

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI

FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR

CURSO DE DIREITO

ADERIVÂNIA MENDES SANTINO LIMA

**ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: CONSEQUÊNCIAS DA ACUMULAÇÃO ILÍCITA A LUZ DA LEI**

8.112/90

Campina Grande - PB

2019

ADERIVÂNIA MENDES SANTINO LIMA

**ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: CONSEQUÊNCIAS DA ACUMULAÇÃO ILÍCITA A LUZ DA LEI
8.112/90**

Trabalho monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms Alberto Jorge Santos Lima
Carvalho

Campina Grande - PB

2019

L732a

Lima, Aderivânia Mendes Santino.

Acumulação de cargos, empregos e funções na administração pública: consequências da acumulação ilícita a luz da lei 8.112/90 / Aderivânia Mendes Santino Lima. – Campina Grande, 2019.

53 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR – Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2019.

"Orientação: Prof. Me. Alberto Jorge Santos Lima Carvalho".

Referências.

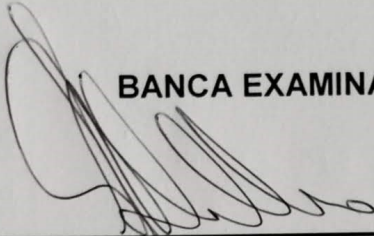
1. Direito Administrativo. 2. Administração Pública. 3. Constituição Federal. 4. Servidor Público – Acumulação de Cargos. I. Carvalho, Alberto Jorge Santos Lima. II. Título.

CDU 342.9(043)

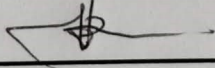
ADERIVÂNIA MENDES SANTINO LIMA

ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSEQUÊNCIAS DA ACUMULAÇÃO
ILÍCITA A LUZ DA LEI 8.112/90

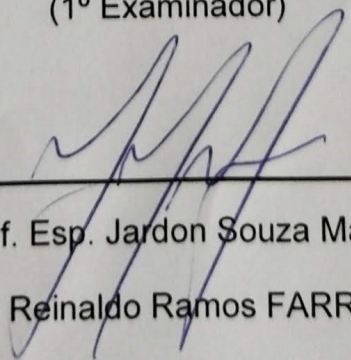
Aprovada em: 12 de dezembro de 2019.


BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Alberto Jorge Lima Carvalho
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI
(Orientador)



Profa. Ms. Vyrna Lopes Torres de Farias Bem
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI
(1º Examinador)



Prof. Esp. Jardon Souza Maia
Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI
(2º Examinador)

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Pedro Santino (in memoriam) e Tereza
Mendes, que são meu alicerce.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu refúgio e minha fortaleza, por sempre estar comigo em todos os momentos e por ser minha força quando eu pensava em desistir me fazendo entender que eu ainda podia ir muito além.

Agradeço aos meus pais, que em meio a tanta simplicidade me instruíram e fundaram as minhas bases.

Agradeço ao meu esposo Gilberto e ao meu filho João Pedro, os homens da minha vida, por me proporcionar tantas alegrias, me ensinar a ver a vida pelo melhor ângulo e me fazer lutar para me tornar um ser humano melhor.

Agradeço aos meus irmãos pelas palavras de incentivo que me fizeram entender que quando temos pessoas que amamos ao nosso lado os sonhos podem se tornar realidade.

Agradeço aos verdadeiros amigos, que sempre estiveram ao meu lado, por tornar a caminhada mais leve, por acreditar e nunca me deixar desistir.

Agradeço ao professor Alberto Jorge, meu orientador, por acreditar e contribuir para minha formação acadêmica, pela disponibilidade, pela confiança e pela paciência. Seus ensinamentos foram de grande valia.

Agradeço aos demais mestres que colaboraram e contribuíram no processo de construção do saber, desde os professores da educação básica, até os professores do curso de Direito. Sem eles a concretização deste trabalho não seria possível.

Educação não transforma o mundo.
Educação muda as pessoas. Pessoas transformam o mundo.

(Paulo Freire)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo apresentar o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial sobre Acumulação de Cargos, Empregos e Funções Públicas, bem como as consequências da acumulação ilícita à luz da Lei 8,112/90. Para tanto, realizou-se um estudo bibliográfico, a partir de informações constantes em materiais já elaborados, constituídos, principalmente, de livros, legislações, jurisprudências e demais atos normativos editados pelo Poder Público. A Constituição Federal veda expressamente a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções na Administração Pública, porém permite, desde que haja compatibilidade de horários e observado o limite do teto remuneratório, o exercício cumulativo de alguns cargos. Este estudo demonstra que, mesmo proibida pela Constituição Federal, a acumulação ilícita de cargos, empregos e funções públicas ocorre em grandes proporções na Administração Pública e tem sido influenciada, dentre outros fatores: pela ausência de previsão legal quanto à reposição de valores ao erário e em razão da dificuldade de aplicação da penalidade legalmente prevista pela difícil comprovação da má-fé do servidor público que pratica tais condutas.

Palavras-chave: Constituição Federal. Administração Pública. Servidor público. Acumulação de cargos.

ABSTRACT

This work has as objective to present the legal, doctrinal and jurisprudential understanding on Accumulation of Positions, Jobs and Public Functions, as well as the consequences of illicit accumulation in the light of Law 8,112 / 90. To this end, a bibliographic study was conducted, based on information contained in materials already prepared, consisting mainly of books, laws, jurisprudence and other normative acts published by the Government. The Federal Constitution expressly prohibits the accumulated remuneration of positions, jobs and functions in the Public Administration, however, provided that there is compatibility of schedules and observing the limit of the remuneration ceiling, the cumulative exercise of some positions. This study demonstrates that, even prohibited by the Federal Constitution, the illicit accumulation of positions, jobs and public functions occurs in large proportions in the Public Administration and has been influenced, among other factors: by the absence of legal provision regarding the replacement of values to the purse and due to the difficulty of applying the penalty legally provided for by the difficult proof of the bad faith of the public servant who practices such conduct.

Keywords: Federal Constitution. Public administration. Public server. Accumulation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I.....	13
1. NOÇÕES GERAIS SOBRE AGENTES PÚBLICOS.....	13
1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS.....	16
1.2.1 Agentes políticos.....	16
1.2.2 Particulares em colaboração com Poder Público.....	19
1.2.3 servidores estatais.....	20
1.2.3.1 Servidores públicos.....	20
1.2.3.2 Servidores das entidades governamentais de direito privado.....	23
1.2.3.3 Servidores temporários.....	24
1.3.1 Cargo público.....	26
1.3.2 Emprego público.....	28
1.3.3 Função pública.....	28
CAPÍTULO II.....	31
2. ACUMULAÇÃO DE CARGOS EMPREGOS E FUNÇÕES.....	31
2.1 EXCEÇÕES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTAS.....	34
2.1.1 Acumulação de dois cargos de professor.....	35
2.1.3 Acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.....	37
2.1.4 Acumulação de um cargo de juiz ou de membro do Ministério Público com outro cargo ou função de magistério.....	37
2.1.5 Acumulação de um cargo, emprego ou função pública com mandato eletivo.....	38
2.1.6 Acumulação de cargos, empregos ou funções públicas por militares.....	39
2.1.7 Acumulação de cargos, empregos e funções dos servidores inativos.....	41
CAPÍTULO III.....	42
3. DA ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS EMPREGOS E FUNÇÕES.....	42
3.1 DA RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR.....	43
3.2 APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO AOS CASOS DE ACUMULAÇÃO ILÍCITA.....	45

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) a partir do artigo 37 define as normas basilares que norteiam a atuação da Administração Pública Direta e Indireta, em todas as esferas de governo. A Lei suprema do ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras normas, estabelece como regra a vedação de acumulação de cargos empregos e funções públicas, ao mesmo tempo em que prevê situações nas quais o exercício cumulativo, observados os requisitos expressamente previstos, será plenamente lícito.

Nos termos do artigo 37, XVII da Carta Magna a proibição de acumular remuneradamente, cargos empregos e funções públicas, abrange as entidades da Administração Direta e da Administração Indireta.

A Lei 8.112, que institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece os direitos, deveres e proibições dos servidores. A referida Lei, em harmonia com o texto constitucional, reiterou expressamente a vedação à acumulação fora das hipóteses expressamente previstas, e dispôs sobre a sanção aplicável nos casos de violação a tal norma.

Mesmo diante da vedação expressa na Constituição e na legislação infraconstitucional, são inúmeras as situações nas quais os servidores exercem cargos empregos e funções sem qualquer observância à regra imposta.

A relevância da pesquisa parte da necessidade demonstrar a um estudo sobre a eficácia/ineficácia da Lei 8.112/90 como instrumento repressivo e como as suas disposições têm sido aplicadas como mecanismo de punição dos servidores que infringem as regras relativas à acumulação.

Desse modo, considerando que a vedação da acumulação é regra que emana da Constituição bem como nas normas infraconstitucional, quais as consequências da acumulação ilícita de cargos, empregos e funções na Administração Pública? A Lei 8.112/90 que aplica penalidade nos casos de

acumulação ilícita na esfera administrativa, tem sido um instrumento repressivo adequado tem sido eficaz na tentativa de coibir tal prática?

Para responder a estas perguntas o objetivo geral da presente pesquisa será analisar, à luz do Estatuto do Servidor – Lei 8.112/90, as consequências da acumulação ilícita de cargos empregos e funções na Administração Pública, bem como a penalidade aplicável em caso de inobservância do princípio constitucional. Para alcançar o objetivo geral os objetivos específicos serão: apresentar noções gerais sobre agentes públicos; demonstrar as hipóteses de acumulação previstas na Constituição e apresentar as consequências da acumulação ilícita de cargos empregos e funções previstas na Lei 8.112/90.

Nesse contexto, este trabalho monográfico encontra-se estruturado em três capítulos.

O primeiro apresenta noções gerais sobre agentes públicos, abordando temas como conceito classificação de agentes públicos. Considerando a divergência doutrinária será apresentado o posicionamento da doutrina clássica e da doutrina moderna acerca do tema, bem como o posicionamento adotado pela jurisprudência. Ademais, ainda no primeiro capítulo será apresentada a diferença entre cargo, emprego e função pública e a que tipo de relação de trabalho o agente público se vincula em cada uma das situações.

O segundo capítulo apresenta a regra constitucional da não acumulação de cargos, empregos e funções, bem como as exceções previstas pela própria Constituição e os requisitos a serem observados nas hipóteses em que a acumulação será considerada lícita.

O terceiro e último capítulo apresenta as disposições legais, trazidas pelo Estatuto do servidor enfatizando a problemática das acumulações ilícitas e apresentando as penalidades aplicada na tentativa de coibir a prática de tais atos.

No tocante à metodologia, para realizar a presente pesquisa utilizou-se o método dedutivo, cuja implementação se dará através da análise do conteúdo trazido pela doutrina, legislação e jurisprudência. Nesse sentido, foram analisados

os preceitos contidos na Constituição Federal e nas leis bem como, nos acórdãos e decisões judiciais, bem como no entendimento firmado pelos principais doutrinadores.

O presente estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica, feita a partir de levantamentos de referências teóricas permitindo ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto, objetivando reunir informações e conhecimento prévio sobre o assunto. A análise da jurisprudência e da legislação pertinente à temática tem como finalidade colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto (MARCONI e LAKATOS, 2007)

Será utilizado o método dedutivo, cuja implementação se dará através da análise do conteúdo trazido nas premissas apresentadas pela doutrina, legislação e jurisprudência. Em se tratando da natureza, a pesquisa será básica uma vez que objetiva gerar conhecimentos novos, entretanto, não tem aplicação prática prevista. Trata-se de um modelo que objetiva gerar conhecimento útil, sem necessariamente haver uma aplicação prática (GIL,2008).

Em se tratando da abordagem será qualitativa, posto que objetiva a compreensão e o aprofundamento no contexto estudado sem que haja preocupação com a representatividade numérica. Quanto à classificação da pesquisa em relação ao seu objetivo metodológico, trata-se de uma pesquisa explicativa que trará uma abordagem explicativa proporcionando ao pesquisador a identificação dos fatores que contribuem para aprofundar o conhecimento relacionado à temática.

CAPÍTULO I

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE AGENTES PÚBLICOS

Inicialmente, antes mesmo de adentrar nos conceitos iniciais acerca do assunto, se faz necessária uma exposição do contexto no qual os agentes públicos estão inseridos.

A expressão Administração Pública é analisada doutrinariamente sob duas perspectivas: Administração Pública em sentido formal e Administração Pública em sentido material.

Em sentido formal, a expressão é utilizada para o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; já em sentido material, compreende o conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral (MEIRELLES, 2016).

Partindo dessa definição, pode-se afirmar que os agentes públicos estão inseridos na própria estrutura da Administração Pública, seja integrando a estrutura da Administração Direta, ou da Administração Indireta, ou em situações excepcionais, na condição de particulares atuando na prestação de um serviço público.

Feitas tais considerações, pode-se partir para uma abordagem conceitual e classificatória acerca dos agentes públicos e o vínculo que estes mantêm com a Administração Pública. Tal abordagem será feita neste primeiro capítulo.

1.1 CONCEITO DE AGENTES PÚBLICOS

O conceito legal de agente público foi trazido pelo legislador ordinário por intermédio da Lei 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa, que estabelece em seu artigo 2º que:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra

forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo ou emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (LEI 8.429/92).

A norma infraconstitucional apresenta um conceito amplo para a expressão do qual pode-se extrair que agente público é qualquer pessoa física que atua em nome do Estado. O entendimento da doutrina é pacífico e reforça a abrangência do conceito legal.

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 79) afirma que podem ser consideradas agentes públicos “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”.

Corroborando esse entendimento a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza a amplitude da expressão agente público ao afirmar que:

Esta expressão - agentes públicos é mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação ainda que o façam ocasional ou episodicamente. (MELLO, 2015, p. 250)

Para a caracterização do agente público há dois requisitos básicos sendo um de ordem objetiva, que diz respeito a natureza estatal da atividade desempenhada, outro de ordem subjetiva, que se relaciona diretamente com a investidura (MELLO, 2015).

Fernanda Marinela ao definir o termo agente público afirma que:

A expressão agente público é a mais ampla para designar de forma genérica e indistinta os sujeitos que exercem funções públicas, que servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade ou ação, independentemente do vínculo jurídico, podendo ser por nomeação, contratação, designação ou convocação. Independe, ainda, de ser essa função temporária ou permanente e com ou sem remuneração. Assim, quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. (MARINELA, 2018, p. 694).

Para Di Pietro (2019, p. 1.216) considera-se agente público “toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.”

Ratificando o entendimento dos demais doutrinadores Carvalho Filho (2018, p. 707) define que a expressão agente público é utilizada para designar o “conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como preposto do Estado. Esta função, é mister que se diga pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica.”

Cumprir destacar que a Constituição Federal, em seu art. 37 § 6º, estabelece que “as pessoas jurídicas, sejam de direito público ou de direito privado, que prestam serviços públicos, respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.” (CF/1988). O dispositivo em comento revela que os agentes públicos se sujeitam às regras da responsabilidade extracontratual do Estado, conseqüentemente, sempre que um agente, no exercício da sua função, causar dano a um terceiro, o Estado poderá ser responsabilizado em razão da conduta dos seus agentes

Nesse sentido, Carvalho Filho (2018, p.707) afirma que “o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado.”

Delimitar o conceito de agentes públicos é fundamental para a aplicação da Lei n. 4.898/65, denominada Lei de Abuso de Autoridade, e a Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que são considerados sujeito ativo para tais infrações (MARINELA, 2018).

Visto o conceito de agentes públicos e demonstrada a abrangência da expressão, pode-se afirmar que agente público é um gênero do qual decorrem algumas espécies a exemplo de agentes políticos, servidores públicos, servidores estatais, dentre outras, que serão objeto de análise neste capítulo.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Não há consenso entre os estudiosos quanto às espécies, de agentes públicos, todavia este trabalho, sem prejuízo classificação da doutrina clássica, adotará a classificação difundida na doutrina moderna que classifica os agentes públicos em três grupos quais sejam: agentes políticos, particulares em colaboração com o poder público e servidores estatais.

A classificação dos agentes públicos deve levar em consideração a força de suas decisões, as pessoas jurídicas em que atuam e o regime jurídico a que se submetem considerando ainda os particulares que exercem função pública (MARINELA, 2018).

1.2.1 Agentes políticos

Assim como ocorre com a classificação, não há consenso quanto ao conceito de agentes políticos. Alguns doutrinadores adotam um conceito mais amplo, incluindo nessa categoria além dos detentores de mandato eletivo e os secretários e Ministros de Estado, os membros do Poder Judiciário e do Ministério público, além dos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, outros um conceito mais restrito.

Para Helly Lopes Meirelles são considerados agentes políticos:

os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos (MEIRELLES, 2016, p. 80).

Para Meirelles (2016) que adota, um conceito mais amplo, podem ser inseridos na categoria de agentes políticos: os chefes do Poder Executivo, e seus

auxiliares imediatos, os membros das Corporações Legislativas, os membros do Poder Judiciário, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que adota um conceito mais restrito, são considerados agentes políticos:

os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos cargos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores (MELLO, 2015, p. 253 e 254).

O vínculo que os agentes políticos mantêm com o Estado é de natureza política e não profissional. Ademais, a sua relação jurídica com o Estado é de natureza institucional e emana diretamente da Constituição e das leis (MELLO, 2015).

Para Di Pietro (2019) a ideia de agente político está diretamente ligada, à de função de governo, e à função política. Assim sendo, considera-se agentes políticos aqueles que exercem atividades típicas de governo e exercem mandato para o qual são eleitos.

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante nomeação. (DI PIETRO, 2019, p. 1219).

A inclusão dos membros da Magistratura nesta categoria somente se justifica porque suas decisões correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância. Quanto aos membros do Ministério Público a inclusão se justifica porque exercem funções de controle atribuídas pela própria Constituição (DI PIETRO, 2019).

Semelhante entendimento adota, Carvalho Filho (2018, p. 708) para quem “agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçada pelo Poder Público”. Para o referido autor os agentes políticos caracterizam-se por terem funções de direção e orientação definidas pela própria Constituição e pela natureza da função que normalmente é transitória.

É importante esclarecer que, não obstante a matéria seja controversa, o STF, no julgamento do RE 228977/ SP, se manifestou no sentido de também os membros da Magistratura e do Ministério Público na categoria dos agentes políticos, conforme se verá no julgado a seguir;

Ementa: Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições - a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - RE: 228977 SP, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 05/03/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)

Por fim, merece destaque a divergência doutrinária, quanto à inclusão dos Conselheiro dos Tribunais de Contas na categoria dos agentes políticos.

Para alguns doutrinadores, trata-se de uma categoria especial de servidores públicos. É o entendimento de Carvalho Filho (2018), para o referido autor “o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem efetivamente (e não eventualmente) função política”. Marinela (2018), por sua vez defende que incluir os conselheiros na categoria de agentes políticos é a posição mais acertada.

1.2.2 Particulares em colaboração com Poder Público

De forma muito objetiva Marinela (2018, p. 711) conceitua essa categoria como “aqueles agentes públicos que, sem perderem a qualidade de particulares, exercem função pública, ainda que em caráter ocasional ou temporário e com ou sem remuneração, independentemente do tipo de vínculo jurídico.”.

Semelhante entendimento adota Di Pietro (2019, p. 1231) ensinando que “nesta categoria entram pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.”

Por sua vez Carvalho Filho (2018, p. 709) acrescenta que “tais agentes, embora sejam particulares, executam certas funções especiais que podem qualificar-se como públicas, sempre como resultado do vínculo jurídico que os prende ao Estado”.

Desse modo, vê-se que em determinadas situações, seja mediante requisição, por delegação ou mesmo como gestores de negócios, alguns particulares exercem, em caráter temporário e independente de vínculo jurídico, funções públicas. Em razão disto, passam a ser pessoas habilitadas e com força jurídica para manifestarem a vontade do Estado.

Não há consenso doutrinário acerca das subespécies de particulares em colaboração com o poder público, porém de forma sucinta pode-se dizer que estão inseridos nesta categoria os agentes delegados, os agentes credenciados, os agentes honoríficos dentre outros.

1.2.3 servidores estatais

Doutrinariamente a designação servidores estatais é uma expressão ampla utilizada para definir genericamente as pessoas físicas que mantêm com o Estado, mediante remuneração, uma relação de trabalho, seja no âmbito da Administração Direta, seja na Administração Indireta.

A expressão servidores estatais, representa o conjunto de agentes que atuam nos entes da Administração Direta e Indireta e que detém uma relação de trabalho de natureza profissional, não eventual e sob vínculo de dependência, que não seja considerado agente político ou particular em colaboração com o Poder Público. (MARINELA, 2018).

Na mesma linha de raciocínio Mello (2015) afirma que a expressão abarca todos aqueles que entretém com Estado e suas entidades da Administração Indireta, relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual e sob vínculo de dependência.

Como se percebe, a expressão servidores estatais é gênero do qual decorrem algumas espécies, que serão tratadas a seguir.

1.2.3.1 Servidores públicos

Inicialmente cumpre destacar que o objetivo deste tópico não é adentrar de forma aprofundada no estudo dos servidores públicos, dada a complexidade do tema, mas tão somente apresentar o conceito e os sujeitos que integram a categoria para melhor compreensão do estudo como um todo.

A Constituição Federal (CF/88) reservou, no Capítulo VII do Título III, uma seção específica (Seção II) para tratar de assuntos relacionados aos servidores públicos, e traçou de maneira genérica nos artigos. 39 a 41 as regras básicas aplicáveis aos servidores públicos civis.

No artigo 40§ 13, a Constituição utiliza o termo servidor público em sentido abrangente, tanto para os ocupantes de cargos quanto para os ocupantes de empregos e funções públicas. Em relação ao referido dispositivo constitucional,

parte da doutrina defende que a expressão servidor público se confunde com o próprio conceito de agente público, todavia, não há consenso acerca do assunto.

Como se verá a seguir, alguns doutrinadores utilizam o termo de forma mais ampla, outros utilizam de forma mais restrita. Nesse sentido, merece destaque a conceituação apresentada pelo professor Helly Lopes Meirelles, que utiliza a nomenclatura agentes administrativos para definir servidor público, segundo o autor:

A categoria dos agentes administrativos - espécie do gênero agente público - constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República/88: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público (art. 37, V); c) servidores temporários, contratados "por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX).(MEIRELLES 2016, p. 84)

Para Di Pietro (2019, p. 1221) são servidores públicos "as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.". No entendimento da referida autora são considerados servidores públicos: os servidores estatutários (ocupantes de cargo público), os empregados públicos, (ocupantes de emprego públicos) e os servidores temporários (os que exercem função sem vínculo de cargo ou emprego).

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, adota um conceito mais restrito, considerando servidores públicos somente aqueles que mantêm, em caráter não eventual e sob regime de dependência, vínculos de trabalho profissional com as entidades da Administração Direta e entidades da Administração Indireta de Direito Público (MELLO, 2015).

Fernanda Marinela, adota entendimento semelhante e considera como sendo servidores públicos somente os agentes que atuam nas pessoas jurídicas de direito público, segundo a autora:

Os servidores públicos constituem o grupo de servidores estatais que atuam nas pessoas jurídicas da Administração Pública de direito público, portanto, nas pessoas da Administração Direta (entes políticos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e nas pessoas da Administração Indireta (as autarquias e fundações públicas de direito público). (MARINELA, 2018, p. 699)

Ainda dentro do tema servidores públicos é importante mencionar a distinção feita pela Constituição Federal (CF/88) que os classifica em servidores públicos civis (arts. 39 a 41) e servidores públicos militares (art. 42 e 142). Cumpre destacar que a esta distinção foi consagrada com o advento da Emenda Constitucional nº 18/98. A partir da referida emenda os artigos 42 e 142 da CF/88 passaram a vigorar com a seguinte re 18/98 redação:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (CF/1988).

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

A relação de trabalho que o servidor público mantém com o Poder Público é regida por uma lei de Direito Administrativo (estatuto), em razão disto, esta categoria de agente público também é chamada de servidor estatutário. Dessa forma, pode-se dizer que os servidores públicos estão sujeitos a regime jurídico de direito público, conseqüentemente, em razão dos princípios da supremacia do interesse público

sobre o privado e indisponibilidade do interesse público, gozam de prerrogativas, mas também sofrem certas sujeições.

No âmbito federal, a lei que disciplina as regras que incidem sobre a relação jurídica dos servidores e o Poder Público é a lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais e estabelece em seu artigo 2º o conceito de servidor nas palavras do legislador infraconstitucional: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.” (LEI 8.112/90). Do disposto no referido dispositivo pode-se concluir que os servidores públicos são titulares de cargo público, cujo conceito e características serão abordados em tópico próprio.

1.2.3.2 Servidores das entidades governamentais de direito privado

Os servidores das entidades governamentais de direito privado são as pessoas que atuam na Administração Pública Indireta que exercem suas atribuições nas das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Tais servidores estão sujeitos a regime jurídico de direito privado e a relação de trabalho é regida pela Consolidação da Leis do Trabalho. Por essa razão são também denominados de servidores celetistas. São considerados titulares de emprego público e não de cargo público e, por se submeterem à regime de direito privado, não se admite nomeação de servidores para os referidos entes em regime estatutário. (MARINELA, 2018).

Embora estejam sujeitos a regime jurídico de direito privado os empregados públicos, em alguns aspectos, equiparam-se aos servidores públicos ocupantes de cargo público como ocorre, por exemplo, em relação a necessidade aprovação em concurso público, ao dever de observância às regras de não acumulação de cargos e empregos, a sujeição ao teto remuneratório dos servidores previsto no art. 37, XI, entre outras previstas nos artigos 39 a 41 da Constituição (MARINELLA, 2018) .

Ainda em relação a essa categoria de servidores, outro ponto importante diz respeito à possibilidade de dispensa imotivada dos ocupantes de emprego público. Embora haja certa divergência doutrinária em relação a este tema, os tribunais

superiores vêm se posicionando no sentido de que é possível que haja a dispensa imotivada dos referidos servidores.

Nesse sentido veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE

Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em empresa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7º, I, da Constituição.

Agravo regimental improvido (AI 648.453 AgR/ES , STF – Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento 20.11.2007, DJ 19.12.2007).

Dessa forma, percebe-se que parte da doutrina defende que deve prevalecer a regra de equiparação com os servidores públicos. Portanto, se para ingressar em emprego público deve-se observar a regra da necessidade de concurso público, por paralelismo das formas, a dispensa também deveria guardar certo rigor, mediante processo administrativo no qual fosse conferido o contraditório e a ampla defesa. Todavia essa não é a posição que prevalece na jurisprudência, que permite a dispensa imotivada desses empregados (MARINELA, 2018)

1.2.3.3 Servidores temporários

A Constituição Federal em seu art. 37, IX prevê a possibilidade de contratação de servidores para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Estes servidores são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. E não exercem cargo nem emprego nem emprego público (DI PIETRO, 2019).

Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que:

Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (MELLO, 2015, p.292)

No âmbito federal a lei que disciplina a referida contratação é a Lei 8.745/1993, que estabelece em seu art. 3º que: “Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público.”

A contratação de agentes públicos por tempo determinado não exige a prévia realização de concurso público. Entretanto, em razão dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, a Administração não tem ampla liberdade na contratação e deve realizar processo seletivo simplificado para contratação de servidores temporários (OLIVEIRA, 2018).

Os servidores temporários se vinculam à Administração pública por meio de um contato regido por uma lei específica de cada ente da federação e não por meio de um estatuto, como os servidores públicos ocupantes de cargo, nem pela Consolidação das Leis do Trabalho, como os servidores das entidades governamentais de direito privado ocupantes de emprego público (ALEXANDRE, 2018).

Com base no que foi exposto, pode-se dizer que a referida contratação será possível sempre que a necessidade do serviço seja temporária ou excepcional. Ademais, aos servidores temporários aplica-se um regime especial diverso do regime celetista e do regime estatutário.

1.3 ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL

Vistas as espécies de servidores estatais, bem como os regimes aplicáveis a cada uma dessas espécies, convém apresentar a definição de cargos, empregos e funções, já que a própria Constituição Federal utiliza estes termos em situações diversas existentes na estrutura da Administração Pública.

1.3.1 Cargo público

O conceito legal de cargo público está disposto no art. 3º da Lei n. 8.112/90 que define cargo público como sendo “conjunto atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

A doutrina, contudo, critica esse conceito e defende que a expressão cargo vai muito além de um mero conjunto de atribuições. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, define cargos públicos como sendo:

As mais simples e indivisíveis unidades de competência serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas casas (MELLO, 2015, p. 261).

Para Carvalho Filho (2018) cargo é mais do que um conjunto de atribuições, é uma célula dentro da organização e pode ser definido como: “lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.”.

Partindo desses conceitos pode-se afirmar que a manifestação de vontade do Estado pressupõe a necessidade de intervenção de um agente. E este agente, integrante de uma pessoa jurídica, atua no desempenho de certas atribuições inerentes ao seu cargo.

A Constituição Federal em seu art. 48, X estabelece que, como regra, a criação dos cargos públicos deve ser feita mediante lei de iniciativa de cada poder. Porém, faz uma ressalva em relação aos serviços auxiliares do Poder Legislativo, cujos cargos, empregos e funções não dependem de lei para sua criação, mas de uma resolução de cada uma das casas do Congresso Nacional. Nesse sentido veja-se o disposto nos arts. 51, IV e 52, XIII:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Cumprir destacar que, embora a criação e extinção dos cargos deva ser mediante lei, por força do art. 84, VI, o Presidente da República poderá, mediante decreto, extinguir cargos públicos quando vagos.

Ademais, merece destaque a definição trazida pela Lei 8.112/90 que apresenta duas classificações para os cargos públicos quais sejam: cargos efetivos que podem ser isolados (não permite progressão funcional), ou de carreira e cargos em comissão (permitem a progressão funcional dos servidores através de diversas classes).

O preenchimento dos cargos efetivos depende de prévia habilitação em concurso público e destina-se ao desenvolvimento de atribuições de atividades permanentes dos órgãos públicos mediante vínculo estatutário. Após cumprir as exigências previstas no art. 41 da Constituição, os servidores ocupantes de tais cargos, são considerados estáveis e somente perderão o cargo nos moldes da própria Constituição (CARVALHO, 2017).

Por sua vez os cargos em comissão, destinados às atribuições de direção chefia e assessoramento, são declarados em lei de livre nomeação e exoneração, (exoneração *ad nutum*), isto significa que seu preenchimento não exige prévia habilitação em concurso público ou qualquer outro processo seletivo para seu preenchimento, porém o servidor ocupante deste cargo pode ser destituído do seu

cargo sem qualquer motivação ou mesmo garantia do contraditório (CARVALHO, 2017).

1.3.2 Emprego público

O termo emprego público é utilizado para identificar uma relação funcional de trabalho a ser preenchido por agente contratado para desempenhá-lo, este agente conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades, porém distingue-se do cargo em razão do regime contratual adotado (MARINELA, 2018).

A relação de trabalho dos empregados públicos tem natureza contratual e o as normas que regulam o contrato de emprego, estão previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O contrato de emprego, portanto, deve ser orientado por todas as garantias constitucionais previstas no art. 7º da Constituição Federal e na Consolidação das Leis Trabalhistas (MARINELA).

O art. 61 §1º, II, “a” da Constituição determina que a criação, bem como a extinção de empregos públicos, deve ser feita mediante lei. No âmbito federal as regras aplicáveis aos servidores públicos estão previstas na lei 9.962/00. O diploma disciplina o sistema de contratação de empregados públicos e estabelece no art. 2º que “a contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego.” (LEI 9.962/2000).

A Lei 9.962/2000 estabelece ainda que o contrato de trabalho será por prazo indeterminado que somente poderá ser rescindido, por ato unilateral da Administração, nas situações previstas na Constituição e na Consolidação das leis do Trabalho - CLT. Dessa forma, fica afastada a dispensa imotivada dos ocupante de emprego público (MARINELA).

1.3.3 Função pública

Para Melo (2015, p. 262), com base no art. 37, V da Constituição, conceitua as funções públicas como “plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia e assessoramento, a serem

preenchidas por titular de cargo efetivo da confiança da autoridade que a preenche”.

Semelhante entendimento adota Carvalho (2017, p. 792) afirmando que: “trata-se da atividade pública, propriamente dita e, cada uma destas funções, deve ser criada e extinta mediante a edição de lei, haja vista integrar a estrutura organizacional da Administração Pública, para cumprimento de suas finalidades.”

Partindo desses conceitos pode-se afirmar que a estrutura da Administração Pública admite a criação de função de confiança, não atribuída a nenhum cargo público, mas sim a um servidor titular de cargo público efetivo. A nomeação para exercício destas funções não depende nenhum critério de seleção, porém não confere ao ocupante qualquer garantia de manutenção do agente no exercício da atividade (CARVALHO, 2017).

A função de confiança não se confunde com o cargo em comissão, por se tratar de função de direção chefia e assessoramento e não estar atribuída a nenhum cargo. Ademais, somente pode ser exercida por pessoa já investida em cargo efetivo (CARVALHO, 2017).

Por fim, é importante destacar o entendimento de Di Pietro (2017, p.1.235) que apresenta dois tipos de funções distintas previstas na Constituição, quais sejam: a função de confiança, previstas no art. 37, V e a função exercida pelos servidores temporários para atender a excepcional interesse público, prevista no art. 37, IX.

A compreensão da distinção entre os dois tipos de função é de fundamental importância, pois algumas normas constitucionais, quando tratam da matéria, referem-se às funções de confiança e não à função temporária exercida com base no artigo 37, IX. Assim, uma interpretação que tratasse as funções como sinônimas seria inaceitável, posto que tornaria inviável a aplicação de algumas. É o caso do artigo 38, que prevê o afastamento do cargo, emprego ou função, para o exercício de mandato; não seria admissível que um servidor contratado temporariamente pudesse afastar-se com essa finalidade (DI PIETRO, 2019).

Feitas as considerações, acerca dos agentes públicos, passaremos a abordar regras previstas na constituição no tocante as hipóteses de acumulações de cargos, empregos e funções na Administração Pública.

CAPÍTULO II

2. ACUMULAÇÃO DE CARGOS EMPREGOS E FUNÇÕES

A Constituição Federal (CF/88) disciplina o exercício cumulativo de cargos, empregos e funções e estabelece as regras referentes à acumulação. De acordo com as disposições constitucionais, é vedada a acumulação de cargos, empregos e funções (art. 37, XVI). A vedação abrange os agentes, tanto da Administração direta e indireta, quanto das suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (art. 37, XVII).

Assim, tem-se que a regra geral, no ordenamento jurídico brasileiro, é a impossibilidade de se acumular dois cargos públicos, de modo que qualquer exceção é excepcional e as previsões devem estar contidas de forma taxativa no texto constitucional. Dessa forma, qualquer situação não prevista no bojo da Constituição será proibida.

Meirelles (2016, p. 552) entende que a vedação de acumulação “visa a impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos.”. Porém, esclarece que por motivo de conveniência e para um melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, a Constituição, em caráter excepcional, prevê algumas situações nas quais é possível o exercício cumulativo de certos cargos.

Não obstante hajam situações nas quais o texto constitucional permite o exercício cumulativos de cargos empregos e funções, não é possível que um agente acumule mais de dois cargos, posto que a Constituição Federal só previu a acumulação de dois cargos públicos, não mais do que isso (MARINELA, 2018).

Nesse sentido, o STF em sede de julgamento de mérito com repercussão geral do Recurso Extraordinário com Agravo, afirmou ser inconstitucional a

acumulação tríplice de vencimentos e proventos, inclusive para os servidores que ingressaram em cargos públicos antes da EC n. 20/98 (ARE 848993).

Semelhante entendimento a Suprema Corte adotou no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n.º 23.917/DF, in verbis:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO PROFERIDO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DENEGOU MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. DEMISSÃO DO CARGO DE MÉDICO DO QUADRO DE PESSOAL DO INSS. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE EMPREGO PÚBLICO EM TRÊS CARGOS. PRESUNÇÃO DE MÁ-FÉ, APÓS REGULAR NOTIFICAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

I. O acórdão recorrido entendeu que o servidor público que exerce três cargos ou empregos públicos de médico - um no INSS, outro na Secretaria Estadual de Saúde e Meio Ambiente e outro junto a hospital controlado pela União, incorre em acumulação ilegal de cargos.

II. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a presunção de má-fé do servidor que, embora notificado, não faz a opção que lhe compete.

III. Demissão do recorrente que se assentou em processo administrativo regular, verificada a ocorrência dos requisitos do art. 133, § 6º, da Lei 8.112/90.

É importante mencionar que, consoante a regra prevista no art. 37, XVI, a acumulação será vedada nas situações que envolverem cargo emprego ou função remunerada. Nesse ponto, há certa divergência doutrinária, porém majoritariamente prevalece o entendimento que, se regra constitucional veda a acumulação remunerada, não cabe ao legislador infraconstitucional nem a qualquer órgão administrativo atribuir interpretação ampliativa aos preceitos nela contidos deve ser interpretada.

Nesse sentido Di Pietro (2019, p. 1.281) é categórica ao afirmar que “a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados”.

Semelhante entendimento adota Medauar (2018, p. 275) ao afirmar que “se a Constituição Federal veda a acumulação remunerada, inexistente impedimento legal à acumulação de cargos, funções ou empregos se não houver duas remunerações.”

Corroborando o entendimento dos doutrinadores supramencionados Meireles (2016, p. 552) assinala que “A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Assim, como veda a acumulação remunerada, inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou empregos do serviço público desde que o servidor seja remunerado apenas.

O TCU, por sua vez, entende que, a remuneração recebida bem como a disponibilidade não são fatores determinantes para o exercício das funções de um segundo cargo. Dessa forma, o fundamento da vedação da acumulação seria o próprio vínculo com a administração pública. Nesse sentido, editou a súmula nº 246 que prevê que:

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

Cumprido mencionar que, a acumulação só será possível quando houver compatibilidade de horário. Nesse ponto, observa-se que o texto constitucional, assim como a legislação federal concernente a matéria, foram omissos na definição do que seria o referido termo, não oferecendo as delimitações necessárias para sua aplicabilidade. No silêncio das disposições, foi então editado o Parecer GQ nº 145/98 da Advocacia-Geral da União, o qual limitava o quantitativo máximo de carga horária a ser acumulada, nos casos excepcionados pela Carta Magna, em 60 horas semanais.

Entretanto, a Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos, no intuito de uniformizar o entendimento com as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, em sessão plenária realizada no

dia 29 de março, aprovou o judicioso Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, o qual trata da compatibilidade de horários e da acumulação de cargos e empregos públicos, revogando o entendimento do Parecer GQ-145. De acordo com a decisão, a cumulação deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais desde que não haja prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Por fim, registre-se que a Constituição prevê ainda como requisito para acumulação o limite do teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Constituição.

Nesse sentido, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 602.043/MT, com repercussão geral firmou o entendimento de que o teto máximo deve ser aplicado à cada um dos cargos, afastando-se a observância do mesmo quanto ao somatório dos vencimentos dos cargos exercidos. Vejamos:

TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE.

Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido.

Sabendo que a Constituição, por força do artigo 37 XVI, veda a acumulação de cargos e funções, porém em outros dispositivos permite o exercício cumulativo, convém abordar situações essa vedação será afastada.

2.1 EXCEÇÕES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTAS

A Constituição Federal de 1988, ao vedar a acumulação de cargos, empregos e funções, estabeleceu de forma taxativa as exceções, bem como os requisitos a serem observados nos casos em que haja possibilidade de flexibilizar a regra inicialmente imposta. Assim, as situações que não se enquadrem nas previsões

constitucionalmente expressas serão consideradas ilícitas (CARVALHO FILHO, 2018, P. 779).

2.1.1 Acumulação de dois cargos de professor

A primeira possibilidade de acumulação elencada no texto constitucional, está prevista no artigo 37, XVI, “a”, “b” e “c” da Constituição Federal, que, após o advento da EC nº 19 de 1998 e a da EC nº 34 de 2001, assim passou a vigorar com a seguinte redação:

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;

A primeira hipótese de acumulação expressa na alínea “a” do dispositivo supracitado, diz respeito a dois cargos de professor.

Inicialmente, percebe-se que a Constituição não estabeleceu ressalvas, nem apresentou em seu bojo qualquer conceito sobre o magistério. Assim, entende-se que adotou um conceito amplo sobre a profissão, entretanto não é possível, apenas com o fito de possibilitar a acumulação, qualificar outras atividades como tal. Portanto, a atividade resta caracterizada pela transferência do conhecimento, objetivando o desenvolvimento do potencial alheio (JUSTEN FILHO, 2014).

Nos termos da Lei nº 12.772, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos do Magistério na esfera federal, esses profissionais são essencialmente agrupados nas carreiras de magistério superior, de magistério do ensino básico, técnico e tecnológico, bem como nos cargos isolados de provimento

efetivo de professor titular-livre do magistério superior e do ensino básico, técnico e tecnológico.

A possibilidade de acumular dois cargos de professor é uma tradição constitucional e pode ser interpretada como sendo uma forma de fomentar a educação no país. Ademais, tendo em vista a baixa remuneração concedida aos profissionais é uma maneira de estimular a permanência dos docentes na esfera pública (MAZZUOLI; ALVES, 2013, P. 92).

2.1.2 Acumulação de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico

A segunda hipótese excepcionada pelo texto constitucional, prevista na alínea “b do dispositivo em comento, permite a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico. Neste ponto, é importante frisar que a Constituição não definiu o que seria cargo técnico ou científico, tais definições são objetos de discussão por parte da doutrina.

Na busca de um conceito para os termos técnicos e científicos Carvalho Filho explica que:

Cargos técnicos são os que indicam a aquisição de conhecimentos técnicos e práticos necessários ao exercício das respectivas funções. Já os cargos científicos dependem de conhecimentos específicos sobre determinado ramo científico. Normalmente, tal gama de conhecimento é obtida em nível superior; essa exigência, porém, nem sempre está presente, sobretudo para os cargos técnicos. Por outro lado, não basta que a denominação do cargo contenha o termo “técnico”: o que importa é que suas funções, por serem específicas, se diferenciem das meramente burocráticas e rotineiras (CARVALHO FILHO, 2018 p. 780).

Por sua vez Marinela (MARINELA 2018, P. 799) entende que cargo técnico ou científico é aquele que requer conhecimento técnico específico na área de atuação do profissional, com habilitação legal específica de grau universitário ou profissionalizante de segundo grau.

2.1.3 Acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas

A terceira e última exceção está posta na alínea “c” do inciso XVI do art. 37 que sofreu relevante modificação com o advento da EC nº 34, de 2001, que substituiu a expressão “cargos privativos de médico” por “cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”. O dispositivo em comento trata da possibilidade de acumulação de dois cargos de profissionais de saúde.

As expressões “profissionais de saúde” e “profissionais da área de saúde” não são sinônimas, sendo a última mais ampla abarcando não só os servidores técnicos em saúde como os profissionais de apoio administrativo. Por esta razão a acumulação de cargo de médico com cargo administrativo fora da área de saúde é vedada (CARVALHO FILHO, 2018).

2.1.4 Acumulação de um cargo de juiz ou de membro do Ministério Público com outro cargo ou função de magistério

Ainda em se tratando das exceções previstas pela Constituição Federal de 1988, tem-se as regras específicas atinentes à acumulação de cargos pelos magistrados, pelos membros do Ministério Público.

No tocante aos magistrados a regra encontra-se prevista no art. 95, parágrafo único, I, do texto constitucional, in verbis:

“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

[...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

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

[...].”

Ao utilizar a expressão ainda que em disponibilidade a regra tem fundamento na circunstância de que, o magistrado ao se afastar, continua a perceber remuneração do erário. Assim sendo, sua situação assemelha-se à anterior, quando ocupava normalmente seu cargo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 781).

No que concerne as regra aplicáveis aos promotores e procuradores o art. 128, § 5º, II, “d”, da Constituição Federal permite aos promotores e procuradores a acumulação de seus cargos com uma função de magistério:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

§ 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;

A norma é menos restritiva para o promotor público do que para o juiz posto que este, além das funções de seu cargo, só pode exercer uma função de Magistério, seja pública ou privada; ao passo que o Promotor Público pode exercer outra função pública de magistério, nenhuma restrição havendo quanto ao magistério particular (DI PIETRO, 2019).

Por fim merecem destaque as disposições contidas no art. 8º, II, “a” , da Resolução n.º 13, de 21 de março de 2006, do CNJ, e no art. 7º, IV, da Resolução n.º 9, de 5 de junho de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, expressamente, preveem a exclusão da incidência do teto remuneratório constitucional remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério.

2.1.5 Acumulação de um cargo, emprego ou função pública com mandato eletivo

A regra que estabelece as hipóteses de acumulação de cargos empregos e funções com mandato eletivo está prevista no artigo 38 da Constituição Federal e estabelece que:

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

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;

De acordo com o texto constitucional, o servidor, via de regra, não poderá acumular o seu cargo ou emprego com mandato eletivo federal, estadual ou distrital, podendo exercer somente o mandato eletivo e contar com a remuneração desse segundo cargo. A Constituição, entretanto ressaltou a hipótese em que o cargo a ser desempenhado é um mandato eletivo de prefeito, neste caso, o servidor deve afastar-se do primeiro cargo que exercia, todavia, poderá escolher se quer receber a remuneração do antigo cargo ou do mandato eletivo de prefeito.

Outra ressalva feita pela Constituição diz respeito a acumulação de cargos empregos ou funções com mandato eletivo de vereador, nesta hipótese, havendo compatibilidade de horário a acumulação será plenamente possível e o servidor será remunerado pelos dois cargos, respeitada a regra do art. 37, XI, da CF. Todavia, não havendo compatibilidade de horários a acumulação será vedada, submetendo-se o servidor à regra aplicável ao mandato de prefeito, na qual deverá se afastar do cargo anterior, porém tendo direito de optar por uma das remunerações.

Ademais, por vedação expressa dos arts. 29, IX, e 54, I, "b", e II, "b", da Carta Magna, o cargo eletivo não poderá ser acumulado com um cargo de em comissão.

2.1.6 Acumulação de cargos, empregos ou funções públicas por militares

O texto original da Constituição estabelecia que o militar que tomasse posse em cargo ou emprego público civil permanente seria transferido para reserva. Era, portanto vedada aos militares acumulação de qualquer cargo. Em 11 de fevereiro

de 2014 com a publicação da EC 77/2014 o art. 142, § 3.º, II e III da CRFB passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998\)](#)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014\)](#)

III - o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014\)](#)

Com efeito, a Emenda Constitucional n. 77 ao tratar do tema, deixou clara a possibilidade de acumulação de cargos de médico, na atividade militar, com cargo público de médico em carreiras públicas civis. Até então, o exercício simultâneo de cargos valia apenas para servidores públicos civis e para militares das Forças Armadas que atuam na área de saúde.

No dia 03 de julho de 2019 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº101/2019 que incluiu o § 3º ao artigo 42 da Constituição. A referida emenda estendeu aos policiais e bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal, a possibilidade de acumular a função militar com cargos públicos nas áreas de saúde e educação, com prevalência da atividade militar.

2.1.7 Acumulação de cargos, empregos e funções dos servidores inativos

Quanto à acumulação de proventos de aposentadoria, duas observações importantes. A primeira está prevista no artigo 37 § 10 da Carta Magna, vejamos:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

A regra em comento somente foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 20/98 que incluiu o § 10 no artigo 37 e vedou expressamente a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com vencimentos de cargo, emprego ou função pública, ressalvadas as hipóteses de acumulação autorizadas pela Constituição.

A segunda regra diz respeito a acumulação de proventos de duas aposentadorias e está prevista no art. 40, § 6º da Constituição que dispõe que: “ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.”

Como se percebe da leitura do dispositivo, em regra, não admite-se a percepção de mais de uma aposentadoria do regime próprio de previdência social, exceto as hipóteses de aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis em atividade.

Vistas as hipóteses de acumulação permitidas pela Constituição, bem como os requisitos que devem ser observados para que o exercício cumulativo seja lícito, passaremos a abordar, os efeitos da acumulação ilícita de cargos, empregos e funções públicas pelos servidores sob a ótica da Lei 8.112/90

CAPÍTULO III

3. DA ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS EMPREGOS E FUNÇÕES

A Lei 8.112/90 que institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, reservou um capítulo específico para tratar da temática da acumulação de cargos empregos e funções na administração Pública e trouxe expressamente nos artigos 118 a 120 a regra da vedação à acumulação, bem como as exceções a nas quais a acumulação será considerada lícita.

O servidor que acumula remuneradamente cargos ou funções públicas, fora das hipóteses previstas na Constituição, pratica conduta ilícita em razão da violação ao estatuto constitucional. Todavia, embora a regra seja a não acumulação, muitas são as situações nas quais agentes públicos violam a norma e acumulam ilicitamente cargos, empregos ou funções dentro da Administração pública. Há situações em que ocorre o exercício cumulativo de três ou mais cargos, o que tem sido comum principalmente em se tratando de médicos e professores, cujas jornadas de trabalho podem ser de apenas 20 (vinte) horas semanais.

Situações como essas, ou outras que envolvem a percepção cumulativa de proventos da inatividade com a remuneração de dois ou mais cargos ou empregos públicos, embora plenamente ilícitas, têm sido objeto de ações judiciais pelos respectivos interessados.

Nesse sentido Carvalho Filho afirma 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 (CARVALHO FILHO 2018 p. 779).

Em 2013 o Tribunal de Contas da Paraíba realizou um cruzamento de dados dos servidores integrantes da folha de pagamento do Poder Executivo Federal com as folhas de pagamento do Governo da Paraíba e dos 223 Municípios paraibanos, em busca de identificar casos de acumulações ilícitas de cargos, empregos e funções públicas, os resultados foram alarmantes.

Na ocasião, o órgão noticiou a identificação de 38.972 servidores que acumulam cargos. Do total de servidores identificados, dois deles acumulavam 10 (dez) vínculos, um servidor com 9 (nove) vínculos, cinco servidores com 7 (sete) vínculos; 23 acumulavam 6 (seis); 74 com cinco, 481 com 4 (quatro), 3.712 servidores com 3 (três) e 34.674 com 2 (dois) vínculos.

Em 2017, presidente do Tribunal de Contas da Paraíba, conselheiro André Carlo Torres Pontes, divulgou o painel de acumulação de vínculos públicos, importante ferramenta de controle e transparência pública Trata-se do “Painel de Acumulação de Vínculos Públicos”, que permite ao jurisdicionado e à sociedade em geral, acessar e identificar pelo portal do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (www.tce.pb.gov.br), a acumulação de cargos ou funções de servidores públicos nas esferas federal, estadual e municipal, no âmbito da Paraíba. O objetivo do painel não é analisar a licitude das acumulações, mas sim servir de orientação aos gestores para as adequações, a fim de que que identifiquem se as acumulações vão de encontro as vedações previstas na Constituição Federal e legislação correlata.

Uma vez descumprida a norma imposta pela constituição e pela leis no tocante à acumulação de cargos empregos e funções, é de se perguntar quais os efeitos que dela provêm.

3.1 DA RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR

A prática de condutas ilícitas sujeita o servidor à responsabilidade civil, penal e administrativa. Isso significa que um agente que comete um único ato infracional poderá sofrer três sanções: civis, penais e administrativas (CARVALHO, 2017).

Nesse sentido merece destaque o disposto no art.125 da Lei 8.112/90 que estabelece que: “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se,

sendo independentes entre si”. O dispositivo em comento declara a independência das instâncias. O Estatuto do Servidor Público, contudo, contempla a única hipótese em que a decisão de um processo tem repercussão nas outras duas instâncias, a exceção está prevista no Art. 126. do Estatuto que declara que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Se determinado servidor descumpra um dever ou deixa de observar as proibições, estabelecidos nos estatutos ou em outras leis, será responsabilizado administrativamente. Esse descumprimento, pode ser denominado: falta funcional, infração disciplinar, infração funcional, infração administrativa, ilícito administrativo (MEDAUAR, 2018).

Nesse caso, conforme afirma Di Pietro (2019) “a infração será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição.

Essa responsabilidade é apurada no âmbito da própria Administração e são penalizadas com sanções disciplinares de natureza administrativa, impostas por autoridade administrativa. Se a conduta do servidor se enquadrar também em tipos penais e causar dano à Administração, gera responsabilização criminal e civil respectivamente (MEDAUAR).

Uma vez comprovada a infração, o servidor fica sujeito as penalidades disciplinares que, na esfera federal, estão previstas no artigo 127 da Lei nº 8.112/90 e estabelece que:

Art.127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

Nesse ponto, merece destaque o disposto no parágrafo único do artigo 128 da Lei nº 8.112/90, que exige que o ato de imposição da penalidade mencione sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar, ou seja, o ato punitivo deverá ser sempre motivado.

3.2 APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO AOS CASOS DE ACUMULAÇÃO ILÍCITA

A Lei nº 8.112/90, em seu art. 143, estabelece que “a autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade no serviço público tem a obrigação de imediatamente promover a apuração dos fatos por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar, sendo assegurada ao acusado a ampla defesa.”

A apuração dos fatos poderá ser feita mediante sindicância quando os ilícitos cometidos pelo servidor forem puníveis com a pena de advertência ou de suspensão inferior a 30 (trinta) dias, porém, será obrigatória a instauração de processo administrativo disciplinar nas situações em que os ilícitos forem puníveis com a penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, conforme disposto no artigo 146 da Lei 8.112.

A acumulação ilícita de cargos, empregos e funções públicas está inserida no rol de infrações puníveis com a penalidade de demissão, nos termos do art. 132, inciso XII, da Lei 8.112, in verbis:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;”.

Nesse sentido, o art. 133, caput, da Lei nº 8.112 prescreve que a autoridade que tiver ciência de que servidor sob sua subordinação está acumulando ilicitamente cargos, empregos ou funções públicas, é obrigada a notificá-lo, por intermédio da respectiva chefia imediata, para que no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência, apresente opção por um dos cargos, a qual, uma vez

apresentada, configura a boa-fé do servidor e implica a regularização da sua situação perante o serviço público, sendo o termo apresentado convertido em pedido de exoneração do outro cargo.

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: [...].

De acordo com o dispositivo supracitado, não apresentação de opção pelo servidor no prazo de dez dias, impõe à autoridade a obrigação de instaurar processo administrativo disciplinar, sob rito sumário, para a apuração dos fatos e imediata regularização, que se desenvolverá em três fases conforme disposto nos incisos do artigo 133 da Lei 8.112/90:

- I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;
- II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório;
- III - julgamento.

É importante esclarecer que a não apresentação de opção por um dos cargos e a conseqüente instauração do processo administrativo disciplinar, não configura a má-fé do servidor, uma vez que a regra contida no artigo 133 § 2º do Estatuto confere ao servidor um prazo de 05 dias para apresentação de defesa escrita. Ademais, o disposto no § 5º do artigo 133 estabelece que se o servidor apresentar a opção até o último dia de prazo para defesa escrita, restará configurada sua boa-fé e a opção apresentada será convertida em pedido de exoneração do outro cargo, emprego ou função pública.

Assim, mesmo em situação de acumulação ilícita, o servidor terá dois momentos em que poderá apresentar opção por um dos cargos e demonstrar por consequência a sua boa-fé. O primeiro diz respeito à notificação, para que opte no

prazo improrrogável de dez dias por um dos cargos empregos ou funções, essa notificação ocorre em momento anterior à instauração do processo administrativo disciplinar. O segundo ocorre quando o servidor não opta e instaura-se o processo administrativo disciplinar, gerando a sua citação para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, ocasião em que poderá optar por um dos cargos, empregos ou funções até o último dia de prazo e assim pôr fim ao processo.

Pelo exposto, tratando-se de acumulação ilícita, a má-fé do servidor estará configurada quando, tendo a Administração Pública lhe assegurado o direito de optar por um dos cargos, empregos ou funções, nos termos do art. 133, § 5º, da Lei nº 8.112/90, este não o fizer dentro do prazo legal e persistir na manutenção da situação ilícita.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no Acórdão proferido no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 24249 – DF, negou provimento ao recurso entendendo que não tendo o servidor exercido o direito de opção no prazo legal a má-fé restou configurada

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCEITO. CONCEITOS JURÍDICOS. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NÃO-EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO NO PRAZO LEGAL. MÁ-FÉ CONFIGURADA.

1. Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas – anônimas ou não - sob o controle da União, dos Estados membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente terem sido “criadas por lei”.
2. Configura-se a má-fé do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubstanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito.
3. Recurso a que se nega provimento.

Nos termos do art. 133, § 6º, da Lei nº 8.112, sendo caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á ao servidor, de acordo com a sua situação funcional, a pena de demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou

funções em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades envolvidos serão comunicados.

Nesse sentido, merece destaque a redação original do artigo 133 do Estatuto do Servidor:

Art. 133. Verificada em processo disciplinar acumulação proibida e provada a boa-fé, o servidor optará por um dos cargos.

§ 1º Provada a má-fé, perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sendo um dos cargos, emprego ou função exercido em outro órgão ou entidade, a demissão lhe será comunicada. (grifo nosso)

Note-se que, o texto original da referida Lei previa a obrigação de ressarcir ao erário os valores percebidos de forma indevida, desconsiderando-se em alguns casos o trabalho porventura prestado.

Contudo, a Lei nº 9.527/97 alterou significativamente a redação do dispositivo supracitado, que deixou de fazer qualquer menção à restituição de valores ao erário. Portanto, não há que se falar em obrigatoriedade de restituição ao erário dos valores percebidos pelo servidor no período de acumulação ilegal, ainda, que tenha havido má-fé de sua parte.

Desse modo, considerando a nova redação dada pela Lei nº 9.527/97 ao art.133, da Lei nº 8.112/90, não mais existe amparo legal para que a Administração Pública exija a reposição de valores ao erário decorrentes de acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas.

Diante da ausência de previsão legal quanto à reposição de valores ao erário e de penalidade aplicável ao servidor de boa-fé, a situação do servidor que acumula ilicitamente cargos empregos ou funções públicas é bastante cômoda visto que uma vez detectada a ilicitude, basta que apresente, dentro dos prazos legais, opção por um dos vínculos funcionais, o que implica a regularização da sua situação, sem que precise efetivar qualquer reposição ao erário, independentemente do período de

tempo em que esteve acumulando ilicitamente e de, num curto lapso temporal, formando um verdadeiro ciclo vicioso, voltar a exercer cargos, empregos ou funções cuja acumulação é expressamente vedada constitucional e infraconstitucionalmente.

Em razão do crescimento exacerbado de casos de acumulações ilícitas o Ministério Público tem ingressado com inúmeras ações civis de improbidade administrativa na tentativa de coibir a prática e reaver os valores pagos indevidamente, nesse sentido veja-se a o Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2004.34.00.028164-0 DF:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. PRESTAÇÃO EFETIVA DO SERVIÇO NOS DOIS CARGOS. DIREITO À CONTRAPRESTAÇÃO. OPÇÃO, NO PRAZO DE DEFESA, POR UM DOS CARGOS. CONFIGURAÇÃO DE BOA-FÉ. INVIABILIDADE DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS.

1. A Lei 8.429/92, instrumento de grande importância na defesa da moralidade administrativa, não deve ter sua aplicação prodigalizada, fora das suas finalidades legais, para alcançar casos de meras irregularidades administrativas, não informados pela desonestidade.
2. Constatada a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a opção do servidor um deles, até o último dia de prazo para a defesa configurará a sua boa-fé, convertendo-se automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo (Lei 8.112/90 – art. 133, § 5º).
3. Hipótese em que a apelada, a despeito de exercer, por certo tempo, dois cargos públicos não acumuláveis (art. 37, XVI – CF), prestou efetivamente os serviços nas duas funções, fazendo jus à devida contraprestação, sob pena de enriquecimento ilícito ao erário. Não é lícito que os pagamentos sejam devolvidos, a título de dano ao erário, dando ensejo a um enriquecimento ilícito inverso em prol da União.
4. Apelações não providas.

Nesse mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.245.622 – RS:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. PRESTAÇÃO EFETIVA DE SERVIÇO PÚBLICO. MODICIDADE DA CONTRAPRESTAÇÃO PAGA AO PROFISSIONAL CONTRATADO. INEXISTÊNCIA DE DESVIO

ÉTICO OU DE INABILITAÇÃO MORAL PARA O EXERCÍCIO DO MUNUS PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO DE MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA.

1. "A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento." (Nesse sentido: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.)
2. Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público. (Precedente: REsp 996.791/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 27.4.2011.) Agravo regimental improvido.

Pelo exposto, vê-se que, a acumulação ilícita de cargos empregos e funções é prática corriqueira no quadro de pessoal da Administração Pública. Isso porque, apesar de haver previsão de penalidade de demissão para a prática de tal conduta, no âmbito administrativo, somente se aplica a pena de demissão quando comprovada a má-fé do servidor ante a não apresentação de opção de vínculos dentro do prazo legal, não havendo, portanto qualquer outra reprimenda aplicável ao servidor público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, fizemos uma apresentação a respeito da acumulação de cargos, empregos e funções no âmbito da Administração Pública, analisando à luz da Lei 8112/90, as consequências as quais fica sujeito o servidor que pratica tal conduta.

Para tanto, foram expostos, mediante apresentação do entendimento dos principais doutrinadores, o conceito e a classificação de agentes públicos, bem como a noção de cargos, empregos e funções públicas. Também foram analisadas as situações em que as acumulações de são permitidas ou não pela legislação pátria, bem como os requisitos que a tornam lícitas a luz da constituição e da legislação infraconstitucional.

Ficou demonstrado que embora haja previsão de penalidade demissão, somente será aplicada quando restar comprovada a má-fé do servidor, o que torna quase impossível a aplicação da penalidade. Conforme demonstrado, a Lei 8.112/90 dispõe que, uma vez detectada a acumulação ilegal o servidor será notificado para apresentar opção no prazo de dez dias. A não apresentação de opção, ensejará a instauração de processo administrativo disciplinar e o servidor será citado para apresentar defesa no prazo de 5 dias, entretanto somente findo os dois prazos, sem apresentação de opção, configura-se má-fé do servidor .

Assim sendo, mesmo nos casos em que fique comprovada a má-fé não há previsão legal quanto à obrigatoriedade de restituir os valores percebidos durante o período de acumulação ilícita.

Também ficou demonstrado nesta pesquisa, que, apesar das inúmeras ações civis de improbidade administrativa decorrentes de casos de acumulações ilícitas de cargos, empregos ou funções públicas propostas pelo Ministério Público, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, tem entendido que a acumulação ilícita de cargo, emprego ou função pública não é considerada como ato de improbidade administrativa e sim mera irregularidade administrativa punível nos termos dos estatutos aplicáveis aos servidores públicos.

Dessa forma, sabendo que não terá que restituir valor algum ao erário, e que não há consequências fora das hipóteses nas quais restar comprovada a má-fé, o servidor não exita em exercer ilicitamente dois, três ou mais cargos. Essa situação caracteriza uma total afronta aos princípios emanados da Constituição Federal que norteiam a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito administrativo** / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 mai.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em 18 mai.2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em 8 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745compilada.htm>. Acesso em 08 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000**. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em 22 jul. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed . Bahia: editora JusPODVIM 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GIL, ANTONIO CARLOS. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2007

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo** / Fernanda Marinela. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZUOLI, Valerio; ALVEZ, Waldir. **Acumulação de cargos públicos: Uma questão de aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**/Odete Medauar. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2/12/2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PARAÍBA. **Tribunal de Contas do Estado da Paraíba**. TCE identifica 38.972 servidores com acúmulo de cargos públicos na Paraíba. Portal TCE-PB. Disponível em: <http://portal.tce.pb.gov.br/2013/01/tce-identifica-38-972-servidores-com-acumulo-de-cargos-publicos-na-paraiba/>. Acesso em 10 nov. 2019.