AO SERVIÇO DESEMPENHADO;” e que “A COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS, PREVISTA NO ART. 37, XVI, DA CF/88, COMO REQUISITO PARA A POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PÚBLICOS DE PROFESSOR, NÃO DEVE SER ENTENDIDA, APENAS, COMO A AUSÊNCIA DE CHOQUE ENTRE AS JORNADAS DE TRABALHO” (Apelação em Mandado de Segurança nº 0000695-18.2002.4.05.8500, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, julgamento em 12.07.2007).

Além disso, a jurisprudência que adota a terceira corrente afasta tanto a presunção de que uma jornada superior a 60 (sessenta) horas é sempre e abstratamente inviável quanto exclui a cumulação como autorizada em todas as circunstâncias enquadradas nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da CF. O objetivo é a Administração verificar, em cada contexto, de forma objetiva, se há compatibilidade dos horários de trabalho, ou não. Por um lado, adverte-se que “Não se pode prejudicar a servidora por mera presunção de que a realização de jornada de trabalho cumulada compromete a qualidade do serviço prestado”, sendo que “o simples somatório de cargas horárias, totalizando setenta horas semanais em ambos os cargos, não ilide, por si só, a pretensão autoral de laborar nas duas instituições”, donde se conclui que “cabe à Administração exercer continuamente o controle de legalidade, a fim de fiscalizar seus servidores quanto à existência da compatibilidade de horários entre os cargos acumulados, como a existência de tempo hábil para realizar o descanso, a alimentação e a locomoção” (Apelação nº 2013.51.01.042453-6, rel. Des. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 5ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, julgamento em 23.10.2015). Por outro lado, insiste-se que não é razoável “admitir ao servidor público uma carga semanal excessivamente longa, sem considerar o tempo necessário à alimentação e ao deslocamento, além de um descanso semanal, sob pena de se incorrer em decréscimo da qualidade do trabalho realizado, com ofensa ao princípio da eficiência. Tal constatação ganha relevo quando se trata de



profissionais da área de saúde, na qual um descuido pode apresentar consequências bastante graves” (Apelação Cível nº 08035179420134058100, rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, 2ª Turma do TRF da 5ª Região, julgamento em 26.05.2015). Daí resulta claro que não se admite recusa absoluta nem permissão irrestrita de cumulação de cargos, empregos ou funções sem aferição objetiva da compatibilidade das jornadas. Será necessário que se faça um juízo técnico em cada realidade específica com atenção ao fato de que, se a permissão ao cumprimento da carga horária, com eventual compensação ou flexibilização, tiver natureza precária (e, portanto, revogável a qualquer tempo), não é legítimo que referida circunstância embase uma cumulação tendente à perenidade, pois o exercício das atribuições administrativas em princípio se dá continuamente e não por um delimitado e curto lapso temporal.

A aferição, de modo objetivo, de que é possível cumprir ambas jornadas num caso específico exigirá, à obviedade, procedimentalização que, sem dúvida, é um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Público nas últimas décadas, consoante lição de José Manuel Sérvulo Correia ao prefaciar o livro “Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada” da autora e Procuradora do Estado Luísa Cristina Pinto e Netto:

“O procedimento administrativo afirmou-se como um dos institutos centrais do Direito Administrativo. Em Direitos como o alemão, o italiano ou o português, ele ganhou mesmo uma identidade semântica, uma vez que, tendo ficado a expressão *processo administrativo* reservada para designar a estruturação normativa seqüenciada do conhecimento e decisão pelos tribunais dos litígios jurídico-administrativos, a locução *procedimento administrativo* cobre a estrutura normativamente seqüenciada das condutas da administração e dos particulares destinadas à preparação, tomada e execução das decisões administrativas graças à recolha e ao tratamento da informação pertinente. Inicialmente pensado e legislado no tocante à preparação e emissão dos actos administrativo, o procedimento administrativo viu depois o seu raio de acção alargado à preparação e celebração dos contratos administrativos ou, mesmo, dos contratos de direito privado da administração, e, até, à preparação e acompanhamento de operações materiais da administração carecidas de enquadramento jurídico.” (CORREIA, José



Manuel Sérvulo. Prefácio. *In* PINTO E NETTO, Luísa Cristina. Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009)

Com habitual lucidez, Luísa Cristina Pinto e Netto observa que “A procedimentalização da atividade administrativa tem se feito acompanhar e tem se completado pela afirmação de um princípio de justiça procedimental, o princípio do devido procedimento eqüitativo, que permite dar sentido a esta progressiva conquista do terreno administrativo pelo procedimento”, donde conclui que “a procedimentalização da atividade administrativa firma-se como princípio do Direito Administrativo contemporâneo, ladeada pelo princípio do devido procedimento eqüitativo.” (PINTO E NETTO, Luísa Cristina. Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada, op. cit., p. 51)

Clássicas já eram as lições dos professores Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ao aduzir que “o processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja. Se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é a via majoritária. (...) Hoje, muito mais que um *iter* para a produção dos atos administrativos, o processo administrativo é um instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, sobretudo, da própria Administração.” (FERRAZ, Sérgio & DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24-25)

Atentando para a necessidade de procedimentalização do juízo sobre a compatibilidade de horários na hipótese de pretendida cumulação excepcional de cargos, empregos e funções, explicita-se que o sequenciamento formal de atos implica segurança jurídica para a Administração e para o servidor. Viabiliza-se que, além da manifestação de vontade do Poder Público, tenha-se previamente também a declaração de vontade do particular, o que, além de concretizar a co-participação e o aspecto dialógico das competências estatais, reduz a possibilidade de equívocos na decisão final do órgão competente. A democraticidade de uma relação mais ampla entre Administração e o particular interessado em cumular cargos, empregos e funções maximiza a correção e a eficiência da atuação do Estado.



É com fundamento em tais argumentos e atentando para a inviabilidade de um juízo absoluto preliminar, positivo ou negativo sobre a compatibilidade de horários no caso de jornadas que superem 60 (sessenta) horas semanais, que se entende essencial conferir transparência e objetividade à vontade da Administração Pública. Para tanto, entende-se razoável que tramite processo administrativo no bojo do qual o órgão competente da entidade possa colacionar elementos suficientes para decisão que concretize as normas do ordenamento de regência.

Com providência dessa natureza, atende-se, inclusive, exigência de ponderação decisória reconhecida ao Judiciário e, à obviedade, também incidente em face da Administração Pública cuja correção de comportamento reduz a necessidade de controle externo das ações executivas do Estado:

“A exegese judicial das leis escritas não deve conduzir o Juiz a proclamar a supremacia absoluta ou tirânica da sua dicção, deixando de levar em conta os efeitos de tal postura cognitiva do ordenamento normativo, como se a solução das disputas e dissensos encontrasse resposta cem por cento elaborada no ditado das leis; pelo contrário, cabe ao Julgador verificar, criteriosamente, se a aplicação automática e acrítica do dispositivo legal não se mostra nociva, perversa ou geradora de danos ou prejuízos, cabendo-lhe evitar essa” (Ag. Regimental no Agravo em REsp nº 352.654-RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma do STJ, DJe de 15.10.2014)

É com o objetivo de afastar uma aplicação automática, precipitada e inadequada de preceitos do ordenamento que se diverge de entendimentos segundo os quais, “em caso de dúvida acerca da compatibilidade, ou não, dos horários acumulados, sendo a acumulação constitucionalmente permitida, há que admitir-se a cumulação, transferindo-se o ônus da prova em contrário à Administração Pública” (NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Da possibilidade de acumulação de cargo público de professor universitário, em regime de dedicação exclusiva, com cargo de magistrado federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1027, 24 abr. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8261>>. Acesso em 07 de maio de 2010). Além da necessidade de aferir, em sede de procedimento administrativo, de modo objetivo e cauteloso, os elementos que demonstrem a legitimidade da jornada dupla, ou não, tem-se que a cumulação, como já se esclareceu, é exceção



à regra constitucional proibitiva do exercício de dois cargos, empregos ou funções públicas. E se se trata de exceção, a interpretação dada ao dispositivo não pode, em caso de dúvida, “ampliar” ou “permitir” a cumulabilidade. Somente em caso de evidente possibilidade de exercício cumulado de dois cargos, empregos ou funções públicas é que se afasta a regra geral que veda o exercício simultâneo de atribuições administrativas.

Quanto ao dever de coletar os dados necessários a que se faça esse juízo, cumpre lembrar que a Administração Pública submete-se ao princípio da realidade e à exigência da verdade material. O citado princípio segue a premissa segundo a qual cabe ao Direito sintonizar-se com o caso concreto, uma vez que as normas jurídicas foram criadas exatamente para reger os fatos, deles não podendo se afastar. No Direito Administrativo, incide a necessidade de se aproximar a norma da realidade a que se destina. Daí ser indispensável que prevaleça o que sucedeu no terreno dos fatos, excluída a possibilidade de incidência de norma desvinculada da realidade em questão. O sistema jurídico jamais pode incidir com ignorância das circunstâncias concretas a cuja regulação se destina. E cabe à Administração Pública buscar os elementos fáticos dessas circunstâncias na gestão que exerce do seu quadro de pessoal, o que, conforme se acentuou, adequa-se à figura do procedimento administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial nº 64.124-RJ, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, advertiu que “é de repudiar-se a aplicação meramente formal de normas quando elas não guardam sintonia com a realidade.” O Supremo Tribunal Federal também já invocou a realidade como princípio capaz de orientar a interpretação de dispositivo do ADCT da CR/88 (RE nº 158.448-MG, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma do STF, DJU de 25.09.1998, p. 20). Também os Tribunais de segundo grau de jurisdição têm atentado para o fato de que “cabe ao Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração”. (Apelação nº MS 97.02.01335-6, rel. Des. Fed. Rogério V. de Carvalho, TRF 2ª Região, DJU de 08.06.1999, p. 362)

Ademais, vige, no Direito Administrativo, a exigência da verdade material. Por força dessa condição, impõe-se ao agente público competente, o dever de perseguir a comprovação dos fatos ensejadores de um determinado pronunciamento estatal. Assim sendo, é dever da Administração reconstruir os fatos que autorizam a sua ação. Tais fatos não podem ser ignorados também em virtude do princípio da realidade, pelo que os órgãos e autoridades públicas devem se valer dos mais amplos meios probatórios que possam tornar seguro e jurídico



o juízo a propósito do ato administrativo em tese. Por isto a doutrina vem afirmando que, quanto à prova do ato administrativo, vige o princípio do informalismo, o qual atribui ao agente público a função de viabilizar ampla produção probatória. Assim, viabiliza-se uma percepção adequada a propósito da realidade administrativa, sob o prisma jurídico e fático.

Especificamente sobre a análise das realidades de cargos que se pretende cumular, o foco dos órgãos e autoridades competentes não deve se restringir exclusivamente à celeridade, sendo necessário atentar para importância probatória no que tange ao regime de trabalho semanal. Assim sendo, cabe ao administrador público, ao instruir o processo no bojo de que se verifique a legitimidade da acumulação ou não, buscar os elementos concretos pertinentes à carga horária de trabalho de cada cargo, emprego ou função pública. Esclareça-se que isso não tem por objetivo apenas satisfazer os interesses do servidor que pretende a cumulação. A busca da verdade material, por meio da atuação instrutória dos órgãos e autoridades competentes, satisfaz o interesse público primário, presente somente quando a decisão pública é adequada às circunstâncias fáticas em tese. Sublinhe-se que a ampla coleta probatória contribuirá para que seja feito um correto juízo técnico, além de reduzir da insegurança jurídica e evitar judicialização de questões administrativas indevida ou com má instrução.

Esses aspectos indicam a pertinência de, em sede de processo administrativo instaurado após a posse do servidor, serem colacionados os elementos necessários à aferição da compatibilidade das jornadas de trabalho inerentes aos cargos, funções ou empregos públicos que se pretende cumular. O Desembargador Alberto Vilas Boas do TJMG já pontuou:

"A questão afeta à compatibilidade de horários, e consequente possibilidade de acumulação, em contraposição à regra do art. 37, XVI da Constituição Federal é matéria concreta e deve ser aferida após a posse, e não antes.

Sim, porque em se considerando que apenas com a posse o servidor se investe efetivamente no serviço público, e passa a contar com prerrogativas, deveres e ônus, apenas a partir da concretização do ato é possível averiguar a incompatibilidade de horários que levaria à impossibilidade de acumulação.

É importante vislumbrar que a finalidade da vedação de acumulação de cargos é a dupla percepção de vencimentos e não realização eficiente de nenhum dos trabalhos, o que só



pode ser averiguado após a concretização da duplicidade, e não em um contexto abstrato.

Além disto, está assentado em doutrina e jurisprudência que, verificada a acumulação indevida, faz-se necessária a observância do contraditório e ampla defesa em processo administrativo, com possibilidade de opção do servidor por um dos cargos.

Esta realidade só se faz possível com a posse, que, pelas razões expostas pela autoridade coatora não podia ter sido negada." (Apelação Cível nº 1.0470.11.002640-3/001, rel. Des. Alberto Vilas Boas, TJMG, julgamento em 25.09.2012).

Reproduzindo esse entendimento, a Desembargadora Hilda Teixeira Costa fixou em recente julgado:

“Destarte, somente após a posse da impetrante é que poderá ser averiguada a compatibilidade de horários entre o cargo por ela já ocupado e o segundo para o qual foi nomeada, sendo certo que, se verificada a incompatibilidade, à impetrante deverá ser garantido o direito à opção por um dos cargos, razão pela qual não merece reforma a sentença que reconheceu a ilegalidade do ato administrativo que negou à impetrante o direito à posse no segundo cargo de Técnico em Radiologia para qual foi aprovada e nomeada.” (Apelação Cível nº 1.0024.14.152471-0/001, rel. Des. Hilda Teixeira Costa, 2ª Câmara do TJMG, DJMG de 08.09.2015)

Não há dúvida que, ao fim do procedimento administrativo, caso se verifique a incompatibilidade de serem cumuladas as jornadas de trabalho, cumpre ensejar ao servidor **direito de opção** por um dos cargos, empregos ou funções públicas. Essa a orientação proclamada pelo Superior Tribunal de Justiça: “Sendo verificada a ilegalidade na acumulação exercida, deve ser assegurado prazo para que o servidor formalize sua opção, nos termos da lei estadual” (Ag. Regimental no Ag. Regimental nos Embargos Declaratórios no RMS nº 32.513-SC, rel. Min. OG Fernandes, 2ª Turma do STJ, DJe de 19.08.2015). Também assegurando direito de opção entre cargos no caso de incompatibilidade de horários, confira-se: Apelação Cível nº 2008.72.00.013496-4, rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma do TRF da 2ª Região, julgamento em 10.11.2009.



Por fim, cumpre ressaltar que a matéria ora em discussão consubstancia competência a ser exercida pela Administração Pública, sem que se tenha invasão indevida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a própria jurisprudência:

“Não cabe ao Judiciário analisar se a acumulação de cargos, embora compatível, é oportuna e conveniente à Administração, sob pena de invasão do mérito administrativo. Caso o duplo exercício legal de cargos públicos venha a prejudicar a eficiência almejada nas atividades da Administração, ela própria, no exercício de sua Autotutela, promoverá a apuração da irregularidade mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, conforme claramente estabelece o art. 143 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.” (Apelação nº 00026096820124058500, rel. convocado Des. Federal Manuel Maia, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, julgamento em 24.10.2013)

Conclusão

Pelas razões expostas, opina-se pela aferição, em cada caso concreto, da compatibilidade das jornadas de trabalho inerentes aos cargos, empregos ou funções públicas que se pretenda acumular com base nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da Constituição da República, com trâmite regular de procedimento administrativo em que o órgão ou autoridade competente colacione os elementos necessários ao juízo técnico que lhe cabe realizar, em estrito cumprimento aos princípios da realidade e da verdade material.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 23 de dezembro de 2015.

Raquel Melo Urbano de Carvalho
Raquel Melo Urbano de Carvalho

Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

APROVADO EM 28/12/2015

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

Aprovado
BM to. 24/09/2015
Dignio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral Adjunto do Estado
MASP 598.222-8 - OAB/MG 62.597