



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO DE PROCESSOS
INSTITUCIONAIS
MESTRADO PROFISSIONAL EM GESTÃO DE PROCESSOS
INSTITUCIONAIS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**UMA ANÁLISE ÉTICA E JURÍDICA EM PROCESSOS
INSTITUCIONAIS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS**

Autor: Emanuel Lins Galvão de Albuquerque Bastos

Orientador: Prof. Dr. Sergio Luis Rizzo Dela Savia

NATAL/RN

MAIO/2019

EMANUEL LINS GALVÃO DE ALBUQUERQUE BASTOS

UMA ANÁLISE ÉTICA E JURÍDICA EM PROCESSOS INSTITUCIONAIS DE
ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Dissertação e Carta de Recomendação apresentadas ao Programa de Pós-graduação em Gestão de Processos Institucionais, do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, para a obtenção do Título de Mestre.

Linha de Pesquisa: Política e Gestão Institucional.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Luis Rizzo Dela Savia.

NATAL/RN

MAIO/2019

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes -
CCHLA

Bastos, Emanuel Lins Galvao de Albuquerque.

Uma análise ética e jurídica em processos institucionais de
acumulação de cargos públicos / Emanuel Lins Galvao de
Albuquerque Bastos. - Natal, 2019.
114f.

Dissertação (mestrado) - Centro de Ciências Humanas, Letras e
Artes, Mestrado Profissional em Gestão de Processos
Institucionais, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
2019.

Orientador: Sergio Luis Rizzo Dela Savia.

1. Acumulação de cargos - Dissertação. 2. Parecer GQ - 145 da
AGU - Dissertação. 3. Liberdade - Dissertação. 4. Igualdade -
Dissertação. I. Savia, Sergio Luis Rizzo Dela. II. Título.

RN/UF/BS-CCHLA

CDU 35.082.5

EMANUEL LINS GALVÃO DE ALBUQUERQUE BASTOS

**UMA ANÁLISE ÉTICA E JURÍDICA EM PROCESSOS INSTITUCIONAIS DE
ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS**

Dissertação e Carta de Recomendação
submetidas ao Programa de Pós-Graduação em
Gestão de Processos Institucionais da
Universidade Federal do Rio Grande do Norte,
como requisito à obtenção do título de Mestre.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Sergio Luis Rizzo Dela Savia
Universidade Federal do Rio Grande do Norte
(Orientador)

Profª. Dra. Patricia Borba Vilar Guimaraes
Universidade Federal do Rio Grande do Norte
(Membro Interno)

Profª. Dra. Paula Gabriela Mendes Lima
Universidade Federal de Minas Gerais
(Membro Externo)

AGRADECIMENTOS

Em tempos de celebração pelos longos caminhos superados – meses de estudos e abdições – compartilho minha felicidade e a realização desse sonho com pessoas tão queridas e sem as quais nada teria sentido.

Aos meus pais, a quem devo todos os louros profissionais e acadêmicos, porque não hesitariam em realizar qualquer esforço necessário para a minha educação (em verdade, para a minha felicidade).

À minha avó Dinasilda, cuja vida devota ao próximo e à Educação, pelo estímulo sempre em mim semeado a alçar os maiores voos e por me fazer acreditar que tudo posso.

Às minhas irmãs e sobrinhos, em nome de quem agradeço a toda a minha família, pelo apoio incondicional e pelo bem querer que ultrapassa todas as barreiras.

Ao meu Amor, pela compreensão em dias corridos, pela paciência em momentos de inquietude, pelos aconselhamentos redacionais, por ser poesia ao menor auspício de lassidão. Pelo compartilhamento da vida.

Aos meus amigos e amigas, pelos momentos de relaxamento e de amenidades, renovando-me as energias para seguir adiante; pela camaradagem desinteressada e despretensiosa.

Aos Professores que compuseram a Banca de Qualificação desse trabalho, José Orlando, pelos aconselhamentos importantes e perspicácia que lhe é particular, Patrícia Borba, por ser exemplo de presteza, comprometimento e sensatez, e Yanko Xavier, pelas valorosas contribuições e sapiência de sempre.

À Professora Paula Mendes, pela pronta disposição em fazer parte da Banca de Defesa deste trabalho, a quem agradeço a atenção dispensada, bem como ao Professor Sérgio Dela Savia, pela orientação e recomendações valorosas.

À Deus, por todas as dádivas recebidas e por manter-me a fé em tempos melhores.

Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas.

John Rawls (1971)

RESUMO

Essa pesquisa analisa, ética e juridicamente, a regra versada no Parecer GQ – 145 da AGU, a qual restringe a carga horária de trabalho desempenhada pelo servidor, em situação de acumulação de cargos públicos, ao limite de sessenta horas semanais. Para tanto, traz considerações introdutórias sobre as hipóteses de acumulação de cargos na Constituição Federal. Adiante, estuda a ética no serviço público e a teoria de John Rawls sobre a justiça, com o objetivo de apurar se a citada regra congrua com os valores da liberdade e da igualdade – que também encontram guarida no corpo da Constituição Federal. Seguidamente, examina a aplicabilidade da norma constitucional de acumulação de cargos e o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores do país sobre o assunto, concluindo pela inconstitucionalidade da regra disposta no Parecer da AGU. Os temas são analisados sob a perspectiva dos processos de acumulação de cargos de uma Instituição Federal de Ensino Superior, razão pela qual o Estudo propõe, alfim, uma mudança de entendimento, mediante a feitura de uma Carta de Recomendação ao Ministério da Economia.

Palavras-chave: Acumulação de cargos públicos; Parecer GQ – 145 da AGU; liberdade; igualdade.

AGU OPINION GQ - 145: AN ETHICAL AND LEGAL ANALYSIS IN INSTITUTIONAL PROCESSES OF ACCUMULATION OF PUBLIC CHARGES.

ABSTRACT

This research analyzes, ethically and legally, the rule versed in AGU Opinion GQ - 145, which restricts the workload performed by the server, in a situation of accumulation of public positions, to the limit of sixty hours a week. To this end, it brings introductory considerations about the hypotheses of accumulation of positions in the Federal Constitution. Later, he studies public service ethics and John Rawls' theory of justice, with the purpose of ascertaining whether the rule complies with the values of freedom and equality - which are also found in the body of the Federal Constitution. Next, it examines the applicability of the constitutional norm of accrual of positions and the understanding adopted by the Superior Courts of the country on the subject, with a view to verify the constitutionality of the rule disposed in the Opinion of the AGU. The subjects are analyzed from the perspective of the processes of accumulation of positions of a Federal Institution of Higher Education, reason why the Study proposes, ally, a change of understanding, through the making of a Letter of Recommendation to the Ministry of Economy.

Keywords: Accumulation of public charges; AGU Opinion GQ - 145; freedom; equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A ACUMULAÇÃO DE CARGOS, FUNÇÕES E EMPREGOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	15
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	15
2.2 RESTRIÇÕES À ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS.....	18
2.3 INACUMULABILIDADE DE FUNÇÕES E DE CARGOS PÚBLICOS.....	21
2.4 HIPÓTESES LÍCITAS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS	23
2.4.1 Um cargo de professor e outro técnico ou científico ou dois de professor	24
2.4.2 Dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde	26
2.4.3 Um cargo de juiz, promotor ou ministro do TCU com outro de magistério.....	27
2.4.4 Um cargo público e um mandato eletivo de vereador.....	29
3 ACUMULAÇÃO DE CARGOS E O PARECER GQ – 145 DA AGU	31
4 OS PROCESSOS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA PRÓ-REITORIA DE GESTÃO DE PESSOAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE	33
5 A ÉTICA E A NORMA LIMITADORA DA CARGA HORÁRIA LABORAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS	37
5.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A ÉTICA	37
5.2 ÉTICA E AS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS.	40
5.2.1 Éticas descritiva e normativa nas organizações.....	41
5.2.2 A decisão correta	43
5.2.3 A discussão ética e o desacordo	44
5.2.4 Obstáculos à análise ética	45
5.2.5 Teorias éticas. A ética de princípios.....	46
5.3 A ÉTICA DE PRINCÍPIOS DE JOHN RAWLS.....	47
5.3.1 Papel e objeto da justiça.....	47
5.3.2 A posição original de equidade.....	49
5.3.3 Princípios da justiça	51
5.3.3.1 Princípio da liberdade igual.....	52
5.3.3.1.1 <i>Liberdades fundamentais em espécie.</i>	54
5.3.3.1.2 <i>Liberdade e autorrespeito.</i>	54
5.3.3.1.3 <i>Proteção das liberdades pelo império da lei</i>	55
5.3.3.1.4 <i>Limitações à liberdade</i>	56
5.3.3.2 Princípio da diferença.....	58

5.3.4 Justiça em Rawls e aplicação prática.....	59
5.3.5 Entendendo a antieticidade do Parecer GQ – 145 da AGU.....	60
6 UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE E IGUALDADE	65
6.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	65
6.1.1 Gerações de direitos fundamentais	67
6.1.2 Funções dos direitos fundamentais	68
6.1.3 Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais	70
6.1.4 Direitos fundamentais de igualdade e liberdade.....	71
6.1.5 Limites às restrições de direitos fundamentais.....	73
6.2 ANALISANDO O PARECER GQ DA AGU EM FACE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	75
7 A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS	77
7.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	77
7.2 A DOCTRINA DE JOSÉ AFONSO DA SILVA	77
7.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA.	78
7.4 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA.	80
7.5 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA.	81
7.6 A APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS.....	82
8 DESCONSTRUINDO AS RAZÕES SUSCITADAS PELOS SEUS DEFENSORES PARA A APLICAÇÃO DO PARECER GQ – 145 DA AGU.....	86
8.1 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O PARECER EM COMENTO	86
8.2 O INTERVALO INTERJORNADA DE ONZE HORAS, A INCOLUMIDADE FÍSICA DO SERVIDOR E O PARECER.....	90
9 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS SOBRE A LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA LABORAL	93
9.1 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	93
9.2 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	95
9.3 DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST).	98
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
REFERÊNCIAS	102
APÊNDICE	106

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira vaticina, como regra geral, a possibilidade da acumulação de dois cargos públicos para as seguintes profissões: *(i)* dois cargos de professor; *(ii)* um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou *(iii)* dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Todavia, a Carta Magna prevê expressamente a ressalva da compatibilidade de horários, a qual, uma vez inexistente, faz cair por terra a permissividade do exercício dúplice de cargos.

Por sua vez, o Parecer GQ – 145 da Advocacia Geral da União (AGU), de 16 de março de 1998, de força vinculante, proíbe os servidores públicos federais de laborarem em regimes de trabalho que, somados, ultrapassem o limite de 60 (sessenta) horas semanais. Tal entendimento foi ratificado pelo Ministério do Planejamento, em atenção a uma solicitação da Diretoria de Administração de Pessoal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (Ofício nº 692/2015-DAP), consoante se depreende da Nota Técnica¹ SEI nº 5175/2015-MP, de 07 de dezembro de 2015, cujo posicionamento foi posteriormente corroborado através da Instrução Normativa n.º 2², de 12 de setembro de 2018, da Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Seguindo a regra disposta no citado Parecer, a UFRN aplica a norma limitadora de carga horária semanal tanto aos seus servidores em atividade quanto àqueles que pretendem ingressar na Instituição. Não raras vezes, é barrado o ingresso em seus quadros funcionais de pessoas ocupantes de outro cargo público cuja carga horária, somada a que seria praticada na UFRN, excederia as sessenta horas. Seguindo o aludido entendimento, até mesmo seus servidores já em exercício são obrigados a optar por um dos cargos públicos – ou reduzir a carga horária de trabalho – quando apurada a acumulação afora dos limites estabelecidos.

Enquanto servidor da Coordenadoria de Acumulação de Cargos, foi possível testemunhar a situação de servidores que comprovavam, cabalmente, a plena compatibilidade

¹ Segue trecho da Nota Técnica sobredita: “a acumulação lícita de cargos no âmbito da Administração Pública Federal deve observar a compatibilidade de horário e jornada de trabalho **não excedente a 60 (sessenta) horas semanais**”. Grifos acrescidos.

² “Art. 9º Nas hipóteses em que a Constituição admite acumulação de cargos públicos, caberá ao servidor demonstrar a inexistência de sobreposição de horários, a viabilidade de deslocamento entre os locais de trabalho, respeitando-se os horários de início e término de cada jornada, bem como a ausência de prejuízo à carga horária e às atribuições exercidas nos cargos acumuláveis.

(...)

§ 2º O ateste de compatibilidade de horários não dispensa a comprovação de que o servidor público esteja observando o limite de sessenta horas semanais, conforme estabelecido pelo Parecer Vinculante AGU GQ 145/1998.

(...).”

de horários entre seus vínculos públicos, mas eram obrigados a optar por um dos seus cargos – ou a reduzir a carga horária laboral – para se amoldarem à regra disposta no Parecer GQ – 145 da AGU.

Diante desse cenário, a citada norma soava ensimesmada, por cercear a liberdade de indivíduos que, mesmo comprovando a compatibilidade de horários, não poderiam exercer as jornadas de trabalho pelas quais, em juízo deliberativo consciente, optaram. Ademais, esse tratamento restritivo não era imposto aos servidores públicos a, além de seus cargos, prestarem serviços na qualidade de autônomos, avultando uma situação de desigualdade entre sujeitos merecedores de igual tratamento.

Diante do comportamento institucional de limitar as cargas horárias dos servidores em situação de acumulação de cargos, alguns deles se insurgiam judicialmente, muitos conseguindo manter suas cargas horárias superiores a sessenta horas semanais, por meio da chancela do Judiciário.

Nesse contexto, despertou-se interesse pela análise da eticidade e cogência da aplicação do citado Parecer, afinal, ele traz indícios de afronta a valores encartados na Constituição Federal, como a igualdade e a liberdade, além de instituir uma proibição jamais prevista na Carta Magna.

Sendo assim, o presente trabalho trata da relevante tarefa de analisar se o Parecer GQ – 145 da AGU deve ou não ser aplicado, o que importará decisivamente na situação funcional daqueles servidores públicos federais a possuírem mais de um cargo público, revelando um apelo social à discussão proposta.

Ademais, os resultados obtidos na pesquisa ora realizada poderão desencadear em aplicabilidade prática para a própria UFRN, interferindo, decisivamente, na contratação e exoneração de agentes públicos. Isso sem contar os reflexos nos gastos públicos decorrentes do pagamento de honorários de sucumbência aos advogados de servidores que ajuízam contendas judiciais contra a UFRN (buscando a manutenção das suas cargas horárias semanais superiores a sessenta horas) e se sagram vencedores, bem como o retrabalho gerado por essa situação, afinal, o processo administrativo de acumulação de cargos precisará ser reanalisado e, a ele, dado novo encaminhamento.

Há de se investir no desenvolvimento da problemática, tendo em vista o benefício geral advindo dos resultados deste trabalho para a construção do conhecimento, sobretudo diante do ineditismo a que se propõe, dispondo-se a analisar filosoficamente uma temática – à primeira vista – tão maculada de juridicidade, evidenciando, também, relevância científica ao debate.

Para tanto, o presente trabalho se valeu da técnica da documentação indireta (MEDEIROS, 2010, p. 33), a saber, de pesquisa bibliográfica – através de levantamento de dados em livros e artigos dispostos na internet, através de fontes eminentemente primárias – pesquisa documental, ao recorrer a instrumentos normativos como resoluções, nota técnica e ofício circular, bem assim de técnicas normativas (BITTAR, 2012, p. 208), realizando um estudo normativo-jurídico do tema proposto seguindo as normas versadas na ordem brasileira.

A primeira fonte de pesquisa utilizada foi a mediata (BITTAR, 2012, p. 215), atinente à experiência e vivência do autor, sob a forma de engajamento laboral, enquanto servidor de uma coordenadoria de acumulação de cargos de uma Instituição Federal de Ensino Superior. Também foram utilizadas fontes imediatas formais de pesquisa, conforme supradito, tanto de interesse filosófico (livros) quanto jurídico (livros, lei, decisões dos tribunais, informativos, resoluções e etc.).

A abordagem do tema foi realizada através do método dedutivo, é dizer, o raciocínio partiu de premissas gerais para se chegar a conclusões particulares (MEDEIROS, 2010, p. 31), tratando-se, em essência, de um estudo qualitativo, no que tange à análise dos dados.

No início de cada capítulo foi realizada uma revisão de literatura, com vistas a conferir validade à pesquisa desenvolvida, mediante a utilização de discursos de autoridade para o alcance do convencimento, não se olvidando que ela (a revisão de literatura) “compreende as explicações sobre os motivos de ordem teórica e prática que justificam a pesquisa [...] e explicita as contribuições que pode trazer à área de conhecimento quanto a sua relevância científica” (MARTINS, 2009, p. 75). Na maior das vezes, os assuntos foram tratados por meio de uma análise comparativa do que dizem os autores.

Seguidamente, fez-se a análise dos dados coletados, mediante a confecção de pontos de convergência entre *(i)* o que é falado na doutrina, versado nas leis e decidido pelos tribunais e *(ii)* o que se defende no Estudo, momento a partir do qual foram propostas análises inovadoras sobre o tema pesquisado.

A linha de pesquisa jurídica escolhida foi a zetética, sobretudo a zetética analítica pura, através da qual é possível desenvolver o estudo de certa prática normativa tendo por fundamento valores sociais e filosóficos, analisando quais axiomas (pressupostos e fundamentos) se fizeram presentes na escolha de conteúdos de lei, capacitando o raciocínio crítico e o pensamento questionador sobre práticas e conceitos jurídicos (BITTAR, 2012, p. 231).

A realização da análise ética ora proposta teve por escopo provocar questionamentos e o raciocínio crítico, no afã de esclarecer se a prática hoje disposta reflete a melhor decisão

para as Instituições de Ensino Superior. Subverter o sistema é preciso quando os processos institucionais não traduzem os valores sufragados pela coletividade.

Seguindo as regras eleitas para a elaboração desse trabalho, objetivou-se escolher o melhor curso de ação (análise ética), privilegiando os valores da liberdade e da igualdade, para fins de alcançar uma resposta quanto à aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU, provocando o enfrentamento da contenda sob a perspectiva da teoria de justiça de John Rawls e das normas jurídicas pertinentes à acumulação de cargos por servidores públicos federais.

2 A ACUMULAÇÃO DE CARGOS, FUNÇÕES E EMPREGOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 37) aduzem que o exercício de cargos públicos, previsto na Constituição Federal, deriva do *direito fundamental à profissão*, disciplinado no art. 5º, XIII³, do citado Diploma Normativo. A Carta Magna assegura a todos, inclusive aos estrangeiros, o acesso a esses cargos, na forma da lei e mediante aprovação em concurso⁴.

A própria Carta Magna previu a situação da acumulação de cargos, enunciando, como regra geral (art. 37, XVI), a impossibilidade da acumulação remunerada de dois cargos, funções ou empregos públicos, excepcionando-a exclusivamente em situações taxativas dispostas em seu texto, tais como: *(i)* dois cargos de professor; *(ii)* um cargo de professor com outro técnico ou científico; e *(iii)* dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissão regulamentada. Veja-se, para tanto, o texto da Carta Magna:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

[...] .”

Segundo Hely Lopes Meirelles (2015, p. 540), a Constituição, permitindo a acumulação de cargos em certas situações, reconheceu a conveniência de se aproveitar melhor

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...] .”

⁴ Excetuados os cargos em comissão.

a capacidade técnica e científica de alguns profissionais, oportunizando a estes o exercício de mais de um mister público. Congraça com esse entendimento a doutrina de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 295), para quem a norma permissiva da acumulação de cargos procura atender ao primado da coisa pública.

Não se conhece sistema jurídico que não abra alguma sorte de exceção ao rigor do comando proibitório. No nosso direito, mesmo tradicionalmente, encontram-se ressalvas que, todavia, de forma nenhuma maculam o seu caráter democrático ou a sua reverência ao princípio de igualdade de todos perante a lei, e, com muito mais razão, diante da própria Administração (BASTOS, 1999, p. 295).

Cumpra pontuar que a regra geral, em nosso ordenamento jurídico, é a impossibilidade de se acumular dois cargos públicos, de modo a serem excepcionais e taxativas as previsões constitucionais permissivas da acumulação, é dizer, dispostas expressamente no texto constitucional. Toda e qualquer situação não albergada no bojo da Constituição será proibida.

Se, de um lado, ela é taxativa nas hipóteses excepcionais de acumulação de cargos, de outro, ela é propositadamente genérica, no que tange à sua aplicação dentre as esferas do governo, pois vale tanto para acumulações no mesmo ente federativo quanto para aquelas em esferas distintas – ou seja, é aplicável para um cargo na União e outro no Estado, por exemplo (RIGOLIN, 1989, p. 159).

Não se pode perder de vista que a Constituição Federal só previu a acumulação de dois cargos públicos, não sendo possível mais do que isso (MARINELA, 2014, p. 744). Esse entendimento já foi esposado pelo Supremo Tribunal Federal:

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-fe 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.

IV. Precedentes desta Corte em situações semelhantes: RMS 24.249/DF, Rel. Min. Eros Grau e MS 25.538/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. V. Recurso improvido.⁵

⁵ STF, Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n.º 23.917/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 18-9-08.

Destarte, ainda que um ou alguns dos cargos acumuláveis sejam em situação de inatividade, a regra subsistirá, permitindo apenas dois vínculos públicos, sejam em atividade ou não (FILHO, 2014, p. 672). Desse modo, a título ilustrativo, não seria possível acumular três cargos, sendo dois em situação ativa e um em estado de aposentação.

É importante lembrar que todo o regramento acima aduzido diz respeito à acumulação de dois cargos *públicos*, não se aplicando quando houver exercício concomitante de um cargo público e outro privado, ou um cargo público e prestação de serviço autônomo, por exemplo. A única ressalva feita nesses casos é o respeito à compatibilidade de horários, por força do art. 117, XVIII⁶, da Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁷.

Uma vez assentadas essas premissas, cumpre conceituar cada uma das noções de cargo, função e emprego públicos, para melhor entendimento da temática.

Segundo lição de Hely Lopes Meirelles (2015, p. 512), cargo público consiste no “lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular”.

Por sua vez, função pública é a atribuição – ou conjunto delas – conferida a cada categoria profissional ou a servidores específicos para a execução de serviços eventuais, normalmente remunerada por *pro labore* (MEIRELLES, 2015, p 512). As funções de confiança – diversamente dos cargos em comissão, previstos no art. 37, II⁸, da Carta Magna – só podem ser exercidas por servidores públicos efetivos, para fins de assessoramento, chefia ou direção, nos moldes do art. 37, V⁹, do mesmo Diploma Normativo.

⁶ “Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

[...].”

⁷ “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.”

⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...].”

⁹ “Art. 37. [...].

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...].”

Já o emprego público alude ao vínculo entre a Administração Pública e seus agentes regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, mediante contrato de emprego, na Administração direta, nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (CARVALHO, Matheus, 2017, p. 788).

Ao presente estudo importarão os cargos, funções e empregos públicos do Executivo, os quais são criados por lei, de iniciativa do Presidente, Governadores e Prefeitos, a depender do ente federado a que pertencer a Administração Pública interessada, nos termos dos arts. 48, X¹⁰, e 61, §1º, II “a”¹¹, da Constituição Federal.

2.2 RESTRIÇÕES À ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Segundo escólio de Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 27), o fato de haver um tratamento sobre o tema da acumulação de cargos na Constituição Federal revela a preocupação do Constituinte tanto em permitir o exercício dessa acumulação quanto em ditar os seus estritos limites, com vistas a vedar a instituição de restrições por atos normativos infraconstitucionais.

Estabelecer constitucionalmente permissões à acumulação remunerada de cargos públicos é uma opção séria que atribui ao instituto em exame o mesmo *status* de outros tratamentos constitucionais (v.g., os princípios fundamentais do Título I e os direitos e garantias fundamentais do Título II). Assim, feita a opção pela permissão constitucional, nos casos definidos pela Carta Magna, eventual regulação da matéria por intermédio de lei ou por regulamento administrativo está condicionada ao limite da restrição estabelecida constitucionalmente, sob pena de patente inconstitucionalidade (MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 27).

Nesse contexto, a Carta Magna brasileira fixou duas restrições à acumulação em comento, a saber, **(i)** necessária compatibilidade de horários (art. 37, XVI) entre os dois vínculos públicos e **(ii)** atendimento ao teto remuneratório do funcionalismo público, atinente

¹⁰ “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...]

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*; [...].”

¹¹ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; [...].”

ao vencimento mensal de um ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI¹² e XVI). É dizer, diferentemente das Constituições pretéritas, a Carta Magna de 1988 (hoje em vigor) não condicionou a acumulação de cargos à correlação de matérias (MELLO, 1995, p. 76), sendo possível um professor dar aula de filosofia em uma instituição e direito em outra, por exemplo.

Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 46) asseveram que a regra da compatibilidade de horários deve ser orientada sob a luz da *verdade real*, inadmitindo-se ao ente público se utilizar de abstrações e suposições quanto a possíveis desgastes ou prejuízos à saúde do servidor para fins de lhe impedir a acumulação. Em igual esteio, doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Ora, a acumulação de cargos é a possibilidade de duas situações jurídicas concomitantes do servidor (vínculo) perante o Poder Público, em horários que sejam compatíveis. Por compatíveis, entendem-se os horários conciliáveis, aqueles que não prejudiquem a regular prestação do necessário serviço público desempenhado pelo servidor. Essa é a essência da compatibilidade de horários, para fins de acumulação, visto que o servidor público não poderá perceber as suas remunerações se efetivamente os seus horários são comprometidos pela impossibilidade de cumprir a dupla carga horária diária. Por isso é que ressaltamos a primazia da realidade como o fator primordial na busca da aferição da compatibilidade ou não de horários entre os cargos legalmente acumuláveis (MATTOS, 2010, p. 668).

É importante destacar que a Constituição Federal exige compatibilidade de horários, e não compatibilidade de jornadas de trabalho, pelo que não bastaria provar apenas a plausibilidade do exercício dos dois misteres; é preciso provar, caso a caso, os horários nos quais o servidor labora em cada vínculo, para lhe ser facultada a acumulação (ROCHA, 2006, p. 163).

Congraçamos com a lição de Túlio César Pereira Machado Martins (2014, p. 12), segundo o qual, a rigor, mesmo que a Constituição Federal não previsse expressamente o requisito da compatibilidade de horários, ainda assim ele deveria ser considerado, por não se

¹² “Art. 37. [...].

[...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

[...].”

conceber o gasto de recursos públicos com servidor que não cumpre integralmente sua carga horária de trabalho, em prejuízo ao Poder Público.

Quanto ao atingimento do teto remuneratório, o Supremo Tribunal Federal (STF), em recente decisão com repercussão geral, entendeu que tal regramento deve ser analisado em separado, para cada um dos vínculos públicos desempenhados, senão se veja:

“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 recebido¹³.”

Consoante escólio de Hely Lopes Meirelles (2015, p. 541), as restrições à acumulação de cargos diriam respeito apenas àquelas remuneradas, não se aplicando na hipótese de o servidor receber estipêndios em apenas uma das atividades. Todavia, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou desfavorável a essa tese, entendendo ser a posse do cargo o marco para a análise da acumulação de cargos, pouco importando se o agente se encontra em atividade ou licenciado, recebendo vencimentos ou não:

“Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela União contra a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim da (fls. 169): ‘CONCURSO PÚBLICO - LICENÇA SEM VENCIMENTOS DE CARGO OCUPADO PARA POSSIBILITAR POSSE EM OUTRO - ACUMULAÇÃO LÍCITA SEGUNDO A ORDEM CONSTITUCIONAL.1. O artigo 37, inciso XVI, da Carta Política, somente proíbe a acumulação remunerada de cargo público, mas não a multiplicidade de vínculo funcional, ou seja, a titularidade do cargo, daí a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal perfilhar ser possível a opção de remuneração daquele servidor já aposentado que novamente ingressa no serviço público. Por isso, é lícita a pretensão de, licenciado sem vencimentos do cargo que ocupa, o servidor ser empossado em outro. 2. Apelação provida.’
2. A recorrente afirma que "a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos" (fls. 177).
3. Salieta violação do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição do Brasil.
4. Assiste razão à recorrente. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que "É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos". Grifei. (RE n. 120.133, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 29.11.96).
5. Ademais, ao julgar caso semelhante, este Tribunal entendeu que ‘a vedação constitucional de acumular cargos, funções e empregos remunerados estende-se aos juízes classistas, sendo que a renúncia à remuneração por uma das fontes, mesmo se possível, não teria o condão de afastar a proibição’ (RMS n. 24.347, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 4.4.03). Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC¹⁴.”

¹³ STF, Recurso Extraordinário n.º 602.043/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Plenário, Publicação: DJe, em 8-9-17.

¹⁴ STF, Recurso Extraordinário n.º 399.475/DF, Relator: Ministro Eros Grau, Publicação: DJ, em 14-9-05.

Qualquer outra restrição à acumulação de cargos públicos, afora as duas supramencionadas, será taxada pela pecha da inconstitucionalidade, diante da impossibilidade de norma infraconstitucional tratar do tema.

É por essa razão que a Lei Federal n.º 8112/90, a versar sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais, acompanhou os ditames da Carta Magna sobre acumulação de cargos, não ultrapassando seus limites e estando de acordo com ela (FERREIRA; SILVA, 2016, p. 9).

Da mesma forma deverão dispor as constituições e legislações estaduais, as quais precisarão amoldar os regramentos regentes dos seus servidores públicos à Carta Magna, nada podendo tratar em desacordo com as normas da Constituição Federal sobre o assunto (FERREIRA; CORRÊA, 2017, p.7).

2.3 INACUMULABILIDADE DE FUNÇÕES E DE CARGOS PÚBLICOS

A Constituição Federal previu, em seu art. 38, I e II¹⁵, vedação ao exercício cumulado de suas funções pelo servidor público da Administração direta, autárquica ou fundacional que for eleito à mandato federal, estadual ou distrital. Aos prefeitos, por conseguinte, aplica-se essa sistemática, com a ressalva de poder escolher qual das remunerações deseja auferir.

Segundo Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 65), tais regras se justificam pela natureza da função pública exercida, haja vista as atribuições advindas dos mandatos eletivos citados serem incompatíveis com o exercício de outro mister público.

A Carta Magna também estabeleceu certas proibições aos deputados e senadores, os quais não poderão, desde a diplomação, **(a)** firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; e **(b)** aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "*ad nutum*", nas entidades constantes do item anterior. Também não poderão, desde a posse, **(i)** ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; **(ii)** ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "*ad nutum*", nas entidades

¹⁵ “Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

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;
[...].”

referidas no item “i”; (iii) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o item "a"; (iv) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo, tudo em conformidade com o seu art. 54¹⁶.

Essas normas aplicadas aos deputados e senadores, contudo, comportam exceções, nos casos em que investidos nos cargos de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária, podendo optar pela remuneração de qualquer deles, segundo o art. 56, I e § 3º¹⁷, da Constituição Federal.

A Constituinte (art. 142, § 3º, II e III¹⁸) também entendeu por bem aplicar regras de incompatibilidade aos militares, os quais, ao tomarem posse em cargo ou emprego público civil permanente, são transferidos para a reserva e, ao se empossarem em cargo, emprego ou função pública civil temporária não eletiva – ainda que da Administração Pública indireta – são agregados. Tais regras – importante consignar – não se aplicam a cargos ou empregos privativos de profissionais da área da saúde, com profissões regulamentadas.

¹⁶ “Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.”

¹⁷ “Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;

[...]

§ 3º Na hipótese do inciso I, o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato.”

¹⁸ “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:

[...]

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;

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;

[...].”

Esses ditames constitucionais atinentes aos militares decorrem da própria natureza de suas atividades, as quais possuem regime próprio de aquartelamento, turnos especiais de trabalho, de treinamento e constante prontidão à possibilidade de convocação, a qualquer momento, para a defesa da pátria e garantia dos poderes constitucionais (MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 67).

Por fim, importa esclarecer que as funções de confiança – exercidas por servidores efetivos – podem ser acumuladas com outro cargo, função ou emprego público, nas hipóteses legais, diferentemente do cargo em comissão – o qual pode até ser exercido por servidor efetivo, todavia, nesta hipótese, deverá afastar-se do cargo efetivo (CARVALHO, 2017, p. 793).

O cargo em comissão somente por ser acumulado com outro cargo em comissão, desde que de forma interina – ou seja, provisoriamente – recebendo apenas uma das remunerações, *ex vi* do art. 9.º, parágrafo único¹⁹, da Lei Federal n.º 8.112²⁰, de 11 de dezembro de 1990. Em outras circunstâncias, não poderá ser acumulado.

2.4 HIPÓTESES LÍCITAS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Uma vez assentado que a regra geral, em nosso ordenamento jurídico, consiste na vedação da acumulação de cargos, funções e empregos públicos, convém alumiá-la em que situações essa proibição será afastada. Vale lembrar essas hipóteses encontradas no texto constitucional, ante a impossibilidade de dispositivo normativo infraconstitucional disciplinar a matéria.

Por oportuno, cumpre mencionar decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual devem ser extirpadas as situações irregulares de acumulação de cargos que não encontrem guarida no texto hodierno da Carta Magna, ainda que exercidas há muito tempo e com amparo em constituições anteriores, *in litteris*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS. VEDAÇÃO. ARTIGO 37, XVI, DA CF/88. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

¹⁹ “Art. 9º A nomeação far-se-á:

[...]

Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade.”

²⁰ “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.”

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem ser opostos quanto se tratar de manifesta contrariedade à Constituição. Precedentes.
2. Agravo interno a que se nega provimento²¹.”

2.4.1 Um cargo de professor e outro técnico ou científico ou dois de professor

O art. 37, XVI, “a” e “b”, da Constituição Federal avaliza a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico, ou dois cargos de professor.

Consoante lição de Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 91), a possibilidade da acumulação de cargos por professores segue uma tradição constitucional, com vistas, inicialmente, a fomentar a educação no país – no caso de dois cargos de professor – e, seguidamente, a dar melhores condições de vida a um profissional de histórica má remuneração – oportunizando que acumulem a docência com um cargo técnico ou científico.

Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 295) vai além, aduzindo que o exercício do magistério muitas vezes requer o exercício de outro mister, pois o ensino se beneficia quando o professor, além dos conhecimentos teóricos, acresce a eles outros advindos da prática profissional.

Nesse íterim, cumpre esclarecer o que são cargos técnicos e científicos. Para Corsíndio Monteiro da Silva (1965, APUD MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 115), cargo técnico é aquele a exigir conhecimentos específicos, indispensáveis ao exercício das suas atribuições. Ele não exige diploma de nível superior, bastando as funções nele desenvolvidas serem específicas e exigirem conhecimentos típicos e próprios, ainda que pressuponha apenas nível médio técnico ou profissionalizante, por exemplo. Outrossim, não basta a designação de “técnico” para o cargo, imediatamente, ser assim entendido; é preciso ser comprovada a necessidade de conhecimentos e habilidades especializados para o exercício do labor.

Ao seu turno, o cargo científico é aquele privativo de graduados em curso superior ou para cujas atividades se faça necessária a aplicação de conhecimentos de nível superior de ensino. É mais simples a conceituação de cargo científico, bastando, para tanto, o titular ser portador de um diploma de graduação.

Quanto à jornada de trabalho dos docentes, cumpre atentar para as suas peculiaridades, haja vista a carga horária não ser oficiada, toda, em sala de aula, até porque a atividade do magistério comporta funções como preparar aulas, corrigir provas, lançar notas e frequências

²¹ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 209.651/CE, Relator: Ministro Roberto Barroso, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ, em 17-2-17.

em um sistema, atender alunos, coordenar ações de pesquisa e extensão. Isso garante aos professores flexibilidade substancial em seus horários, afinal, várias de suas funções extraclasse podem ser desempenhadas afora dos muros da instituição pública de ensino, em qualquer dia, em qualquer horário.

A nível federal, tais atividades encontram fundamento jurídico – para além de seu conteúdo pedagógico – no art. 67, V²², da Lei Federal n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de diretrizes e bases da educação nacional – e no art. 93, parágrafo único²³, do Decreto Presidencial n.º 9.235, de 15 de dezembro de 2017²⁴.

Nos dizeres de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 666), a compatibilidade de horários, para os professores, deveria ser aferida pela “prestação de serviço plena e efetiva, através da ministração das aulas”, levando em conta justamente a condição peculiar dos afazeres docentes, marcada pelo traço da flexibilidade.

Por oportuno, convém aludir à situação do professor em regime de dedicação exclusiva, o qual, por vedação legal expressa, resta impedido de exercer, concomitantemente, outro cargo, seja ele público ou privado, por força do art. 20, § 2º, da Lei Federal n.º 12.772, de 28 de dezembro de 2012²⁵, excetuadas as hipóteses legais previstas no art. 21²⁶ do mesmo

²² “Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

[...]

V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

[...].”

²³ Art. 93. O exercício de atividade docente na educação superior não se sujeita à inscrição do professor em órgão de regulamentação profissional.

Parágrafo único. O regime de trabalho docente em tempo integral compreende a prestação de quarenta horas semanais de trabalho na mesma instituição, nele reservado o tempo de, pelo menos, vinte horas semanais para estudos, pesquisa, extensão, planejamento, gestão e avaliação.”

²⁴ “Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino.”

²⁵ “Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal; sobre a Carreira do Magistério Superior, de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987; sobre o Plano de Carreira e Cargos de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico e sobre o Plano de Carreiras de Magistério do Ensino Básico Federal, de que trata a Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; sobre a contratação de professores substitutos, visitantes e estrangeiros, de que trata a Lei nº 8.745 de 9 de dezembro de 1993; sobre a remuneração das Carreiras e Planos Especiais do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; altera remuneração do Plano de Cargos Técnico-Administrativos em Educação; altera as Leis nºs 8.745, de 9 de dezembro de 1993, 11.784, de 22 de setembro de 2008, 11.091, de 12 de janeiro de 2005, 11.892, de 29 de dezembro de 2008, 11.357, de 19 de outubro de 2006, 11.344, de 8 de setembro de 2006, 12.702, de 7 de agosto de 2012, e 8.168, de 16 de janeiro de 1991; revoga o art. 4º da Lei nº 12.677, de 25 de junho de 2012; e dá outras providências.”

²⁶ “Art. 21. No regime de dedicação exclusiva, será admitida, observadas as condições da regulamentação própria de cada IFE, a percepção de:

I - remuneração de cargos de direção ou funções de confiança;

II - retribuição por participação em comissões julgadoras ou verificadoras relacionadas ao ensino, pesquisa ou extensão, quando for o caso;

Diploma Normativo. Tais cargos agregam à remuneração do docente uma gratificação extraordinária de 50% (cinquenta por cento) do salário base, para permanecer integralmente disponível para a instituição de ensino na qual estiver lotado.

2.4.2 Dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde

Diante da necessidade de atrair bons profissionais para o atendimento público de saúde, bem como atrair pesquisadores e docentes nessa área, a constituinte de 1988 optou por permitir a acumulação de cargos pelos profissionais com tal expertise (MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 132).

Nos dizeres de Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 133), profissionais de saúde com profissão regulamentada são aqueles cujo cargo pressupõe formação em área especializada do conhecimento – dotada de método próprio de formação – regulamentada e fiscalizada por uma entidade de classe.

Seguindo o texto original da Constituição de 1988, só seria possível acumular dois cargos de médico, inadmitindo-se, àquela época, inclusive a extensão da norma a outros profissionais, como demonstra o Informativo de Jurisprudência n.º 160, de 3 de setembro de 1999, do Supremo Tribunal Federal:

A possibilidade de acumulação de dois cargos privativos de médico é exceção que não se estende a outros profissionais da saúde (CF, art. 37, XVI, redação anterior à

III - bolsa de ensino, pesquisa, extensão ou estímulo à inovação paga por agência oficial de fomento, por fundação de apoio devidamente credenciada por IFE ou por organismo internacional amparado por ato, tratado ou convenção internacional;

IV - bolsa pelo desempenho de atividades de formação de professores da educação básica, no âmbito da Universidade Aberta do Brasil ou de outros programas oficiais de formação de professores;

V - bolsa para qualificação docente, paga por agências oficiais de fomento ou organismos nacionais e internacionais congêneres;

VI - direitos autorais ou direitos de propriedade intelectual, nos termos da legislação própria, e ganhos econômicos resultantes de projetos de inovação tecnológica, nos termos do art. 13 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004;

VII - outras hipóteses de bolsas de ensino, pesquisa e extensão, pagas pelas IFE, nos termos de regulamentação de seus órgãos colegiados superiores;

VIII - retribuição pecuniária, na forma de pro labore ou cachê pago diretamente ao docente por ente distinto da IFE, pela participação esporádica em palestras, conferências, atividades artísticas e culturais relacionadas à área de atuação do docente;

IX - Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei nº 8.112, de 1990;

X - Função Comissionada de Coordenação de Curso - FCC, de que trata o art. 7º da Lei nº 12.677, de 25 de junho de 2012;

XI - retribuição pecuniária, em caráter eventual, por trabalho prestado no âmbito de projetos institucionais de ensino, pesquisa e extensão, na forma da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994; e

XII - retribuição pecuniária por colaboração esporádica de natureza científica ou tecnológica em assuntos de especialidade do docente, inclusive em polos de inovação tecnológica, devidamente autorizada pela IFE de acordo com suas regras.

[...].”

EC 19/98). Com esse entendimento, a Turma manteve acórdão que negara à impetrante o pretendido reconhecimento da constitucionalidade da acumulação de dois cargos públicos de odontólogo.
RE 222.423-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 31.8.99.

Adiante, em razão da Emenda Constitucional n.º 34, de 13 de dezembro de 2001, permitiu-se aos profissionais da saúde o direito à acumulação remunerada de cargos públicos, o que, até então, só se facultava aos médicos.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 670-671) faz importante distinção entre “profissionais da saúde” e “profissionais da área da saúde”, sustentando tratarem-se de coisas dessemelhantes pela maior generalidade da segunda terminologia, a qual envolve não apenas os servidores técnicos, como também os membros do apoio administrativo. Apenas os profissionais da saúde teriam direito à acumulação de cargos.

2.4.3 Um cargo de juiz, promotor ou ministro do TCU com outro de magistério

O art. 95, parágrafo único, I²⁷, da Constituição Federal autoriza aos magistrados – assim entendidos não apenas os juízes, mas também desembargadores e ministros de tribunais superiores – a acumulação de suas funções com um cargo de professor.

Por sua vez, o art. 128, § 5º, II, “d”²⁸, da Constituição Federal concede aos promotores e procuradores a prerrogativa de acumularem seus cargos com uma função pública de magistério.

Aparentemente, a norma permissiva da acumulação de cargos, para os promotores, soaria menos restritiva que aquela dos magistrados, afinal, no art. 128, § 5º, II, “d”, da Carta Magna faz-se referência a um cargo público de magistério, dando a entender que também seria possível ocupar cargo privado de docência; ao juiz, a Constituição apenas assegura um

²⁷ “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;

[...].”

²⁸ “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;

[...].”

cargo de professor – o que poderia dar ensejo à interpretação segundo a qual só caberia um único cargo de docente, seja ele público ou privado.

Todavia, doutrinadores como Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 147) têm entendido que, em virtude de as normas autorizadas da acumulação de cargos dizerem respeito a vínculos públicos, não se poderia interpretar a regra a versar sobre a acumulação por juízes de forma a extrapolar as restrições já previstas na Constituição Federal – é dizer, poderia o magistrado ocupar outro cargo docente em instituição privada de ensino, ou até outros mais, havendo compatibilidade de horário.

Esse entendimento foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3126/DF²⁹, de seguinte ementa:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução no 336, de 2.003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. 2. Alegação no sentido de que a matéria em análise já encontra tratamento na Constituição Federal (art. 95, parágrafo único, I), e caso comportasse regulamentação, esta deveria vir sob a forma de lei complementar, no próprio Estatuto da Magistratura. 3. Suposta incompetência do Conselho da Justiça Federal para editar o referido ato, porquanto fora de suas atribuições definidas no art. 105, parágrafo único, da Carta Magna. 4. Considerou-se, no caso, que o objetivo da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele incompatível com os afazeres da magistratura. Necessidade de se avaliar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante. 5. Referendada a liminar, nos termos em que foi concedida pelo Ministro em exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, tão-somente para suspender a vigência da expressão "único (a)", constante da redação do art. 1o da Resolução no 336/2003, do Conselho de Justiça Federal.”

Tal Decisão suspendeu a vigência do termo “único” disposto no art. 1.º³⁰ da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n.º 336³¹, de 16 de outubro de 2003, o qual restringia a acumulação das funções do magistrado com um só cargo de professor. Seguindo essa toada, a Resolução n.º 34³² do CNJ, de 24 de abril de 2007, em seu art. 1.º³³, nada restringiu sobre o quantitativo de cargos de docência que podem ser acumulados por um magistrado.

Cumprido pontuar que, tanto para os magistrados quanto para os membros do Ministério Público, há previsão expressa segundo a qual a remuneração da função pública docente não é

²⁹ STF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ, em 6-5-05.

³⁰ “Art. 1º Ao magistrado da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função, ressalvado(a) um(a) único(a) de magistério, público ou particular.”

³¹ “Dispõe sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.”

³² “Dispõe sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional.”

³³ “Art. 1º Aos magistrados da União e dos Estados é vedado o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo o magistério.

Parágrafo único. O exercício da docência por magistrados, na forma estabelecida nesta Resolução, pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, o que deverá ser comprovado perante o Tribunal.”

computada para o atingimento do teto remuneratório do funcionalismo público, nos termos, respectivamente, do art. 8º, II, “a”³⁴, da Resolução n.º 13³⁵, de 21 de março de 2006, do CNJ, e do art. 7º, IV³⁶, da Resolução n.º 9³⁷, de 5 de junho de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Quanto aos Ministros do Tribunal de Contas da União, há previsão expressa do art. 73, § 3º³⁸, cumulado com o art. 95, parágrafo único, I, ambos da Constituição Federal, permitindo-lhes a acumulação de suas funções com um cargo público de professor, por guarida da mesma norma atinente aos magistrados.

2.4.4 Um cargo público e um mandato eletivo de vereador

Aos vereadores foi concedida a possibilidade de acumularem suas funções da vereança com um cargo, função ou emprego público, na forma do art. 38, III³⁹, da Constituição Federal, desde que exista compatibilidade de horários; inexistindo, é permitido ao vereador optar pela remuneração de qualquer dos dois vínculos.

³⁴ “Art. 8º Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

II - de caráter permanente:

a) remuneração ou provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal; e

[...].”

³⁵ “Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura.”

³⁶ “Art. 7º Não podem exceder o valor do teto remuneratório, embora não sejam somados entre si, nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento:

[...]

IV – remuneração ou provento decorrente do magistério, nos termos do art. 128, inciso II, alínea d, da Constituição Federal;

[...].”

³⁷ “Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros do Ministério Público.”

³⁸ “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[...]

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.

[...].”

³⁹ “Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

[...]

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;

[...].”

Consoante escólio de Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 182 e 184), a posse no cargo efetivo poderá ser anterior ou concomitante ao exercício do mandato eletivo no Poder Legislativo Municipal, é dizer, o vereador que vier a ser aprovado em concurso público poderá ser empossado e cumular as atribuições de ambos os cargos, uma vez havida a compatibilidade de horários.

Ademais, o cargo eletivo não poderá ser acumulado com um cargo de confiança (em comissão), por vedação expressa dos arts. 29, IX⁴⁰, e 54, I, “b”, e II, “b”, todos da Carta Magna.

⁴⁰ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa;

[...].”

3 ACUMULAÇÃO DE CARGOS E O PARECER GQ – 145 DA AGU

Em 16 de março de 1988, o Consultor Geral da União, o Sr. Wilson Teles de Macêdo, expediu o Parecer AGU/WM-9/98, o qual foi adotado pelo Advogado Geral da União, o Sr. Geraldo Magela da Cruz Quintão, recebendo a autuação de “Parecer GQ – 145”. Este Parecer foi assentido pelo Presidente da República, cuja aprovação foi veiculada no Diário Oficial da União, em 1.º de abril de 1998.

Em razão da norma insculpida no art. 40, § 1.º, da Lei Complementar Federal n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, o Parecer assumiu efeito vinculante perante toda a Administração Pública Federal, *in verbis*:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.
 § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.
 [...].

O Parecer da Advocacia Geral da União (AGU) aborda a ilegalidade da acumulação de dois cargos públicos, um de Assistente Jurídico e outro de Professor Adjunto de uma Instituição Federal de Ensino Superior, cujas jornadas de trabalho, somadas, avultam o montante de 80 (oitenta) horas semanais.

No caso em apreço, a extinta Consultoria-Geral da União, amparada na Exposição de Motivos n.º 9, de 26 de dezembro de 1989 – aprovada pela Presidência da República e veiculada no Diário Oficial da União, em 15 de janeiro de 1990 – já havia se posicionado na defesa da acumulação dos cargos. Para tanto, apoiou-se na inexistência de limite de carga horária pela Constituição Federal, no fato de a regra prevista no art. 66⁴¹ da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a estabelecer intervalo mínimo interjornada de onze horas, ser restrita a cada vínculo empregatício e não se poder conceber que toda jornada de trabalho tenha por objeto apenas cinco dias semanais, ainda mais em se tratando de um cargo exercido em estabelecimento de ensino.

Não obstante, o Parecer GQ – 145 da AGU adotou entendimento contrário à acumulação, considerando *(i)* o primado da coisa pública, prejudicado pelo exercício concomitante de ambos os cargos; *(ii)* ser desarrazoado o servidor dispor de apenas oito horas diárias para locomoção, higiene, alimentação e repouso; e *(iii)* a acumulação de dois cargos de

⁴¹ “Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.”

quarenta horas semanais não possibilitar a harmonização de horários entre o trabalho e a vida do servidor.

No curso do processo administrativo, os dois servidores que acumulavam os cargos indigitados reduziram suas cargas horárias semanais para sessenta horas, de modo a não revelar irregularidades. O Parecer recebeu a seguinte ementa:

Ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários. Com a superveniência da Lei n. 9.527, de 1997, não mais se efetua a restituição de estipêndios auferidos no período em que o servidor tiver acumulado cargos, empregos e funções públicas em desacordo com as exceções constitucionais permissivas e de má fé.

Em uma análise detida do citado Parecer, em especial de sua ementa, não se encontrará qualquer passagem definindo o limite de 60 (sessenta) horas como o termo máximo que se poderia trabalhar por semana no serviço público federal. Há, em verdade, uma menção ao regramento utilizado no Direito Trabalhista, a estabelecer intervalo interjornada de, no mínimo, 11 (onze) horas. A AGU entendeu ainda a necessidade de intervalo de uma hora entre os dois vínculos, para repouso, alimentação e deslocamento do agente público, sobrando 12 (doze) horas para o labor.

Em verdade, o Parecer afirma, apenas, a impossibilidade de se cumular cargos em regime de 80 (oitenta) horas semanais, razão pela qual a própria AGU gerou controvérsias a respeito do assunto.

Foi preciso, então, que a AGU expedisse a Nota n.º 114/2010/DECOR/CGU/AGU, de 18 de junho de 2010, documento no qual consignou, expressamente, o indigitado limite das 60 (sessenta) horas semanais.

4 OS PROCESSOS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA PRÓ-REITORIA DE GESTÃO DE PESSOAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Para ingressar nos quadros funcionais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, os pretensos interessados aos cargos, após aprovação em certame público, apresentam um rol de documentos à Coordenadoria de Provimento e Controle de Cargos (CPCC), setor vinculado à Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGESP).

Nessa oportunidade, eles preenchem uma Declaração de acumulação de cargos, empregos e funções, informando dentre outros assuntos, se possuem algum outro vínculo, público ou privado, se são beneficiários de aposentadoria pelo INSS, se são sócios ou acionistas de sociedade privada ou se realizam comércio.

A sobredita Declaração e os documentos obrigatórios são autuados em um processo administrativo de nomeação ou contratação, o qual é encaminhado à Coordenadoria de Acumulação de Cargos, para análise sobre a existência de irregularidades referentes, *verbi gratia*, ao exercício concomitante de cargos, à infringência ao regime de dedicação exclusiva e à participação na administração de sociedade privada.

Bem se vê, encontrando a Coordenadoria de Acumulação de Cargos alguma ilegalidade, sobresta-se a contratação ou nomeação do candidato, impedindo que ele ingresse nos quadros de pessoal da Administração Pública.

Além dessa atuação preventiva, também é de encargo da Coordenadoria de Acumulação de Cargos apurar a situação dos servidores que já estão em exercício na Universidade, de ofício ou mediante provocação, com vistas a identificar possíveis irregularidades e saná-las, ou até mesmo opinar pela abertura de processo administrativo disciplinar, o qual poderá desaguar em sanções ao servidor público.

Comumente, a UFRN é alvo de auditorias, a exemplo das veiculadas nos acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) de n.ºs 2315/2012 e 613/2016, as quais objetivam apurar e regularizar a licitude da acumulação de cargos dos servidores públicos da aludida Instituição Pública de Ensino.

Em tais Acórdãos, a maior incidência de irregularidades diz respeito à acumulação de cargos em que o somatório das horas trabalhadas avulta quantitativo superior a 60 (sessenta) horas semanais, pelo que o servidor deverá optar por um dos vínculos ou reduzir sua carga horária até o teto aludido.

Ao serem notificados para apresentar sua manifestação, muitos servidores sustentavam a plena compatibilidade de horários entre suas atividades, atestando, inclusive, o bom desempenho funcional; porém, mesmo assim, eram obrigados a se amoldar à norma versada no Parecer da AGU, até porque o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, reverberou a indigitada norma restritiva à acumulação de cargos, por meio de seu Ofício Circular n.º 10⁴², de 26 de fevereiro de 2002, e posteriormente – em atenção a uma solicitação da Diretoria de Administração de Pessoal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, por meio do Ofício n.º 692/2015-DAP – através da Nota Técnica⁴³ SEI n.º 5175/2015-MP, de 07 de dezembro de 2015, não se olvidando ainda da Instrução Normativa n.º 2/2018.

Na análise casuística, a norma limitadora da acumulação de cargos anunciava uma situação de inconstitucionalidade, pois muitos servidores conseguiam exercer concomitantemente mais de um múnus público, cumprindo integralmente as suas funções, sem prejuízos à Administração Pública, mas eram obrigados a reduzir suas cargas horárias ou renunciar a um dos cargos.

Não raras eram as decisões judiciais nas quais o Judiciário obrigava a UFRN a permitir a acumulação de cargos desses servidores, a exemplo dos seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da Quinta Região: Apelação n.º 0800052-44.2013.4.05.8402⁴⁴, Apelação n.º 0801375-56.2014.4.05.8400⁴⁵ e Apelação Cível n.º 553372/RN (0005425-66.2011.4.05.8400⁴⁶).

⁴² Tal documento vaticina que: “Nas acumulações lícitas, deve ser observada a limitação da jornada de trabalho definida no Parecer n.º GQ-145 (Parecer n.º AGU/WM – 9/98), de 30 de março de 1998.”

⁴³ Segue trecho da Nota Técnica sobredita: “a acumulação lícita de cargos no âmbito da Administração Pública Federal deve observar a compatibilidade de horário e jornada de trabalho **não excedente a 60 (sessenta) horas semanais**”. Grifos acrescentados.

⁴⁴ “Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE PROFISSIONAL DE SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. COMPROVAÇÃO. LIMITAÇÃO DA JORNADA SEMANAL DOS CARGOS A SEREM ACUMULADOS POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL. AFASTAMENTO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA COMO INTERPOSTA, IMPROVIDAS.

[...]

4. No que diz respeito à limitação da jornada semanal dos cargos a serem acumulados, por norma infraconstitucional (no caso, a Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte n.º 122/94 e o Parecer GQ 145/98-AGU), decidiu o col. STF que tal previsão não pode ser oposta como impeditiva ao reconhecimento do direito à acumulação, se houver compatibilidade de horários.

5. Apelação e Remessa Oficial, tida como interposta, não providas”. (TRF5, APELREEX N.º 0800052-44.2013.4.05.8402, Relator: Desembargador Rogerio de Meneses Fialho Moreira, Órgão Julgador: Quarta Turma, Julgamento: em 13-9-13).

⁴⁵ “EMENTA: Constitucional e Administrativo. Servidor público. Cumulação de cargos. 02 cargos de Técnico de Enfermagem. Compatibilidade de horários demonstrada. Relatórios de avaliação da própria UFRN chancelam a conduta profissional adequada da autora. Impetrante que não responde a nenhum processo administrativo por desídia. Ausência de previsão constitucional quanto à jornada máxima de trabalho. Parecer da AGU que não detém competência para impor limitações à CF/88 ou à Lei Federal. Precedentes desta Turma. Adoção da técnica de fundamentação referenciada (“per relationem”). Apelação e remessa oficial improvidas”. (TRF5, APELREEX

Diante de decisórios judiciais como os citados, fundados em entendimento diametralmente oposto àquele seguido pela UFRN, os processos administrativos de acumulação de cargos precisavam ser reanalisados, volvendo à PROGESP para ser permitido o exercício concomitante dos dois múnus públicos mantidos pelos seus servidores, o que dava azo a um retrabalho, diante da nova análise do caso, em patente afronta ao princípio da eficiência.

Além disso, era dado tratamento diferente aos servidores públicos que prestavam serviços, concomitantemente, na qualidade de autônomo, pois estes não precisavam atender a qualquer limite de carga horária.

Essas situações, então, despertaram interesse pela análise dos fundamentos e pressupostos da norma, os quais não podem se dissociar dos axiomas salvaguardados pela Constituição Federal, sobretudo da liberdade e igualdade, preceitos tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Nesse pórtico, é importante destacar que a Administração Pública, uma vez atestando a inconstitucionalidade de uma norma, poderá deixar de aplicá-la, como bem preleciona o autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso:

[...] Mas a interpretação da Constituição, ou, antes, a observância da constituição, não é evidentemente monopólio do Poder Judiciário. Também o Executivo tem o poder, e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior. Este entendimento tem a chancela quase absoluta da melhor doutrina, bem como tem sido reiteradamente acolhido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 1993, p. 333).

Nº 0801375-56.2014.4.05.8400, Relator: Desembargador Jose Lazaro Alfredo Guimaraes, Órgão Julgador: Quarta Turma, Julgamento: em 20-1-15).

⁴⁶ “EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. ARTIGO 37, XVI, “C”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ARTIGO 118 DA LEI Nº 8112/90. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. Trata-se de apelação de sentença que reconheceu a compatibilidade de horários entre os cargos públicos ocupados pela promovente (cargo de técnica de enfermagem junto à SESAP/RN, com carga horária de 30 horas semanais, e cargo de técnica de enfermagem do Hospital Universitário Onofre Lopes, com carga horária de 40 horas semanais) e, em consequência, determinou à UFRN que se abstinhasse de concretizar quaisquer atos pertinentes à redução da jornada de trabalho, ou ganhos mensais da demandante.

2. Conforme precedentes desta Corte, é possível a cumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, desde que não haja incompatibilidade de horários, não cabendo a estipulação de outros requisitos para tal acumulação, sob pena de criação de restrição não prevista constitucionalmente, o que é vedado.

3. Dessa forma, como a promovente exerce as atividades cumuladas desde 2009, com correta observância aos horários a serem cumpridos em ambas as instituições, nunca tendo respondido a qualquer processo administrativo em razão de alguma desídia no desempenho das funções em ambas as instituições, a ela deverá ser assegurado o direito de acumular os dois cargos da área da saúde com a mesma carga-horária que vem laborando nos últimos anos.

4. Apelo improvido”. (TRF5, Apelação Cível n.º 553372/RN – 0005425-66.2011.4.05.8400, Relator: Desembargador Gustavo de Paiva Gadelha, Órgão Julgador: Quarta Turma, Julgamento: em 10-12-13).

Por esse motivo, será feita uma análise ética e jurídica sobre a liberdade e a igualdade, reduzindo-se, em seguida, o recorte do estudo para a norma limitadora da acumulação de cargos, averiguando-se qual o melhor curso de ação para a Administração Pública, porque guiada pelo *princípio da legalidade* em sentido amplo e obrigada a velar pelos ditames constitucionais.

5 A ÉTICA E A NORMA LIMITADORA DA CARGA HORÁRIA DE TRABALHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

5.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A ÉTICA

Seguindo a lição de Henrique C. de Lima Vaz (2000, p. 12), a ética é compreendida por dois vocábulos gregos de igual escrita, porém pronúncia e significações distintas, *ethos* (com *eta* inicial) e *ethos-hexis* (com *épsilon* inicial).

O primeiro deles (com *eta* inicial) diz respeito à morada do homem, à sua habitação, ao seu local de estadia permanente e habitual. Esse termo origina o sentido da ética enquanto costume, o qual não é dado ao indivíduo pela natureza, mas construído e reconstruído durante o convívio social, “para além do que se mostra acabado e completo” (VAZ, 2000, p.13).

A metáfora da morada e do abrigo indica justamente que, a partir do *ethos*, o espaço do mundo torna-se habitável para o homem. O domínio da *physis* ou o reino da necessidade é rompido pela abertura do espaço humano do *ethos* no qual irão inscrever-se os costumes, os hábitos, as normas e os interditos, os valores e as ações (VAZ, 2000, p. 13).

Enquanto elemento construído, o *ethos* mantém-se no tempo através da *tradição* ética, perpassando as gerações até que, por algum motivo, a razão dê azo a momentos de crise e transformação dos padrões éticos (VAZ, 2000, p.17).

Na *physis*, estamos diante de uma necessidade *dada*, no *ethos* tem lugar uma necessidade *instituída*, e é justamente a tradição que suporta e garante a permanência dessa instituição e se torna, assim, a estrutura fundamental do *ethos* na sua dimensão histórica. Entre a necessidade natural e a pura contingência do arbítrio, a necessidade instituída da tradição mostra-se como o corpo histórico no qual o *ethos* alcança sua realidade objetiva como obra de cultura. A própria significação literal do termo “tradição” (*parádoxis, traditio*), indicando entrega ou transmissão de uma riqueza simbólica que as gerações se passam uma à outra, denota a estrutura histórica do *ethos* e sua relação original ao fluxo do tempo (VAZ, 2000, p. 17-18).

A tradição se ocupa de relevante mister, afinal, representa o liame entre a comunidade educadora e o indivíduo que recebe ensinamentos para “se elevar ao nível das exigências do universal ético ou do *ethos* da comunidade” (VAZ, 2000, p.19).

É sob essa perspectiva que se empresta ao passado a condição paradigmática de fonte cultural, de costumes, e não de ideal ultrapassado. Henrique C. de Lima Vaz (2000, p. 20) remonta ao tempo passado – compreendido para além da noção de tempo linear – como instância fundadora e julgadora do conteúdo ético do tempo presente, em um processo dialético de construção da tradição ética. Todavia, é preciso ter em mente que o reconhecimento à importância do passado na formação dos costumes não pode suplantar o

senso crítico da razão, afinal, é próprio do dinamismo ético admitir crises, revoluções e conflitos manifestados no processo mesmo da reflexão ética.

Conquanto imanente ao movimento do *ethos*, a *transgressão* não é, porém, como quer P. Tillich, o desenlace normal desse movimento, mas como que o transbordamento de uma plenitude de liberdade que os limites do *ethos* socialmente estabelecido não podem conter. Ela dá, assim, testemunho desse *ethos* do qual prorrompe e, ao mesmo tempo, anuncia o advento de um novo mundo de valores. [...] O *ethos*, afinal, não é senão o corpo histórico da liberdade, e o traço do seu dinamismo infinito inscrito na finitude das épocas e das culturas (VAZ, 2000, p.34-35).

Segundo o mesmo autor, é no campo do *ethos* que a racionalidade humana (*logos*) encontra guarida e aflora, enquanto compreensão e expressão do ser do homem, obstinado à busca pelo bem e ao espaço do dever-ser (VAZ, 2000, p.13).

Entre os diversos aspectos sob os quais pode ser considerado o processo de socialização do indivíduo e sua educação como “indivíduo social”, o mais fundamental é, sem dúvida, aquele pelo qual a socialidade aparece ao indivíduo como um fim, como o lugar da sua auto-realização, campo onde se experimenta e se comprova a sua independência, a sua posse de si mesmo (*autárqueia*). (VAZ, 2000, p.22).

O *ethos* se constitui na estrutura axiológica e normativa fundamental que ordena a vida social, refletindo – para a sociedade – no trabalho, na cultura, na política e na convivência social; e nos hábitos – para o indivíduo – expressão da segunda acepção do *ethos* (VAZ, 2000, p. 23).

O segundo vocábulo *ethos* (com *épsilon* inicial) diz respeito ao hábito, assim entendido como o comportamento decorrente da reiteração constante dos mesmos atos. Não se trata de ações regidas por impulsos ou instintos naturais (*physis*), mas da disposição habitual para agir de dada maneira (VAZ, 2000, p.14).

Nesse sentido, os dois desígnios do *ethos* se complementam, afinal, o *ethos* se afigura como fundamento primeiro para a prática daqueles atos que, uma vez reiterados, ensejarão o *ethos-hexis*.

O *ethos* como costume, ou na sua realidade histórico-social, é princípio e norma dos atos que irão plasmar o *ethos* como hábito (*ethos-hexis*). Há, pois, uma circularidade entre os três momentos: costume (*ethos*), ação (*praxis*), hábito (*ethos-hexis*), na medida em que o costume é fonte das ações tidas como éticas e a repetição dessas ações acaba por plasmar os hábitos. A *praxis*, por sua vez, é mediadora entre os momentos constitutivos do *ethos* como costume e hábito, num ir e vir que se descreve exatamente como círculo dialético: a universalidade abstrata do *ethos* como costume inscreve-se na particularidade da *praxis* como vontade subjetiva, e é universalidade concreta ou singularidade do sujeito ético no *ethos* como hábito ou virtude. A ação ética procede do *ethos* como do seu princípio objetivo e a ele retorna como a seu fim realizado na forma do existir virtuoso (VAZ, 2000, p. 15-16).

Na visão de Hegel, o *ethos* – costume – é entendido como conteúdo próprio da liberdade, na forma de vontade subjetiva norteadada pela virtude⁴⁷; e, a partir do momento em que o costume é absorvido pela lei, afigura-se a forma por excelência do *ethos*, enquanto abrigo para o agir humano efetivamente livre – afinal, a lei sufraga o agir virtuoso, robustecendo sua raiz da universalidade (VAZ, 2000, p. 16).

O *ethos* como lei é, verdadeiramente, a casa ou a morada da liberdade. Essa a experiência decisiva que está na origem da criação ocidental da sociedade política como espaço ético da soberania da lei. No início das Leis, Platão nos fala da educação em *éthisi... nomikois*, o que se pode traduzir, evocando Montesquieu, “no espírito de excelentes leis”. A ideia do ordenamento ou constituição (*politeia*) do Estado segundo leis que nascem do *ethos* da comunidade fecha, assim, o círculo semântico do *ethos*, ao conferir à *praxis* sua mais alta qualificação, vem a ser, a da virtude política ou disposição permanente para o exercício da liberdade sob a soberania da lei justa (VAZ, 2000, p. 16).

O *ethos*, compreendido cientificamente, propõe-se a resolver as formas pelas quais será possível atingir o agir ético – tendo como fundamento a universalidade abstrata dos costumes – por intermédio dos hábitos. Para tanto, revela-se importante, como ponto de partida, analisar a racionalidade imanente à universalidade dos costumes.

Nesse compasso, a ética funciona como subsídio e elemento de justificação das ações – por isso virtuosas – prescrevendo e regulando os atos da vida, seguindo a razão que todos os homens poderiam aceitar, independentemente de suas crenças (universalidade dos costumes). Portanto, a finalidade da ética filosófica pode ser compreendida como um projeto histórico de uma “civilização do universal”, que se propõe a construir “estruturas de reconhecimento” mediante as quais se possibilite, dentre diferentes indivíduos e grupos, alcançar consensos racionais e livres (VAZ, 2000, p. 74).

A ética consiste na ciência que estuda a ação do homem ordenada por sua finalidade propriamente humana, é dizer, pela virtude, pela perfeição, pelo Bem. Fábio Konder Comparato (2006, p. 17) aduz que a investigação da ética remonta à vida para o bem, à busca pela plena felicidade, entendida esta como a recompensa por um esforço constante e bem orientado.

Bem se vê, a ética, para além da Meta-Ética (devotada aos estudos dos fundamentos do agir humano), apresenta uma vertente prática, ditando o que deve ser feito (Ética Normativa) e imiscuindo-se na resolução de casos práticos (Ética aplicada). Para o presente

⁴⁷ Para Henrique C. de Lima Vaz (2000, p. 77), a concepção da estrutura basilar da ciência do *ethos* remonta à ideia de liberdade, sendo esta o “núcleo inteligível do *ethos*”.

estudo, importará analisá-la no contexto das organizações públicas, bem como de que forma ela orienta e prescreve o comportamento do agente público.

5.2 ÉTICA E AS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS

Não raras vezes, a análise ética é invocada para a resolução de problemas já postos pelas organizações. Existe determinado problema e, com vistas a ser resolvido, conclama-se a ética como a sua panaceia. Todavia, para além dessa função – que não pode ser desprezada – a reflexão ética é capaz de trazer a otimização dos resultados, porquanto oportunize a tomada da melhor decisão, dentre os cursos possíveis de ação.

A ética, segundo Brown (1993, p. 2), não dita regras nem proibições; não diz o que é certo, bem ou mal. Ela dá um método às pessoas, pressuposições viáveis e ferramentas conceituais capazes de subsidiar a tomada de decisões, para que se escolha, dentre todos os possíveis, o melhor curso de ação.

A ética poderá assumir diretriz positiva ou negativa. A diretriz ética negativa vaticinará o que não deve ser feito, congraçando com a responsabilidade negativa de não fazer o mal, é dizer, de não prejudicar o meio ambiente, não lançar ao mercado produtos e serviços nocivos, não explorar seus trabalhadores. Noutra toada, a diretriz ética positiva conduzirá à promoção do bem, através do treinamento e valorização da equipe, bom retorno aos investimentos despendidos e contribuição no desenvolvimento da sociedade (BROWN, 1993, p.2).

Esta abordagem vê a ética como um processo de reflexão acerca das razões para um curso de ação proposto. Por este processo, os participantes podem gerar os recursos essenciais para tomar as melhores decisões. Esse tipo de ética não fornece respostas, mas dá às pessoas a possibilidade de fazer melhores perguntas e descobrir as respostas por si próprias. Dá aos membros de uma organização as ferramentas conceituais e as estratégias para agir responsavelmente (BROWN, 1993, p. 3).

Tal análise ética parte do pressuposto de que as pessoas têm a liberdade e o poder de, considerando diferentes opções, deliberar sobre as benesses e ônus de cada uma delas, escolhendo a melhor (BROWN, 1993, p. 13).

Sob essa perspectiva, seria insensato - e despiciendo - reduzir a discussão ética a uma codificação, haja vista não se pretender, através da ética, ditar padrões de comportamento. As interações humanas são dinâmicas e isso culminaria em constantes alterações dos códigos. Isso não significa dizer que as codificações não teriam seu valor, afinal, elas funcionam bem

como diretrizes para a escolha de decisões. O que não se afigura sensato é esmorecer a discussão ética após a feitura de um código - esse não é o seu objetivo.

Agir eticamente envolve um comportamento perene; a ética não se aplica por conveniência, mas a todo o tempo (ZOBOLI, 1999, p. 14).

Nos dizeres de Brown (1993, p. 156), a ética advém da vida moral – dependendo dela –mas possuindo certa independência, porquanto compreendida [a ética] como um ato de reflexão sobre as respostas (morais) às situações. Para analisar qualquer fenômeno, é preciso manter certo afastamento dele, para fazê-lo um objeto de estudo; nesse contexto, também é preciso analisar se as nossas respostas morais são corretas ou não.

Até porque as convicções morais (ou pressupostos), quando radicais ou absolutas, podem dificultar a análise ética, não permitindo a racionalização sobre pontos positivos e negativos de outras propostas. Sendo assim, afastar-se da convicção moral é condição necessária para se permitir ouvir pensamentos diferentes – e até convicções morais diferentes.

A reflexão ética exige convicções morais para iniciá-la e, ainda, ao mesmo tempo, um distanciamento para pensar sobre elas. Especialmente em grupos, as pessoas precisam respeitar as respostas morais dos outros, mas também necessitam ir além delas na direção da reflexão ética. O propósito da reflexão ética não é mudar diretamente a moral dos indivíduos, mas tomar a melhor decisão possível. O processo pode mudar a moral dos participantes, mas isto é um subproduto do processo, e não o seu propósito (BROWN, 1993, p. 156).

5.2.1 Éticas descritiva e normativa nas organizações

Segundo a ética filosófica moderna, não é possível decidir o que deve ser feito tendo como parâmetro o que se faz, para não se incorrer em uma falácia naturalista (algo é de tal forma porque deve ser daquela forma). Isso significa validar a hipótese segundo a qual existe a possibilidade de certo comportamento ser reiterado por vultoso grupo de indivíduos e, ainda assim, ser inapropriado (BROWN, 1993, p. 17).

Sob essa perspectiva, cumpre pontuar a diferença entre a ética descritiva e a normativa. Enquanto a primeira se encarrega de examinar a forma como as pessoas agem e o que justifica suas ações – considerando juízos de valor e pressuposições – a segunda (a normativa) estuda como as pessoas devem agir e quais os axiomas justificam esse caminho (BROWN, 1993, p. 17).

Tais prismas de análise ajudam a entender o porquê de certas condutas estarem sendo reiteradas e se elas, de fato, são a melhor forma de agir; não sendo, a ética também contribuirá com a escolha por novos cursos de ação.

Transpassando esse entendimento às organizações, é comezinho entender que nem tudo o que é feito deveria ser feito. As organizações podem adotar decisões desarrazoadas e desprovidas de razão ética. Nesse contexto, para fins de viabilizar o bem agir, é necessário deliberar sobre as possíveis alternativas no curso da ação e decidir pela melhor delas.

É preciso ter em mente que a tomada de decisões, sobretudo em organizações públicas, gera consequências transcendentais à seara particular de seu agente. Sendo assim, a ética surge como importante condutor do agir humano, uma vez subsidiar os julgamentos de valor, concedendo-lhe pressuposições (BROWN, 1993, p. 3).

Para tanto, tem-se como pressuposição básica a de que as pessoas, assim como as organizações, são agentes morais, assim entendidos os sujeitos capazes de considerar os cursos alternativos de ação e dar uma boa fundamentação às suas escolhas. Naturalmente, para serem reconhecidos como agentes morais, é preciso que se possa imputar aos indivíduos responsabilidade pelas deliberações tomadas (BROWN, 1993, p. 19).

Diante do objeto de estudo ora analisado, importa esclarecer, a miúdo, a noção de organização como agente – e comunidade – moral. Parte-se da condição de que existe um liame entre os integrantes do grupo, capaz de mantê-los unidos, apesar das adversidades. Isso não traduz a inexistência de conflitos, mas a existência de alguma unidade capaz de controlar esses desarranjos (BROWN, 1993, p. 21).

Segundo Zoboli (1999, p. 9), a organização pode ser entendida como uma comunidade capaz de propor aos seus membros uma identidade, um sentido de pertencimento, bem como a salvaguarda de valores compatíveis com os daqueles – reflexos da cultura organizacional.

Esses grupos sociais tomam decisões – ainda que unicamente pela sua cúpula – e são responsáveis pelas consequências delas decorrentes, afinal, formulam processos de escolha para as ações corporativas e as definem levando em consideração as missões, objetivos e políticas institucionais.

Durante o processo, às vezes os indivíduos decidirão em favor de atos que também teriam escolhido para si; em outros casos, apoiarão decisões que não fariam por si próprios mas que eram as melhores decisões para a corporação. Esses indivíduos justificarão sua decisão a partir da missão e dos padrões de conduta da corporação e não pelos seus próprios. O que é bom para as corporações, assim como o que é bom para eles como indivíduos, será finalmente determinado por suas escolhas. Como todo processo é caracterizado por escolhas envolvendo a missão e políticas da empresa, bem como escolhas de como projetar o processo e a quem envolver, a corporação pode ser considerada um agente moral (BROWN, 1993, p. 25).

Compreendido o modo de operação da análise ética, é preciso analisar como alcançar a decisão correta.

5.2.2 A decisão correta

Basear escolhas em intuições, desejos individuais e sentimentos dificilmente persuadirá outrem quanto à justificação sobre suas ações. Todavia, propostas bem fundamentadas tenderão ao convencimento dos membros da coletividade, culminando em discussões mais produtivas.

Segundo Brown (1993, p.27), “[...] é preciso dar razões que outros possam investigar e refletir”. O processo de reflexão ética perpassaria, então, pelas seguintes indagações: *(i)* o que deveríamos fazer? *(ii)* o que nós sabemos? *(iii)* o que significa? E *(iv)* por que significa isso?

Considerando o âmbito das organizações, é imaginável que as pessoas enxerguem dada situação de modo diferente, haja vista ser possível existirem níveis diferentes de domínio de informações, análises do fenômeno sobre diferentes prismas e até mesmo distintos juízos de valor sobre ele.

Suscitados os referidos questionamentos, o citado Autor ensina cinco recursos capazes de auxiliar na tomada de decisões. O primeiro deles diz respeito ao oferecimento de propostas. Cogitar novos cursos de ação dá o pontapé inicial para a análise ética, a partir de quando os demais membros do grupo irão apor concordância ou objeção à ideia. É preciso questionar o porquê de se estar propondo algo, afinal, a resposta indicará quais são as observações, julgamentos de valor e pressuposições que a embasam (BROWN, 1993, p. 29).

As perguntas serão respondidas de forma reflexa a como as pessoas enxergam o mundo e o ambiente, considerando cada agente perceber e interpretar os fatos sob sua ótica particular. Algumas vezes, as discordâncias entre debatedores, em verdade, refletem o domínio de diferentes informações, cujo compartilhamento desses dados será primordial no entendimento da contenda – dando espaço ao segundo recurso, atinente às observações de cada membro (BROWN, 1993, p. 30).

Sempre interpretamos as situações a partir de uma perspectiva particular e segundo uma razão. Entretanto, na maioria dos casos, podemos distinguir entre uma declaração descritiva do que ocorreu e uma descrição avaliativa acerca do que significa. Se eu digo que estou sobrecarregado de trabalho, fiz uma declaração avaliativa. Se digo que tenho terminar dois relatórios antes do fim de semana, a declaração é descritiva. As pessoas podem discordar da declaração avaliativa, e ainda assim concordar com a descritiva (BROWN, 1993, p. 30).

O terceiro recurso remete aos julgamentos de valor, os quais influenciam inclusive na seleção e formulação dos fatos. Segundo Brown (1993, p. 31), “nossos valores determinam o valor das coisas”.

A investigação da forma como os valores são utilizados desagua nas pressuposições – quarto recurso – que são atinentes às crenças. Elas decorrem de experiências pessoais, educação e reflexões. Todavia, não são um recurso necessariamente indispensável, pois sua análise poderá ser suplantada quando as observações e juízos de valor forem suficientes ao esclarecimento das contendas (BROWN, 1993, p. 32).

Alfim, como quinto recurso, alvitra a contraposição de pontos de vista opostos, oportunizando a contraposição do maior número possível de ideias (propostas), para fins de averiguar por que as pessoas discordam (BROWN, 1993, p. 33). Por em cheque determinadas propostas suscitará as falhas porventura existentes – permitindo a indicação de cursos alternativos de ação – ou até mesmo robustecerá a sua justificativa.

A utilização dos citados recursos encaminha a organização para a tomada de melhores decisões. Nesse contexto, observa-se que a análise ética possibilita, às organizações, a adoção de melhores políticas de atuação e, por consequência, de melhores resultados.

Nossa premissa implícita é que, aumentando os recursos de alguém, aumenta-se a qualidade de suas decisões. Certamente, por trás dessa premissa reside outra que sustenta que as pessoas tenderão a usar os recursos de forma apropriada, o que finalmente depende de nossa pressuposição de que pessoas são agentes morais – pessoas que possuem o poder e a liberdade de escolher o curso certo de ação (BROWN, 1993, p. 47).

As diferenças são canalizadas para o entendimento do problema, observando-se os pontos fortes de cada uma das propostas, no afã de se alcançar a melhor solução, repercutindo no bem agir da organização, enquanto agente moral.

Sob esse aspecto, é preciso ter em mente que as decisões da organização devem acobertar-se pelo manto da justiça, sem o qual suas ações estarão eticamente insustentáveis (ZOBOLI, 1999, p. 15).

5.2.3 A discussão ética e o desacordo

Quando os membros de uma organização congraçam seus pensamentos na direção de determinada decisão, dificilmente será analisado o porquê de ela ter sido escolhida, fazendo-a prolongada no tempo e estável.

O que incentiva a inovação e a invenção é o desacordo (BROWN, 1993, p. 48), afinal, no contraponto entre ideias é que se sobrelevam seus pontos positivos e negativos, incitando a procura por um curso de ação melhor.

A reflexão ética bem-sucedida exige que os participantes forneçam e obtenham material para discussão. Quando os grupos podem se abrir para considerar pontos de vista diferentes, descobrem mais do que sabiam antes. Este “mais do que nós sabíamos antes” é a premissa da reflexão ética. A reflexão ética pode aumentar os recursos de uma organização, fazendo com que cada parte considere idéias diferentes acerca do que deveria ser feito em vez de manter sua posição de forma defensiva e fechar a porta às outras informações (BROWN, 1993, p. 48).

Nesse processo, não cabe taxar as propostas como certas ou erradas, mas permitir a análise de diversas alternativas, tendo em vista o compartilhamento de informações, disponibilizando mais insumo para as deliberações.

Os desacordos, segundo Brown (1993, p. 55), podem dar azo a novas propostas de política, eis estimularem a análise de diferentes pontos de vista e até mesmo a apreensão de novas informações.

Geralmente mudamos nossas opiniões porque aprendemos algo que não sabíamos antes ou focalizamos algo a que não tínhamos dado tanta atenção. A reflexão ética como processo de aprendizagem significa que os participantes podem mudar de uma posição já conhecida para outra que ignoravam – eles podem descobrir boas razões para pontos de vista de que discordam e tais razões podem aparecer como algo que teriam aceito se delas estivessem cientes (BROWN, 1993, p. 56).

5.2.4 Obstáculos à análise ética

A análise ética implica na necessidade de reavaliação dos processos em curso. Pressupõe, portanto, um esforço intelectual, no qual serão analisados cursos de ação e deliberado qual deles proporciona os melhores benefícios.

Nesse sentido, a cultura de inércia, comodismo e economia de esforços tende a desencorajar os sujeitos à busca do novo, afinal, é muito mais fácil repetir atos já conhecidos e consagrados do que se propor a encontrar novos meios de agir, que podem até implicar em uso de novas tecnologias – dantes desconhecidas.

Além do mais, por vezes se esbarra em impedimentos legais, principalmente em se tratando de organização pública, que só pode fazer aquilo que a lei expressamente lhe autoriza – princípio da legalidade. Não raras vezes, a mudança vem a ser normatizada após sua concepção e implementação.

A delimitação da missão organizacional também pode dificultar a análise ética, haja vista ela conferir sentido às atividades e nortear a busca por medidas de sucesso. Organizações com missões esmorecidas ou mal definidas tendem a não compreender bem o que é necessário ser feito para a perquirição do sucesso (ZOBOLI, 1999, p. 16).

Afinal, a organização atua de forma ética quando, respeitando sua missão, bem como os direitos e valores consagrados na sociedade, busca bons resultados. É importante destacar,

consoante escólio de Zoboli (1999, p. 17), que a análise ética sopesa o preço pago pela escolha dos cursos de ação, “pois há preços que nem as pessoas, nem as organizações podem pagar se é que querem agir de maneira, além de prudente, também justa”.

Bem se vê, não é simples realizar uma análise ética; há exasperações no caminho, mas que podem ser contornadas, visando o bem da organização.

5.2.5 Teorias éticas. A ética de princípios

No ambiente organizacional, são dados – e esperados – os desacordos na análise do melhor curso de ação. Com o objetivo de estruturar os questionamentos que poderão ser feitos às propostas, é interessante a utilização de algumas teorias éticas, as quais facilitam a reflexão e focalizam na resolução do problema sob pontos de vista diferentes.

A *ética teleológica* (ou de finalidade, de propósito) finca suas premissas no pensamento de Aristóteles e leva o agente – tomador da decisão – a deliberar sobre qual o objetivo esperado e o meio necessário à tal finalidade, analisando qual o propósito do agente (BROWN, 1993, p. 66).

Ao seu turno, a *ética utilitarista* (ou de consequência) é encabeçada por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, propondo que as ações sejam pautadas na busca pela maior felicidade possível, com o mínimo de dor. O foco da análise ética perpassa pelas consequências do ato, os quais serão corretos se puderem garantir prazer ao maior número de pessoas (BROWN, 1993, p. 78).

Por sua vez, a *ética deontológica* (ou de princípio) define as decisões com base em princípios, pressupondo a eleição fundamentada dos princípios corretos. Tendo como seu maior precursor Immanuel Kant, essa teoria se justifica na adoção de princípios universais, nos quais devem os agentes embasar suas ações.

Segundo Brown (1993, p 73), “uma ética de princípio provê não apenas o critério para universalizar uma premissa moral ou máxima inferida, mas também o critério de tratar cada um como fim e não meramente como meio”.

Para esta teoria, a ação será considerada ética quando respeitar a dignidade humana e puder se tornar uma regra universal. Ela ganha força ao propagar o respeito pelas pessoas – enquanto sujeitos morais – assegurado por um princípio de lei universal (BROWN, 1993, p. 75).

Considerando o objetivo do estudo ora proposto, será utilizada a ética deontológica para auxiliar na escolha pelo melhor curso de ação. Isso porque a dignidade da pessoa

humana, enquanto agente livre, encontra esteio como premissa suprema da Constituição Federal Brasileira, encartada em seu art. 1.º, III⁴⁸, fazendo cogente o respeito e atendimento à dignidade de todos os cidadãos.

Partindo dessa regra eleita para a elaboração do trabalho, será tratada, a miúdo, a teoria de John Rawls, neokantiano, o qual traça uma teoria de justiça baseada em dois princípios morais, a saber, da liberdade e da diferença.

5.3 A ÉTICA DE PRINCÍPIOS DE JOHN RAWLS

5.3.1 Papel e objeto da justiça

Enviesada pelo contratualismo, a filosofia de John Rawls (1921-2002) é marcada pela influência de Locke e Kant, posicionando-se como um dos maiores pensadores sociais do século XX, tanto pelas suas lições sobre democracia liberal (SCHILLING) quanto pela sua teoria de justiça – doutrina esta que servirá de supedâneo para o presente estudo, por meio da qual ele se propôs a formular uma perspectiva normativa, baseada em princípios pré-definidos, capaz de assegurar aos indivíduos o estabelecimento de uma sociedade democrática e fundada em preceitos de justiça distributiva.

Para fins de formular uma teoria da justiça, John Rawls tece as seguintes proposições: é preciso entender a sociedade como associação de pessoas mais ou menos organizada, regidas por normas de conduta obrigatórias com as quais concordam e, na maior parte do tempo, obedecem; tais normas criariam um sistema cooperativo, por meio do qual se perquiriria o bem comum. Todavia, conquanto a sociedade seja entendida como “empreendimento cooperativo”, existiriam em seu seio conflitos de interesse, eis ninguém ser indiferente quanto à distribuição dos benefícios maiores produzidos por sua colaboração – cada um prefere uma parcela maior a uma menor. Sendo assim, haveria a necessidade de se eleger princípios capazes de balizar a divisão das vantagens dentro do grupo social, ao que se denominaria de *princípios da justiça social* (RAWLS, 2016, p. 4-5).

Partindo-se de uma sociedade bem ordenada, é dizer, regulada por uma concepção pública de justiça – na qual todos conhecem e aceitam os mesmos princípios de justiça e as instituições sociais fundamentais normalmente atendem a esses princípios – ainda que seus

⁴⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...].”

membros façam exigências demasiadas, será de sabença geral uma perspectiva comum da forma como suas reivindicações serão julgadas. Nesse esteio, “pode-se imaginar a concepção pública da justiça como aquilo que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada” (RAWLS, 2016, p. 6).

Desta feita, seria o objeto principal da justiça a *estrutura básica da sociedade*, compreendida como o modo pelo qual as principais instituições sociais (constituição política e arranjos econômicos e sociais) distribuem os principais direitos e deveres fundamentais e as vantagens decorrentes da cooperação social (RAWLS, 2016, p. 8). Tal concepção de justiça, porquanto restrito seja seu âmbito de investigação, pode não servir para outros exemplos de sua aplicação, tais como para associações privadas, arranjos cooperativos voluntários ou acordos contratuais.

Segundo Rawls, é dever natural de todos – o principal deles – apoiar e promover instituições justas, obedecendo a elas e cooperando para sua criação, quando inexistentes.

Decorre daí que, se a estrutura básica da sociedade for justa, ou tão justa quanto for razoável esperar nas circunstâncias, todos têm um dever natural de fazer o que se lhes exige. Cada um está comprometido, independentemente de seus atos voluntários, performativos ou de outra natureza (RAWLS, 2016, p. 416)

Isso porque, ao aceitarem voluntariamente os benefícios do sistema ou usufruírem de suas oportunidades para a promoção de interesses próprios, os indivíduos devem fazer sua parte (RAWLS, 2016, p. 427).

A justiça, então, é compreendida por um equilíbrio apropriado entre os interesses conflitantes existentes na sociedade, regulado por princípios capazes de servir a esse fim – da estabilidade (RAWLS, 2016, p. 12).

Em verdade, Rawls aprimora a teoria do contrato social de Thomas Hobbes, conferindo-lhe maior grau de abstração: os princípios de justiça serviriam como objeto do acordo original.

São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça (RAWLS, 2016, p. 13-14).

Uma vez delimitado o objeto de estudo, Rawls sustenta que “a justiça de um arranjo social depende, em essência, de como se atribuem os direitos e deveres fundamentais e

também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade” (RAWLS, 2016, p. 8).

Debruçando-se sobre o tema, ele afirma ser necessário à teoria de justiça servir, ao menos, a três finalidades: *(i)* julgar a justiça da legislação e das políticas sociais; *(ii)* decidir quais ordenações constitucionais são justas para conciliar diferentes posicionamentos conflitantes da justiça; e *(iii)* apurar quando as leis da maioria devem ser aceitas ou repelidas, por não mais suscitarem obrigação (RAWLS, 2016, p. 240).

É preciso ter em mente que, levado pelas contingências naturais e sociais, o conceito individual de justiça pode ser variável. É possível inclusive discordar-se quanto a quais princípios deveriam reger as condições fundamentais da associação, haja vista cada pessoa tender ao próprio favorecimento. Por isso, Rawls defende que a escolha dos princípios da justiça social deveria ser formulada em uma condição hipotética, denominada de posição original de equidade – vislumbrada sem a influência de dotações naturais ou interesses particulares de credo, crença e posição social – a qual será esclarecida a seguir.

5.3.2 A posição original de equidade

Para Rawls, os princípios de justiça devem ser escolhidos de antemão, para regularem as interações interpessoais e definirem a carta fundacional de sua sociedade. Para tanto, ele imagina uma situação inicial hipotética, na qual os homens devem eleger, juntos e “em um único ato conjunto”, os aludidos princípios (RAWLS, 2016, p. 14).

A escolha partiria de uma reflexão racional, definindo-se de uma vez por todas o que será erigido como justo ou injusto. “A escolha que seres racionais fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora, que esse problema de escolha tem solução, define os princípios da justiça” (RAWLS, 2016, p. 14).

A posição original de equidade corresponderia ao estado de natureza da teoria do contrato social e se caracterizaria pelo desconhecimento geral quanto aos lugares assumidos na sociedade, ao *status* social, à sorte na distribuição das vantagens, às habilidades naturais, ao grau de inteligência, à força e congêneres. Rawls presume ainda que as pessoas não conheceriam suas concepções do bem nem “propensões psicológicas especiais” (RAWLS, 2016, p. 15).

Nessa situação inicial de igualdade, as pessoas estariam acobertadas pelo véu da ignorância, a impedir que as pessoas objetivassem favorecer a si mesmas durante a eleição dos princípios de justiça. As contingências de circunstâncias sociais e a loteria natural seriam

totalmente desconsideradas. A possibilidade de seus objetivos espirituais serem confrontados, tais quais os de outras pessoas, levaria os homens a não serem extremistas nem opressores das liberdades individuais, com vistas a se garantirem contra as piores eventualidades.

As partes saberiam apenas *(i)* que a sociedade se sujeita às circunstâncias da justiça e às consequências disso decorrentes; e *(ii)* os fatos genéricos sobre a sociedade humana, como arranjos políticos e princípios da teoria econômica, a base da organização social e leis da psicologia (RAWLS, 2016, p. 167).

Parte-se do pressuposto, ainda, que as partes na posição original são racionais – apresentam um conjunto coerente de preferências, dentre as possíveis – e objetivam proteger suas liberdades, ampliar suas oportunidades e as formas de promover os seus objetivos (RAWLS, 2016, p. 173-174).

Considerando todos se encontrarem em posições semelhantes, os princípios resultariam de um pacto justo, haja vista ninguém querer, ao retirar o véu da ignorância, ser subjugado frente à vontade da maioria ou desprezado durante a distribuição das vantagens oriundas do esforço comum.

Parece razoável supor que as partes na situação original são iguais. Isto é, todos têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; todos podem fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação, e assim por diante. É óbvio que a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas morais, como criaturas que têm uma concepção do próprio bem e estão capacitadas a ter um senso de justiça. Considera-se que o fundamento da igualdade é a similaridade nesses dois aspectos. Os sistemas de fins não são classificados segundo seu valor, e presume-se que cada pessoa tem a capacidade necessária para entender quaisquer princípios adotados e agir em conformidade com eles. Junto com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam em condição de igualdade, quando não há ninguém que esteja em vantagem ou desvantagem em razão de contingências naturais ou sociais (RAWLS, 2016, p. 23).

Seria a posição original de equidade, segundo Rawls, o “*status quo* apropriado”, capaz de gerar consensos fundamentais equitativos, aptos a resolver, justamente, os conflitos de interesses subsequentes (RAWLS, 2016, p. 15).

Nessa situação hipotética, exigir-se-ia um exercício de empatia, com vistas a assegurar o maior número possível de vantagens a todos, exatamente por não se saber em que posição cada indivíduo se apresentará. Sendo assim, Rawls aduz ser improvável a escolha do utilitarismo como preceito basilar para a pacificação dos conflitos, afinal, não haveria motivo para se aceitar, para si, a perda duradoura de direitos, com vistas a gerar um saldo líquido maior de satisfação (RAWLS, 2016, p. 17).

A justiça como equidade, defendida pelo aludido Autor, teria início na escolha dos princípios de justiça em uma posição original de equidade. Seguidamente, caberia aos homens escolherem uma Constituição e uma legislatura – com vistas à edição de leis – e, assim por diante, a criação das instituições fundamentais, tudo de acordo com os princípios outrora elegidos (RAWLS, 2016, p. 16).

[...] supondo-se que a posição original defina um conjunto de princípios (isto é, que seja escolhida determinada concepção de justiça), então será verdade que, quando as instituições sociais atendem a esses princípios, seus participantes podem afirmar que estão cooperando em condições com as quais concordariam se fossem pessoas livres e iguais cujas relações mútuas fossem equitativas. Todos considerariam seus arranjos sociais como satisfazendo as estipulações que aceitariam em uma situação inicial contendo restrições razoáveis e amplamente aceitas à escolha de princípios. O reconhecimento geral desse fato seria o fundamento da aceitação pública dos princípios correspondentes da justiça (RAWLS, 2016, p. 16).

Desse modo, em que pese não se conceber nenhuma sociedade como um sistema no qual seus integrantes ingressam voluntariamente em seu âmago – falando-se de forma literal – poder-se-ia considerar como um sistema voluntário, tanto quanto possível, aquelas nas quais fossem satisfeitos os princípios da justiça como equidade, porquanto decorreriam da racionalização de pessoas morais, livres, iguais, mutuamente desinteressadas (nos interesses alheios) e em comum acordo, estipulando obrigações autoassumidas (RAWLS, 2016, p. 16 e 23).

Traçado o panorama da situação inicial de igualdade, convém analisar quais seriam os princípios que essa sociedade elegeria para pacificar os conflitos de interesse originados após a supressão do véu de ignorância.

5.3.3 Princípios da justiça

Consoante doutrina de Rawls, as pessoas em posição original de equidade elegeriam dois princípios de justiça, quais sejam, de liberdade igual e da diferença (ou equidade). Eles serviriam para apaziguar os conflitos de interesse oriundos das contingências de circunstâncias sociais e das dotações naturais, através da distribuição de riquezas com vistas ao proveito da comunidade, como um todo (RAWLS, 2016, p. 18).

O aludido Autor parte do paradigma de que o favorecimento por talento natural ou por contingência de posição social não podem ser suscitados como mérito pessoal, devendo, por ser assim, os frutos deles decorrentes ser divididos com os menos afortunados, em apanágio e efetivação aos princípios da justiça.

Objetivando equilibrá-los, Rawls defende a classificação serial dos princípios, é dizer, seria preciso promover uma ordenação para as suas aplicações, figurando o princípio da liberdade em primeiro lugar, de modo que as liberdades iguais condicionariam o arranjo das desigualdades de riqueza e autoridade (RAWLS, 2016, p. 53). Seguindo essa toada, não seria concebível subverter as iguais liberdades fundamentais a pretexto de compensação por maiores vantagens sociais ou econômicas.

Objetivando esclarecer por quais razões as pessoas escolheriam os dois princípios de justiça dentre todos os outros possíveis, Rawls leciona que, assim agindo, as pessoas garantiriam a proteção dos direitos fundamentais e se blindariam contra as piores eventualidades, o que lhes permitiria satisfazer as exigências do compromisso assumido na posição original de equidade. Além disso, diante da publicidade de que a estrutura básica da sociedade atende aos princípios, restaria assegurado aos homens o seu autorrespeito, elementar para a consciência do respeito mútuo (RAWLS, 2016, p. 215-220).

Tais princípios ostentariam as características da publicidade (de conhecimento acessível a todos os cidadãos, de qualquer geração, servindo como uma carta pública de diretrizes), universalidade (aplicáveis a todos, indistintamente, porquanto sejam pessoas morais) e incondicionalidade (sempre aplicáveis, dentro das circunstâncias da justiça), conforme Rawls (2016, p. 160-161).

Nesse pórtico, e porquanto vislumbrados à margem das contingências naturais e sociais, os princípios de justiça seriam as balizas utilizadas na pacificação dos litígios.

Devemos organizar e respeitar as instituições sociais segundo a orientação dos princípios da justiça e do direito. As conclusões alcançadas a partir desses princípios também se sobrepõem às da prudência e às do interesse próprio. Isso não quer dizer que esses princípios insistam no sacrifício de si mesmo, pois, ao elaborar a concepção do direito, as partes levam em conta seus interesses da melhor maneira possível. As exigências da prudência pessoal já receberam um peso apropriado dentro do sistema integral de princípios. O esquema completo é definitivo no sentido de que, quando o curso do raciocínio prático que define chega a uma conclusão, a questão está resolvida. As reivindicações de arranjos sociais já existentes e de interesse próprio já foram devidamente levadas em conta. Não podemos considerá-las uma segunda vez no final porque não gostamos do resultado (RAWLS, 2016, p. 164).

5.3.3.1 Princípio da liberdade igual

Rawls (2016, p. 73) enuncia o princípio da liberdade da seguinte forma: “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”.

Para tanto, a liberdade pode ser enunciada, em termos gerais, como a prerrogativa (ou falta dela) de se estar livre (ou não) desta ou daquela restrição para fazer, ou deixar de fazer, determinada ação. E, para além da permissividade de se agir ou deixar de agir, a liberdade pressupõe que o governo e as outras pessoas sejam obrigados a não a obstruir, de modo que a ninguém será dado opor-se à conduta alheia que esteja concorde com os princípios os quais também seriam adotados para justificar seus atos para com os demais, em semelhantes condições (RAWLS, 2016, p. 248-249, 267).

O referido doutrinador erige a liberdade ao patamar de padrão principal da convenção constituinte, devendo esta necessariamente vaticinar (principais requisitos) sobre: *(i)* liberdades fundamentais individuais, de consciência e de pensamento e *(ii)* um processo político justo (RAWLS, 2016, p. 244).

Para aplicar o escólio de Rawls, é preciso compreender as liberdades fundamentais de forma conjunta, ou seja, em condições razoavelmente favoráveis, as liberdades serão definidas de forma tal que cada uma delas possa ser, ao mesmo tempo, assegurada em grau máximo. Durante a constituinte, caberá às partes decidirem sobre o alcance de cada liberdade, de modo a produzir o melhor sistema global de liberdades.

Embora as iguais liberdades possam, portanto, ser limitadas, esses limites estão sujeitos a certos critérios expressos pelo significado da liberdade igual e pela ordenação seriada dos dois princípios de justiça. À primeira vista, há duas maneiras de infringir o primeiro princípio. A liberdade é desigual quando uma classe de pessoas tem mais liberdade que outra, ou quando a liberdade é menos extensa do que deveria ser. Todas as liberdades da cidadania igual devem ser as mesmas para todos os membros da sociedade (RAWLS, 2016, p. 250).

É importante pontuar que a liberdade exsurge, para Rawls, como condição *sine qua non* para a construção de uma sociedade democrática, no seio da qual cada cidadão viverá segundo suas próprias convicções daquilo que entende conferir valor moral a sua vida, respeitadas as liberdades dos demais. Bem dizer, aos indivíduos se confere o crivo de suas ações, de modo a não se cogitar – nem tolerar – o escambo da liberdade por alguma vantagem econômica.

A liberdade é respeitada como condição primeira de uma sociedade democrática em razão de se conferir igual valor moral a todas as pessoas. É por esse motivo que a estrutura básica da sociedade precisa conferir suporte institucional apropriado para cada um desenvolver suas potencialidades e se direcionar segundo as próprias convicções e valores morais – a definirem qual o rumo na vida e interesses a serem alcançados, conferindo o autorrespeito.

Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundamentada na justiça ou, como dizem alguns, no direito natural, à qual nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode se sobrepor. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique com um bem maior partilhado com outros. [...] em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo dos interesses sociais (RAWLS, 2016, p. 34).

5.3.3.1.1 *Liberdades fundamentais em espécie*

Segundo o escólio de Rawls (2016, p. 242), é necessário integrar as liberdades da cidadania igual à Constituição, bem assim mecanismos de sua proteção, no afã de oportunizar o sistema político da democracia constitucional.

Teriam importância, por exemplo, as liberdades *(i)* política de exercer o voto e cargo público; *(ii)* de expressão e reunião; *(iii)* de consciência e pensamento; *(iv)* individual, entendida como o direito à integridade física e psicológica; *(v)* enquanto direito à propriedade pessoal e *(vi)* contra prisão e detenção arbitrárias, entendidas como *liberdades fundamentais* (Rawls, 2016, p. 74).

Nessa linha de raciocínio, Weber (2013, p. 161), pontua o direito de propriedade pessoal como direito fundamental a ser assegurado na constituição: “Ele é essencial para o desenvolvimento das faculdades morais citadas [senso de justiça e concepção do bem], pois ‘proporciona uma base material suficiente para a independência da pessoa e um sentimento de autorrespeito’”.

Seriam essas liberdades, portanto, acobertadas pela prioridade estatuída ao primeiro princípio de justiça, enquanto as demais, destituídas da condição de “fundamentais”, não fariam parte do primeiro princípio – tais como a liberdade contratual e o “direito a certos tipos de propriedade” (RAWLS, 2016, p. 75).

5.3.3.1.2 *Liberdade e autorrespeito*

Rawls (2016, p. 112) assevera ser assegurada uma liberdade igual a todos, para se tentar realizar qualquer plano de vida que se lhe agrade, uma vez respeitadas as condições da justiça.

Para ele, o bem de cada pessoa consiste na realização – bem-sucedida – de um plano racional de vida definido por si mesmo, com vistas ao autorrespeito (RAWLS, 2016, p. 535).

O autorrespeito é definido, ao seu passo, sob dois aspectos: *(i)* o primeiro diz respeito à ideia que cada um possui de si mesmo, de seu próprio valor, sua convicção de valer a pena realizar a sua concepção do próprio bem; e *(ii)* o segundo alude à confiança na própria capacidade de alcançar o projeto de vida desejado.

Quando achamos que nossos planos têm pouco valor, não podemos realiza-los com prazer nem nos deleitar com sua execução. Nem podemos continuar nossos esforços quando somos assolados pelo fracasso e pela insegurança. Está claro, então, o motivo por que o autorrespeito é um bem primário. Sem ele, parece que não a pena fazer nada, ou, se alguma coisa tem valor para nós, falta-nos disposição para lutar por ela. Todos os desejos e todas as atividades se tornam vazias e fúteis, e naufragamos na apatia e no ceticismo (RAWLS, 2016, p. 544).

Se não houver a percepção de que os esforços individuais são respeitados pelos outros, difícil será manter a convicção segundo a qual seria viável promover os objetivos pessoais. Segundo Rawls, normalmente, o autorrespeito depende do respeito dos outros. Nesse interim, as partes aceitariam o dever natural do respeito comum, haja vista que “aqueles que respeitam a si mesmos têm muito mais probabilidade de respeitar uns aos outros, e vice-versa. O desprezo por si próprio conduz ao desprezo pelos outros e ameaça o bem desses outros tanto quanto a inveja o faz” (RAWLS, 2016, p. 219).

Sendo assim, garantindo as liberdades fundamentais na posição original enquanto primeiro princípio de justiça, é possível dar apoio e guarida ao autorrespeito, permitindo aos cidadãos da democracia constitucional seguirem suas vidas conforme os projetos de vida desejados.

5.3.3.1.3 Proteção das liberdades pelo império da lei

Uma vez erigidas as liberdades em sede constitucional, é preciso respeitá-las também na edição das leis, que descerão a minúcias e regerão as condutas dos cidadãos.

Rawls define um sistema legal como ordem coercitiva de normas públicas destinadas a ordenar condutas e prover a estrutura da cooperação social (RAWLS, 2016, p. 291). Segundo ele, as leis só são aceitas como tais se for possível executá-las.

Leis e comandos só são aceitos como leis e comandos se em geral se acredita que é possível obedecê-los e executá-los. Se houver dúvidas quanto a isso, é de presumir que os atos das autoridades têm algum outro objetivo que não o de organizar a conduta dos cidadãos (RAWLS, 2016, p. 293).

O Autor sobredito também esclarece que os casos semelhantes deverão receber tratamento semelhante, assegurando-se as legítimas expectativas dos cidadãos diante dos

standards de conduta guiados pelos princípios da justiça, limitando, por conseguinte, a atuação discricionária dos juízes e demais autoridades. “Se as leis são diretrizes com o intuito de orientar pessoas racionais, os tribunais devem preocupar-se com a aplicação e o cumprimento dessas leis da maneira apropriada” (RAWLS, 2016, p. 293-295).

Em uma sociedade fundada nos princípios da justiça, o princípio da legalidade encontrará fundamento sólido na convenção social criada por pessoas racionais que querem instituir, para si, o grau máximo de liberdade. Se as leis refletem os ditames da liberdade, então as partes quererão que se preserve o império da lei (RAWLS, 2016, p. 297).

5.3.3.1.4 *Limitações à liberdade*

Partindo da classificação serial dos princípios e da impossibilidade de violação das liberdades fundamentais sob a justificativa de compensação por maiores vantagens sociais ou econômicas, Rawls aduz somente ser possível restringir o alcance de uma liberdade, em condições ideais, quando ela for obstáculo à efetivação de outra liberdade igualmente fundamental.

A liberdade é um padrão de convivência determinado por formas sociais. O primeiro princípio requer simplesmente que certos tipos de leis, aquelas que definem as liberdades fundamentais, se apliquem igualmente a todos e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos. A única razão para restringir as liberdades fundamentais e torná-las menos extensas é que, se isso não fosse feito, interfeririam umas com as outras (RAWLS, 2016, p. 77).

Sendo assim, sopesando-se as liberdades iguais, só seria possível mitigar a aplicação de uma delas para evitar uma injustiça ainda maior – uma perda mais acentuada de outras liberdades.

Segundo Lois (2005, p. 49), Rawls não admitiria a faculdade de se abalar direitos fundamentais. Somente a partir de sua defesa incondicional seria possível construir um consenso constitucional justo.

Todavia, em situações excepcionalíssimas, quando as circunstâncias sociais do momento impedirem a instituição das liberdades, admitir-se-á restringir o valor da liberdade por uma melhoria do bem-estar econômico; todavia, a mitigação deverá ser mantida em curso apenas enquanto tal medida for necessária para preparar o caminho para o momento no qual não mais se justifique. “Só se pode defender a negação das liberdades iguais quando isso é essencial para alterar as condições de civilização de modo que, no momento apropriado, seja possível desfrutar dessas liberdades” (RAWLS, 2016, p. 185).

Para melhor compreender a temática, convém esclarecer que a liberdade e o valor da liberdade não se confundem. A primeira diz respeito ao sistema completo das liberdades da cidadania igual, enquanto o segundo depende da capacidade dos indivíduos de promoverem seus objetivos dentro da estrutura definida pelo sistema. Nesta senda, a liberdade é a mesma para todos, não havendo de se falar em escambo de uma menor liberdade por um benefício social ou econômico maior. Não obstante, o valor da liberdade não é o mesmo para todos, razão por que o valor menor da liberdade deverá ser compensado⁴⁹.

Essas liberdades têm um âmbito principal de aplicação, dentro do qual só é possível limitá-las ou comprometê-las quando entram em conflito com outras liberdades fundamentais. Já que podem ser limitadas quando se chocam umas com as outras, nenhuma dessas liberdades é absoluta; porém, qualquer que seja a forma pela qual se ajustam em um sistema único, esse sistema deve ser igual para todos (RAWLS, 2016, p. 74-75).

Objetivando aprimorar a qualidade da civilização, poder-se-ia mitigar a aplicação de liberdades fundamentais, porém somente se isso, com o tempo, pudesse maximizar a efetivação dessas e de outras liberdades fundamentais (RAWLS, 2016, p. 668).

As liberdades fundamentais podem ser menos amplas, embora permaneçam iguais, ou podem ser desiguais. Se a liberdade for menos ampla, o cidadão representativo deve, pesando-se tudo, considerar isso um ganho para sua liberdade; e se a liberdade for desigual, a liberdade dos que têm liberdade menor deve ser mais bem garantida. Nos dois casos a justificação precede por referência ao sistema global de liberdades iguais (RAWLS, 2016, p. 303).

Afinal, deve-se avaliar as liberdades fundamentais em conjunto, sendo presumível que sempre haverá uma forma de defini-las de modo a serem asseguradas, simultaneamente, as principais aplicações de cada uma delas – isso em condições “razoavelmente favoráveis” (RAWLS, 2016, p. 249).

Partindo desse pressuposto, as partes presentes na convenção constituinte deverão especificar a aplicação das diversas liberdades, produzindo o melhor sistema global delas, atentando para a diferença entre “regulamentação” e “restrição”, equilibrando-as (RAWLS, 2016, p. 249).

Uma liberdade fundamental coberta pelo primeiro princípio só pode ser limitada em nome da própria liberdade, isto é, só para garantir que essa mesma liberdade, ou outra liberdade fundamental, estará devidamente protegida e para ajustar da melhor maneira o sistema único de liberdades. O ajuste do sistema completo de liberdades depende apenas da definição e da extensão das liberdades específicas (RAWLS, 2016, p. 250).

⁴⁹ E aqui convém fazer um adendo. Valorando a liberdade de modo diferente não se está a defender uma liberdade desigual. Alguns possuem mais autoridade e riqueza que outros e, não se adotando o regime instituído pelo princípio da diferença, as vantagens aos menos afortunados seriam ainda menores.

Não há justiça se a liberdade for negada sem uma razão suficiente.

5.3.3.2 Princípio da diferença

Noutra toada, o segundo princípio, o da diferença, é definido nesses termos: “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos” (RAWLS, 2016, p. 73).

Os efeitos práticos desse princípio entram em cena sobretudo no estágio da legislatura, após a edição da constituição (baseada nos dois princípios de justiça), com vistas a assegurar, nas políticas sociais e econômicas, as expectativas de longo prazo dos menos abastados, em condições iguais de oportunidade (RAWLS, 2016, p. 244).

Para Rawls, a distribuição de riquezas e renda não precisa ser igual, bastando ser vantajosa para todos; se as vantagens percebidas em situação de desigualdade forem revertidas em proveito da comunidade, ela não será injusta: “cada qual deve receber aquilo que os princípios de justiça afirmam que é seu direito, e esses princípios não exigem igualdade” (RAWLS, 2016, p. 388).

Sob essa perspectiva, Rawls afasta a ideia de igualdade formal, tendo em vista não ser esperado ou razoável que os indivíduos agraciados com dotações naturais – de força, sagacidade, etc. – afirmem os mesmos resultados na distribuição das riquezas que qualquer outra pessoa auferiria, sob pena de se desestimular o esforço e interesse na produção dos bens. Rawls sustenta ser preciso criar componentes institucionais capazes de viabilizar que a riqueza produzida pelos mais afortunados, sob a máxima medida, favoreça aos mal-aventurados. Todas as desigualdades deverão, necessariamente, ser justificadas para os menos favorecidos.

Dentro dos limites estabelecidos pelos arranjos básicos, as parcelas distributivas são decididas pelo resultado da loteria natural; e esse resultado é arbitrário do ponto de vista moral. Não há mais motivo para permitir que a distribuição de renda e riqueza seja determinada pela distribuição dos dotes naturais do que pelo acaso social e histórico. Ademais, o princípio de oportunidades equitativas só pode ser realizado de maneira imperfeita, pelo menos enquanto existir algum tipo de estrutura familiar. O ponto até o qual as aptidões naturais se desenvolvem e amadurecem sofre influência de todos os tipos de circunstâncias sociais e atitudes de classe. Mesmo a disposição de fazer esforço, de tentar e, assim, ser merecedor, no sentido comum do termo, depende de circunstâncias sociais e familiares afortunadas (RAWLS, 2016, p. 89).

Isso porque a ninguém é dado o crédito pelas contingências naturais; ninguém é merecedor dos talentos advindos de um “acidente de dotação natural” (RAWLS, 2016, p. 18),

pelo que os benefícios e vantagens decorrentes dessas contingências devem reverter em proveito de toda a coletividade, sobretudo daqueles menos talentosos, os quais se submetem a atividades menos gloriosas e rentáveis – tudo em nome da solidariedade social (fraternidade).

Sendo assim, os menos talentosos, apesar de receberem menos pelo seu trabalho – realizando tarefas não tão bem recompensadas – compreendem a necessidade de se distribuir maiores riquezas para os mais talentosos, tendo em vista a existência de mecanismos institucionais que irão reverter, em proveito geral, os maiores ganhos dos segundos; as desigualdades de riqueza e autoridade são legitimadas pelos arranjos institucionais capazes de resultar em vantagens recompensadoras a todos, é dizer, só serão justificadas se a diferença de expectativas for vantajosa para os indivíduos em situação pior (RAWLS, 2016, p. 94).

O princípio da diferença representa, com efeito, um acordo no sentido de se considerar a distribuição dos talentos naturais em certos aspectos como um bem comum, e no sentido de compartilhar os benefícios econômicos e sociais maiores propiciados pelas complementariedades dessa distribuição. [...] Os naturalmente favorecidos não devem beneficiar-se apenas por serem mais talentosos, mas somente para cobrir os custos de educação e treinamento dos menos favorecidos e para que usem seus talentos de maneira que também ajudem os menos favorecidos. [...] Assim, somos levados ao princípio de diferença se desejarmos configurar o sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido a seu lugar arbitrário na distribuição dos dotes naturais ou de sua posição inicial na sociedade sem dar ou receber benefícios compensatórios em troca (RAWLS, 2016, p. 121-122).

Rawls (2016, p. 122) afirma que as aptidões inatas, por si só, não são justas ou injustas, consistindo em meros fatos naturais. Justa ou injusta será a forma como as instituições lidam com esses fatos. Em uma sociedade constitucional democrática justa, tal distribuição de dotes deverá ser utilizada em benefício comum.

Desse modo, uma vez bem ordenada a estrutura básica da sociedade, segundo os princípios de justiça, as pessoas integrantes dessa comunidade tenderão a [desejar] agir conforme tais princípios e a fazer sua parte, fomentando o senso coletivo de justiça (RAWLS, 2016, p. 217).

5.3.4 Justiça em Rawls e aplicação prática

A teoria rawlsiana de justiça sustenta, primordialmente, a defesa das liberdades fundamentais para a criação de uma democracia constitucional justa. Não é à toa que criou uma ordem serial dos princípios de justiça, de modo que o primeiro princípio é a condição indispensável a partir da qual se sucede o dever de equidade.

É sob essa perspectiva que o presente estudo avoca os ensinamentos de Rawls para aplicá-los na defesa da liberdade fundamental individual, entendida enquanto a propriedade de si mesmo, a legitimar a perquirição pelo ideal de vida desejado por cada cidadão.

O tópico seguinte se destinará a analisar, sob uma perspectiva ética e principiológica, a norma insculpida no Parecer GQ n.º 145 da AGU.

5.3.5 Entendendo a antieticidade do Parecer GQ – 145 da AGU

Segundo a norma insculpida no Parecer GQ – 145 da AGU, aos servidores públicos é vedada a acumulação de cargos públicos em regime semanal superior a sessenta horas. No mesmo compasso, o Ministério do Planejamento expediu a Nota Técnica⁵⁰ SEI nº 5175/2015-MP, ratificando esse entendimento.

Como era de se esperar, a UFRN, por meio de sua Coordenadoria de Acumulação de Cargos, posiciona-se, nos processos administrativos a versarem sobre o assunto, congraçando com a citada norma, razão por que considera ilícita a situação dos seus servidores cujas cargas horárias de trabalho – em vínculos públicos – ultrapassam o limite supradito.

Todavia, em uma análise casuística, esse regramento soou inadequado, por restringir a liberdade dos indivíduos sem uma justa fundamentação.

De início, é importante destacar que o simples fato de um órgão público se comportar de dada maneira, seguindo até mesmo diretrizes normativas, não significará necessariamente que essa é a conduta correta ou apropriada, suplicando os auspícios da análise ética para saber se está tomando o curso correto de ação, ou não, como já diria Brown (1993).

A análise ética, aplicada às organizações públicas, conduzirá à busca pela eficiência, otimização dos recursos e melhores resultados, apurando – dentre os diferentes cursos de ação possíveis – qual é capaz de conferir os maiores ganhos. No presente caso, em uma análise lastreada pela ética normativa, objetiva-se fomentar a discussão sobre o que é o melhor a ser feito, para fins de propor a adoção de um melhor curso de ação ou, quando menos, estimular o debate acadêmico e institucional sobre a fundamentação legitimadora da norma em comento.

Funcionaria, assim, o desacordo suscitado (ao regramento em voga) como uma mola propulsora à inovação, a novas propostas para o Ente Público, visando ao fim da prestação do melhor serviço.

⁵⁰ Segue trecho da Nota Técnica sobredita: “a acumulação lícita de cargos no âmbito da Administração Pública Federal deve observar a compatibilidade de horário e jornada de trabalho *não excedente a 60 (sessenta) horas semanais*”. (Grifos acrescidos).

Atentando detidamente ao assunto, parece que a não aplicação da norma restritiva veiculada no Parecer da AGU corresponderia ao melhor curso de ação. Tal proposição, apesar de parecer, não é tão simples, afinal, vai de encontro a uma prática há anos em curso que, para além de assento em uma cultura organizacional, se apoia em preceitos legais sólidos e, por enquanto, vigentes.

Em uma perspectiva rasa, seria menos afanoso aos órgãos públicos permanecer aplicando a norma restritiva da AGU, afinal, não exigiria novo esforço intelectual, mantendo o curso das coisas como elas são. Esse, não obstante, não é o comportamento esperado de agentes que servem a uma finalidade maior de cooperação social e estão regidos por ordens constitucionais de eficiência e respeito aos direitos fundamentais.

A desídia, incúria com os recursos públicos e o desrespeito para com os cidadãos não são preceitos que atendem ao dever das organizações públicas de promoção do bem comum. É sob essa perspectiva que se propõe a reanálise dos cursos de ação dos processos institucionais, sempre que suscitarem indícios – por menor que sejam – de incoerência ou injustiça, tal qual no caso ora discutido.

Sob o olhar de uma ética de princípios, a norma já citada da AGU malferir um direito fundamental dos servidores públicos, impondo-lhes uma restrição séria, grave e desarrazoada às suas liberdades fundamentais individuais.

Conforme sobremaneira bem explicado pela teoria rawlsiana, a defesa das liberdades fundamentais encontra guarida como valor primeiro de uma democracia constitucional, assim sendo para que cada um dos cidadãos possa projetar o próprio curso de vida seguindo os valores desejados – obviamente, desde que não desrespeitem as liberdades dos seus iguais.

Há quem projete, no trabalho, o ideal de sua plena realização, entendendo-o como elemento capaz de trazer o mais alto nível de satisfação pessoal. Se é de sua vontade assumir a realização profissional como projeto de vida, a ninguém será dado impedir ou obstaculizar o trabalho – lícito – de outrem.

Sob a perspectiva de uma sociedade democrática constitucional, não caberia ao estado ocasionar tamanha ingerência na vida privada dos seus cidadãos, os quais, enquanto seres racionais e moralmente iguais, possuem a total capacidade de deliberar – por si mesmos – se dado arranjo de rotina laboral atende ou não aos seus interesses, ao que elegeram como curso ideal de vida.

Sob esse aspecto, é importante enfatizar que se está a defender a liberdade fundamental individual da propriedade de si mesmo, entendida como a faculdade de se realizar certo curso de ação, sem a ingerência descomedida de quem quer que seja, pela

simples razão de existir vontade para tanto e não haver prejuízo à liberdade de nenhuma outra pessoa.

É preciso lançar um olhar mais aprofundado e atinado à temática, para que não se lhe reduza a uma mera regulação do trabalho do servidor público pelo ente estatal. A razão de se contestar o regramento discutido tem por fundamento primeiro o direito, dado a cada um dos indivíduos, de se autodeterminar da maneira que lhes aprouver, entendidos como agentes racionais, morais, capazes de fazer boas escolhas, dentre as diversas perspectivas disponíveis.

Nenhuma objeção será feita ao servidor que decidir, por si mesmo, laborar em regime de sessenta, quarenta, ou até vinte horas semanais. Não se pretende valorizar aquele que trabalha mais de sessenta horas em detrimento dos demais. O que ora se sustenta é que não caberá aos comuns, ou ao estado, ditar o modo de vida de quem quer que seja. Se lhes for de vontade, é esperado que todos respeitem a decisão tomada. Porém, não se pode concordar com a restrição imposta pelo estado àquele que resolver trabalhar mais de sessenta horas semanais.

O presente estudo não pretende convencer sobre o valor do trabalho; objetiva sim, sem sombra de dúvidas, resguardar o direito fundamental da propriedade de si mesmo, por meio de uma ode à liberdade.

Naturalmente, nem sempre se tratará apenas do desejo de fazer do trabalho um projeto de vida – há quem desse modo se realize, e isso não é motivo para censura. Haverá também quem assim o faça por *status* social, para galgar maiores vantagens pecuniárias e poder usufruir daquilo que o dinheiro é capaz de oferecer. O fato é que não se está querendo defender a moralidade ou nobreza da motivação pela qual o servidor é levado a trabalhar em regime de mais de sessenta horas semanais, romantizando a discussão. Defende-se a liberdade individual do servidor de agir conforme lhe aprouver, enquanto dono de sua própria consciência e único condutor dos atos de sua vida. Trata-se liberdade de ser quem se quer ser.

Cabe ao estado funcionar como garantidor das liberdades fundamentais do cidadão. Não adianta eleger tal axioma como preceito basilar de uma sociedade e, contraditoriamente, expedir norma que faz letra morta a sua convenção social. O princípio da liberdade deve orientar a edição de toda e qualquer norma que venha a ser estabelecida, para que o estado não prejudique um direito fundamental do cidadão.

Aqui avulta importante o sentido do autorrespeito, o qual é precedido do reconhecimento e da defesa das liberdades fundamentais. Se é da escolha livre e consciente de alguém trabalhar quantas horas lhe forem possíveis e desejáveis, porque o estado haveria de se intrometer nesse assunto, sentindo-se no direito de ditar o que pode ou não ser feito? Ora,

em respeito à liberdade individual, deve ser rechaçado esse tipo de paternalismo enviesado pelo ente público.

Bem se vê, a norma veiculada no Parecer da AGU não se trata de simples regulação da forma de trabalho dos servidores públicos, mas desemboca em injusta restrição da liberdade daqueles que conseguem e desejam laborar em dois vínculos públicos, em regimes que – somados – ultrapassam as sessenta horas semanais de labor.

Toda essa linha de argumentação leva em conta que a liberdade laboral defendida não vergasta as liberdades fundamentais de outrem, nem o interesse público, enquanto bem comum, pela existência de compatibilidade de horários e cumprimento das jornadas de trabalho perante seus dois vínculos. Seguindo a doutrina de RAWLS, não seria o caso sequer de sopesar princípios (haja vista nenhum outro estar sendo confrontado com a liberdade do servidor público).

Se, em análise casuística, restar comprovado o prejuízo ao estado, então deveria, sim, ser restringido o regime de trabalho do servidor, afinal, revelaria um dano à coletividade – ante à malversação dos recursos e serviço públicos – pelo que seria necessária a diminuição da extensão da liberdade individual com vistas a assegurar uma otimização das liberdades coletivas asseguradas pelos recursos públicos.

Isso, todavia, só será passível de análise diante de casos concretos, nos quais será apurado se há ou não conflito de horários, tempo suficiente para deslocamento e alimentação do servidor, bem assim de momento dedicado ao lazer e ao descanso semanal. O que não se pode é restringir, abstratamente, em todo e qualquer caso, a acumulação de cargos em regime semanal superior a sessenta horas.

Laborar em regime superior à sessenta horas não carrega, por si só, uma potencialidade de dano ou prejuízo ao ente público, ou outrem. Uma vez comprovada a plena compatibilidade de horários entre os dois vínculos públicos, qual seria a razão de ser dessa norma? Decerto que nenhuma, senão uma infundada ingerência estatal na liberdade individual do servidor.

Noutra toada, e seguindo os ditames de Rawls, a citada norma ainda seria objetada sob outra perspectiva, a da igualdade.

Isso porque a limitação de carga horária de trabalho diz respeito tão somente à acumulação de dois cargos públicos, não se aplicando a um cargo público acumulado com outro privado ou com serviços prestados na qualidade de autônomo, ainda que sejam oferecidos para um ente público. É dizer, um professor ocupante de cargo público, em regime de quarenta horas semanais, pode exercer outra atividade laborativa – ou até mesmo a

docência – em uma instituição privada, pela carga horária semanal que bem entender no órgão privado. Um médico poderá ocupar um cargo público de quarenta horas semanais e dar plantões – na qualidade de autônomo – quantas vezes quiser e lhe for fisicamente possível, ainda que seja a um ente público.

Essa situação nos leva a questionar o porquê de se restringir a carga horária apenas daquele que ocupa dois cargos públicos; prova, de forma incontestada, ser um impedimento ensimesmado. Proíbe-se sem um justo motivo.

Rawls ensina que as desigualdades sociais só se legitimam quando seus frutos são capazes de se reverter no proveito de toda a coletividade, sobretudo dos menos favorecidos.

Qual o proveito para a comunidade, então, conferido por aqueles que acumulam um cargo público com outro privado (ou serviço autônomo) que não poderia ser igualmente oferecido por aqueles que laboram em dois vínculos públicos? Não se sabe.

A capacidade de prestar serviços autônomos ou a ente privado nem de longe se afigura como uma contingência ou dote natural, ou algo que precise ser estimulado para a produção de maiores riquezas para a coletividade. O proveito social poderá ser o mesmo, independentemente da natureza do segundo cargo (considerando o primeiro ser público).

Bem se vê, ambas as situações demandam o mesmo tipo de tratamento, pois se baseiam em similitudes fáticas marcantes. É fato que o tratamento desigual, nesse caso, não favorece à coletividade, funcionando como um instrumento mesmo de opressão e tratamento diferente àqueles que faziam jus ao mesmo tipo de regulamentação.

Cumprе rememorar ser a igualdade um traço marcante do primeiro princípio da justiça de Rawls, donde advém o direito a todos conferido de seguir e utilizar-se das regulamentações sociais de maneira uniforme, sempre que não se demandar um olhar especial pela singularidade de circunstâncias.

Tamanha injustiça revela, à toda evidência, que a norma apoiada no Parecer GQ 145 da AGU deve ser desconsiderada, de modo que será preciso subverter o sistema nos casos em que os processos institucionais calcarem-se nessa norma, por não traduzirem os valores fundamentais sufragados pela coletividade.

Essa análise ética, por si só, já seria contundente para afastar a aplicação do parecer, especialmente porque a Constituição Federal brasileira sufraga os valores da liberdade e igualdade como preceitos fundamentais. Adiante, esses axiomas serão tratados sob um prisma eminentemente jurídico.

6 UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE E IGUALDADE

6.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal Brasileira repousa soberana no ordenamento jurídico do país, servindo como norte e paradigma para a edição de todas as regras e princípios subsequentes, irradiando os limites dessa normatização ordinária.

A supremacia constitucional, por conseguinte, se reveste da condição de validadora de todas as normas jurídicas, “na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, a chamada nomogênese jurídica [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 58).

A Constituição, porque fruto de uma manifestação especial da vontade do povo, é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – leis em geral – de modo que as leis ordinárias não subsistirão validamente se incompatíveis com a Carta Magna (BARROSO, 2017, p. 338).

Dentre as matérias que se dispôs a versar, reservou aos direitos fundamentais o mais alto grau de atenção, por se tratarem de valores caros ao Estado Democrático de Direito, referenciados desde o preâmbulo da Carta Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Consoante Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 59 e 174), direitos fundamentais são aqueles, por essência ou natureza, imprescindíveis à afirmação do homem e de sua dignidade – sendo esta (a dignidade) entendida como um predicado da personalidade, correspondente à integridade física e psicológica dos cidadãos, enquanto autodeterminação consciente, alinhada a um componente normativo, a reclamar a sua concretude.

Trata-se de princípio com um visível fundamento ético que é anterior ao direito e à sua posituação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana, mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais (BONIFÁCIO, 2008, p. 175).

Dessarte, os direitos fundamentais encontram fundamento material na dignidade da pessoa humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 312).

Conforme lição de Maria Garcia (2011, p. 774), forte em doutrina de Lassalle, são considerados fundamentais os direitos concomitantemente: *(i)* básicos, alicerces do ordenamento; *(ii)* a servir de fundamento para os demais direitos e *(iii)* de existência necessária.

Consoante escólio de Gilmar Mendes et al. (2010, p. 315-316), esses direitos são universais, assim entendidos por serem assegurados a todas as pessoas, bastando a qualidade de “ser humano” para a titularidade dos direitos – com a ressalva daqueles a se dirigirem a certos grupos de indivíduos, como aos trabalhadores, por exemplo.

Os direitos fundamentais são ainda de valor histórico, afinal, porquanto não sejam absolutos – admitindo o sopesamento na aplicação de direitos aparentemente em conflito – devem ser compreendidos tomando em conta o contexto histórico em curso (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 317).

Gilmar Mendes et al. (2010, p. 319-320) faz a ressalva segundo a qual, em que pese alguns autores apontarem a característica da indisponibilidade dos direitos fundamentais, nem todos serão marcados por essa qualidade, exatamente pela dignidade da pessoa humana traduzir o direito à autodeterminação, bem assim a possibilidade de serem restringidos “em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional”.

Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade – ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 319).

Os direitos fundamentais são ainda personalíssimos e imprescritíveis, em razão de ser possível exigir-se lhes a qualquer tempo (BONIFÁCIO; 2008, p. 91).

Diante desse cenário, os direitos fundamentais funcionam como parâmetros de organização e limitação dos poderes do Estado, afinal, em virtude de sua guarida constitucional, “os atos dos poderes constituídos [Executivo, Legislativo e Judiciário] devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 321).

É preciso ter em mente que, conforme expressa previsão constitucional do art. 5º, § 1º⁵¹, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, justificável pelo desinteresse de se fazer inaplicável certo direito pela omissão do legislador ordinário, por exemplo. O objetivo é garantir efetividade aos direitos fundamentais, e não lhes esvaziar o conteúdo. Segundo Gilmar Mendes et al. (2010, p. 328), “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”.

Verifica-se, portanto, que a partir do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, é possível sustentar a existência – ao lado de um dever de aplicação imediata – de um dever, por parte dos órgãos estatais (mas com ênfase nos órgãos jurisdicionais, a que incumbe inclusive a revisão dos atos dos demais entes estatais nos casos de violação da Constituição), de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais. Nesta perspectiva, por terem direta aplicabilidade, as normas de direitos fundamentais terão a seu favor pelo menos uma presunção de serem sempre também de eficácia plena [...]. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 370).

Segundo Gilmar Mendes et al. (2010, p. 308-309), a preocupação com a tutela dos direitos fundamentais emergiu a partir da mudança de perspectiva quanto ao sujeito de primazia na relação política, passando, para o indivíduo – ao invés do Estado – o centro da defesa normativa. De acordo com tais autores, os cidadãos têm, primeiro, direitos, para depois cumprir os deveres para com o Estado, cujos direitos destes, em relação ao indivíduo, são ordenados visando ao bem dos cidadãos.

6.1.1 Gerações de direitos fundamentais

Analisados sob uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais podem ser estudados em três gerações, assim entendidas em virtudes dos diferentes momentos nos quais os interesses passaram a ser tutelados pelo Estado.

A primeira delas diz respeito aos direitos previstos nas Revoluções Americana e Francesa, os quais, por serem os primeiros a se positivar, recebem a designação de direitos de *primeira geração*, atinentes às liberdades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 309).

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens,

⁵¹ “Art. 5º [...].

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[...].”

ostentando, pois, pretensão universalista (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 309).

Tratam-se de direitos do indivíduo perante o Poder Público, delimitando uma “zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”, configurando-se em verdadeiro direito de resistência e oposição ao Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 314).

Seguidamente, o descaso do Estado Liberal em face dos direitos sociais, somado à crescente industrialização em marcha e ao agravamento das desigualdades econômicas e sociais, culminou em novas reivindicações, suplicando ao Estado uma postura positiva, na realização da justiça social, desembocando nos direitos de *segunda geração*, atinentes à assistência social, saúde, educação, trabalho, conferindo igualdade substancial aos seus membros (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 309-310).

Para Paulo Bonavides (2010, p. 48), esse segundo momento é marcado por uma maior atenção à justiça, porque a liberdade já vinha reconhecida e positivada nos ordenamentos constitucionais, enquanto a justiça “como anseio e valor superior, estava ainda longe de alcançar o mesmo grau de inserção, positivação e concreção”.

Diferentemente dos direitos de primeira e segunda geração, que comportam interesses sobremaneira individuais, os direitos de *terceira geração* dão azo a interesses difusos ou coletivos, concebidos para a proteção de grupos, atinentes à paz, qualidade do meio ambiente, conservação do patrimônio histórico e cultural e ao desenvolvimento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 310).

É importante dizer que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet et al. (2017, p. 312), o fato de se aludir, didaticamente, a três gerações não significa que uma derogou ou sucedeu a outra; todas permanecem válidas e vigoram conjuntamente, interagindo os direitos de cada geração com os das outras.

6.1.2 Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais desempenham certas funções no ordenamento jurídico. Nesse interim, convém suscitar a teoria que os classifica em direitos *(i)* de defesa; *(ii)* de prestação e *(iii)* de participação.

Os direitos de defesa são aqueles que obrigam o Poder Público a se abster de interferir na autodeterminação do indivíduo, limitando o agir do Estado. Gilmar Mendes et al. (2010, p. 332) aduzem enquadrar-se nessa categoria, dentre outros, a liberdade de exercício de trabalho,

ofício ou profissão e a inviolabilidade da vida privada e da intimidade, previstas no art. 5º, X e XIII⁵², ambos da Constituição Federal.

Esses direitos são marcados por uma prestação negativa do Estado, obrigando este à não afetação das liberdades e dos demais direitos protegidos.

Os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdades dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos. O Estado está jungido a não estorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente. Desse modo, ao Estado veda-se criar censura prévia para manifestações artísticas, ou impedir a instituição de religiões, ou instituir pressupostos desmesurados para o exercício de uma profissão (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 333).

Para Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 111-112), os direitos de defesa tanto dizem respeito à necessária abstenção do Estado, em defesa das liberdades, quanto ao dever de garantir o desfrute desses mesmos direitos. O referido autor, amparado na doutrina de Robert Alexy, vaticina os direitos de defesa concentrarem-se em três posições: *(i)* a primeira delas diz respeito ao Estado não impedir ou obstaculizar as liberdades dos cidadãos; *(ii)* a segunda atine à não intervenção do Poder Público em situações como a liberdade psíquica do indivíduo e *(iii)* a terceira corresponde ao direito à não eliminação de posições jurídicas.

Segundo Gilmar Mendes et al. (2010, p. 334), as normas que vaticinam sobre direitos de defesa são auto executáveis, ainda que comportem termos de significação vaga e aberta, haja vista ser possível, na maioria das vezes, o próprio intérprete determinar seus conteúdos, pela via hermenêutica.

Noutra toada, dá-se a designação de direitos de prestação àqueles a reclamarem uma atuação positiva do Poder Público, no afã de atenuar desigualdades, em prol da justiça social. Partem do paradigma segundo o qual é dever do Estado libertar os cidadãos de necessidades, sendo imprescindível a atuação desse, mediante prestação positiva, que pode ser tanto material quanto jurídica (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 334-335).

São exemplos de direitos de prestação aqueles à educação, saúde, segurança, previdência social, lazer, dentre outros.

Esses direitos servem à realização do direito à igualdade, no plano material (BONIFÁCIO, 2008, p. 114).

⁵² “Art. 5º [...].

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]”

Correspondem aos direitos de segunda dimensão, produto do Estado Social, exigindo-se, como regra, uma efetiva atuação do Estado em função de assegurá-los, por meio de ações que envolvem decisões políticas, com repercussões em outras áreas, como a economia, a orçamentária etc. Parte-se da premissa de assegurar a justiça material às pessoas, para além das liberdades públicas, segundo uma atuação do Estado, que possibilite suprimir as necessidades e carências das pessoas, fazendo-se do atuar da Constituição um fluir das condições imprescindíveis a uma vida digna (BONIFÁCIO, 2008, p. 114).

Gilmar Mendes et al. (2010, p. 334) traçam um paralelo entre os direitos de defesa e de prestação, aduzindo a necessidade de o Ente Público adotar comportamentos ativos, em defesa da justiça social e erradicação das desigualdades, para ser possível o indivíduo desfrutar, efetivamente, das suas liberdades.

Ao lado desses direitos, há também os de participação, atinentes à garantia de participação dos cidadãos na formação da vontade do país, correspondentes aos direitos políticos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 342).

6.1.3 Eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais

Gilmar Mendes et al. (2010, p. 353) elucidam que, historicamente, a defesa dos direitos fundamentais foi pensada tendo como destinatário o Poder Público, com vistas a não prejudicar direitos dos cidadãos. Seguidamente, pela necessidade de mitigar as desigualdades, o Estado também foi concebido como alocutário das normas, todavia agora apresentando uma postura ativa, em defesa da justiça social.

Todavia, grupos econômicos e políticos de peso também poderiam ter o condão de embaraçar os direitos individuais, pelo que tais direitos, em igual medida, necessitariam ser invocados contra outros particulares, tendo-se em mente, inclusive, tratarem-se de normas de eficácia plena, figurando no topo da hierarquia normativa constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 353).

Nessa toada, os direitos fundamentais apresentam eficácia vertical e horizontal, sendo a primeira atinente à relação particular-Estado e a segunda ao liame entre particulares.

Consoante já elucidado, é dever do Estado constituir meios à facilitação e realização do exercício dos direitos fundamentais do cidadão, pois, para além de se abster de qualquer prática que vergaste a plena liberdade do indivíduo, deve assumir postura positiva, de efetivação dos direitos fundamentais. Nessa abordagem se vislumbra a eficácia vertical.

Outrossim, quanto à segunda perspectiva, entre particulares, impera a máxima do respeito às liberdades de cada um. Considerando o exercício dos direitos fundamentais não ser

absoluto, porquanto encontre restrições na esfera de direitos do outro, em havendo aparente choque entre direitos fundamentais de cidadãos-iguais, o modal deôntico induz ao sopesamento entre os direitos em conflito, de modo a se alcançar a máxima efetividade de um, a expensas da menor onerosidade possível ao outro. Apenas assim se estaria a promover a efetiva tutela desses direitos.

Ao presente estudo importa a eficácia vertical dos direitos fundamentais, por se estar a analisar uma relação entre Poder Público e administrado.

6.1.4 Direitos fundamentais de igualdade e liberdade

Consoante Gilmar Mendes et al. (2010, p. 450), liberdade e igualdade são dois axiomas da maior importância em nosso ordenamento, pois “formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet et al. (2017, p. 580), desde o movimento revolucionário francês – de 1789 – a relação entre liberdade e igualdade se erigiu como constitutiva do constitucionalismo moderno.

Com efeito, de acordo com a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da igualdade está intrinsecamente ligado à liberdade individual, visto que constitui pressuposto para a uniformização dos regimes das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de determinado ordenamento jurídico (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 580).

A liberdade avulta como importante condição para a auto realização do indivíduo, a quem incumbe as escolhas dos meios hábeis a realizar suas potencialidades. O Estado se justifica, pois, como meio de proteção e estímulo às liberdades, adotando, inclusive, os elementos necessários a assegurar maior igualdade entre todos, “prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 450).

Consoante escólio de Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 484-485), a liberdade assume papel de grande importância no constitucionalismo pátrio, principalmente por ser um dos elementos centrais da dignidade da pessoa humana, quando traz relevo ao *princípio da autonomia*.

De acordo com o que se verifica a partir da dicção do art. 5.º, caput, da CF, a liberdade constitui, juntamente com a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, um conjunto de direitos fundamentais que assume particular relevância no sistema constitucional brasileiro. Tendo em conta que o atual texto constitucional aderiu, em

termos gerais, ao que já vinha sendo parte integrante da tradição do constitucionalismo brasileiro, verifica-se que também para o caso do Brasil é possível afirmar a existência não apenas de um elenco de direitos de liberdade específico (ou direitos especiais de liberdade), como é o caso das liberdades de expressão, liberdades de reunião e manifestação, entre outras, mas também de um direito geral de liberdade. [...] A Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição da liberdade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 484).

Segundo os mesmos doutrinadores (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 486), há um direito geral de liberdade (ou liberdade geral), o qual se encontra aberto à integração com outras liberdades, que não aquelas expressamente tipificadas na Carta Magna. Ele seria uma espécie de cláusula aberta constitucional para liberdades fundamentais especiais não nominadas. “Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de autonomia pessoal que não pode ser apreendido” através de liberdades específicas, com previsão expressa em texto normativo.

Carlos Maximiliano (1891, APUD SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 487) conceitua a liberdade como o direito, dado aos homens, de utilizar as suas faculdades – naturais ou adquiridas – da forma que lhes convier ao mais amplo desenvolvimento da personalidade mesma, encontrando, como único limite, o respeito ao direito idêntico de seus iguais. Trata-se da noção de *autonomia*, a qual, nos dizeres de Leonardo Martins (2012, p. 49-50), constitui-se no elemento central da integridade da personalidade construída por cada indivíduo, enquanto “atributo por excelência da personalidade humana”, afeita à liberdade. Esse autor vaticina que a autonomia se desdobra em três vertentes: *(i)* autodeterminação sobre os próprios destinos e a livre determinação da própria identidade; *(ii)* autoconservação quanto às informações pessoais e *(iii)* autoexposição pública da maneira que aprouver, ou não, a cada um.

É dizer, o direito à liberdade geral repousa na definição de autonomia, enquanto um “direito fundamental de resistência”, o qual concretiza o direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*, o qual já fora inclusive positivado na Constituição Alemã (MARTINS, 2012, p. 49).

Noutra toada, a igualdade, que também se afigura como pedra angular do constitucionalismo moderno, vem regular a noção segundo a qual os direitos e vantagens devem beneficiar a todos, assim como os deveres e encargos devem recair sobre todos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 576).

Porém, é certo que a igualdade se concebe em um plano material, afinal, deve ser dado o mesmo tratamento àqueles a se encontrarem em uma mesma situação, para que não se crie

uma situação de injustiça, aplicando o rigor da lei, em igual medida, a quem não se encontra em posições semelhantes.

Ingo Wolfgang Sarlet et al. (2017, p. 578) sustentam mais duas perspectivas da igualdade, sendo uma delas atinente à proibição de tratamento arbitrário, destituído de critérios razoáveis para a aplicação de tratamentos desiguais.

Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 579).

A outra seria a adoção de medidas para a compensação de desigualdades sociais e econômicas, ao que se convencionou denominar *igualdade social* ou *de fato*.

A igualdade, porquanto seja direito fundamental e possua plena eficácia e aplicabilidade, ordena a atuação de todos os órgãos e ações estatais. Ademais, implica tanto na igualdade na lei – alusiva à exigência ao poder legiferante de não criar fatores de discriminação ilegítimos – quanto naquela perante a lei, essa tocante à sua aplicação pelos demais órgãos do Estado, os quais estão proibidos de aplicá-la segundo critérios seletivos e discriminatórios (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 585).

6.1.5 Limites às restrições de direitos fundamentais

Consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet et al. (2017, p. 389), só serão justificadas as limitações aos direitos fundamentais a guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição.

Por compatibilidade formal deve-se entender a atenção ao procedimento adequado para a imposição de restrições, tendo em vista as normas constitucionais figurarem no topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico pátrio, pressupondo regras próprias para tanto. Já a perspectiva material diz sobre o respeito aos valores sufragados pela Carta Magna, obrigando a compatibilização com o núcleo essencial dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 390).

O controle de constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e

da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição do retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais. Os limites aos limites dos direitos fundamentais, portanto, funcionam como verdadeiras barreiras à restringibilidade destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 390).

A limitação material aos direitos fundamentais, portanto, encontra orientação e medida nos demais direitos igualmente resguardados pela Constituição Federal (MORAES, 2011, p. 27).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet et al. (2017, p. 580), o princípio da dignidade da pessoa humana giza a proibição de quaisquer tipos de discriminação arbitrária e a impossibilidade de ser desrespeitada a pretensão de igual consideração e respeito – inclusive das qualidades e circunstâncias pessoais de cada cidadão – funcionando como integrante da concepção mesma de igualdade constitucional, “operando como critério (material) de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, diante do relevo dado à liberdade e à igualdade no constitucionalismo contemporâneo, integrando o conceito de dignidade da pessoa humana, será tido por inadmissível e, sobretudo, inconstitucional, qualquer agir estatal tendente a restringir ou obstaculizar a realização desses direitos. Até porque o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, XLI⁵³, veda as discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, sob pena de punição na forma da lei.

Não obstante, é preciso destacar que os atos atentatórios à igualdade e à liberdade podem gerar consequências distintas; enquanto aqueles que cerceiam a liberdade desembocam no dever de ser interrompida a intervenção ilegítima, os restritivos da liberdade dão azo a três possibilidades: *(i)* que ao primeiro grupo seja dado o mesmo tratamento conferido ao segundo; *(ii)* que ao segundo grupo seja conferido o tratamento do primeiro; ou *(iii)* que ambos sejam tratados da mesma forma, porém de uma forma diferente daquela havida por ilegítima (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 590).

Naturalmente, diante de uma intervenção estatal capaz de malversar ambos os direitos – liberdade e igualdade – deverá ser adotada a solução que, em maior medida, garanta a

⁵³ “Art. 5º [...].

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...].”

efetividade das disposições constitucionais, em apanágio ao *princípio da força normativa da Constituição*, o qual, nos dizeres de Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire (2003, p. 237), reforça a vinculação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

Leonardo Martins (2012, p. 59) esquematiza um modelo para aferir a proporcionalidade da medida, diante de tratamentos desiguais ou intervenções estatais na liberdade, para fins de esclarecer se ela é justificável ou não: *(i)* de início, apura-se se o propósito do tratamento desigual é lícito; *(ii)* adiante, analisa-se se o meio escolhido pelo ente normativo também é lícito; *(iii)* seguidamente, será averiguado se existe relação de adequação entre o meio e o propósito, para, alfim, *(iv)* perquirir se não há medidas igualmente adequadas e menos onerosas aos direitos de liberdade e igualdade de quem sofreu a desvantagem ou não foi contemplado por uma vantagem.

6.2 ANALISANDO O PARECER GQ DA AGU EM FACE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já se viu a importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. A liberdade e igualdade, pertencentes a essa categoria de direitos, avultam particular relevo, porque caras ao próprio constitucionalismo e ao Estado Democrático de Direito. Sendo assim, é de curial importância analisar se a norma prevista no citado Parecer condiz com esses axiomas constitucionais, ou não.

De início, cumpre ressaltar que liberdade e igualdade são contempladas como direitos fundamentais de primeira geração⁵⁴, pressupondo uma conduta passiva do Estado, de não interveniência. São, pois, direitos de defesa, capazes de conferir posições jurídicas de inviolabilidade aos seus titulares, donde não poderá o Poder Público se imiscuir sem malferir gravemente a dignidade humana. Nesse contexto, cumpre analisar a norma insculpida no Parecer GQ – 145 da AGU.

Pelo fato de limitar a carga horária laboral do servidor, ela atenta contra a liberdade, entendida enquanto escolha racional da autodeterminação e realização do projeto de vida definido por si mesmo. Se o Estado tem sua existência justificada na disponibilização de um espaço hábil à realização dos projetos de vida individuais, cumpre-lhe o dever de abstenção de atos atentatórios à liberdade.

⁵⁴ Igualdade entendida como a adoção de tratamentos iguais aos iguais e desiguais aos desiguais, e não em sua concepção social, a lhe deslocar para os direitos de segunda geração.

Aqui, a liberdade deve ser entendida enquanto cláusula geral, atinente ao seu valor primeiro, de permitir fazer ou deixar de fazer aquilo para o que se direciona o senso volitivo individual, com o objetivo de alcançar o projeto de vida definido por si mesmo. Trata-se daquele conceito já analisado de liberdade enquanto *propriedade de si mesmo* e de autonomia.

Se o Estado concede ao servidor a prerrogativa de acumular cargos, bastando, para tanto, a conciliabilidade de horários, será lícito a cada um deliberar sobre a quantidade de trabalho que será assumida, pois isso faz parte da escolha do projeto de vida desejado, bem como dos meios necessários ao atingimento desse fim. Se um deles for o trabalho, nada poderá fazer o Poder Público, se essa escolha não desaguar em prejuízos à Administração.

Não obstante, o citado Parecer vai de encontro a essas premissas, intervindo na limitação da carga horária do servidor, restringindo-lhe um direito quando não deveria, afinal, ele não colide com nenhuma outra liberdade individual nem com espécie alguma de direito fundamental.

No mais, o Parecer não estatui uma razão suficiente para a disposição de tratamentos desiguais aos servidores que, de um lado, *(i)* acumulam dois cargos públicos e, de outro, *(ii)* exercem um cargo público e prestam serviço na qualidade de autônomo, ainda que ao Ente estatal, ou exercem um cargo público e outro privado. Nessa perspectiva, por não haver fundamento para distinções, o tratamento igual seria obrigatório.

A norma prevista no Parecer GQ – 145 da AGU perde credibilidade pelo simples fato de prever consequências distintas para o exercício concomitante de labores, impondo restrição apenas para quem exerce cargos públicos, relevando, *de per si*, a inexistência de fundamento sólido ou suficiente para a limitação a que se propõe.

No caso da norma limitadora da acumulação de cargos, a consequência lógica, para fins de compatibilizar os ditames da liberdade e da igualdade, seria a sua não aplicação, pois, dessa forma, tanto seria protegida a autodeterminação dos servidores quanto oferecido o mesmo tratamento a pessoas merecedoras de igual abordagem legal.

Aquelas razões invocadas no item “4.3.6” desse Estudo servem à análise jurídica da norma, no que tange à proteção dos direitos de liberdade e igualdade segundo os ditames constitucionais.

É importante destacar que toda essa análise circundante à essência, ao mérito da norma estipulada no Parecer GQ – 145 da AGU visa apurar a sua adequação material à Constituição. Não fosse suficiente, ainda há razões outras, inclusive de ordem formal, capazes de lhe afastar a aplicação. Elas serão analisadas em seguida.

7 A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS

7.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição Federal brasileira classifica-se como analítica, por versar sobre temas das mais variadas ordens, disciplinando a respeito de, *verbi gratia*, direitos fundamentais, organização do Estado, meio ambiente, acumulação de cargos. Elas são criadas para disciplinar as relações sociais e serem aplicadas.

Nesse cenário, cumpre averiguar em que grau as normas constitucionais são aplicadas, para fins de saber se precisam de um regramento complementar, pelo poder legiferante ordinário, ou se bastam por si mesmas, para produzirem efeitos.

Uma vez entendida a forma de aplicação dessas normas, será possível lançar um olhar sobre a regra constitucional de acumulação de cargos, com o objetivo de apurar se ela é autoaplicável – ou se precisa de um regramento infraconstitucional para tanto – bem assim se pode ser regulada por comandos normativos dispostos fora da Constituição.

Para tanto, será observada a teoria de José Afonso da Silva, o qual se encarregou de analisar o tema da aplicabilidade das normas constitucionais em monografia, cuja relevância lhe apregoa a condição de obra clássica e de prestígio até os dias atuais.

7.2 A DOUTRINA DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Partindo da doutrina vanguardista advinda do Direito Estadunidense, a qual segmentava as normas constitucionais em *self-executing provisions* (autoaplicáveis) e *not self-executing provisions* (não auto executáveis), o citado doutrinador criou uma nova categorização metodológica do tema, por (i) refutar a ideia segundo a qual existiriam normas constitucionais destituídas de imperatividade e (ii) a doutrina norte-americana não dar a devida importância às normas programáticas.

A doutrina clássica norte-americana, difundida no Brasil por Rui Barbosa, vaticina que as normas autoaplicáveis seriam aquelas desde logo executáveis, revestidas de plena eficácia jurídica. Essas normas regulariam as matérias, situações e comportamentos de forma direta, enquanto as normas não autoaplicáveis, para serem executadas, necessitariam de uma normatização por lei ordinária, é dizer, seriam apenas princípios destituídos do vigor de lei (SILVA, 2015, p. 73-74).

Noutra toada, José Afonso da Silva (2015, p. 50) parte de pressuposto segundo o qual todas as normas constitucionais possuem estrutura e natureza jurídico-constitucionais e são comandos imperativos, enlaçando dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo-lhes direitos e obrigações recíprocas. Para ele, não há de se falar sobre norma de eficácia nula, mas em diferentes medidas de aplicação – porquanto, em menor grau que seja, todas são dotadas de aplicabilidade⁵⁵.

Toda constituição nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponde às aspirações socioculturais da comunidade a que se destina. Nenhuma, porém, pode sair completa da autoridade constituinte, de uma vez e toda armada. Muitas de suas normas precisam ser regulamentadas por uma legislação integrativa ulterior que lhes dê execução e aplicabilidade plena. Mas isso não significa que haja em seu texto regras não-jurídicas [...]. (SILVA, 2015, p. 47).

Toda norma da constituição é executável por si mesma, “até onde possa, até onde seja suscetível de execução” (SILVA, 2015, p. 75), cumprindo analisar quais são esses limites e quais os efeitos possíveis – mesmo parciais – de cada uma.

Temos quer partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2015, p. 81).

Sendo assim, quanto ao grau de seus efeitos jurídicos, José Afonso da Silva categoriza as normas da Carta Magna em *(i)* de eficácia plena; *(ii)* de eficácia contida e *(iii)* de eficácia limitada, alumiadas em seguida.

7.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas dotadas de aplicabilidade imediata, direta e integral, a possuírem todos os elementos e requisitos necessários à sua incidência direta. São normas capazes de conferir regulamentação normativa para se saber qual a postura negativa ou positiva a seguir, e “isso se reconhece pela própria linguagem do

⁵⁵ A noção de aplicabilidade perpassa pelos conceitos da vigência, legitimidade e eficácia. O primeiro deles remete à qualidade da norma que existe e se encontra em vigor, razão pela qual é de observância obrigatória. O segundo (legitimidade) remonta à validação de uma norma inferior por uma outra superior, em condição de hierarquia, reconhecendo-se as normas constitucionais como o topo da ordenação jurídica do país, regulando a produção das demais normas. Já a eficácia atine à possibilidade de ser aplicada, de produzir efeitos, atingindo objetivos pré-fixados – diferindo-se da efetividade, esta referente ao alcance dos objetivos da norma (SILVA, 2015, p. 52-59, 66).

texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados” (SILVA, 2015, p. 97).

Tais normas estabelecem condutas jurídicas – de fazer ou deixar de fazer – com comandos certos e definidos, encontrando-se, preponderantemente, entre as regras organizativas e limitadoras dos poderes estatais, produzindo (ou apresentando a possibilidade de produzir) todos os seus efeitos essenciais, no que tange aos interesses, comportamentos e situações que o constituinte quis regular, direta e normativamente (SILVA, 2015, p. 100).

É por essa razão que produzem efeitos de forma imediata, afinal, são dotadas de todos os elementos e meios indispensáveis a sua auto executoriedade. Pelo simples fato de incidirem diretamente e serem normas jurídicas de previsão constitucional, são autoaplicáveis, não dependendo de qualquer outra contingência – senão a existência do Estado e seus órgãos (SILVA, 2015, p. 100).

Essas normas, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 275), são suficientes “para deixar desde logo disciplinadas as relações jurídicas ou o processo da sua efetivação”. Para Gilmar Ferreira Mendes et al. (2010, p. 93), tais disposições constitucionais são “bastantes em si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência e na sua disposição [...]”.

É em virtude de sua aplicabilidade que, mesmo as normas com mera aparência de proclamação, regulam diretamente situações, comportamentos e interesses, haja vista envolverem outras tantas normas particulares, capazes de impor comportamentos (ação ou omissão) necessariamente compatíveis com aquilo que normatizam – a exemplo do art. 1º, *caput*⁵⁶, da Carta Magna, o qual impede a instituição de comandos incoerentes com a forma de governo estabelecida, a república federativa (SILVA, 2015, p. 168).

José Afonso da Silva (2015, p. 87) aduz a orientação doutrinária moderna reconhecer eficácia plena à maioria das normas constitucionais, inclusive àquelas até recentemente entabuladas como programáticas, pelo anseio de maior concretude aos direitos e garantias sociais. Não é à toa que o art. 5º, § 1º⁵⁷, da Constituição Federal prevê, expressamente, a aplicação imediata das normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais.

⁵⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”

⁵⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. [...]”

O citado doutrinador esclarece que são de eficácia plena as normas constitucionais a (i) conter vedações ou proibições; (ii) conferir isenções, imunidades e prerrogativas; (iii) não designar órgãos ou autoridades especiais a quem incumbam especificamente sua execução; (iv) não indicar processos especiais de sua execução, e (v) não exigirem a edição de normas legislativas que lhes completem o alcance e sentido ou lhe fixem o conteúdo (SILVA, 2015, p. 99).

Ele ainda arremata (SILVA, 2015, p. 168), sustentando a inconstitucionalidade dos atos que desacordem com as normas de eficácia plena: “nem todas preveem uma sanção específica; mas quando desrespeitadas, dão lugar a um julgamento de inconstitucionalidade”.

7.4 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA

Por sua vez, as normas de eficácia contida são aquelas de aplicabilidade direta, imediata e não integral, sujeitando-se a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua aplicação e eficácia (SILVA, 2015, p. 82).

Grande parcela dessas normas remetem a uma legislação futura, razão pela qual muitos constitucionalistas foram levados a inseri-las na classe das normas de eficácia limitada; todavia, as primeiras não necessitam de legislação ulterior para lhes conferir plena eficácia pois, antes de lhes completar a eficácia, tais normas infraconstitucionais irão justamente restringir o alcance do ditame constitucional (SILVA, 2015, p. 101).

É dizer, essas normas possuirão plena eficácia, enquanto o legislador ordinário não expedir a regulamentação restritiva, produzindo efeitos de forma direta e imediata – tal qual as normas categorizadas como de eficácia plena. Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 102), o constituinte conferiu normatividade suficiente aos interesses a ela vinculados, pelo que dispensa regulamentação ulterior para produzir efeitos.

Outrossim, tais normas podem sofrer restrições tanto em virtude de lei quanto de conceitos difundidos no direito público como “ordem pública”, “segurança nacional”, “integridade nacional”, “bons costumes”, “perigo público iminente”, dentre outros. Sendo assim, elas mesmas podem veicular restrição à sua eficácia; isso sem contar a possibilidade de sua eficácia ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, pela ocorrência de determinados pressupostos fáticos, tais como o estado de sítio (SILVA, 2015, p. 102-103).

Bem se vê, as normas de eficácia contida possuem natureza imperativa, conduzindo posturas positivas ou negativas, veiculando, normalmente, direitos subjetivos dos cidadãos ou de entidades públicas e privadas, submetidas a regramentos de contenção – pela lei, pela

constituição ou por conceitos pela própria norma veiculados – limitadores de direitos e autonomias (SILVA, 2015, p. 113-114).

É ponto nodal da caracterização das normas de eficácia contida, por conseguinte, a sua independência para a produção de efeitos, sendo possível ter a sua eficácia contida por limites estabelecidos de forma ulterior, ou até concomitante – diante das citadas expressões limitadoras de direitos.

7.5 NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Alfim, as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, somente incidindo totalmente os seus interesses após a edição de um regramento infraconstitucional posterior, capaz de lhe devolver a eficácia, embora produzam, desde a promulgação da constituição, efeitos não-essenciais, dirigidos a valores-meios (e não valores-fins) e condicionantes (SILVA, 2015, p. 82).

Essas normas podem ser de dois tipos, a saber, *(i)* definidoras de princípio institutivo e *(ii)* definidoras de princípio programático.

As primeiras contêm esquemas gerais, apresentando um início de estruturação de órgãos, instituições ou entidades, indicando uma legislação futura capaz de lhe completar a eficácia e dar efetiva aplicação. Apresentam natureza organizativa, esquematizando a criação, instituição ou organização dos sujeitos citados. Nos dizeres de José Afonso da Silva (2015, p. 123), “são, pois, [...] aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.

A normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo ainda podem ser impositivas – estabelecendo a obrigatoriedade de o legislador infraconstitucional expedir uma lei – ou facultativas, estas lhe atribuindo poderes para a disciplina do assunto, indicando a possibilidade – havendo conveniência – de regulação da matéria, ou seja, existindo discricionariedade quanto à iniciativa da regulamentação (todavia, uma vez tomada a iniciativa, a regra será vinculante, no que tange aos limites, forma e condições por ela veiculados) (SILVA, 2015, p. 125).

Cumprе ressaltar tais normas serem aplicáveis, enquanto possam, sendo dotadas de completa aplicabilidade somente quando reguladas por lei integrativa.

Pelo que deixamos exposto, podemos asseverar que elas são aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela

configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade. Convém, contudo, afastar uma possível confusão que esse fenômeno pode gerar: a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter sua característica básica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica (SILVA, 2015, p. 132).

Já as normas definidoras de princípio programático envolvem um conteúdo social, com vistas à intervenção do Estado na ordem econômico-social, por meio de prestações positivas, propiciando a democracia social (SILVA, 2015, p. 123). Essas normas não regulam, direta e imediatamente, interesses; prestam-se ao fim de traçar princípios a serem cumpridos pelos órgãos públicos, funcionando como programas das respectivas atividades.

Ao tratar do assunto, José Afonso da Silva (2015, p. 147) elenca as características básicas das normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos, a saber: *(i)* têm por objeto a disciplina de interesses sociais e econômicos, tais como existência digna, desenvolvimento econômico, assistência social, valorização do trabalho e realização da justiça social; *(ii)* não tiveram condições de serem adotadas como programas já delimitados e definidos, sendo acolhidas, primeiramente, como programas a serem realizados pelo Estado, por via de legislação infraconstitucional; e *(iii)* são dotadas de reduzida eficácia, não produzindo, por si só, os efeitos primários a que se destinam.

O citado doutrinador chama atenção para a importância dessas normas em nosso ordenamento, afinal, em que pese não produzirem efeitos imediatos, por si só, funcionam como princípios gerais de toda a ordem jurídica, revelando essa condição importante mesmo enquanto a legislação infraconstitucional não vier a ser editada (SILVA, 2015, p. 152).

Nessa toada, levando em conta outra perspectiva, que não a aplicação de seus interesses primários, as normas programáticas são dotadas de eficácia jurídica, direta e imediata, para os seguintes fins: *(i)* estabelecer um dever direcionado ao legislador ordinário; *(ii)* condicionar a legislação futura, inquinando-as de inconstitucionalidade caso se desviem da orientação estipulada; *(iii)* inspirar a ordenação jurídica, informando a concepção de Estado e da sociedade; *(iv)* dar sentido teleológico à interpretação constitucional, com vistas a sua integração e aplicação; *(v)* condicionar as atividades discricionárias tanto da Administração quanto do Judiciário e *(iv)* criar situações jurídicas subjetivas (SILVA, 2015, p. 160).

7.6 A APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS

Uma vez assenta a categorização das normas constitucionais, quanto ao grau de suas aplicabilidades, convém analisar aquela contida no art. 37, XVI, da Constituição Federal, a asseverar ser “vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI”. Por sua vez, o inciso XI trata do teto remuneratório do serviço público, não consistindo, por essa razão, em vedação propriamente dita à acumulação de cargos, mas à remuneração deles advindas.

A citada norma não faz menção a uma normatização posterior, a cargo do legislador ordinário. Não prevê a acumulação de cargos “nos limites da lei”, “nos limites definidos em lei específica”, ou “na forma da lei”. Ela traz uma vedação expressa à acumulação de cargos, admitindo temperamentos – já assentados nesse estudo – no próprio bojo da constituição.

Além do mais, não prevê condicionantes à acumulação de cargos definidas por elementos como “ordem pública”, “segurança nacional”, “integridade nacional”, “bons costumes”, “perigo público iminente”, os quais, além de permitirem larga margem de interpretação aos juristas, possibilitam a edição de normatização ulterior, para suas regulações.

Em verdade, a regra da acumulação de cargos pressupõe apenas “compatibilidade de horários”, conceito que, apesar de maleável o suficiente para ser analisado caso a caso, não se configura como uma “norma aberta”, apta a ser regulada por lei ordinária. O fato de pressupor a análise casuística não a qualifica como um “conceito jurídico indeterminado”; a noção de “compatibilidade” não irá variar, segundo cada caso, pois sempre dirá respeito ao exercício conciliável de duas atividades públicas. Seu conteúdo jurídico é o mesmo; o que mudará serão os contornos da “compatibilidade” em cada caso, afinal, há diversas formas de se conciliar horários laborais.

De pronto, cabe excluir a categoria das normas de eficácia contida, pois o texto do art. 37, XVI, da Carta Magna brasileira não delega à legislação infraconstitucional a normatização da matéria nem, por regras próprias, limita o âmbito de aplicação daquela sobre acúmulo de cargos públicos.

De igual sorte, a citada norma também não poderia ser classificada como de eficácia limitada, pois, se ela não concedeu espaço à legislação ordinária para lhe restringir a aplicação, também não lhe conferiu a importante função de devolver a eficácia.

O texto do art. 37, XVI é muito claro e assertivo, inexistindo comando de natureza organizativa, pois em nada diz respeito à criação, organização ou instituição de órgãos,

instituições ou entidades. Ele também não versa sobre axiomas diretivos da ordem jurídica, de conteúdo social, com vistas à intervenção do Estado na ordem econômico-social.

Em verdade, a citada norma contém eficácia plena, produzindo efeitos desde a promulgação do texto constitucional. Ela estabelece uma vedação, com temperamentos, criando para os servidores públicos o direito subjetivo à acumulação de cargos, nas hipóteses expressamente consagradas na Carta Magna.

Por intermédio dela, o servidor público recebe um comando normativo claro do comportamento a que está proibido (ou autorizado, dentro das situações excepcionais), em virtude do estabelecimento, constitucional, de conduta jurídica negativa (ou positiva).

Ao mesmo tempo, a norma assegura ao servidor público a prerrogativa de acumular cargos, uma vez atendidas as condicionantes estabelecidas, não cabendo ao Estado nisso interferir ou tolher esse direito, em inarredável limite ao poder estatal.

Valerio Mazzuoli e Waldir Alves (2013, p. 33-34) sistematizam cinco razões para a caracterização da norma de acumulação de cargos como de eficácia plena, a saber:

- a) São normas que vedam ou proíbem a acumulação remunerada de dois cargos públicos quando não há compatibilidade de horários entre os cargos que se pretende acumular (letra a);
- b) São normas que conferem uma prerrogativa aos servidores públicos, qual seja, a de acumular remuneradamente – havendo compatibilidade de horários – dois cargos públicos (letra b);
- c) São normas que não designam qualquer órgão ou autoridade especial a que incumbam especificamente sua execução (letra c);
- d) São normas que não indicam processos especiais de sua execução, apenas dizendo quais os casos que pode haver a cumulação remunerada de cargos públicos (letra d); e
- e) São normas que não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes complementem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, pois já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados (letra e).

A norma, portanto, tem aplicabilidade direta e imediata, apresentando todas as condições necessárias à sua auto executoriedade, prescindindo de quaisquer outras contingências. É por essa razão que, ao mesmo tempo em que impõe ao constituinte o cuidado de estabelecer as demais normas constitucionais de forma harmônica ao preceituado, impede o legislador ordinário de regular a matéria – tornando ainda mais espúria a tentativa de lhe restringir a eficácia.

Seguindo aquela lição de José Afonso da Silva (2015, p. 168) – a vaticinar ser merecido o julgamento de inconstitucionalidade para as normas ordinárias em desacordo com as normas constitucionais de eficácia plena – afirma-se que, sob nenhum pretexto, a

permissibilidade da acumulação de cargos poderá ser limitada pelo legislador não-constituente.

[...] salvo as restrições impostas pela própria Constituição, serão inconstitucionais (e, portanto, inválidas) quaisquer tentativas de restrição do conteúdo eficaz de tais normas [de eficácia plena] pela legislação infraconstitucional ou por atos normativos do Poder Público. É mais do que o momento de o Administrador (o gestor da coisa pública etc.) respeitar, antes das normas infraconstitucionais, a Constituição; ou seja, com o fim de respeitar a Constituição em benefício dos direitos dos cidadãos, afastar as normas inconstitucionais é um dever (MAZZUOLI; ALVES, 2013, p. 35).

A Constituição previu hipóteses de cabimento da acumulação de cargos e fixou, em todo e qualquer caso, a exigência da compatibilidade de horários. Sendo assim, impor a inexistência da superposição de horários laborais, por exemplo, não vergasta o texto constitucional; criar limite de horas semanais é inovar no ordenamento jurídico, o que seria vedado, diante da eficácia plena da norma constitucional.

A verdade é que, há muito, já se sustenta a plena eficácia da norma que versa sobre acumulação de cargos. Adilson Abreu Dallari (1992, p. 68), nos anos 90, já dizia que ela “é uma norma de eficácia plena que tem figurado em todas as Constituições republicanas do Brasil”. Razões inexitem para se apor obediência ao limite de sessenta horas semanais de jornadas de trabalho, assentado no Parecer GQ – 145 da AGU.

8 DESCONSTRUINDO AS RAZÕES SUSCITADAS PELOS SEUS DEFENSORES PARA A APLICAÇÃO DO PARECER GQ – 145 DA AGU

8.1 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O PARECER EM COMENTO

É comum alguns autores e julgados de tribunais pátrios recorrerem ao *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, com vistas a defender a norma limitadora da carga horária laboral, quando da acumulação de cargos.

Diante disso, convém analisar essa linha argumentativa, para fins de averiguar se, de fato, o aludido princípio poderia ser utilizado como fundamento para a aplicação do aludido Parecer da AGU.

Consoante escólio de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 28), a existência da Administração Pública perpassa pela realização de fins previstos em lei, devotados à satisfação de interesses da coletividade, “jamais vantagens ou conveniências privadas”. Até porque, como bem preceitua Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009, p. 68), dar ênfase a anseios individuais poderia desaguar em uma desagregação prejudicial à própria sobrevivência social, de modo a se fazer necessária a prevalência dos interesses comuns.

Sendo assim, considerando a Administração Pública, no exercício de seu mister, objetivar a satisfação dos interesses coletivos, esses, quando em conflito com interesses particulares, devem prevalecer, por encontrarem-se em situação privilegiada (CARVALHO, 2017, p. 62).

Isso faz com que o direito administrativo seja a instrumentação jurídica de interesses de antemão considerados superiores, e é por esta razão que as leis administrativas encarnam esse princípio. Procuram estas exprimir no direito administrativo a posição de superioridade do público sobre o particular, conferindo-lhe uma série de institutos jurídicos que não concede aos particulares (BASTOS, 1999, p. 29).

Em que pese não apresentar tipificação expressa na Constituição Federal, há diversas normas constitucionais que o corporificam, a exemplo daquelas dispostas nos arts. 5º, XXIV e XXV⁵⁸. Conforme Matheus Carvalho (2017, p. 62), “não se trata [a supremacia do interesse

⁵⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

[...].”

público] de princípio expreso, ou seja, não está escrito no texto constitucional, embora existam inúmeras regras que impliquem em suas manifestações de forma concreta [...]”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 99) esclarece que a supremacia do interesse público é *princípio geral do direito*, inerente a qualquer sociedade, sendo condição de sua existência. É por essa razão que não necessitaria radicar-se em nenhum dispositivo expreso da Constituição.

Todavia, a supremacia do interesse público não se concebe para o fim de massacrar os administrados, por meio de privilégios injustificados para o Poder Público. Longe disso; se justifica naquilo que for absolutamente indispensável para o atingimento dos fins comuns, da forma menos onerosa possível ao cidadão (BASTOS, 1999, p. 29).

Nesse particular, é insofismável a lição de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 29), quando assevera que o interesse público se sobrepõe ao particular “sem a quebra do Estado de Direito”, não sendo facultado à Administração, sob o talante da supremacia de seus interesses, “improvisar medidas que sacrifiquem o particular”, devendo se valer estritamente dos meios disponibilizados pelo direito.

O interesse do Poder Público só será legítimo quando coincidir com o interesse dos cidadãos consagrado no ordenamento jurídico, e desde que diga respeito ao interesse público primário, assim entendido como aquele pertinente à sociedade, e não aquele relativo às conveniências do aparato estatal – interesse público secundário (CARVALHO, 2009, p. 68). Alumando o tema, Fernanda Marinela (2014, p. 29) ensina que interesse público primário é o somatório dos interesses individuais enquanto membros de uma coletividade, enquanto os secundários diriam respeito aos interesses privados do Estado, enquanto pessoa jurídica. Por assim dizer, o privilégio conferido aos interesses públicos tocam apenas aos que forem primários, e não aos secundários.

Além de supremo, o interesse público também é indisponível. Afinal, os direitos e bens da administração não pertencem ao administrador, motivo pelo qual não tem livre atuação ou disposição sobre aqueles, por agir em nome de terceiros (CARVALHO, 2017, p. 65).

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado (MEIRELES, 2015, p. 110).

Segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009, p. 81), a indisponibilidade do interesse público deve ser compreendida também como a impossibilidade de o administrador

flexibilizar a incidência direta das normas administrativas favoráveis ao Estado. É dizer, não se poderia abrir mão de posições jurídicas vantajosas para a administração, em detrimento de benefícios a interesses outros.

Sendo assim, a análise da Constitucionalidade do Parecer GQ – 145 da AGU, é dizer, da (im)possibilidade de o servidor público laborar em regime de mais de 60 (sessenta) horas semanais, também precisaria ser observada sob o prisma da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Tal análise perpassaria pelo seguinte questionamento: o fato de o servidor exercer suas funções em regime de mais de 60 (sessenta) horas semanais, por si só, traria prejuízos à prestação dos serviços e à Administração Pública? Entende-se que não.

Há servidores da área da saúde que trabalham em regime de plantão; há professores que não atuam, em sala de aula, todo o período de sua carga horária semanal, sendo possível, e conciliável, possuir carga horária superior às sessenta horas.

Como forma de apurar a qualidade dos serviços prestados, bastaria que, para fins de controle, a chefia do interessado expedisse uma declaração, informando se o servidor apresenta ou não bom desempenho funcional, assiduidade, presteza e comprometimento.

Sendo comprovado o bem agir, resguardados estariam os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Em caso contrário, precisaria aquele reduzir sua carga horária ou ser desligado de seu cargo.

Seguindo os ditames de José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 670), em que pese a Constituição não ter disposto um limite de horas semanais, haverá antijuridicidade na acumulação que extrapolar os limites da possibilidade material e da razoabilidade, “o que terá que ser verificado em cada caso”.

Não se está a defender o exercício concomitante de cargos sob qualquer hipótese, sem fiscalização ou limites; admitir a acumulação sem o cumprimento das jornadas ou mediante horários superpostos, por exemplo, seria inadmissível, imoral e inconstitucional.

Alguns estudos, a exemplo de Guimarães (2017, p. 16), Saldanha (2017, p. 13) e Ferreira e Corrêa (2017, p.13), apontam uma espécie de “omissão” da Constituição sobre o tema, como se tivesse deixado de tratar da compatibilidade de horários de forma pormenorizada, incorrendo em falta e dando azo a diversas interpretações.

Entendo que esse desiderato constitucional não é por acaso. Não se trata de um lapso do Constituinte a respeito da temática, afinal, ele foi ponderado e consciente o bastante para tratar de todas as hipóteses permissivas de acumulação, da inacumulabilidade de funções e

cargos públicos e até da situação de militares que acumulavam cargos sob a égide da constituição antiga. A Carta Magna é prolixa e diz tudo o que precisava dizer.

A compatibilidade de horários não é apurada mediante parâmetros pré-constituídos, motivo por que o seu conteúdo não deve ser limitado em abstrato. Hoje é preciso levar em conta o avanço da tecnologia, a permitir inclusive que o profissional labore em cidades vizinhas – ou até estados – no mesmo dia, ao dispor de voos com maior frequência, para mais lugares e em preço acessível, e da modernização de transportes sobre trilhos, por exemplo. Isso sem contar a possibilidade de trabalho remoto, videoconferências e os infindáveis atributos oferecidos pela internet.

Afora a impossibilidade de superposição de horários – o que, de fato, pode ser utilizado como parâmetro pré-definido e suscetível de aplicação em qualquer hipótese – é preciso estudar, caso a caso, se existe tempo para deslocamento e se o agente público, em virtude de um excesso de trabalho, adoce com frequência ou não cumpre suas funções, em prejuízo ao serviço público.

A norma impeditiva da acumulação de cargos públicos, porquanto limitadora de direitos, deve ser interpretada de forma restritiva, é dizer, não caberia ao legislador ordinário impor nenhuma outra restrição à matéria afora aquelas já previstas na Carta Magna – o que também deve ser aplicado à “compatibilidade de horários”, é dizer, nada podendo a norma infraconstitucional limitar a respeito do assunto.

Haveria o constituinte de tratar dessa matéria, à miúdo? Decerto que não; nem poderia. Ele fixou o parâmetro adequado: existência de compatibilidade de horários, o qual é claro e reto o suficiente para que se averigue, na prática (e não em abstrato), seu cumprimento.

É preciso levar em conta ainda que as normas constitucionais devem ser interpretadas sob a luz do princípio da *máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais*, tal qual defendido por Ingo Wolfgang Sarlet et al. (2017, p. 225). Desse modo, não poderia o intérprete querer esvaziar o conteúdo da noção de “compatibilidade de horários”, empregando-lhe uma vaguidão não pensada, nem desejada, pelo constituinte.

Dar a máxima eficácia à compatibilidade de horários significa utilizar-se desse parâmetro da forma mais auto executável possível, impossibilitando, por isso, a edição de regramento ordinário sobre a matéria, sobretudo quando tendente a conferir restrições ao direito de acumular cargos.

Nesse sentido, não poderia a Administração pública, a pretexto de impedir um suposto prejuízo para si, tolher direito constitucional do servidor. O prejuízo se apura no caso concreto, e não em abstrato. Até porque não serão raras as vezes em que os servidores

laborarão mais de sessenta horas semanais e demonstrarão, extreme de dúvidas, o cumprimento de suas funções, mediante bom desempenho funcional e sem a superposição de jornadas.

8.2 O INTERVALO INTERJORNADA DE ONZE HORAS, A INCOLUMIDADE FÍSICA DO SERVIDOR E O PARECER

Tendo em vista as normas sobre acumulação de cargos estarem dispostas expressamente na Constituição Federal, por escolha da constituinte, não poderia o sobredito Parecer – inovando no mundo jurídico – impor uma restrição que não é de sua alçada. Até porque a salvaguarda da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), e não à AGU, nos termos do art. 102, *caput*⁵⁹, da Carta Magna.

Muitos dos autores que sustentam a necessária aplicação do Parecer GQ –145 da AGU se baseiam na norma trabalhista segundo a qual deve existir um intervalo mínimo interjornada de 11 (onze) horas, pelo que, disponibilizando uma hora para deslocamento e refeição, sobriariam 12 (doze) horas para o labor do agente público, as quais, multiplicadas pelos cinco dias da semana, chegariam ao limite de 60 (sessenta) horas semanais.

Porém, esse entendimento – afeito apenas ao direito trabalhista, não sendo aplicado aos servidores públicos – não deve ser assimilado nem por analogia, afinal, esse intervalo, caso fosse considerado, diria respeito ao período mínimo entre jornadas do mesmo cargo, e não entre as jornadas dos dois cargos.

Ora, quando o constituinte previu a possibilidade de acumulação de cargos, naturalmente levou em conta a existência de duas cargas horárias de trabalho, não sendo possível norma infraconstitucional regular a matéria, sobretudo nos mesmos moldes aplicados a uma carga horária só.

Chega-se a esta conclusão porque, primeiramente, o legislador constituinte, por certo, à época que estabeleceu estas possibilidades tinha plena consciência de que o desempenho de dois cargos públicos implicaria em, pelo menos, duas cargas horárias semanais inerentes a esses cargos (veja-se a Constituição Federal, artigo 7o, XII, e artigo 39, § 3º). (MOTA, 2017).

Essa norma trabalhista, porquanto limitadora do direito ao exercício de uma profissão, deve ser interpretada de forma restritiva, jamais sendo trasladada para a regulação das atividades dos servidores públicos. Até o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já entendeu

⁵⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

que as regras trabalhistas de limite de carga horária e repouso interjornada não se aplicam em assunto de acumulação de empregos públicos, como será demonstrado no item “8.3” deste Estudo.

Ad argumentandum tantum, ainda que se cumprisse o intervalo interjornada estabelecido pela legislação trabalhista – o que já se sustentou descabido – mesmo assim seria possível exercer carga horária superior a sessenta horas, considerando os sete dias dispostos na semana, e não cinco. Devotando um dia da semana ao ócio ou lazer, ainda restariam 72 (setenta e duas) horas para o labor, o que já demonstra mais uma evidente falha no Parecer. Construindo esse raciocínio, não se está querendo fixar um novo limite para a acumulação; está-se apenas a comprovar, sem precisar recorrer à análise casuística, a possibilidade de se cumprir mais de sessenta horas semanais e, ainda assim, seguir à risca todos os pressupostos trabalhistas erigidos por aqueles que defendem a aplicação do Parecer.

Todavia, reitera-se, não é possível atribuir limitação, em abstrato, à carga horária cumprida em situação de acumulação de cargos.

Essa linha de raciocínio, segundo a qual seria possível diluir a carga horária de trabalho em mais de cinco dias da semana, amolda-se perfeitamente às atividades desempenhadas pelos professores, por exemplo, pois eles têm a prerrogativa de exercer boa parte de suas atribuições funcionais fora dos muros das instituições de ensino.

Mesmo em face dos profissionais de saúde, também se enxerga a viabilidade de mais de cinco dias de trabalho, afinal as instituições de saúde comumente prestam serviços de urgência, operando vinte e quatro horas por dia. Assim, oferecem aos seus servidores maiores oportunidades de construir diferentes arranjos de trabalho, compatibilizando duas jornadas, notadamente quando exercidas em regimes de plantão. Essa linha de raciocínio já derroga, por si só, a limitação abstrata disciplinada pelo Parecer.

Não fosse suficiente, também não se poderia supor um prejuízo à saúde física e mental do servidor, sem uma análise do caso concreto.

É plenamente crível e concebível um professor, ocupante de dois cargos públicos de docência de quarenta horas semanais cada, totalizando oitenta horas, cumprir apenas quarenta horas em sala de aula, reservando o restante de sua carga horária para atividades como planejamento, correção de provas e etc., as quais podem ser realizadas de qualquer lugar, em qualquer horário, inclusive sem a necessidade de deslocamento entre postos de trabalho. Nessa situação, haveria desgaste físico ao professor em proporção maior àquele dispendido pelos servidores que exercem um só cargo, em regime de quarenta horas? Decerto que não. Mas situações como essa não são levadas em conta pelo Parecer GQ – 145 da AGU.

Ademais, a *National Sleep Foundation* (2015) – Fundação Nacional do Sono – recomenda aos adultos, entre 26 e 64 anos de idade, de sete a nove horas de sono, podendo ser apropriado ainda um intervalo de sono entre seis e dez horas. Esse estudo, por si mesmo, é capaz de demonstrar que as pessoas apresentam comportamentos fisiológicos diferentes, umas precisando dormir mais, outras menos, umas se cansando mais, outras menos.

Não seria admissível avocar uma suposta presunção de prejuízo à integridade física e mental do servidor para lhe tolher um direito franqueado pela Constituição Federal, quando, em verdade, as pessoas não reagem da mesma forma aos estímulos externos.

9 DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO PAÍS SOBRE A LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA LABORAL

9.1 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Há anos, o Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a guarda da Constituição, vem demonstrando-se contrário à aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU, porquanto este intencione versar sobre matéria não afeita à legislação infraconstitucional. Nesse pórtico encontram-se diversos julgados do Excelso Tribunal brasileiro, senão se veja:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGULARIDADE CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO. PODER REGULAMENTAR. CRIAÇÃO DE NOVA REGRA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes.

II - Impossibilidade de se criar regra não prevista no texto da Constituição Federal, a pretexto de regulamentar dispositivo constitucional.

III - Agravo regimental improvido⁶⁰.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. EXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE LIMITA A JORNADA SEMANAL DOS CARGOS A SEREM ACUMULADOS. PREVISÃO QUE NÃO PODE SER OPOSTA COMO IMPEDITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À ACUMULAÇÃO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados.

II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à compatibilidade de horários entre os cargos a serem acumulados, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF.

III - Agravo regimental improvido⁶¹.

Ao STF incumbe a guarda da Constituição, razão por que é essa egrégia Corte quem dá a última palavra sobre assuntos constitucionais. Como não poderia deixar de ser, assentou

⁶⁰ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 565.917, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 10-11-10.

⁶¹ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 633.298/MG, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe, em 14-2-12.

o entendimento segundo o qual a legislação ordinária não poderia se imiscuir em assuntos que não são de sua lavra. A Constituição não após limitação de carga horária à acumulação de cargos, pelo que nenhuma outra norma poderia restringir-lhe o alcance.

O citado posicionamento já se encontra acobertado pela jurisprudência da Corte, é dizer, não se trata de um entendimento isolado, enveredando por novos ares que não aquele comumente perpassado pelo Tribunal. Até os dias atuais, o STF afasta a aplicação da norma limitadora da carga horária semanal de trabalho dos servidores públicos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PARECER GQ 145/1998/AGU. LIMITE MÁXIMO DE 60 HORAS SEMANAIS EM CASOS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPATIBILIDADE DAS JORNADAS DE TRABALHO DA IMPETRANTE. COMPROVAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados. Precedentes.

II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC⁶².

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. ÁREA DE SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO. CARGA HORÁRIA MÁXIMA DE 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS. FIXAÇÃO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA SUPREMA CORTE. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO⁶³.

SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. EXISTÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL A 60 (SESSENTA) HORAS. ACÓRDÃO 2.133/2005 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PARECER GQ 145/1998 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO⁶⁴.

Esse entendimento, todavia, não se aplica à acumulação de dois cargos públicos quando um deles exigir dedicação exclusiva – fato hábil, por si só, a restringir o exercício

⁶² STF, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 34257, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: Dje, em 6-8-18.

⁶³ STF, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 35.917, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 26-11-18.

⁶⁴ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1061845, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 25-2-19.

concomitante de cargos, conforme decidido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 776.312/RJ⁶⁵.

9.2 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Os Órgãos Julgadores que compõem o STJ não apresentavam uma linha de entendimento pacífica sobre o tema, por vezes possibilitando a acumulação de cargos em regime superior a sessenta horas semanais, e por vezes a vergastando.

Até 2014, parece que o STJ apresentava um posicionamento prevalentemente contrário à norma insculpida no citado Parecer da AGU, possibilitando a acumulação independentemente do montante de horas trabalhadas, ressalvada a compatibilidade de horários.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROFISSIONAL DA SAÚDE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA. INEXISTÊNCIA. PARECER AGU GQ-145/1998. AFASTAMENTO. FORÇA NORMATIVA. AUSÊNCIA.

1. É lícita a acumulação de cargos nas hipóteses previstas na Constituição Federal, quando comprovada a compatibilidade de horários. Exegese do disposto nos arts. 37, inc. XVI, da Constituição Federal e 118, 2º, da Lei nº 8.112/1990.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de afastar o Parecer AGU GQ-145/1998, no que tange à limitação da carga horária máxima permitida nos casos em que há acumulação de cargos, na medida em que o referido ato não possui força normativa para regular a matéria.

3. Agravo regimental a que se nega provimento⁶⁶.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. MÉDICO. ART. 37, XVI, 'C', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E § 2º, DO ART. 118 DA LEI N.8112/90. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DACOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. DEMISSÃO EFETIVADA SOMENTE PELOS TERMOS DO PARECER GQ-145/1998, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE PROVADA NOS AUTOS. PRECEDENTE NOSTJ E NO STF.

[...]

3. O direito à acumulação de cargos decorre de comando constitucional fixado nas alíneas do inciso XVI do art. 37 da Carta Magna; a Lei n. 8.112/90 repetiu os ditames constitucionais. Para que haja acumulação lícita, deve existir comprovadamente a compatibilidade de horários. Ficou comprovado nos autos que o impetrante, apesar de possuir carga horária semanal maior do que 60 (sessenta) horas, laborava aos finais de semana e em regime de plantão, por meio de sobreaviso; desta forma, a comissão pode confirmar que a compatibilidade, tornava

⁶⁵ STF, AgRg no AI n.º 776.312/RJ, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Publicação: DJe, em 22-8-12. Segue trecho do voto da Ministra Relatora, acompanhado pelos demais Ministros: “O entendimento da instância de origem não diverge da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que assentou ser ‘ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva’.”

⁶⁶ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.168.979/RJ, Relator: Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador: Sexta Turma, Publicação: DJe, em 14-12-12.

lícita a acumulação; o Parecer da Consultoria Jurídica deu entendimento diverso aos fatos, para que fossem amoldados aos termos do Parecer GQ-145, da AGU, sob o argumento do mesmo ser vinculante, o que, no caso concreto, não é cabível.

5. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que não é possível obstar o direito à acumulação de cargos prevista na Constituição Federal e na Lei aplicável, tão somente pelo cotejamento da carga horária semanal, com os termos de um Parecer. Precedente: MS 15.415/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 4.5.2011.6. O Supremo Tribunal Federal examinou a matéria e negou provimento ao recurso extraordinário, do Estado do Rio de Janeiro, que produziu Decreto similar ao Parecer AGU GQ-145, de 3.8.1998, considerando a regulamentação como violadora, aduzindo ser "regra não prevista" e "verdadeira norma autônoma" Precedente: Recurso Extraordinário 351.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24.5.2005, publicado no Diário da Justiça de 1º.7.2005, p. 88, Ementário vol. 2.198-05, p. 831, republicação no Diário da Justiça de 9.9.2005, p. 63, publicado na LEX-STF, v. 27, n. 322, 2005, p.299-303. Segurança concedida⁶⁷.

O Colendo Sodalício, inclusive, veiculou no Informativo de Jurisprudência n.º 521, de 26 de junho de 2013, uma decisão sustentando que, inexistindo sobreposição de jornadas, não haveria irregularidades na acumulação, imputando ao gestor público a avaliação da eficiência na prestação do serviço público, *in litteris*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS INDEPENDENTEMENTE DE CARGA HORÁRIA MÁXIMA CONSIDERADA EM ACÓRDÃO DO TCU.

Havendo compatibilidade de horários, é possível a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, ainda que a soma da carga horária referente àqueles cargos ultrapasse o limite máximo de sessenta horas semanais considerado pelo TCU na apreciação de caso análogo. De fato, o art. 37, XVI, da CF e o art. 118, § 2º, da Lei 8.112/1990 somente condicionam a acumulação lícita de cargos à compatibilidade de horários, não havendo qualquer dispositivo que estabeleça limite máximo, diário ou semanal, à carga horária a ser cumprida. Dessa forma, não se pode negar o direito à acumulação com base numa suposta incompatibilidade com decisão proferida pelo TCU (Acórdão 2.133/2005), a qual não possui força normativa capaz de se sobrepor à garantia constitucional e legal. Ademais, mostra-se desarrazoado negar o referido direito com fundamento em mera presunção de que a realização de jornada de trabalho superior a sessenta horas semanais comprometeria a qualidade do serviço a ser prestado. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.168.979-RJ, Sexta Turma, DJe 14/12/2012; MS 15.663-DF, Primeira Seção, DJe 3/4/2012; e EDcl no REsp 1.195.791-RJ, Segunda Turma, DJe 28/6/2012. **AgRg no AREsp 291.919-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/4/2013.**

Em meados de 2014, as turmas que compõem o colendo Sodalício mudaram de entendimento, passando a reconhecer e aplicar a norma limitadora da carga horária de trabalho disposta no Parecer GQ – 145 da AGU, sob os argumentos falaciosos da proteção da incolumidade física e psíquica do servidor e da defesa do interesse público, que se

⁶⁷ STJ, Mandado de Segurança n.º 15.663/DF, Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Primeira Seção, Publicação: DJe, em 3-4-12.

prejudicaria pelo exercício extenuante de jornadas de trabalho por aqueles a laborarem em regime superior a sessenta horas semanais.

Tanto que, em 2016, o STJ expediu o Informativo n.º 576, por meio do qual veiculava uma decisão proibindo o regime semanal superior ao limite temporário citado, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS CUJAS JORNADAS SOMEM MAIS DE SESSENTA HORAS SEMANAIS.

É vedada a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. A Primeira Seção do STJ reconheceu a impossibilidade de cumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho superar sessenta horas semanais. Isso porque, apesar de a CF permitir a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, deve haver, além da compatibilidade de horários, observância ao princípio constitucional da eficiência, o que significa que o servidor deve gozar de boas condições físicas e mentais para exercer suas atribuições (MS 19.300-DF, DJe 18/12/2014). Nessa ordem de ideias, não é possível a acumulação de dois cargos públicos quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas. REsp 1.565.429-SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/11/2015, DJe 4/2/2016.

Ao que tudo indicava, o STJ tenderia a homogeneizar seus decisórios, ratificando a norma prevista no Parecer da AGU em discussão. Todavia, em um novo rompante de sensatez, a Segunda Turma do Colendo Tribunal posicionou-se favoravelmente à acumulação em regime superior a sessenta horas semanais, em atenção ao entendimento já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete, de fato, tratar de matéria constitucional.

O novo entendimento foi veiculado no recente Informativo n.º 632, de 28 de setembro de 2018, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS REMUNERADOS. ÁREA DA SAÚDE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. REQUISITO ÚNICO. AFERIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior tem reconhecido a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos privativos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho for superior a 60 horas semanais.
2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posiciona-se "[...] no sentido de que a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente tal requisito na Constituição Federal" (RE 1.094.802 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/5/2018, DJe 24/5/2018).
3. Segundo a orientação da Corte Maior, o único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública. Precedentes.
4. Adequação do entendimento desta Corte ao posicionamento consolidado pelo

Supremo Tribunal Federal sobre o tema.
5. Recurso especial provido⁶⁸.

É de se ver portanto uma tendência, agora ainda maior, de os tribunais atentarem para a inconstitucionalidade da norma prevista no Parecer da AGU, com vistas a assegurar os ditames constitucionais, sem lhe impor restrições não vaticinadas pelo constituinte.

9.3 DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

Consoante esclarecido no item “1.1” deste Estudo, as regras constitucionais atinentes à acumulação de cargos também se aplicam aos empregos públicos, cujas celeumas jurídicas são dirimidas, a *ultima ratio*, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Seguindo o mesmo compasso, o TST proferiu recente decisão, na qual afirmou ser impossível ultrapassar-se a carga horária semanal de trabalho em um mesmo vínculo, sem prejuízo do exercício concomitante de outra atividade pública, noutra mister laboral:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/17 – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – REQUISITOS - LIMITAÇÃO DA JORNADA SEMANAL.

A jurisprudência desta Eg. Corte considera que as normas infraconstitucionais que regulem o exercício de profissões e limitem a carga semanal a determinado período não constituem óbice à acumulação permitida pela Constituição da República, de modo que visam apenas a proibir que o profissional extrapole a carga horária semanal em uma mesma instituição, e, não, que tenha outros empregos, mesmo públicos. A Carta de 1988 impõe apenas a compatibilidade de horários e a observância do teto constitucional. Julgados. Recurso de Revista conhecido e provido⁶⁹.

Nesse julgado, o TST elencou uma série de outras decisões avalizando o mesmo entendimento, de que o único requisito erigido pela Constituição Federal para a acumulação de cargos, funções e empregos públicos seria a compatibilidade de horários, não podendo comando normativo inferior cercear tal direito.

Aqui, cumpre relembrar a discussão de que a limitação da carga horária semanal laborativa deve ser entendida em cada vínculo, e não de forma global, como já bem decidiu o TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - PROVIMENTO. Diante de potencial violação do art. 37, XVI, "c" da Constituição Federal, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - **RECURSO DE REVISTA. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. PROFISSIONAL DA SAÚDE. DURAÇÃO MÁXIMA DO TRABALHO SEMANAL. ACUMULAÇÃO**

⁶⁸ STJ, Recurso Especial n.º 1746784/PE, Relator: Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe, em 30-8-18.

⁶⁹ TST, Recurso de Revista n.º TST-RR-657-52.2016.5.21.0007, Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Órgão Julgador: Oitava Turma, Publicação: DEJT, em 19-10-18.

DE VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS NA INICIATIVA PRIVADA OU ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1.1. O princípio insculpido no art. 7º, XXII, da Constituição Federal, relativamente à redução dos riscos inerentes ao trabalho, coexiste harmonicamente com outros valores previstos na Carta Magna, de modo que sua aplicação não se dá com base na sistemática do "tudo ou nada", tal como ocorre com as normas-regras. 1.2. Nessa senda, quando há labor em condições insalubres, penosas ou especialmente cansativas, o legislador, ao materializar o princípio da proteção da saúde do empregado, procura fazê-lo de modo a restringir as jornadas de trabalho para duração aquém do limite constitucional, tornando-o mais oneroso ao tomador dos serviços. 1.3. A Lei 7.394/1985, em que se estabelece duração semanal máxima do trabalho para técnico de radiologia em vinte e quatro horas e, ao mesmo tempo, é fixado piso salarial superior ao mínimo legal (arts. 14 e 16 da Lei 7.394/1985) oferece garantia ao trabalhador. Não há proibição expressa à acumulação de mais de um vínculo de emprego, seja na iniciativa privada ou no setor público, para a categoria. 1.4. Realmente, o art. 5º, II e XIII, da Constituição Federal, assegura ao cidadão o livre exercício de sua profissão. 1.5. Diante disso, embora a redução dos riscos à saúde, inerentes ao trabalho, seja princípio da maior relevância, não anula a liberdade individual do trabalhador que, à míngua de disposição normativa expressa, tem espaço para discernir sobre o que é melhor para sua vida, inclusive deliberar pela acumulação de dois vínculos como de técnico de radiologia. 1.6. **A limitação da duração semanal ou diária do trabalho refere-se apenas a um determinado liame, o que torna possível a acumulação de dois cargos ou empregos públicos**, com fulcro no art. 37, XVI, "c", da CF. Recurso de revista conhecido e provido⁷⁰. (Grifo meu).

Sendo assim, também não haveria de se aplicar, por analogia, a norma a versar sobre intervalo interjornada, o qual também diz respeito às atividades desempenhadas em um mesmo cargo (ou emprego), e não entre cargos distintos.

Se a própria justiça do trabalho esposou entendimento de não serem aplicadas as normas laborais (atinentes à carga horária máxima semanal e ao intervalo interjornada) em assunto de acumulação de cargos, já está mais do que na hora de se repensar a aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU, dando ao tema o devido olhar constitucional a que faz jus.

⁷⁰ TST, Recurso de Revista n.º RR-2810-75.2011.5.02.0035, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Órgão Julgador: Terceira Turma, Publicação: DEJT, em 31-3-15.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transcorridos mais de vinte anos da expedição do Parecer GQ – 145 da AGU, ainda não foi superada a discussão atinente à aplicabilidade da norma que proíbe os servidores públicos federais de acumularem cargos em regime superior a sessenta horas semanais.

Há controvérsias sobre esse assunto até mesmo dentro de turmas de um mesmo tribunal, a exemplo do que se viu no STJ, o qual, até hoje, não sedimentou jurisprudência para fins de extirpar essa celeuma.

Pensando nisso, o presente trabalho intencionou provocar o enfretamento da contenda apurando as razões de fundo pelas quais o Parecer em referência não deve ser aplicado. Foi sob essa perspectiva que se avocou a ética, com vistas a resgatar valores básicos da sociedade, sem os quais o Estado Democrático de Direito não se sustentaria.

A ética de princípios de Rawls revelou que as pessoas – enquanto agente morais – escolheriam os princípios da liberdade e da igualdade como valores norteadores para a solução de conflitos e perquirição de uma sociedade justa.

Aplicando-se o primeiro princípio de justiça (liberdade) na análise da norma disposta no Parecer da AGU, é de se ver que ela vergasta a cláusula geral de liberdade, segundo a qual a cada indivíduo é dada a escolha de seu próprio projeto de vida, em apanágio ao autorrespeito. O exercício de jornadas superiores a sessenta horas semanais sem prejuízo ao Ente Público, apurado caso a caso, não poderia ser tolhido pelo Estado, por ferir a autonomia do cidadão.

Em igual esteio, o segundo princípio de justiça (igualdade) também é açoitado pela norma em alusão, afinal, confere tratamento desigual a situações merecedoras de disposição igualitária. Isso porque a norma nada fala sobre os servidores que, além do cargo público, prestam serviços autônomos ou trabalham para empresas privadas; nesses casos, havendo compatibilidade de horários, estes podem cumprir jornadas superiores a sessenta horas, avultando uma situação de injustiça. Isso sem contar que esse tratamento desigual não traz quaisquer vantagens à coletividade, padecendo de justificativa para a disparidade.

Tanto a liberdade quanto a igualdade, há muito, encontram guarida na Constituição Federal brasileira, firmando assento como axiomas fundantes do Estado, motivo por que nenhuma norma ordinária poderia contra eles se indispor.

Essa linha de argumentação foi utilizada pensando na ética aplicada às organizações públicas, no afã de buscar o melhor curso de ação, dentre todos os possíveis, estimulando o raciocínio crítico, até porque é preciso subverter o sistema quando os processos institucionais

não traduzem os valores sufragados pela coletividade e implicam na perda da eficiência no serviço público.

Além das citadas razões de mérito propriamente dito, também se comprovou dever ser afastada a aplicação do Parecer da AGU em razão da eficácia plena das normas constitucionais de acumulação de cargos, as quais não admitem regulamentação ou restrição por outras regras ordinárias, conforme jurisprudência do STF, a quem compete a guarda da Constituição.

Esse quadro sinaliza a necessidade de ser afastada a aplicação do Parecer da AGU, com vistas a serem resguardados os ditames constitucionais a respeito da liberdade, da igualdade e da acumulação de cargos, bem assim a se amoldar ao entendimento firme do STF, ao qual já começam a se alinhar o STJ e o TST.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. rev e atual. – São Paulo: Malheiros, 2010.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. – São Paulo: Método, 2008.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 13, de 21 de março de 2006**. Publicada no Diário Oficial da União em 30 de março de 2006. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_13_21032006_27122012141851.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 34, de 24 de abril de 2007**. Publicada no Diário Oficial da União em 26 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_34_24042007_15062016193945.pdf>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 336, de 16 de outubro de 2003**. Publicada no Diário Oficial da União em 21 de dezembro de 2003. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/3350/Res%20336-2003.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n.º 9, de 5 de junho de 2006**. Publicada no Diário Oficial da União em 21 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0091.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

_____. **Decreto Presidencial n.º 9.235, de 15 de dezembro de 2017**. Publicado no diário Oficial da União em 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

_____. **Parecer GQ n.º 145 de 30 de março de 1998**. Publicado no diário Oficial da União em 01 de abril de 1998. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8324>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

_____. Planalto. Portal da Legislação – Governo Federal. **Lei Federal n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Publicada no Diário Oficial da União em 19 de abril de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

_____. Planalto. Portal da Legislação – Governo Federal. **Lei Federal n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. Planalto. Portal da Legislação – Governo Federal. **Lei Federal n.º 12.772, de 28 de dezembro de 2012**. Publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112772.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BROWN, Marvin T. **Ética nos negócios**. – São Paulo: Makron books, 1993.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis de Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional**. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2. ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade; SILVA, Marina Corrêa da. **A influência do parecer GQ n. 145/98 da AGU nas acumulações de cargos públicos**. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/118956/122663>>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA, Maria. **Fundamentalidade e direitos fundamentais**. *In*: Direitos Humanos: teoria geral dos direitos humanos. 1. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Débora Augusta Simões. **Acumulação de cargos públicos e compatibilidade de horários: uma análise do Parecer GQ nº 145/98 da AGU frente ao**

entendimento dos tribunais superiores. 2017. Disponível em:

<<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24380/1/MONOGRAFIA%20-%20D%C3%89BORA%20GUIMAR%C3%83ES.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

LOUIS, Cecilia Caballero. **Justiça e democracia entre o universalismo e o comunitarismo – a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça.** – São Paulo: Landy Editora, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo.** 8. ed. rev., ampl. e atual. – Niterói: Impetus, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e estado constitucional:** leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. – São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Rosilda Baron. **Metodologia científica.** 1. ed. (ano 2004), 4 reimpr. – Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS, Túlio César Pereira Machado. **Análise do requisito de compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos públicos.** 2014. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2761.pdf>>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada.** 5. ed., rev. e atual. – Niterói: Impetus, 2010.

MAZUOLLI, Valério; ALVES, Waldir. **Acumulação de cargos públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 30. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

_____. **Regime dos servidores da administração direta e indireta:** direitos e deveres. 3. ed., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de direito administrativo.** 3. ed., v. 1. – São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 41. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

MOTA, Mauricio. **A autonomia universitária e a acumulação constitucional de cargos públicos.** Empório do Direito, 2017. Disponível em:

<<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-autonomia-universitaria-e-a-acumulacao-constitucional-de-cargos-publicos-por-mauricio-mota>>. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

NATIONAL SLEEP FOUNDATION. **National Sleep Foundation Recommends New Sleep Times**. 2015. Disponível em: <<https://www.sleepfoundation.org/press-release/national-sleep-foundation-recommends-new-sleep-times/page/0/2>>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

RAWLS, John, 1921-2002. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4. ed. rev. – São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na constituição de 1988**. – São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**/ Daniel Machado da Rocha, coord., Fábio Dutra Lucarelli, Guilherme Pinho Machado. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALDANHA, Carlos Tadeu Moreira. **Compatibilidade de horários: uma análise sobre a condicionante para acumulação lícita de cargos públicos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas do Distrito Federal**. 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18701/1/2017_CarlosTadeuMoreiraSaldanha_tcc.pdf>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed, rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHILLING, Voltaire. **John Rawls: equidade e igualdade**. Educaterra. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>. Acesso em 8 de janeiro de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. – São Paulo: Malheiros, 2015.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. – Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. **A interface entre a ética e a administração hospitalar**. – São Paulo, 1999. Disponível em acervo particular.

APÊNDICE

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PRÓ-REITORIA DE GESTÃO DE PESSOAS**

Natal – RN, 1.º de abril de 2019.

A Vossa Excelência o Senhor

PAULO ROBERTO NUNES GUEDES

Ministro de Estado da Economia

Esplanada dos Ministérios, Bloco P, quinto andar, Brasília/DF.

CARTA DE RECOMENDAÇÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro,

A PRÓ-REITORIA DE GESTÃO DE PESSOAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE, neste ato representada pela Senhora Mirian Dantas dos Santos, que subscreve o presente expediente, vem, por intermédio deste, sugerir à Vossa Excelência a revisão do entendimento esposado na Nota Técnica SEI nº 5175/2015-MP, de 07 de dezembro de 2015, e na Instrução Normativa n.º 2, de 12 de setembro de 2018, ambas expedida pelo Ministério do Planejamento, pelas razões a seguir delineadas.

A Constituição Federal brasileira vaticina, como regra geral, a possibilidade da acumulação de dois cargos públicos para as seguintes profissões: *(i)* dois cargos de professor; *(ii)* um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou *(iii)* dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Todavia, a Carta Magna prevê expressamente a ressalva da compatibilidade de horários, a qual, uma vez inexistente, faz cair por terra a permissividade do exercício dúplice de cargos.

Por sua vez, o Parecer GQ – 145 da Advocacia Geral da União (AGU), de 16 de março de 1998, de força vinculante, proíbe os servidores públicos federais de laborarem em regimes de trabalho que, somados, ultrapassem o limite de 60 (sessenta) horas semanais.

Em 16 de março de 1988, o Consultor Geral da União, o Sr. Wilson Teles de Macêdo, expediu o Parecer AGU/WM-9/98, o qual foi adotado pelo Advogado Geral da União, o Sr. Geraldo Magela da Cruz Quintão, recebendo a autuação de “Parecer GQ – 145”. Este Parecer foi assentido pelo Presidente da República, cuja aprovação foi veiculada no Diário Oficial da União, em 1.º de abril de 1998.

Em razão da norma insculpida no art. 40, § 1.º, da Lei Complementar Federal n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, o Parecer assumiu efeito vinculante perante toda a Administração Pública Federal, *in verbis*:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

[...].

O Parecer da Advocacia Geral da União (AGU) aborda a ilegalidade da acumulação de dois cargos públicos, um de Assistente Jurídico e outro de Professor Adjunto de uma Instituição Federal de Ensino Superior, cujas jornadas de trabalho, somadas, avultam o montante de 80 (oitenta) horas semanais.

No caso em apreço, a extinta Consultoria-Geral da União, amparada na Exposição de Motivos n.º 9, de 26 de dezembro de 1989 – aprovada pela Presidência da República e veiculada no Diário Oficial da União, em 15 de janeiro de 1990 – já havia se posicionado na defesa da acumulação dos cargos. Para tanto, apoiou-se na inexistência de limite de carga horária pela Constituição Federal, no fato de a regra prevista no art. 66⁷¹ da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a estabelecer intervalo mínimo interjornada de onze horas, ser restrita a cada vínculo empregatício e não se poder conceber que toda jornada de trabalho tenha por objeto apenas cinco dias semanais, ainda mais em se tratando de um cargo exercido em estabelecimento de ensino.

⁷¹ “Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.”

Não obstante, o Parecer GQ – 145 da AGU adotou entendimento contrário à acumulação, considerando *(i)* o primado da coisa pública, prejudicado pelo exercício concomitante de ambos os cargos; *(ii)* ser desarrazoado o servidor dispor de apenas oito horas diárias para locomoção, higiene, alimentação e repouso; *(iii)* a acumulação de dois cargos de quarenta horas semanais não possibilitar a harmonização de horários entre o trabalho e a vida do servidor.

No curso do processo administrativo, os dois servidores que acumulavam os cargos indigitados reduziram suas cargas horárias semanais para sessenta horas, de modo a não revelar irregularidades. O Parecer recebeu a seguinte ementa:

Ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários. Com a superveniência da Lei n. 9.527, de 1997, não mais se efetua a restituição de estipêndios auferidos no período em que o servidor tiver acumulado cargos, empregos e funções públicas em desacordo com as exceções constitucionais permissivas e de má fé.

Em uma análise detida do citado Parecer, em especial de sua ementa, não se encontrará qualquer passagem definindo o limite de 60 (sessenta) horas como o termo máximo que se poderia trabalhar por semana no serviço público federal. Há, em verdade, uma menção ao regramento utilizado no Direito Trabalhista, a estabelecer intervalo interjornada de, no mínimo, 11 (onze) horas. A AGU entendeu ainda a necessidade de intervalo de uma hora entre os dois vínculos, para repouso, alimentação e deslocamento do agente público, sobrando 12 (doze) horas para o labor.

Em verdade, o Parecer afirma, apenas, a impossibilidade de se cumular cargos em regime de 80 (oitenta) horas semanais, razão pela qual a própria AGU gerou controvérsias a respeito do assunto.

Foi preciso, então, que a AGU expedisse a Nota n.º 114/2010/DECOR/CGU/AGU, de 18 de junho de 2010, documento no qual consignou, expressamente, o indigitado limite das 60 (sessenta) horas semanais. Tal entendimento foi ratificado pelo Ministério do Planejamento, em atenção a uma solicitação da Diretoria de Administração de Pessoal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (Ofício

nº 692/2015-DAP), consoante se depreende da Nota Técnica⁷² SEI nº 5175/2015-MP, de 07 de dezembro de 2015, e reiterado na Instrução Normativa nº 2/2018.

Não obstante, há anos, o Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a guarda da Constituição, vem demonstrando-se contrário à aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU, porquanto este intencione versar sobre matéria não afeita à legislação infraconstitucional. Nesse pórtico encontram-se diversos julgados do Excelso Tribunal brasileiro, senão se veja:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGULARIDADE CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO. PODER REGULAMENTAR. CRIAÇÃO DE NOVA REGRA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes.

II - Impossibilidade de se criar regra não prevista no texto da Constituição Federal, a pretexto de regulamentar dispositivo constitucional.

III - Agravo regimental improvido⁷³.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. EXISTÊNCIA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE LIMITA A JORNADA SEMANAL DOS CARGOS A SEREM ACUMULADOS. PREVISÃO QUE NÃO PODE SER OPOSTA COMO IMPEDITIVA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À ACUMULAÇÃO. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados.

II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à compatibilidade de horários entre os cargos a serem acumulados, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF.

III - Agravo regimental improvido⁷⁴.

Ao STF incumbe a guarda da Constituição, razão por que é essa egrégia Corte quem dá a última palavra sobre assuntos constitucionais. O citado Tribunal

⁷² Segue trecho da Nota Técnica sobredita: “a acumulação lícita de cargos no âmbito da Administração Pública Federal deve observar a compatibilidade de horário e jornada de trabalho **não excedente a 60 (sessenta) horas semanais**”. Grifos acrescidos.

⁷³ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 565.917, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 10-11-10.

⁷⁴ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 633.298/MG, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe, em 14-2-12.

assentou o entendimento segundo o qual a legislação ordinária não poderia se imiscuir em assuntos que não são de sua lavra. A Constituição não após limitação de carga horária à acumulação de cargos, pelo que nenhuma outra norma poderia restringir-lhe o alcance.

O citado posicionamento já se encontra acobertado pela jurisprudência da Corte, é dizer, não se trata de um entendimento isolado, enveredando por novos ares que não aquele comumente perpassado pelo Tribunal. Até os dias atuais, o STF afasta a aplicação da norma limitadora da carga horária semanal de trabalho dos servidores públicos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PARECER GQ 145/1998/AGU. LIMITE MÁXIMO DE 60 HORAS SEMANAIS EM CASOS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPATIBILIDADE DAS JORNADAS DE TRABALHO DA IMPETRANTE. COMPROVAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – A existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, XVI, c, da Constituição, desde que haja compatibilidade de horários para o exercício dos cargos a serem acumulados. Precedentes.

II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC⁷⁵.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. ÁREA DE SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO. CARGA HORÁRIA MÁXIMA DE 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS. FIXAÇÃO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA SUPREMA CORTE. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO⁷⁶.

SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. EXISTÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL A 60 (SESSENTA) HORAS. ACÓRDÃO 2.133/2005 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PARECER GQ 145/1998 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO⁷⁷.

⁷⁵ Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 34257, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: Dje, em 6-8-18.

⁷⁶ STF, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 35.917, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 26-11-18.

⁷⁷ STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1061845, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJe, em 25-2-19.

Em igual sentido, cumpre trazer a lume de Vossa Excelência o mais recente Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto, autuado sob o n.º 632, de 28 de setembro de 2018, o qual veicula decisório em que a Segunda Turma do Colendo Tribunal posicionou-se favoravelmente à acumulação em regime superior a sessenta horas semanais, em atenção ao entendimento já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete, de fato, tratar de matéria constitucional. *In verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS REMUNERADOS. ÁREA DA SAÚDE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. REQUISITO ÚNICO. AFERIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. A Primeira Seção desta Corte Superior tem reconhecido a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos privativos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho for superior a 60 horas semanais.
2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posiciona-se "[...] no sentido de que a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexiste tal requisito na Constituição Federal" (RE 1.094.802 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/5/2018, DJe 24/5/2018).
3. Segundo a orientação da Corte Maior, o único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública. Precedentes.
4. Adequação do entendimento desta Corte ao posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.
5. Recurso especial provido⁷⁸.

É de se ver, portanto, uma tendência, agora ainda maior, de os tribunais atentarem para a inconstitucionalidade da norma prevista no Parecer da AGU, com vistas a assegurar os ditames constitucionais, sem lhe impor restrições não vaticinadas pelo constituinte.

Seguindo o mesmo compasso, o TST proferiu recente decisão, na qual afirmou ser impossível ultrapassar-se a carga horária semanal de trabalho em uma mesmo vínculo, sem prejuízo do exercício concomitante de outra atividade pública, noutra mister laboral:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/17 – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – REQUISITOS - LIMITAÇÃO DA JORNADA SEMANAL.

A jurisprudência desta Eg. Corte considera que as normas infraconstitucionais que regulem o exercício de profissões e limitem a carga semanal a determinado período não constituem óbice à acumulação permitida pela Constituição da República, de modo que visam apenas a proibir que o profissional extrapole a carga horária

⁷⁸ STJ, Recurso Especial n.º 1746784/PE, Relator: Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe, em 30-8-18.

semanal em uma mesma instituição, e, não, que tenha outros empregos, mesmo públicos. A Carta de 1988 impõe apenas a compatibilidade de horários e a observância do teto constitucional. Julgados. Recurso de Revista conhecido e provido⁷⁹.

Nesse julgado, o TST elencou uma série de outras decisões avalizando o mesmo entendimento, de que o único requisito erigido pela Constituição Federal para a acumulação de cargos, funções e empregos públicos seria a compatibilidade de horários, não podendo comando normativo inferior cercear tal direito.

Aqui, cumpre lembrar a discussão de que a limitação da carga horária semanal laborativa deve ser entendida em cada vínculo, e não de forma global, como já bem decidiu o TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - PROVIMENTO. Diante de potencial violação do art. 37, XVI, "c" da Constituição Federal, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. PROFISSIONAL DA SAÚDE. DURAÇÃO MÁXIMA DO TRABALHO SEMANAL. ACUMULAÇÃO DE VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS NA INICIATIVA PRIVADA OU ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1.1. O princípio insculpido no art. 7º, XXII, da Constituição Federal, relativamente à redução dos riscos inerentes ao trabalho, coexiste harmonicamente com outros valores previstos na Carta Magna, de modo que sua aplicação não se dá com base na sistemática do "tudo ou nada", tal como ocorre com as normas-regras. 1.2. Nessa senda, quando há labor em condições insalubres, penosas ou especialmente cansativas, o legislador, ao materializar o princípio da proteção da saúde do empregado, procura fazê-lo de modo a restringir as jornadas de trabalho para duração aquém do limite constitucional, tornando-o mais oneroso ao tomador dos serviços. 1.3. A Lei 7.394/1985, em que se estabelece duração semanal máxima do trabalho para técnico de radiologia em vinte e quatro horas e, ao mesmo tempo, é fixado piso salarial superior ao mínimo legal (arts. 14 e 16 da Lei 7.394/1985) oferece garantia ao trabalhador. Não há proibição expressa à acumulação de mais de um vínculo de emprego, seja na iniciativa privada ou no setor público, para a categoria. 1.4. Realmente, o art. 5º, II e XIII, da Constituição Federal, assegura ao cidadão o livre exercício de sua profissão. 1.5. Diante disso, embora a redução dos riscos à saúde, inerentes ao trabalho, seja princípio da maior relevância, não anula a liberdade individual do trabalhador que, à míngua de disposição normativa expressa, tem espaço para discernir sobre o que é melhor para sua vida, inclusive deliberar pela acumulação de dois vínculos como de técnico de radiologia. 1.6. **A limitação da duração semanal ou diária do trabalho refere-se apenas a um determinado liame, o que torna possível a acumulação de dois cargos ou empregos públicos**, com fulcro no art. 37, XVI, "c", da CF. Recurso de revista conhecido e provido⁸⁰. (Grifo meu).

⁷⁹ TST, Recurso de Revista n.º TST-RR-657-52.2016.5.21.0007, Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Órgão Julgador: Oitava Turma, Publicação: DEJT, em 19-10-18.

⁸⁰ TST, Recurso de Revista n.º RR-2810-75.2011.5.02.0035, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Órgão Julgador: Terceira Turma, Publicação: DEJT, em 31-3-15.

Sendo assim, também não haveria de se aplicar, por analogia, a norma a versar sobre intervalo interjornada, o qual também diz respeito às atividades desempenhadas em um mesmo cargo (ou emprego), e não entre cargos distintos.

Se a própria Justiça do Trabalho decidiu não serem aplicadas as normas laborais (atinentes à carga horária máxima semanal e ao intervalo interjornada) em assunto de acumulação de cargos, já está mais do que na hora de se repensar a aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU.

Não fosse suficiente, a norma disposta no Parecer da AGU vergasta a cláusula geral de liberdade, segundo a qual a cada indivíduo é dada a escolha de seu próprio projeto de vida, em apanágio ao autorrespeito. O exercício de jornadas superiores a sessenta horas semanais sem prejuízo ao Ente Público, apurado caso a caso, não poderia ser tolhido pelo Estado, por ferir a autonomia do cidadão.

O princípio da igualdade também é açoitado pela norma em alusão, afinal, confere tratamento desigual a situações merecedoras de disposição igualitária. Isso porque a norma nada fala sobre os servidores que, além do cargo público, prestam serviços autônomos ou trabalham para empresas privadas; nesses casos, havendo compatibilidade de horários, estes podem cumprir jornadas superiores a sessenta horas, avultando uma situação de injustiça. Isso sem contar que esse tratamento desigual não traz quaisquer vantagens à coletividade, padecendo de justificativa para a disparidade.

Cumprido esclarecer que a celeuma a respeito da aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU importa decisivamente na situação funcional daqueles servidores públicos federais que possuem mais de um cargo público, haja vista haver uma grande demanda de processos administrativos internos, por meio dos quais se analisa a licitude da acumulação de cargos realizada por alguns de seus servidores, interferindo, decisivamente, na contratação e exoneração de agentes públicos.

Sendo assim, parece apropriado reacender a discussão a respeito do assunto, com vistas ao pronunciamento institucional se amoldar àquilo que vêm decidindo os tribunais superiores.

Diante do exposto, sugere-se a Vossa Excelência a revisão do entendimento outrora disposto na Nota Técnica SEI nº 5175/2015-MP e na Instrução Normativa nº 2/2018, expedindo-se novo ato normativo, consentâneo com o entendimento dos tribunais superiores do país, avalizando a não aplicação do Parecer GQ – 145 da AGU.

Sendo tudo para o momento, renovam-se os préstimos de estima e consideração, agradecendo antecipadamente a atenção dispensada.

Mirian Dantas dos Santos

PRÓ-REITORA DE GESTÃO DE PESSOAS DA UFRN

⁸¹ Esta Carta de Recomendação é produto do Mestrado Profissional em Gestão de Processos Institucionais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, de autoria do mestrando Emanuel Lins Galvão de Albuquerque Bastos.