

Análise do requisito de compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos públicos

Túlio César Pereira Machado Martins

Graduado em Direito pela UFMG. Graduado em Gestão Pública pela Uemg. Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas. Especialista em Controle Externo e Avaliação da Gestão Pública pela Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo/PUC Minas. Assessor de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas do TCEMG.

Resumo: O artigo objetiva traçar um panorama do entendimento da jurisprudência pátria sobre a condicionante de compatibilidade de horários para que seja possível a acumulação de cargos públicos, delineando os casos de acumulação remunerada constitucionalmente previstos e analisando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais da expressão “acumulação remunerada”. Objetiva, ainda, analisar a complexidade dos reflexos práticos relacionados ao requisito de compatibilidade de horários de forma mais abrangente do que a vedação à sobreposição de jornadas, ponderando a possibilidade ou não de fixar um limite de carga horária semanal máxima, e discorrer sobre a presunção de boa-fé do servidor que acumula cargos e a dificuldade de a Administração Pública exercer um efetivo controle diante da ausência de sistematização de compartilhamento de informações por todos os entes políticos.

Palavras-chave: Acumulação remunerada de cargos. Constitucionalidade. Compatibilidade de horários. Carga horária semanal.

1 REGRA CONSTITUCIONAL DE NÃO ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A exigência de concurso para ocupação de cargos públicos ganha força no Brasil com a implantação do modelo de administração burocrática, na tentativa de desconstruir a lógica clientelista patrimonialista de recrutamento de pessoal, em um reflexo tardio do Código Civil Napoleônico (1807) e do Português (1867), como influência do princípio da isonomia, própria do direito privado, no direito público (CANOTILHO, 1998).

Como esclarece Gilmar Mendes (2009, p. 313), o princípio da igualdade tem especial relevo nas escolhas feitas pelo Poder Público, pois:

[...] os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos. Se o administrador público, por exemplo, não pode escolher um candidato para prover um cargo público efetivo segundo uma intraduzível intuição sobre o seu talento, já que isso ofenderia a igualdade de trato imposta pelo princípio do concurso público, nada me impede, enquanto mero cidadão, de escolher um motorista particular segundo a impressão pessoal que dele colhi num primeiro contato, não havendo ensejo, só por isso, para que os preteridos por mim possam argüir quebra de isonomia.

Assim, a realização de concurso é uma forma de garantir o acesso isonômico aos cargos públicos. Contudo, Luís Roberto Barroso (2013) entende que o objetivo do constituinte foi antes proteger o bem público do que propriamente resguardar os interesses dos candidatos. Segundo afirma o autor, a Constituição de 1988 apresenta grande preocupação em

[...] **resguardar o espaço público da apropriação privada, o que faz mediante normas que exigem concurso para ingresso em cargo ou emprego público**, licitação para a celebração de contratos com a Administração Pública, prestação de contas dos que administram dinheiro público, bem como sancionam a improbidade administrativa. Proibição emblemática, que em si abriga mais de cem anos de uma República desvirtuada, é a do art. 37, § 1º, que interdita autoridades e servidores de utilizarem verbas públicas para promoção pessoal. (grifo nosso)

Da síntese dos dois pensamentos apreende-se que a previsão constitucional de concurso público prévio à ocupação de cargos e de empregos públicos privilegia não só a busca do servidor mais capacitado para exercer o múnus público, mas também a garantia de amplo e isonômico acesso.

Nesse diapasão, o constituinte também normatizou a ocupação simultânea de mais de um cargo público, estabelecendo como regra geral a vedação de acumulação remunerada de cargos, estabelecendo, no entanto, algumas exceções em que isso seria possível.

Da análise dos casos de acumulação previstos na Constituição da República de 1988 (CR/88), não se verifica como intenção favorecer o servidor com baixa remuneração, mas possibilitar suprir os cargos e melhor aproveitar as experiências e os recursos despendidos na capacitação daqueles que já são servidores. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 395): “O fundamento da proibição é impedir que o cúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência.” Contudo, verifica-se, nas decisões recentes dos tribunais, uma grande preocupação em interpretar as vedações, como cláusulas restritivas de direitos, da maneira que mais beneficie o servidor, realizando uma verdadeira mutação dos dispositivos constitucionais relacionados às regras de acumulação.

2 HIPÓTESES DE ACUMULAÇÃO SEGUNDO O TEXTO CONSTITUCIONAL VIGENTE

A regra geral de acumulação de cargos¹ está prevista na Constituição da República de 1988 nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

¹ Para evitar a repetição da expressão “acumulação de cargos, empregos e funções públicos”, far-se-á, durante o artigo, menção apenas à expressão “acumulação de cargos públicos”, tendo em vista a igualdade de tratamento das três categorias para efeitos da referida vedação.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 34, de 2001)

XVII — a proibição de acumular estende-se 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

Além das exceções previstas no art. 37, XVI, há, ainda, no texto constitucional, regras específicas para acumulação de cargos pelos vereadores (art. 38, III), magistrados (art. 95, parágrafo único, I) e membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, II, *d*), devendo-se observar, em qualquer das hipóteses, o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CR/88 e a compatibilidade de horários.

O teto constitucional de remuneração está previsto no art. 37, XI, da CR/88, nos seguintes termos:

XI — a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão 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 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003)

Por remissão ao exposto no inciso XVI do referido artigo, verifica-se que, caso o servidor exerça dois cargos, o somatório da remuneração deve ser considerado para aferição do atingimento do teto.

Contudo, o fato de a soma superar o teto de remuneração não torna os cargos incompatíveis, somente obriga a Administração Pública a aplicar redutor do teto remuneratório. Assim, a condicionante de respeito ao teto constitucional, diferentemente da compatibilidade de horários, não impede que os cargos sejam acumuláveis, mas apenas veda a percepção dos valores que ultrapassem o máximo consignado, ficando retidos os valores que o excederem.

Impende salientar que, em tese, a mesma regra de soma dos cargos vale para a acumulação de proventos na inatividade. Contudo, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou entendimento de que os cargos devem ser analisados isoladamente, conforme excertos de decisões recentes transcritos a seguir:

[...] a acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos de médicos, legalmente exercidos, nos termos autorizados pela Constituição, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos ser considerados isoladamente para esse fim [...] (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 38.682/ES. Relator: min. Herman Benjamin. Julgamento final de 18 out. 2012. *DJe*, Brasília, DF, 5 nov. 2012).

[...] A acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos, de técnico e de professor, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos serem considerados isoladamente para esse fim [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 33.170/DF. Relator: min. Cesar Asfor Rocha. Acórdão de 15 maio 2012. *DJe*, Brasília, DF, 7 ago. 2012).

2.1 Acumulação na inatividade

A Carta Política de 1988, em sua redação original, não tratava da acumulação de mais de uma aposentadoria ou de uma aposentadoria com um cargo. Até porque não haveria nenhum empecilho, quanto à compatibilidade de horários, para remunerar um servidor aposentado para exercer novas atribuições. Assim, elucida Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 396-397):

Com relação aos aposentados, pelo fato de receberem proventos e não ocuparem cargo, nem função nem emprego público, não estariam, em princípio, sujeitos a esta regra de vedação de acumulação, uma vez que proventos são percebidos *pro labore facto*, não tendo qualquer relação com a remuneração que o aposentado venha a perceber, *pro labore faciendo*, se estiver disposto a dar um aproveitamento construtivo à sua experiência, a seu tempo, de justo descanso, e ao País, dedicando-se a uma nova atividade produtiva, no serviço público.

Somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/1998, é que se inseriu a vedação à acumulação de proventos e vencimentos, salvo se acumuláveis na atividade. Por óbvio, não há que se falar no requisito de compatibilidade de horários quando a acumulação se dá com proventos de servidor aposentado.²

Como vários servidores já se encontravam acumulando cargos que passaram a ser vetados, quando da edição da Emenda Constitucional n. 20/1998, estabeleceu-se, no art. 11, regra de transição, excepcionando a regra do art. 37, § 10³, da CR/88, àqueles que tivessem reingressado no serviço público até 16/12/1998.

2.2 Alcance da vedação em sociedades controladas direta e indiretamente pelo Poder Público

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 394), sintetiza as regras gerais dos incisos XVI e XVII do art. 37 em duas situações:

Uma delas é a da acumulação de empregos e funções. Dessa maneira, chega-se à primeira regra geral completa: é vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas.

² O STF já se manifestou nos seguintes termos: “impertinente a exigência de compatibilidade de horários como requisito para a percepção simultânea de um provento de aposentadoria com a remuneração pelo exercício de outro cargo público.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 709.535/SP. Relator: min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 5 mar. 2013. *DJe*, Brasília, DF, 18 mar. 2013).

³ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014), também estariam implicitamente excluídos da vedação de acumulação prevista no art. 37, § 10, da CR/88, os aposentados em cargo ou emprego público que venham a desempenhar os cargos privativamente estipendiados pela espécie remuneratória de subsídios, já que o dispositivo constitucional faz menção à remuneração. Contudo essa não parece ser a *mens legis*, tendo sido o termo “remuneração” empregado em sentido amplo.

A segunda situação de impedimento é a relativa aos cargos, empregos e funções nas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações mantidas pelo Poder Público. Temos, então, a segunda regra sobre o assunto: proíbe-se a acumulação de cargos, empregos e funções também nas pessoas da Administração Indireta.

Com relação à extensão da vedação a toda e qualquer sociedade controlada, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 396) afirma que o controle a que se refere o texto constitucional deve ser entendido apenas como o societário, “pois, de outra forma, se estenderia a entidades do setor privado que se encontrem submetidas a eventuais controles administrativos ou financeiro-orçamentários por força de contratos ou de acordos com o Poder Público.”

Contudo, em sentido contrário, destaca-se o posicionamento da prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 637) para quem:

A alteração introduzida pela Emenda [EC 19/1998] teve por objetivo acabar com a discussão sobre a incidência da proibição sobre os empregados de outras empresas estatais, não enquadráveis no conceito de sociedade de economia mista ou empresa pública. Pela nova redação, são alcançados pela norma todos os servidores de empresas nas quais o Estado tenha participação acionária, seja diretamente, seja por meio de suas entidades da Administração Indireta.

O posicionamento do prof. Diogo de Figueiredo parece se adequar melhor ao sistema constitucional, já que, de uma forma geral, nada impede que o trabalhador que tenha acesso ao “mercado privado” possua mais de um emprego, desde que haja compatibilidade de horários. Ademais, estender a vedação causaria ingerências nas empresas e violação a interesses legítimos dos trabalhadores, naquelas empresas que o Estado possua apenas controle indireto.

Já, no caso das empresas estatais, não há dúvida quanto à derrogação das normas celetistas e a prevalência da regra constitucional, não somente de vedação à acumulação, mas também aos requisitos para investidura e vencimentos.

Como ressalta Ricardo Resende (2014, p. 112):

Há que se tomar especial cuidado para não confundir a possibilidade de acumulação de empregos no setor privado e de cargos no setor público. Com efeito, no Direito Constitucional e/ou Administrativo sabe-se que a regra é a vedação à acumulação remunerada de cargos públicos (art. 37, XVI, CRFB/88). Não obstante, no setor privado não há, em princípio, nenhuma limitação desta natureza, bastando que haja compatibilidade de horários para que o trabalhador possa se ativar em mais de um emprego.

Especificamente nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a discussão do alcance da norma constitucional não se mostra muito relevante, como pondera Bandeira de Mello (2010, p. 222, nota de rodapé 50): “as distintas hipóteses de acumulação permitida não parecem suscetíveis de ocorrer em relação a empresas estatais exploradoras de atividade econômica, salvo, talvez, para cargos privativos de médico.”

2.3 Acumulação remunerada e desincompatibilização

A Constituição veda a acumulação remunerada de cargos públicos. Assim, partindo de uma interpretação literal, a vedação constitucional não alcançaria as situações em que o servidor não é remunerado. Nas palavras de Alexandre Aragão (2013, p. 567): “se houver percebimento apenas de um dos vencimentos, a acumulação será, em princípio, admissível.” Caso o servidor verificasse a incompatibilidade, poderia,

por exemplo, requerer licença sem vencimentos por interesse particular de um deles e deixaria de existir a acumulação vedada.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 615) comunga do mesmo entendimento e afirma que:

Tal situação em nenhuma hipótese ofenderia o art. 37, XVI, da CF, que alude à acumulação remunerada de cargos. Se o mandamento, que tem cunho restritivo, diz que a acumulação vedada é a remunerada, não pode o intérprete ampliar o âmbito da restrição. Na verdade, impedir a investidura do servidor licenciado ou com contrato de trabalho suspenso, sem remuneração, provoca ofensa ao princípio do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, consagrado no art. 5º, XIII, da CF.

Dessa forma, os tribunais regionais federais têm se pronunciado pelo direito do servidor de solicitar essa licença para ocupar o segundo cargo, conforme se verifica nas ementas das decisões a seguir transcritas:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. INEXISTÊNCIA. LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO COMPROVADA. 1. O mandado de segurança é destinado a garantir direito líquido e certo, ou seja, aquele que pode ser provado de plano. 2. **O impetrante comprovou que, para tomar posse como Professor Assistente I da Universidade Federal do Maranhão, requereu anteriormente a licença sem remuneração no cargo de Farmacêutico que ocupa no mesmo educandário, não havendo ofensa, diante dessa situação, ao art. 37 da CR/88.** 3. Remessa oficial não provida. (grifo nosso) (BRASIL. Tribunal Regional Federal. Primeira Região. Remessa *ex officio* em mandado de segurança n. 2003.37.00.000405-0. Relator: juiz federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes. Acórdão publicado no *e-DJFI*, Brasília, DF, 24 ago. 2011).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCURADOR DO ESTADO EM GOZO DE LICENÇA SEM REMUNERAÇÃO. POSSE NO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO PREVISTA NO INCISO XVI DO ART. 37 DA CF.

— A hipótese de vedação à acumulação de cargos públicos, prevista no inciso XVI do art. 37 da Carta Magna, somente tem vez quando ambos são remunerados.

— Em se tratando de Procurador do Estado em gozo de licença sem remuneração, não há qualquer proibição a que assumo o cargo de Delegado de Polícia Federal e receba a remuneração correspondente ao cargo.

— Precedente deste TRF.

— Honorários advocatícios fixados com proporcionalidade e razoabilidade.

— Apelação e remessa oficial improvidas. (BRASIL. Tribunal Regional Federal. Quinta Região. Apelação cível n. 2004.85.00.000126-9. Relator: des. federal César Carvalho. Julgado de 24 set. 2009. Acórdão publicado no *Diário Eletrônico*, 9 out. 2009.

Essa interpretação incentiva, inclusive, os servidores a continuarem estudando, pois, aqueles que já cumpriram o estágio probatório abririam mão de um cargo em que já são estáveis para ficar sujeito a uma reprovação em novo estágio probatório. Como não são todos os estatutos que possuem previsão do instituto da recondução⁴, que possibilita retornar ao cargo anteriormente ocupado caso reprovado em novo estágio probatório, a licença sem vencimentos para que não ocorra a acumulação indevida dos cargos parece bastante razoável.

⁴ O instituto da recondução é previsto no art. 29 da Lei Federal n. 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público): “Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de: I — inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; II — reintegração do anterior ocupante.”

No entanto, em sentido oposto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou por a incompatibilidade se referir ao exercício dos cargos, ainda que não haja remuneração simultânea, nos seguintes termos:

CONCURSO PÚBLICO — LICENÇA SEM VENCIMENTOS DE CARGO OCUPADO PARA POSSIBILITAR POSSE EM OUTRO — ACUMULAÇÃO LÍCITA SEGUNDO A ORDEM CONSTITUCIONAL.1. O artigo 37, inciso XVI, da Carta Política, somente proíbe a acumulação remunerada de cargo público, mas não a multiplicidade de vínculo funcional, ou seja, a titularidade do cargo, daí a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal perfilhar ser possível a opção de remuneração daquele servidor já aposentado que novamente ingressa no serviço público. Por isso, é lícita a pretensão de, licenciado sem vencimentos do cargo que ocupa, o servidor ser empossado em outro.2. Apelação provida.” 2. A recorrente afirma que “a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos” (fls. 177). 3. Salienta violação do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição do Brasil. 4. Assiste razão à recorrente. **Esta Corte firmou entendimento no sentido de que “É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos”**. Grifei. (STF. RE n. 120.133. Relator: min. Maurício Corrêa, DJ de 29 nov. 1996). 5. Ademais, ao julgar caso semelhante, este Tribunal entendeu que “a vedação constitucional de acumular cargos, funções e empregos remunerados estende-se aos juízes classistas, sendo que a renúncia à remuneração por uma das fontes, mesmo se possível, não teria o condão de afastar a proibição” (RMS n. 24.347, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 4.4.03). Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC. (STF. RE 399475/DF. Relator: Min. Eros Grau. DJ 26/08/2005, grifo nosso).

Esse posicionamento não parece se adequar à vontade do constituinte e desrespeita o direito do servidor, ao não interpretar extensivamente uma restrição de direitos. Conforme conclui Luciana Borges (2003, p. 133-197):

Se a Constituição da República em vigor, ao estabelecer a vedação como regra geral, proibiu apenas as acumulações remuneradas, conclui-se que, a princípio, apesar da divergência instalada, estariam permitidas as acumulações não remuneradas, sendo impedido o acúmulo de remunerações e não o de exercícios, de modo a autorizar tanto o exercício de outro cargo, emprego ou função por funcionário licenciado (sem remuneração) para tratar de assuntos particulares, como o acúmulo de autoridades.

Se assim não fosse, estar-se-ia desprezando a forma do preceito, a literalidade da Lei, pois se o constituinte quisesse estender a proibição às hipóteses de acúmulo não remunerado de cargos, empregos e funções valer-se-ia da inteligência da norma prevista no art. 96 da Constituição de 1946, que vedava a acumulação de quaisquer cargos, ou ao menos não teria utilizado a tão criticada expressão acumulação remunerada.

2.4 Dois cargos de professor

A acumulação remunerada de dois cargos de professor não gera maiores discussões quanto a sua possibilidade, pelo fato de ser comum, mesmo entre profissionais que trabalham exclusivamente no setor privado, ministrar aulas em mais de uma instituição. Segundo a cartilha sobre acumulação de cargos públicos elaborada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (2013, p. 15):

Essa norma não tem a finalidade de privilegiar os Professores. A atividade docente, em função da possibilidade de jornadas de trabalho diferenciadas e mais flexíveis, quando comparada às demais profissões, permite que o Professor possa desempenhá-la em mais de uma unidade escolar.

Contudo, verifica-se grande confusão da regra resultante do embate entre a possibilidade de acumulação de cargos e a previsão de dedicação exclusiva, chegando alguns autores a afirmar que prevalece a disposição constitucional, quando na verdade não há nenhuma incompatibilidade entre as regras.

Krishlene Braz Ávila (2011), Procuradora do Estado de Roraima, defende que a dedicação exclusiva não se confundiria com a jornada de trabalho de tempo integral, sendo que somente a previsão desta última tornaria incompatível a acumulação. Segundo a autora:

É comum a legislação infraconstitucional confundir os dois institutos de modo a colocá-los sob um mesmo regramento.

Entretanto, no cotejo entre a legislação infraconstitucional (decretos, leis...) e a constitucional, deve prevalecer esta última, por óbvio. Com efeito, todos os regimes de trabalho dos servidores públicos federais e estaduais, criados por lei, estão inevitavelmente vinculados àquelas normas e àqueles princípios constitucionais.

E qualquer restrição quanto ao regime de jornada de trabalho dos servidores públicos somente será legítima e válida se puder ser subsumida em uma norma ou princípio constitucional que expressamente enuncie a mesma restrição normatizada pela legislação infraconstitucional.

Não é possível, conseqüentemente, à legislação infraconstitucional vedar hipótese de acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas, que tenha sido permitida expressamente pela Constituição Federal.

Assim, se a Constituição Federal só exige a compatibilidade de horários para o presente caso, e se o servidor não ocupa cargo cujo trabalho exige tempo integral, a análise deverá ser feita nesse sentido: se há compatibilidade de horários entre os cargos, não importa se um deles é de regime de dedicação exclusiva, já que este fato não impede a acumulação autorizada constitucionalmente.

É imperioso distinguir os institutos da acumulação remunerada de cargos e o da dedicação exclusiva.

A permissão constitucional de acumulação, em tese, não impede que, em determinada carreira específica, seja estipulado regime de dedicação exclusiva. Os estatutos poderão estabelecer regimes de dedicação exclusiva ou restrição de atividades para que não exista conflito de interesses. (ARAGÃO, 2013)

Assim, caso haja previsão de dedicação exclusiva, essa regra deve prevalecer, valendo destacar que a proibição não é apenas para a acumulação de cargos públicos, mas para o trabalhador que se dedica a qualquer outra ocupação, inclusive vínculos de natureza privada.

2.5 Um cargo de professor com outro técnico ou científico

Como define João Trindade Cavalcante Filho (2009), “cargo científico é o cargo de nível superior que trabalha com a pesquisa em uma determinada área do conhecimento — advogado, médico, biólogo, antropólogo, matemático, historiador.”

Já o cargo técnico, segundo entendimento pacificado na jurisprudência pátria, para fins de acumulação de cargos, é aquele que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, podendo ser de ensino médio⁵ ou superior, desde que exija tais conhecimentos.

É importante, portanto, verificar não a nomenclatura dada ao cargo, mas se a natureza (para ingresso e exercício) é técnica ou científica. Além disso, não há que se falar em correlação entre as matérias a serem

⁵ “O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que cargo técnico ou científico, para fins de acumulação com o de professor, nos termos do art. 37, XVII, da Lei Fundamental, é aquele para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos e habilitação legal, não necessariamente de nível superior.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 20.033/RS. Relator: min. Arnaldo Esteves Lima. DJ, Brasília, DF, 12 mar. 2007)

lecionadas e as atribuições do outro cargo, pois, diferentemente da redação da Constituição anterior⁶, a Carta Política de 1988 não a exige.

Em que pese carecer de fundamentos lógico-jurídicos para o impedimento de o ocupante de um cargo que não seja técnico ou científico acumular a função de professor, já que não há necessidade de pertinência de matéria e é de interesse público que o servidor se capacite cada vez mais, ainda que seu cargo originalmente seja de ensino médio não técnico, portanto, não acarretaria nenhum prejuízo à execução das atividades. Contudo a redação da Constituição é bastante clara em enumerar apenas os cargos técnicos e científicos como acumuláveis.

2.6 Dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas

Em sua redação original, a Constituição da República de 1988 previa apenas a acumulação de dois cargos privativos de médico. Contudo, a Emenda Constitucional n. 34, de 2001, estendeu essa possibilidade a todos os demais profissionais da área da saúde.

Embora a jurisprudência utilize indistintamente a expressão “profissionais de saúde”, esta deve ser interpretada rigorosamente, não correspondendo à expressão “profissionais da área de saúde” (CARVALHO FILHO, 2011). Assim, a faculdade de acumulação de cargos não é estendida aos servidores de apoio administrativo, por exemplo. Um importante normativo a ser utilizado como baliza é a Resolução n. 218/97 do Conselho Nacional da Saúde, na qual se resolve:

I — Reconhecer como profissionais de saúde de nível superior as seguintes categorias:

1. Assistentes Sociais;
2. Biólogos;
3. Profissionais de Educação Física;
4. Enfermeiros;
5. Farmacêuticos;
6. Fisioterapeutas;
7. Fonoaudiólogos;
8. Médicos;
9. Médicos Veterinários;
10. Nutricionistas;
11. Odontólogos;
12. Psicólogos;
13. Terapeutas Ocupacionais.

II — Com referência aos itens 1, 2 e 9 a caracterização como profissional de saúde deve ater-se a dispositivos legais do Ministério da Educação e do Desporto, Ministério do Trabalho e aos Conselhos de Classe dessas categorias.

⁶ Segundo previsto na Constituição da República de 1967, em seu art. 97, § 1º, “Em qualquer dos casos, a acumulação somente é permitida **quando haja correlação de matérias** e compatibilidade de horários”. (grifo nosso)

Ressalte-se que, embora não haja normatização similar para os cargos técnicos, não há empecilho para que cargos técnicos da área de saúde sejam potencialmente acumuláveis.

O TCEMG foi incitado a se manifestar acerca da possibilidade de um servidor acumular dois cargos privativos da área de saúde com a função de ordenador de despesa. Em voto aprovado por unanimidade, o relator, conselheiro Eduardo Carone Costa, esclareceu que:

apresenta-se viável e legal a acumulação de dois cargos públicos por profissional da área de saúde, integrante do Quadro da Polícia Militar, podendo em razão do exercício de um deles, desempenhar as funções de ordenador de despesas, por ele próprio ou por delegação. Frise-se, desde que, em ambas as hipóteses, decorrente de cargo em comissão ou função de confiança, privativos de profissionais de saúde. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta n. 863.022. Relator: cons. Eduardo Carone Costa. Sessão de 23 maio 2012. *DOC*, Belo Horizonte, 11 jun. 2012, p. 19)

2.7 Um cargo de magistrado ou de membro do Ministério Público com um cargo de professor

Além das hipóteses do art. 37, XVI, há, no texto constitucional, a previsão de acumulação remunerada dos magistrados (art. 95, parágrafo único, I) e dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, II, *d*) com um cargo ou função de professor.

Art. 95. [...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I — exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

[...]

Art. 128. [...] § 5º — Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

II — as seguintes vedações:

[...]

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

As hipóteses poderiam ser perfeitamente enquadradas na alínea *b* do inciso XVI do art. 37 da CR/88; contudo entendeu-se pertinente reforçar a vedação, tendo em vista a importância dos cargos para a administração da justiça, o que poderia gerar conflito de interesses. Os conselhos nacionais regulamentaram a questão a fim de restringir a acumulação do exercício de um desses cargos de professor, tanto em instituição pública como em privada.

O primeiro a regulamentar foi o Conselho Nacional da Justiça Federal, por meio da Resolução n. 336/2003, que previu em seu art. 1º, *verbis*: “Ao magistrado da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função, ressalvado(a) um(a) único(a) de magistério, público ou particular.” Contudo, a expressão “único(a)” está com sua eficácia suspensa por força de liminar concedida pelo STF nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3126.

Após, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público editaram respectivamente as Resoluções n. 34/2007 e n. 3/2005, com regras sobre a acumulação.

Destaque-se que o Conselho Nacional do Ministério Público previu a carga horária máxima de 20 horas-aula semanais, efetivas em sala de aula.

2.8 Um cargo de vereador e outro de servidor

Com relação à acumulação de cargo de vereador com outro cargo, emprego ou função, a Constituição definiu como possível, desde que haja compatibilidade de horários.

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

I — tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II — investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III — investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV — em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

V — para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse. (grifo nosso)

A partir de uma interpretação sistemática, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) entendeu ser possível a acumulação de um cargo de vereador somente com um cargo efetivo, não sendo possível com um cargo de confiança, nos seguintes termos:

Assinale-se que o cargo público ocupado pelo servidor eleito vereador, se houver a compatibilidade de horário, somente pode ser o cargo de provimento efetivo. É o que se infere do disposto no art. 54, I, “b”, e II, “b”, com o art. 29, IX, da Constituição da República, que veda ao vereador, após eleito, aceitar ocupar cargo em comissão exonerável *ad nutum* em pessoas jurídicas de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e empresas concessionárias de serviço público. Assim, da mesma forma, se o servidor eleito vereador é ocupante de cargo em comissão, deverá se exonerar do cargo ocupado, porque a incompatibilidade passa a existir, tão logo o servidor tome posse no cargo eletivo legislativo. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 862.810. Relator: cons. Wanderley Ávila. Sessão de 24 abr. 2013. *DOC*, Belo Horizonte, 17 maio 2013, p. 15)

Apesar da clareza do artigo, discute-se, ainda, se seria possível a acumulação de cargos de ocupação restrita a vereadores, como presidente de câmara ou membro de mesa diretora, com outro cargo. Os tribunais brasileiros têm se manifestado pela possibilidade de acumulação. Assim, transcreve-se excerto do parecer do TCEMG exarado na Consulta n. 778.093:

[Acumulação de cargos. Servidor público efetivo e Presidente de Câmara Municipal]
Cumpre destacar que as hipóteses de acumulação de cargos públicos constituem exceção à regra, portanto devem ser interpretadas com cautela e nos estritos termos da Lei Magna Federal. A Constituição Federal de 1988 ao prever as hipóteses de acumulação de cargos públicos em seu art. 37, XVI, ressalta a necessidade de compatibilidade de horários e a necessidade de observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do mesmo dispositivo. Na hipótese de servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as disposições do art. 38 e seus incisos da Lei Magna Federal. Vale lembrar que o inciso III do citado art. 38, que trata do mandato de vereador, também ressalta a necessidade de compatibilidade de horários. É de se destacar, ainda, as proibições e incompatibilidades no exercício da vereança, estabelecidas no inciso XI do art. 29 da CR/88. [...] Nesse sentido, nos termos da legislação em vigor,

o servidor público ocupante de cargo efetivo e investido no mandato de vereador somente poderá assumir a presidência da edilidade se comprovar a compatibilidade de horários entre o expediente normal da Câmara e a jornada de trabalho como servidor público efetivo. Saliente-se, contudo, que essa possibilidade deve respeitar eventuais impedimentos previstos em leis municipais, conforme contido no inciso IX do art. 29 da Constituição da República. (grifo nosso) (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 778.093. Relator: cons. Eduardo Carone Costa. Sessão de 1º jul. 2009)

3 INTERPRETAÇÃO DO REQUISITO COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

Antes de analisar propriamente a compatibilidade de horários, impende salientar que não é possível a acumulação de mais de dois cargos, diante da utilização das referências a um ou a dois cargos, no texto constitucional.

Di Pietro (2014, p. 638) enfatiza que “As exceções somente admitem **dois** cargos, empregos ou funções, inexistindo qualquer hipótese de tríplice acumulação, a não ser que uma das funções não seja remunerada.”

Ainda que sejam todos cargos acumuláveis entre si e haja compatibilidade de horários, trata-se de uma exceção à regra geral e, pela boa técnica de hermenêutica jurídica, deve ser entendida restritivamente, mesmo para os casos de servidores aposentados. Cite-se decisão do STF:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORA PÚBLICA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS COM VENCIMENTOS DE PROFESSOR. ACÚMULO QUÁDRUPLO DE REMUNERAÇÕES. ART. 11 DA EC 20/98. INVIABILIDADE. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apenas se permite a acumulação de proventos e vencimentos quando se tratar de cargos, funções, ou empregos acumuláveis na atividade, conforme permitido pela Constituição. 2. **Não se admite acúmulo quádruplo de provimentos e vencimentos de professor, mesmo que decorrentes de aprovações em concursos públicos anteriores à vigência da EC 20/98.** (AI 545.424 AgR-AgR, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, Dje de 25/03/13; AI 529.499 AgR, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, Dje 17/11/10). Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. Segunda Turma. RE n. 432682 AgR/PR. Relator: min. Teori Zavascki. DJ 25/06/2013).

A exceção de acumulação de cargos públicos depende da verificação da condicionante compatibilidade⁷ de horários, expressamente prevista no texto constitucional, não sendo suficiente a compatibilidade dos cargos e funções.

Mesmo que não estivesse prevista, a necessidade de compatibilidade de horários é um requisito de decorrência lógica dos princípios constitucionais administrativos, em destaque o da moralidade e o da eficiência. Não é razoável que a Administração pague por dois serviços que não podem ser executados ao mesmo tempo, tendo em vista a impossibilidade de ubiquidade e de onipresença. Assim, o mínimo a ser exigido é que não haja sobreposição de horários.

Segundo Rigolin (2012, p. 321), ao analisar o requisito de compatibilidade de horários previsto no Estatuto do Servidor Público Federal (art. 118, § 2º):

⁷ Segundo definição de Jairo Maia Júnior, incompatibilidade é a “Impossibilidade de tratamento conjunto de duas ou mais coisas ou de exercício de duas atividades, ante a sua heterogeneidade. Juridicamente indica a proibição de exercício simultâneo de duas ou mais atividades pela mesma pessoa. [...] Apesar da existência de uma pluralidade de casos relacionados ao instituto da incompatibilidade, a CF/88 só faz uma referência expressa ao termo: no seu art. 29, IX, que trata dos Municípios, ao tratar dos vereadores: [...]. Entretanto, expressando a mesma ideia, apresentam-se algumas referências ao termo compatibilidade, por exemplo, art. 37, XVI”. (DIMOULIS, Dimitri *et. al.* *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, formato *e-book*, p. 288.)

[...] qualquer acumulação de cargos dentro da União, ainda que constitucional e portanto legalmente permitida, ficará sempre sujeita a comprovação de horários compatíveis, ou seja: a de que o horário de um cargo não se sobreponha nem interfere no horário de outro, permitindo ao servidor desempenhar ambos sem a necessidade de estar em dois lugares ao mesmo tempo, exercitando uma bilocação que muitos teólogos afirmam ser apanágio exclusivo de Santo Antônio, e não dos demais mortais.

É evidente que, em se sobrepondo os horários de dois cargos públicos, um dos dois haverá necessariamente de ser lesado com o exercício cumulativo pelo mesmo servidor, o que constitui evidente e grave irregularidade, com necessária lesão ao erário.

Contudo, a regra de compatibilidade de horários é muito mais complexa do que possa parecer, pois elementos de ordem prática, como a carga horária semanal excessiva e a distância entre os postos de trabalho, também devem ser avaliados na análise do caso concreto.

Em resposta à Consulta n. 747.842, sobre a possibilidade de acumular cargo de vereador com o cargo de servidor em município vizinho, o TCEMG decidiu, em Sessão Plenária de 15/02/2012, que não bastaria comprovar a ausência de sobreposição de jornadas de trabalho, sendo necessário computar o tempo de deslocamento entre os dois municípios.

Fato é que, conforme exposto por Cayo César Batista Barbosa de Sousa (2012), ao analisar a jornada de trabalho prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas, é necessário equacionar tempo para que o trabalhador descanse, cuide de sua saúde, tenha lazer⁸ e possa se aprimorar profissionalmente, *in litteris*:

A busca da delimitação do tempo do trabalho, [...] tem sua origem na antiguidade e esse ideal vem sendo perseguido até os dias de hoje e, provavelmente, vai continuar a ser buscado, pelo menos até que se chegue a um ponto considerado consensual em que a duração do trabalho respeite a saúde, o lazer e vida social do trabalhador, além de possibilitar que este busque, constantemente, aprimoramento profissional (o que, para alguns, acarretaria também aprimoramento pessoal).

Ricardo Resende (2014, p. 349) estabelece os três aspectos que fundamentam a limitação de jornada:

Sob o **aspecto biológico**, constatou-se que as jornadas excessivas provocam a fadiga do trabalhador, com danos muitas vezes graves à sua saúde. O cansaço provocado pelo excesso de trabalho diário aumenta a incidência de doenças ocupacionais e facilita a ocorrência de acidentes de trabalho, o que viola a dignidade do obreiro.

Sob o **ponto de vista social**, a jornada de trabalho extensa afasta o trabalhador do convívio com seus pares, provocando distúrbios familiares e segregação social.

Finalmente, sob o **ponto de vista econômico**, o estresse e o cansaço decorrentes da jornada exaustiva levam à queda do rendimento do trabalhador, fazendo com que sua produtividade decaia, o que conflita com o interesse patronal (aumento da produtividade para maximização dos lucros).

Por todo o exposto, as normas que limitam e regulam a duração do trabalho são normas de medicina e segurança do trabalho, e, como tais, são normas de ordem pública (também chamadas cogentes ou imperativas), razão pela qual são irrenunciáveis pelo obreiro. (grifo nosso)

Verifica-se no setor público o necessário respeito a esses três aspectos, merecendo destaque o econômico, pois, embora a maioria das atividades do setor público não visem ao lucro, consta expressamente, entre os

⁸ Como destaca Robério Nunes dos Anjos Filho, o direito ao lazer “É um direito social, constitucionalizado pela primeira vez na atual Constituição Federal (art. 6º), relacionado à qualidade de vida e ao meio ambiente sadio e equilibrado. Parte da doutrina o distingue do direito ao repouso, descanso, ócio ou folga, porque estes envolvem recuperação das forças despendidas durante o trabalho diário. Seu exercício pressupõe limites razoáveis à jornada de trabalho.” (DIMOULIS, *op. cit.*, p. 333).

princípios constitucionais administrativos, o princípio da eficiência, que pode ser comprometido pelo baixo rendimento e pelo absenteísmo.

Atento a isso, o TCU tem entendimento pacificado quanto ao limite máximo de 60 horas semanais.

[Aposentadoria. Acumulação de cargos. Incompatibilidade de horários. Ilegalidade do ato]

[VOTO]

A jurisprudência desta Corte tem considerado lícita a acumulação de cargos prevista no inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal quando há compatibilidade de horários, a ser aferida no caso concreto. Além disso, tem admitido como limite máximo a carga de 60 horas semanais [...].

2. Tais requisitos não foram atendidos pelo ato de [interessada], que acumulou simultaneamente dois cargos na área de Enfermagem, ambos sujeitos a jornadas de 40 horas semanais. É ilegal, pois, a concessão, com a ressalva, bem colocada pela Sefip, de “que seria possível à servidora continuar percebendo cumulativamente proventos e vencimentos, desde que haja possibilidade de novo enquadramento em um dos cargos em tabela de vencimentos de 20 horas semanais, de modo a conciliar o que seria a jornada dupla de trabalho caso a servidora estivesse em atividade nos dois cargos”, consoante entendimento expresso nos acórdãos 4.566/2009 e 7.021/2010, ambos da 2ª Câmara. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Acórdão n. 0534-02/1. Relator: min. Aroldo Cedraz. Sessão de 1º fev. 2011. *DOU*, Brasília, DF, 8 fev. 2011)

A Advocacia-Geral da União tem se posicionado no sentido de ser ilícita a acumulação que resulte em 80 horas semanais, tendo como parâmetro o Parecer GQ-145/1998⁹, do qual se destaca o seguinte trecho:

19. O Texto Constitucional, art. 37, XVI, não terá pretendido contemplar cargas de oitenta horas semanais, sob o pretexto não só de que o regime cumulativo regrou-se sem nenhuma limitação, bem assim do pálio da compatibilidade de horários. Este requisito de configuração de direito de titularidade de cargos acumulados é de relevo e deve ser admitido de maneira a harmonizar-se com o interesse público e proporcionar ao servidor a possibilidade do exercício regular dos cargos ou empregos. Admite-se que a exegese que admita a carga total de oitenta horas, acarretando a impossibilidade da razoável execução do trabalho, seria dissonante da maneira de pensar de Carlos Maximiliano, exposta ao prelecionar que deve “o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 166).

20. Sob essa ótica, deduz-se irrelevante a conotação de que o regime laboral dos docentes compreende as aulas efetivas e as atividades de “orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino”, como afirma a Universidade (v. o item 4 deste expediente), porquanto, ainda que essa elástica distribuição de atividades apresente respaldo legal, não possui o condão de desobrigar o professor de cumprir integralmente a carga horária e em decorrência da qual é retribuído.

Esse entendimento se baseia nos parâmetros previstos no art. 66 da Consolidação das Leis do Trabalho, de descanso interjornada de no mínimo 11 horas consecutivas, quando se tratar do mesmo empregador.

TRF-5a Região: ‘É incompatível a jornada de trabalho de 40 horas semanais em acumulação com outros empregos onde a funcionária dá plantões noturnos de 12 horas. Com apenas duas horas para repouso noturno e alimentação, não se concebe a compatibilidade sem

⁹ Nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar n. 73/1993, o referido parecer, por ter sido aprovado pelo presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial, possui caráter normativo e vincula todos os órgãos e entidades da administração federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Além disso, a Nota n. 114/2010/DECOR/CGU/AGU, de 18/06/2010, sugere a manutenção do parecer.

prejuízo da prestação do serviço. Constatada a acumulação, cabe à administração decidir pela redução ou não da jornada de trabalho, de acordo com o interesse do serviço'. (BRASIL. Tribunal Regional Federal. Quinta Região. Segunda Turma. Apelação em mandado de segurança n. 1326/PB. Relator: des. fed. Araken Mariz. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 ago. 1991, p. 19.064)

Como explica Bruno Klippel (2012, p. 160):

O respeito à duração máxima de jornada de trabalho e aos intervalos de descanso é entendido, atualmente, como questão de saúde laboral, ou seja, norma de ordem pública que, portanto, não pode ser desrespeitada, pois tal atitude do empregador traz uma série de malefícios ao empregado, principalmente, por aumentar a possibilidade de acidentes ocasionados por cansaço e lentidão de reflexos.

Assim, o descanso interjornada, nas situações de acumulação de cargos públicos, mesmo em se tratando de empregadores distintos, precisa ser observado, como forma de resguardar a higidez física e mental do trabalhador — matéria de ordem pública — e, com isso, mitigar o absenteísmo por motivos de saúde, além de primar pela eficiência do empregado.

Contudo, em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não negam a importância do descanso, mas ponderam a imprescindibilidade de se analisar o caso concreto, não admitindo o critério objetivo de limite de horas semanais.

Assim, cite-se recente julgado do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DA LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL COM A MERA APLICAÇÃO DO ACÓRDÃO 2.133/2005 DO TCU. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS A SER AFERIDA EM AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO. VIOLAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 118, § 2º. DA LEI 8.112/90. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE LIMITE A CARGA HORÁRIA, DIÁRIA OU SEMANAL. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INÚMEROS PRECEDENTES. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. O art. 37, XVI da Constituição Federal, bem como o art. 118, § 2º, da Lei 8.112/90, somente condicionam a acumulação lícita de cargos à compatibilidade de horários, não havendo qualquer previsão que limite a carga horária máxima desempenhada, diária ou semanal.

2. Dessa forma, estando comprovada a compatibilidade de horários, não há que se falar em limitação da carga horária máxima permitida.

Precedentes desta Corte.

3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo regimental no Agravo de recurso especial n. 291919/ RJ. Relator: min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado de 18 abr. 2013. *DJe*, Brasília, DF, 6 maio 2013)

Encontra-se pacificado no âmbito do STJ que não há como estabelecer um teto objetivo. A jornada tem que ser auferida caso a caso, no que tange à compatibilidade, principalmente na análise da carga horária de acumulação com cargo de professor, pois não significa que a jornada seja efetivamente dentro de sala de aula.

Analisando a supracitada decisão do STJ, Márcio A. L. Cavalcanti (2004, p. 103) esclarece que:

Para o STJ, havendo compatibilidade de horários, é possível a acumulação de cargos, ainda que a soma da carga horária ultrapasse o limite máximo de 60 horas semanais.

Argumentos:

- o art. 37, XVI, da CF, e o art. 118, § 2º, da Lei 8.112/1990 somente condicionam a acumulação lícita de cargos à compatibilidade de horários, não havendo qualquer dispositivo que estabeleça limite máximo, diário ou semanal, à carga horária a ser cumprida;
- o Parecer da AGU e o Acórdão do TCU não possuem força normativa capaz de se sobrepor à garantia constitucional e legal;
- ademais, mostra-se desarrazoado negar o referido direito com fundamento em mera presunção de que a realização de jornada de trabalho superior a 60 horas semanais comprometeria a qualidade de serviço a ser prestado.

Ressalte-se que, também segundo posicionamento do STF, não é possível limitação objetiva da carga horária semanal relativa à acumulação de cargos públicos, já que não prevista na Constituição. Assim, a edição de decreto com a fixação de carga horária semanal máxima exorbita do poder regulamentar e inova na ordem jurídica. Nesse sentido, cita-se o voto da ministra Ellen Gracie, no Recurso Extraordinário n. 351.905, *in verbis*:

Colho dos autos que, a partir de 1º.11.1980, a recorrida passou a ocupar, cumulativamente, os cargos de auxiliar de enfermagem no Instituto Nacional do Câncer e no Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro — IASERJ.

Em 29 de dezembro de 2004, a administração estadual exigiu que a recorrida optasse por apenas um desses cargos, sob o fundamento de que a soma da carga horária semanal superava o limite de 65 horas estabelecido no Decreto estadual 13.042/89, que regulamentou a matéria no Estado do Rio de Janeiro.

Não há dúvida de que a recorrida encontra-se amparada pela norma do art. 17, § 2º, do ADCT da CF/88:

‘Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

[...]

§ 2º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.’

Ela, na época da promulgação da Carta Magna, acumulava dois cargos de auxiliar de enfermagem, situação que, claramente, o legislador constituinte decidiu preservar.

Tem razão o Estado do Rio de Janeiro ao afirmar que o dispositivo constitucional transcrito deve ser interpretado em conjunto com inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, estando a cumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. No caso dos autos, ficou comprovado na instância ordinária que não havia choque de horário entre os dois hospitais em que a recorrida trabalhava. Deve ser afastada, portanto, a alegada ofensa a esse dispositivo.

Assim, sob o ponto de vista das normas constitucionais, a recorrida preencheu todos os requisitos para a pretendida acumulação.

É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição.

Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma.

O Tribunal *a quo*, ao afastar o limite de horas semanais estabelecido no citado decreto, não ofendeu qualquer dispositivo constitucional, razão por que conheço do recurso e nego-lhe provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n.351.905/RJ, Relatora: min. Ellen Gracie, *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 1º jul. 2005).

Nessa toada, o TCU decidiu, recentemente, pela necessidade de verificação da compatibilidade de horários no caso concreto.

28. Quanto ao argumento de que não há lei regulamentando a compatibilidade de horários, observo que também inexistente normativo definindo o que seria “cargo técnico ou científico” de que trata o art. 37, inciso XVI, da Constituição, e nem por isso a jurisprudência deixou de fazê-lo.

29. Nada obstante a adoção do limite de 60 horas semanais em inúmeras deliberações desta Corte, não há também como ignorar a existência de decisões que, no exame do caso concreto, consideraram aceitáveis jornadas superiores a esse limite. No Acórdão 1.338/2011-Plenário, mencionado no Relatório precedente, prevaleceu o entendimento de que a compatibilidade de horários e o prejuízo às atividades exercidas deviam ser verificados caso a caso, ante a ausência de lei específica tratando desse assunto. Tal apuração, ademais, poderia ficar a cargo dos próprios órgãos e entidades a que estivessem vinculados os servidores.

30. Registre-se que, no âmbito do Poder Judiciário, também há várias deliberações admitindo a acumulação de cargos sem a observância do limite máximo de 60 horas semanais.

[...]

34. Embora pessoalmente também defenda esse limite de jornada total, não me oponho ao encaminhamento proposto pela unidade técnica, levando-se em conta o posicionamento mais recente desta Corte sobre o tema. Considero necessário, contudo, que a decisão pela licitude da acumulação, mesmo com jornada total superior a 60 horas, além de inserida no processo respectivo, esteja fundamentada devidamente e acompanhada da documentação comprobatória pertinente.

[...]

36. De outra parte, ante a inexistência de lei disciplinando a questão da limitação da jornada e da compatibilidade de horários, reputo como imprescindível o encaminhamento da deliberação que vier a ser prolatada, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentarem, ao Congresso Nacional e à Casa Civil da Presidência da República, para conhecimento e adoção das providências que entenderem convenientes. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 1.168/2012. Relator: min. José Jorge. Sessão de 6 maio 2012. *DOU*, Brasília, DF, vide data na Ata 17)¹⁰

Sinaliza, portanto, uma possível mudança de entendimento do TCU e uma tendência de jurisprudência pátria se firmar quanto à necessidade de análise da compatibilidade do caso concreto, não bastando tão somente fixar um limite máximo de horas para a jornada de trabalho; contudo há divergência entre os órgãos julgadores quanto ao dever de provar a incompatibilidade de horários, se do servidor ou da Administração Pública¹¹.

¹⁰ O Tribunal Pleno do TCU se posicionou no Acórdão n. 1008-14/13, Sessão de 24/04/2013, de relatoria do ministro Valmir Campelo, no sentido de que, para o “reconhecimento da licitude de jornadas de trabalho superiores a 60 horas semanais, faz-se imperiosa a comprovação não só da compatibilidade de horários, como também de que a acumulação ocorre sem prejuízo das atividades exercidas em cada um dos cargos regularmente acumulados, o que exige averiguações”.

¹¹ Exemplificativamente, no julgamento da Apelação Civil n. 1.0313.12.008373-5/001, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que “A Constituição Federal permite a acumulação de dois cargos na área de saúde (art. 37, XVI, da CF), advindo daí o direito líquido e certo da impetrante, cumprindo à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas da jornada de trabalho.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação cível n. 1.0313.12.008373-5/001. Relatora: des. Selma Marques. Julgado de 12 mar. 2013. *DJe*, 22 mar. 2013).

O posicionamento de fixação de limite de 60 horas semanais está cada vez mais isolado. No caso específico da AGU, embora o entendimento tenha sido ratificado por meio da Nota n. 114/2010/DECOR/CGU/AGU, de 18/06/2010, verifica-se possível alteração, tendo em vista que um dos pilares da tese é o entendimento presente nos julgados do TCU.

Destaque-se que, embora, o trabalhador descansado, em tese, renda mais, outros fatores como capacitação, motivação e fornecimento de condições materiais necessárias para a execução do trabalho têm impacto direto no resultado. Por isso, é necessário um estudo mais aprofundado do tema, pois não se pode descartar a possibilidade de a acumulação com a atividade de magistério, por exemplo, apresentar maiores benefícios como a capacitação contínua e a motivação para um melhor desempenho das tarefas do outro cargo.

4 CONTROLE E DESDOBRAMENTOS DA ACUMULAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE CARGOS PÚBLICOS

A partir desse cenário de que compete à Administração Pública verificar a incompatibilidade da acumulação no caso concreto, cria-se um problema de ordem prática, qual seja, os mecanismos que permitam um controle concomitante dos cargos, empregos e funções.

Como avalia Licurgo Mourão *et al.* (2011, p. 1.011): “O controle permite um melhor desenvolvimento de qualquer setor da atividade humana, quanto mais para o agente que administra algo não como dono, mas como representante da sociedade (art. 2º, parágrafo único, da CR/88)”. Contudo, apesar dessa relevância do controle para o regime democrático, inexistem meios efetivos de controle, como um sistema único de cadastro de todos os entes políticos torna inviável um real controle.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 611) avalia negativamente esse cenário e pondera que:

Tantos são os casos de acumulação indevida que a regra constitucional parece letra morta; quando se sabe que o caos que reina nas Administrações sequer permite a identificação correta de seus servidores, afigura-se como grotesca a proibição constitucional, pois que será praticamente impossível respeitar o que se estabelece a respeito.

Essa dificuldade se torna praticamente intransponível caso se considere o entendimento da prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014)¹² de que o inciso XVII do art. 37 estende a toda e qualquer sociedade que o Estado possua controle, direta ou indiretamente. Seria necessário que os entes políticos verificassem a compatibilidade dos cargos, empregos ou funções, mesmo naquelas empresas que têm “controle”, mesmo que transitoriamente, em decorrência de questões negociais ou de pagamento de dívidas.

Outra dificuldade de ordem prática é a responsabilização do servidor, pois, segundo entendimento majoritário do STJ, a simples acumulação irregular de cargos não enseja a direta aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, sendo necessário verificar, *in casu*, a ocorrência de má-fé ou ausência de prestação satisfatória de serviços.

Ademais, como ressalta Reinaldo Bruno (2011, p. 744),

o próprio texto legal, exemplificativo, no art. 133, §5º do Estatuto do Servidor Público Federal — a Lei 8.112/90 — ressalta que a opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que a opção realizada pelo servidor se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

Portanto, diante da presunção da boa-fé, é aconselhável que se possibilite ao servidor a opção por algum dos cargos e que se regularize sua situação, tal qual previsto no art. 133 do Estatuto dos Servidores Públicos

¹² Transcrito no tópico 2.2.

Federais. A Lei de Improbidade Administrativa somente seria aplicável quando comprovada a má-fé em caso de dano ao erário ou de não opção pela desincompatibilização da acumulação irregular, quando dada ao servidor a opção de escolha do cargo¹³.

Ressalte-se, por fim, que a manifestação para que o servidor peça exoneração por acumulação ilícita de cargos deve ser bem fundamentada, pois poderá ensejar indenização ao servidor público que for irregularmente impedido de exercer os dois cargos com base em interpretação equivocada. Conforme decisão da Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial n. 1.308.719-MG, de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, *DJ* de 25/06/2013, não somente cabe indenização, como também esta deve ser estabelecida conforme a efetiva extensão do dano causado, nos termos do art. 944 do Código Civil de 2002, e não segundo os critérios da teoria da perda de uma chance.

5 CONCLUSÃO

A exceção constitucional que possibilita a acumulação de alguns cargos foi a opção política encontrada para que se aproveitasse da melhor forma o conhecimento daqueles que já são servidores públicos, sem, com isso, inviabilizar o livre acesso de todos aqueles que possuam condições de exercer o cargo.

Embora o art. 37, XVI, da CR/88 utilize a expressão “acumulação remunerada de cargos públicos”, existe divergência sobre o que seja exatamente a acumulação vedada, pois há entendimento tanto de que basta ao servidor possuir dois vínculos não excepcionados com a Administração Pública, quanto de que é necessário haver remuneração em ambos os cargos. Neste caso, para que haja a desincompatibilização, basta que o servidor se afaste de um dos cargos, por meio de uma licença não remunerada.

Em que pese a necessidade de garantir a higidez física e mental do servidor, a jurisprudência pátria não tem aceitado a limitação da carga horária para aqueles que desejam acumular cargos, empregos ou funções preestabelecida de 60 horas de trabalho semanais, tendo em vista que tal restrição não está prevista na Constituição e que uma regra restritiva de direitos deve ser interpretada restritivamente. Além disso, as manifestações administrativas que definem parâmetros objetivos de máximo de horas extrapolam o poder regulamentar, criando novas regras e inovando no ordenamento, o que não é permitido.

Assim, para perfeito atendimento do dispositivo constitucional, é necessário que a compatibilidade de horários seja analisada segundo os elementos do caso concreto. Ademais, devem-se levar em consideração o tempo de deslocamento e o tempo para descanso, não bastando a inexistência de sobreposição de jornadas.

Existem diversos empecilhos de ordem prática para que haja o pleno controle das acumulações, como a infinidade de sistemas de controles paralelos entre os entes políticos, não havendo um cruzamento de dados, e as dificuldades de responsabilização do servidor, que goza de presunção de boa-fé.

Tendo em vista a complexidade das hipóteses de vedação e o conflito jurisprudencial que permeiam o tema, é razoável que a Administração Pública abra prazo para que o servidor faça opção pelo cargo em que deseja permanecer, mesmo não havendo previsão expressa na norma regente.

A manifestação para que o servidor deixe de acumular os cargos deve ser embasada em análise minuciosa do caso concreto, já que, se verificado posteriormente que a acumulação era constitucional, o Estado pode ser condenado a indenizar o servidor, tendo o STJ, inclusive, manifestado que a indenização deve ser arbitrada pelo dano concreto, e não pela perda de uma chance.

¹³ Segundo entendimento do STJ exarado no Mandado de Segurança n. 7127, não haveria necessidade de comprovar má-fé caso o servidor deixe de realizar a opção pelo cargo que deseja ocupar após a desincompatibilização da acumulação ilegal (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Mandado de Segurança n. 7127. Relator: min. Felix Fischer. Julgado de 25 out. 2000. *DJ*, Brasília, DF, 27 nov. 2000, p. 122).

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 719 p.
- ÁVILA, Krishlene Braz. Da legalidade de acumulação de cargos públicos de professor quando um possui regime de dedicação exclusiva. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10063&revista_caderno=4>. Acesso em: 28 abr. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 1.119 p.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BORGES, Luciana A. de Paula. Acumulação não remunerada de cargos: a sistemática da proibição inserta no art. 37, XVI e XVII, da Constituição da República. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 21, n. 4, p. 133-197, out./dez. 2003. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2003/04/-sumario?next=4>. Acesso em: 28 abr. 2014.
- BRUNO, Reinaldo M. Agentes Públicos. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. (Coord.). *Curso prático de direito administrativo*. 3. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 744.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1.157 p.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados 2013*. Manaus: Dizer o direito, 2014.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O conceito de cargo técnico ou científico para fins de acumulação. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 14, n. 2296, 14 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13681>>. Acesso em: 13 abr. 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1.008 p.
- DIMOUILIS, Dimitri. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 424 p.
- KLIPPEL, Bruno. *Direito sumular-TST; esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 738 p. (Coleção esquematizado).
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Formato *e-book*.
- MOURÃO, Licurgo *et al.* Controle da administração pública. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso prático de direito administrativo*. 3. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.011.
- PARAÍBA. Tribunal de Contas do Estado. *Orientações sobre acumulações de cargos públicos*. 2. ed. João Pessoa: TCE-PB, 2013. 31 p. Disponível em: <<http://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2013/06/cartilha-acumula%C3%A7%C3%B5es2013.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2014.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. Formato *e-book*.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Formato *e-book*.

SOUSA, Cayo César Batista Barbosa de. Perspectivas de redução da jornada de trabalho no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11833&revista_caderno=25>. Acesso em: 10 maio 2014.

Abstract: The article aims to give an overview of the Brazilian jurisprudence on the working hours as a compatibility requirement to simultaneously hold multiple public offices, outlining cases of combinations specifically allowed by the Constitution and analyzing the scholars' opinions as well as the judicial definition of what "gainful combination". It also aims to analyze the complexity of the practical consequences related to the working hours compatibility requirement in a perspective broader than the overlapping journeys restriction, considering whether or not to set a limit on maximum weekly working hours, and discuss the presumption of good faith the multiple officeholder and the difficulty of the Public Administration to exercise effective control in the absence of systematic information-sharing by different political entities.

Keywords: Gainful public offices combination. Constitutionality. Compatibility schedules. Weekly workload.