



Parecer nº 9/2015-ASJUR/SDS

Ref.: Contrato nº 7/2015

Assunto: Análise acerca da acumulação de cargo e função públicos

Origem: Setor de Recursos Humanos

Autoridade interessada: Secretário de Desenvolvimento Social

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO ENTRE UM CARGO DE PROFESSOR E UMA FUNÇÃO TÉCNICA. CARGA HORÁRIA TOTALIZANDO 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS. COMPATIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE AMBOS OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PREVISTOS PARA A LICITUDE DA ACUMULAÇÃO, NA ESTEIRA DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARECER FAVORÁVEL.

I – RELATÓRIO

Cuida-se de parecer requestado pelo gestor da Secretaria indicada no timbre, mediante o qual indaga sobre a licitude da acumulação pela servidora **FULANA DE TAL** do cargo de provimento efetivo de Professor com a função de Coordenador do Programa do Governo Federal ACESSUAS-Trabalho.

Conforme se extrai de suas informações funcionais, a servidora foi “removida” para a Secretaria de Desenvolvimento Social – SDS (**doc. 1**), passando, por consectário legal, a desempenhar o seu mister nos moldes administrativos e necessidades da nova lotação, logo, tem-se que o horário de funcionamento da SDS é de 30 (trinta) horas semanais, o que, por via de consequência da “auto-organização administrativa da SDS” (**doc. 2**), vincula e restringe a carga horária de todos os seus servidores, estritamente, ao mesmo horário. Portanto, depreende-se – como efeito jurídico indissociável da remoção e enquanto ela durar – que a carga horária do cargo após o seu deslocamento para a SDS passou a ser 30 (trinta) horas semanais.

Entendimento diverso levaria à incongruência/contradição no sentido de que a servidora exerceria suas funções mesmo quando o seu órgão de lotação não estivesse em funcionamento, sendo, pois, incabível tal conclusão com base no *nom venire contra factum proprium* (vedação aos atos contraditórios) aplicável à Administração Pública, segundo copiosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (**RMS 43683 DF 2013/0302201-5, RMS 20572 DF 2005/0143093-7, AgRg no Ag 1407965 PR 2011/0054394-0, REsp 1224007 RJ 2010/0201062-2, EDcl no MS 14649 DF 2009/0184092-2**).



Demais disso, nem a Resolução do Conselho Nacional de Assistência Social nº 18, de 24 de maio de 2012 (que cria o ACESSUAS-Trabalho) – **doc. 3**, tampouco as normas técnicas do Ministério do Desenvolvimento Social – MDS (**doc. 4**), muito menos o Edital de Processo Seletivo nº 2/2015, de 3 de fevereiro de 2015 (**doc. 5**), trazem disposição expressa acerca da carga horária da citada função de Coordenador. Todavia, a ocorrência da apontada lacuna não traduz “cheque em branco” para a aposição de qualquer carga horária a ser observada no desempenho da referida função.

Nota-se, aliás, que o **Contrato 7/2015 (doc. 6)** em análise estabeleceu a carga horária de 30 (trinta) horas semanais, de acordo com a necessidade do Programa, devendo ser distribuídas nos períodos matutino, vespertino, noturno e aos sábados por ocasião dos eventos sociais. Aliás, consigne-se que a carga horária estipulada no contrato é exatamente a mesma da SDS, muito embora a ser desenvolvida em horários diversos. Por conseguinte, a carga horária, considerada a acumulação, perfaz 60 (sessenta) horas semanais.

Eis o relatório circunscrito ao que de essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.a) Da necessária distinção entre CESSÃO e REMOÇÃO

Em rápidas pinceladas, cumpre distinguir os institutos da CESSÃO e da REMOÇÃO de servidor público, na estrita observância da Lei Complementar nº 1, de 23 de dezembro de 2009 – Estatuto dos Servidores Públicos de Caucaia.

A CESSÃO é tratada no art. 86 do encimado diploma legal e assim dispõe:

“Art. 86. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos poderes da União, dos Estados, Distrito federal ou dos Municípios, para ocupar cargo em comissão ou função de confiança.”

(grifou-se)

Desse modo, vê-se que é *conditio sine qua non* (condição sem a qual) para a licitude da CESSÃO que o servidor seja cedido para ocupar “cargo comissionado” ou “função de confiança” na nova lotação.

Por outro vértice, a REMOÇÃO vem prevista no art. 27, cujo preceito normativo é o seguinte:

“Art. 27. A remoção é o deslocamento do servidor de um para outro órgão de unidade administrativa e processar-se-á de ofício ou a pedido do servidor, respeitada a lotação de cada órgão ou Entidade.”

(negritou-se)

Verifica-se, às escâncaras, portanto, que ostenta índole de pressuposto legal para o deferimento da CESSÃO que o cedido venha a exercer “cargo comissionado” ou “função de confiança” na nova lotação. Entretanto, na REMOÇÃO há o mero deslocamento do servidor dentro do serviço público, passando a ter, por corolário legal, nova lotação, sem a necessidade de vir a



exercer “cargo comissionado” ou “função de confiança” como requisito obrigatório para a sua regularidade.

Fixadas, pois, essas premissas, depreende-se que o caso da servidora em tela é mesmo de REMOÇÃO. Aliás, o instrumento jurídico que lastreou o deslocamento da servidora para a nova lotação foi uma Portaria de Remoção (**doc. 1**); destarte, a sua remoção foi lícita!

II.b) Da licitude quanto à acumulação do cargo com a função

À guisa de partida, impõe-se o registro neste azo introdutório de que a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB estabeleceu a regra da vedação à acumulação de cargos, empregos e funções públicas.

Entretantes, a própria CRFB a excepcionou. Dois são os únicos requisitos: **(i)** hipótese prevista numa das alíneas do inciso XVI do art. 37 e **(ii)** compatibilidade de horários.

Pois bem, trata-se de acumulação entre o cargo de Professor com a função de Coordenador, cujo requisito é ser detentor de diploma de nível superior em Pedagogia (**doc. 7**), nos exatos termos do item 2.3 do Edital 2/2015, portanto, função de natureza técnica.

“2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cargo técnico é aquele que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, com **habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de 2º grau.”**
(STJ - RMS: 42392 AC 2013/0118786-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 10/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2015)

(destacou-se)

Dessarte, a situação fática subsume-se à alínea *b* do inciso XVI do art. 37 e encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *verbo ad verbum*:

“O art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, ao facultar a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico, não estabelece distinção quanto à forma de provimento do cargo técnico, se em caráter efetivo ou temporário, motivo pelo qual é razoável entender estar nele (art. 37, XVI, CF) incluída a possibilidade de contratação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público prevista na Lei n.º 8.745/93.”

(AgRg no REsp 824.595/PE, Rel. Min. JANE SILVA, DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG, DJe 30/6/2008) Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 1º de agosto de 2011. MINISTRO OG FERNANDES Relator (Ministro OG FERNANDES, 04/08/2011)

“É possível a cumulação de um cargo técnico, temporário, com um efetivo de professor, desde que não haja incompatibilidade de horários, a teor do disposto na alínea *b* do inciso XVI do art. 37 da CF, uma vez que não há qualquer distinção no dispositivo constitucional.”

(RMS 12.240/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 8.4.2002).7. Diante do exposto, com fundamento no art. 34, VII do RISTJ, nega-se provimento ao Agravo. 8. Publique-se; intimações necessárias. Brasília/DF, 24 de novembro de 2009. NAPOLEÃO



NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO,
01/12/2009)

(destacou-se)

II.c) Da licitude quanto à compatibilidade de horários

Repise-se que o segundo e derradeiro requisito CONSTITUCIONAL para a possibilidade jurídica da acumulação é a “compatibilidade de horários”. Como de palmar sabença, tal requisito deve ser analisado apenas na hipótese de preenchimento do primeiro pressuposto, o qual já fora observado, consoante restou demonstrado à saciedade em linhas retro, no *item II.b)*.

Consonante avulta-se do *RELATÓRIO* deste Parecer, a carga horária do cargo público após a remoção passou a ser 30 (trinta) horas semanais. Por seu turno, a carga horária da função pública é também de 30 (trinta) horas semanais, de acordo com a necessidade do Programa, devendo ser distribuídas nos períodos matutino, vespertino, noturno e aos sábados por ocasião dos eventos sociais.

Destarte, a carga horária – com a acumulação em tela – totaliza 60 (sessenta) horas semanais.

A propósito, impõe-se um par de considerações: **(i)** o requisito constitucional de “compatibilidade de horários” não foi restringido pela própria CRFB; **(ii)** inexistente lei municipal que tenha regulamentado tal previsão (*registre-se: esta temática será pormenorizada adiante*). Logo, para a configuração da possibilidade de acumulação basta a observância da “compatibilidade de horários” a ser aferida no caso concreto.

Na hipótese dos autos, considerando as peculiaridades da função, que tem entre suas atribuições: coordenar um programa federal, cujo objeto tem por fim adequar-se à realidade/disponibilidade de seu público-alvo, com eventos (p.ex.: Caucaia Social aos sábados) e cursos (ministrados nos períodos matutino, vespertino e noturno) distribuídos nos mais diversos horários (**doc. 8**), conclui-se que há sim a observância do requisito constitucional em questão, já que as 30 (trinta) horas da função serão desempenhadas em horários não conflitantes com a carga horária do cargo. Inclusive, essa compatibilidade de horários foi objeto de aferição no momento da Segunda Etapa do Edital nº2/2015 (Entrevista), conforme testifica a respectiva “ficha individual de entrevista” confeccionada e examinada pela Comissão do Certame (**doc. 9**), dotada que é de presunção de veracidade e legitimidade.

En passant, cumpre tecer algumas tintas acerca desse requisito constitucional (compatibilidade de horários). Avultam-se 2 (dois) indagações: **A uma:** Há limite de carga horária semanal em lei municipal? **A duas:** Se existir previsão em lei municipal, seria constitucional?

A *uma*, é público e notório que não há em nossa municipalidade lei local que disponha sobre o “limite semanal da carga horária em caso de acumulação de cargos”. Logo, em tese, eventual exigência de limitação de carga horária para esse fim, encerraria hipótese de ato administrativo ilegal (nulo), malferindo, desse modo, o princípio da legalidade. De mais a mais, esse ato seria também inconstitucional. Explica-se.



A *duas*, o Supremo Tribunal Federal no RE 694958-SC, julgado em 20.11.2014 (doc. 10), entende que a única condição imposta pela Constituição é a compatibilidade de horários, não havendo nenhum limite com relação à carga horária semanal, senão vejamos.

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 37, XVI, ‘C’, DA CF/88. EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE CARGA HORÁRIA SEMANAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. O art. 37, XVI, ‘c’, da CF/88, na nova redação dada pela EC 34/2001, permite expressamente a acumulação remunerada de cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, exigindo-lhes apenas a compatibilidade de horários.

2. **Não encontra suporte legal e afronta o texto constitucional a vedação de acumulação de cargos quando a jornada de trabalho ultrapassar 60 (sessenta) horas semanais, uma vez que a única condição imposta pela Constituição é que deve haver compatibilidade de horários, sem estabelecer nenhum limite com relação à carga horária semanal.**

3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento’ (fl. 231). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa aos arts. 7º, XIII, 37, XVI, c, e 39, § 3º, da mesma Carta.”

(negritou-se)

Adite-se, ainda, que a *ratio decidendi* do citado precedente é no sentido de que se trata de **norma de eficácia plena**, na inexorável classificação capitaneada pelo mestre José Afonso da Silva. Em razão disso, a sua aplicabilidade é *direta, imediata* e *INTEGRAL*. Diz-se “integral” a norma que não pode se restringida pelo legislador ordinário. Logo, ainda que existisse **lei municipal** que – sob o pretexto de regulamentar uma norma de eficácia plena, restringisse a sua aplicabilidade (repise-se, integral) – seria **materialmente inconstitucional**, sendo prudente a recomendação no sentido de que “*qualquer Administrador pode e deve se recusar a aplicar lei tida por inconstitucional*” (STF, ADPF 97 PARÁ). Em bom vernáculo, não há lei que limite a carga horária semanal para o caso de acumulação e se houvesse seria inconstitucional. E mais: se assim o fosse, seria uma “inconstitucionalidade chapada” consonante a célebre intitulação do ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, para os casos em que a inconstitucionalidade salta aos olhos.

Por oportuno, não se pode perder de vista que a atividade do parecerista diverge da relativa ao advogado/procurador jurídico de uma parte, consoante aponta a bússola dos escólios doutrinários de **Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari** in *Processo administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2001:142, *ipsis litteris*:

“É prudente fazer uma diferenciação entre a atividade consultiva de parecerista e o trabalho do procurador ou advogado de uma parte. Este é necessariamente parcial, pois tem o dever de defender o seu cliente, expondo com o maior vigor possível os argumentos favoráveis ao seu constituinte, dentro dos limites da ética e do bom senso. O consultor tem compromisso fundamental com a ordem jurídica, com a verdade científica e com a justiça: cumpridos esses compromissos, pode expor, até com veemência, os elementos que o levaram a formar a sua convicção.”

Destarte, é legítimo e forçoso concluir que não há amparo constitucional, legal ou infralegal para eventual negativa de acumulação com fundamento na inobservância ao limite semanal de carga horária, sabendo-se, ainda, que pela **pirâmide normativa** preconizada pelo



jusfilósofo **Hans Kelsen**, a Constituição está na cúspide (no vértice) e ostenta índole de primeiro e máximo requisito de validade das demais espécies normativas. Assim, não é demasiado asseverar que negar o cumprimento da Constituição, em última análise, é negar o próprio Direito.

Nesse toar, a título de reforço argumentativo, vejam-se nos escólios de um dos mais notáveis constitucionalistas da atualidade: **Luís Roberto Barroso** *in* Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 3ª ed., São Paulo, 2012, págs. 271/272 (1º trecho) e 399/400 (2º trecho):

“A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.”

“Vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária.

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.”

(destacou-se)

Corroborando o seu entendimento supracitado, o STF, ainda mais recentemente (em 3.12.2014), chancelou a acumulação de um cargo de professor com um técnico, cuja acumulação gerou uma carga horária semanal de 70 (setenta) horas semanais, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSORA E ENFERMEIRA. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1 - Apelação de sentença que denegou mandado de segurança impetrado com o objetivo de lhe ser reconhecida a licitude da cumulação do seu cargo de professora do ensino básico técnico tecnológico, com o de enfermeira, este exercido junto ao Governo do Estado do Ceará, bem como não lhe ser imputada a devolução dos valores remuneratórios recebidos no período de janeiro de 1991 a março de 2006.

(...)

3 - O Supremo Tribunal já se manifestou sobre o tema, no julgado RE 351.905/RJ. Com efeito, ainda que a carga horária semanal dos dois cargos seja superior ao limite previsto no parecer da AGU, o STF assegurou o exercício cumulativo de ambos os cargos públicos. **“Ora, a carga horária em que a apelante trabalhou, até março de 2006 era de 70 horas semanais, inferior, portanto, às 80 horas semanais discutidas no Parecer GQ 145/AGU, sendo certo que não há nenhuma prova de que não tenha ela exercido efetivamente suas funções, ou que não tenha sido**



assídua. Não há, pois, nenhuma ilegalidade na cumulação dos referidos cargos, por está a servidora amparada no art. 37, XVI, b, da CF/88.

(...)"

(STF - ARE: 782170 PE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 28/11/2014, Data de Publicação: DJe-237 DIVULG 02/12/2014 PUBLIC 03/12/2014)

(negritou-se)

Na mesma esteira, o STJ, por meio de sua PRIMEIRA SESSÃO, que possui competência para unificar os entendimentos de suas 2 (duas) Turmas de Direito Público¹, fixou o entendimento de que limitar a compatibilidade de horários com base na carga horária é irrelevante.

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO CONSTITUCIONAL DE CARGO PÚBLICO. CONDIÇÃO: COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. CARGA HORÁRIA. IRRELEVÂNCIA. OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO.

(...)

5. Se os serviços prestados pelo servidor público não se mostram adequados e eficientes, existem os procedimentos administrativos legais aptos à desvinculação do servidor - Processo Administrativo Disciplinar -, não servindo a inviabilidade de cumulação como via transversal a tal fim. Até porque, *contrario sensu*, não se pode declarar que a observância de jornada de trabalho com carga horária menor conduza a uma prestação de serviço público de qualidade, seja qual for a área. Embargos de declaração rejeitados." (STJ - EDcl no MS: 19274 DF 2012/0211916-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 09/04/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/04/2014)

(destacou-se)

III – CONCLUSÃO

COM SUSTENTÁCULO NAS LINHAS TRANSATAS, esta ASJUR/SDS opina no sentido de possibilidade da acumulação sob exame, uma vez que se observaram os correlativos requisitos constitucionais, na esteira das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Posiciona-se, outrossim, pelo encaminhamento dos presentes autos à Procuradoria Geral do Município para o fito de colher o respectivo opinativo, por se tratar de matéria ínsita à sua competência legal.

É o parecer, S. M. J.

Caucaia (CE), 1º de junho de 2015.

José David P. Silvério

OAB-CE 21.327

ASSESSOR JURÍDICO