



ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE: limitações constitucionais

98

ACCUMULATION OF POSITIONS, JOBS OR PUBLIC POSTS WITHIN THE HEALTH SECTOR: CONSTITUTIONAL LIMITATIONS

Ingrid Bispo dos Santos

RESUMO

Debate a vedação, exceções e requisitos permissivos para a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apontando a ausência de delimitação do conceito de compatibilidade de horários e sua afetação no caso de profissionais de saúde, em face do princípio da eficiência na prestação do serviço público.

Analisa hipótese de responsabilidade civil do Estado pela culpa do serviço quando este se mostrar negligente em relação à fiscalização exercida sobre a acumulação dos citados profissionais, que resultem em danos materiais e/ou morais aos destinatários do serviço público.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; acumulação de – cargo, emprego, função pública; profissional da saúde; princípio da eficiência; responsabilidade civil do Estado.

ABSTRACT

This paper explores the prohibition, exceptions and permissive requirements for the accumulation of public offices, jobs or posts set forth in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. It highlights the lack of definition regarding the compatibility of working hours in connection to health professionals, considering the principle of efficiency in the rendering of public service.

It considers the civil liability of the State in the case of failure to supervise the accumulation of positions held by said professionals, whenever it may result in material or moral damages to the end-users of such services.

KEYWORDS

Administrative Law, Position, job, public post – accumulation of; health professional; principle of efficiency; civil liability of the State.

1 INTRODUÇÃO

Eficiência e Administração Pública são elementos que devem estar sempre atrelados. É necessário para a consecução da finalidade administrativa, o interesse público, que a atuação dos agentes incumbidos da função administrativa alcance um resultado eficiente.

Deve-se lembrar que, de acordo com a teoria da Administração, eficiência significa, basicamente, atingir objetivos com o mais reduzido custo. Megginson et al (1998, p. 11) definem eficiência como: [...] *a capacidade de “fazer as coisas direito”, é um conceito matemático: é a relação entre insumo e produto (input e output). Um administrador eficiente é o que consegue produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) em relação aos insumos (mão-de-obra, material, dinheiro, máquinas e tempo) necessários à sua consecução. Em outras palavras, um administrador é considerado eficiente quando minimiza o custo dos recursos usados para atingir determinado fim. Da mesma forma, se o administrador consegue maximizar os resultados com determinada quantidade de insumos, será considerado eficiente.*

A partir do conceito acima, visualiza-se que é essencial para o bem do ofício de administrar que se incluam como norteadores de tal atividade parâmetros mensuradores de eficiência; assim, o administrador estará sempre ciente em relação à necessidade e à possibilidade ou não de reduzir custos com vistas à realização dos objetivos firmados.

Daft (1999, p. 39) também define eficiência: *Eficiência é um conceito mais limitado que diz respeito aos trabalhos internos da organização. A eficiência organizacional é o volume de recursos utilizados para produzir uma unidade de produto. Ela pode ser medida como a razão entre as entradas e as saídas. Se uma organização puder conseguir um determinado nível de produção com menos recursos que*

outra, diz-se que ela é mais eficiente

Chiavenato (1994, p. 70) trata a definição de eficiência da mesma maneira que os autores supracitados: *Eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados [...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível.*

[...] o objetivo do Estado brasileiro ao pensar em inserir a eficiência entre os nortes da sua função de administrar o interesse público baseou-se no intuito de buscar minimizar o “inchaço” da máquina estatal [...]

Tendo em vista a significação do vocábulo eficiência entre os autores da ciência da Administração, Gasparini (2005, p. 21) entende que *o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade*

Portanto, em virtude do apresentado, buscar-se-á relacionar o princípio da eficiência, primeiramente, especificando seu surgimento e aplicação no âmbito da prestação de serviços públicos, com a delimitação do conceito de compatibilidade de horários como requisito à acumulação de cargos, empregos e funções públicas na área de saúde, e a possibilidade de responsabilizar o Estado, de acordo com a teoria da culpa do serviço, em caso de atuação desconforme ao princípio da eficiência por parte de agentes públicos que cumulem cargos, empregos ou funções públicas na área de saúde.

2 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O princípio da eficiência não integra a CRFB/88 quando esta foi produzida pelo Constituinte Originário. Sua presen-

ça constitucional é fruto do trabalho do Constituinte Derivado, o qual no ano de 1998, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, modificou o art. 37 da CRFB/88, colocando a eficiência lado a lado com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, como princípio constitucional relacionado à Administração Pública.

O conceito de eficiência é bastante intuitivo, emprestado da ciência da Administração com o objetivo de auxi-

liar na migração de uma Administração Pública brasileira calcada, principalmente, na burocracia para um caráter mais gerencial. Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 114-115), citando o Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995, afirma: *Trata-se de ideia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – quanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente.”*

Observa-se que o objetivo do Estado brasileiro ao pensar em inserir a eficiência entre os nortes da sua função de administrar o interesse público baseou-se no intuito de buscar minimizar o “inchaço” da máquina estatal,

afastando-se da estrutura burocrática para dar espaço a um sistema mais aberto e com limites mais flexíveis.

Matheus Carvalho (2017, p. 78) aduz que: *Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da atuação administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional. Buscam-se sempre melhores resultados práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda a coletividade se beneficia disso.*

Meirelles (1996, p. 20) define o dever de eficiência do administrador público como aquele: [...] *que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.*

Já nas palavras de Alexandre de Moraes (2002, p. 317): *O princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício e suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa eficaz, sem burocracia sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.*

Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 114) cuida de dividir o princípio da eficiência em duas faces, uma subjetiva ligada à maneira de agir do agente público e outra objetiva referente à estrutura da Administração Pública: *O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.* (grifos da autora)

Diante do exposto, a ideia é evitar que haja acumulação de cargos, empregos e funções públicas, como prescreve o princípio da Administração Pública em matéria de eficiência no exercício da função pública.

3 DA ABRANGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS REFERENTES À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS

3.1 DO CARGO, DO EMPREGO E DA FUNÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, cabe esclarecer, conceitualmente, o que é considerado cargo, emprego ou função pública.

A definição de cargo público pode ser extraída do art. 3º da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990: *Art. 3º. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (BRASIL, 1990).*

Infere-se, então, que o cargo público constitui uma série

de encargos atribuídos a um servidor, em regra, brasileiro, que deve ser criado mediante lei formal e material, possuir denominação específica e ter os vencimentos/remuneração do servidor pagos pelo Poder Público, podendo ser de caráter efetivo ou comissionado (de livre nomeação e exoneração).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.259), *cargos públicos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.*

O emprego público não possui conceituação legal explícita, entretanto, o art. 1º da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, a qual disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, diz: *Art. 1º O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.*

Depreende-se que emprego público é o exercício de atribuições públicas não regidas por Estatuto próprio, mas sim pela Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 260) diz que *empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista.*

Matheus Carvalho (2017, p. 784) alude que a contratação de agentes públicos na modalidade emprego público é restrita a algumas situações: [...] *salvo situações excepcionais, a contratação de empregados sob o regime da CLT para prestação de serviços na Administração Pública fica limitada aos entes de direito privado, quais sejam, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas regidas pelo direito privado. Pelo fato de se submeterem a regime de direito privado, a estas entidades não se admite a nomeação de servidores sob regime estatutário, com as prerrogativas constitucionais e legais inerentes ao regime de cargos públicos. Estes agentes têm vínculo permanente com o Estado, com prazo indeterminado, sob relação de emprego, sendo-lhes aplicável o regime da CLT, subsidiariamente às normas estipuladas por lei específica.*

A função pública também não possui definição legal, ficando a encargo da doutrina conceituá-la e, inclusive, diferenciá-la do cargo público.

Diogo de Figueiredo Neto (2014, s.n.) ressalta que: *A ideia de função se reporta ao conjunto de atividades a serem desempenhadas pelo servidor público, a serem legalmente explicitadas, ordenadas, especializadas e coordenadas, de modo a suprirem as necessidades operativas do serviço público. Cada uma dessas atividades se denomina atribuição, de sorte que uma função pública pressuporá sempre o cometimento de uma ou mais atribuições a quem a desempenhe.*

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 260), *funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudessem ser preenchidos por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado por lei.*

Diogo de Figueiredo Neto (2014, s.n.) ocupa-se de diferenciar cargo público e função pública, salientando que, no mundo jurídico, podem ser encontrados de forma coligada ou de modo independente: *Se a todo cargo correspondem funções, a recíproca não é verdadeira, pois a lei poderá cometer o desempenho de funções públicas mesmo a quem não esteja sob vínculo estatutário, como sucede com o contrato para o desempenho de serviços de caráter temporário. Fora do Direito Administrativo, encontra-se, também, a função sem cargo, quando há cometimento do chamado múnus público, como ocorre, por exemplo, para o exercício da função de jurado, à qual não corresponde cargo algum de jurado, ou para a função de mesário em época de eleições, que tampouco se vincula a um cargo.*

Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 275) também cuida de realizar a distinção entre cargo público, incluindo o emprego público, da função pública: *Todo cargo ou emprego público tem função, mas pode haver função sem cargo e sem emprego. A função sem cargo e sem emprego é denominada função autônoma, que na forma da Constituição atual, abrange: A função temporária – exercida por servidores temporários na forma do art. 37, IX, da CF – e a função de confiança – prevista no art. 37, V, da CF, e exercida exclusivamente por servidores públicos titulares de car-*

gos efetivos e que se destinam a apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

3.2 DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

O art. 37, incisos XVI e XVII, da CF/88 versa acerca da vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, ao dispor, respectivamente, que é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos e que a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.

[...] a regra é a vedação constitucional à acumulação de cargos, empregos e funções públicas; porém, existem exceções no próprio corpo da Constituição, contanto que observados alguns requisitos [...]

Contudo, o disposto acima compõe regra constitucional, a qual a própria CF/88 cuida de excepcionar-se, valendo-se da segunda parte do inciso XVI do art. 37 da CF/88 e de suas alíneas ao prescrever que constituem exceções à vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, quando houver compatibilidade de horários e desde que observado em qualquer caso o disposto no inciso XI do art. 37 da CF/88, o qual fixa o denominado teto constitucional determinando que: *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 (BRASIL, 1988).

Paulo Modesto descreve o teto constitucional de remuneração dos agentes públicos da seguinte forma: *É estabelecido um único teto nacional, correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Prefeitos, Governadores, Ministros de Estado,*

Deputados e Senadores, o próprio Presidente da República, não poderão perceber mais do que for definido como subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No cálculo do teto serão consideradas as vantagens pessoais e toda e qualquer parcela de remuneração (MODESTO, 2000, p. 10).

Segundo as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso XVI do art. 37 da CF/88, são exceções – cumpridos os requisitos supra mencionados da segunda parte do inciso XVI do art. 37 da CF/88 – a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor e outro técnico ou científico; e c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Assim sendo, a regra é a vedação constitucional à acumulação de cargos, empregos e funções públicas; porém, existem exceções no próprio corpo da Constituição, contanto que observados alguns requisitos, quais sejam: 1) remuneração em ambos os cargos, empregos ou funções; 2) compatibilidade de horários; 3) respeito ao teto constitucional.

Salienta-se que o art. 38, III, da CF/88 traz mais uma exceção à acumulação de cargos, empregos e funções públicas ao permitir aos ocupantes do cargo eletivo

de Vereador o acúmulo com outro cargo, emprego ou função pública, desde que haja compatibilidade de horários, pois, caso não haja, deverá optar por um dos cargos, empregos ou funções. O teto constitucional também deve ser observado nesse caso, tratando-se de manifestação do princípio da razoabilidade.

Assevera-se que somente quanto ao cargo eletivo de Vereador é permitida a supramencionada acumulação, não estando abrangidos os demais cargos eletivos (Presidente da República, Senador, Governador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Prefeito).

Ressalta-se ainda que sobre os magistrados e membros do Ministério Público incide proibição mais rigorosa acerca da acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas, não se aplicando os incisos XVI e XVII, do art. 37 da CF/88, mas sim, o inciso I do parágrafo único do art. 95 da CF/88, no caso de magistrados, e a alínea “d” do inciso II do §5º do art. 128 da CF/88, no caso de membros do Ministério Público: *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; 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.*

102

O STJ, nos últimos anos, firmou entendimento no sentido de que a acumulação de cargos, empregos e funções públicas relacionados à área de saúde deve respeitar o limite de 60 (sessenta) horas semanais [...]

Ambos os dispositivos supramencionados permitem aos magistrados e membros do Ministério Público acumular seus cargos apenas com cargo, emprego ou função pública de magistério, isto é, de professor.

A vedação à acumulação refere-se a cargos, empregos ou funções remuneradas, conforme o disposto no inciso XVI do art. 37 da CF/88 – é vedada a acumulação **remunerada** de cargos públicos (BRASIL, 1988, grifo nosso) –, o que faz inferir que se um dos cargos, empregos ou funções não for remunerado, é possível a acumulação. Não restando dúvidas quanto a esse ponto. Porém, ainda em relação a essa questão da ausência de remuneração, emerge uma discussão a respeito da acumulação de cargo, emprego ou função pública com outra em que se esteja em gozo de licença não remunerada.

Carvalho Filho (2014, p. 675) defende que seria perfeitamente viável a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, quando em um deles não há remuneração devido à utilização de licença não remunerada: [...] *é perfeitamente legítimo e equânime que o servidor se licencie do cargo anterior ou ajuste a suspensão do contrato de trabalho, sempre sem remuneração (vencimentos ou salário), e seja empossado no*

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

Não obstante, o STF já decidiu não ser cabível acumulação de cargos, empregos ou funções públicas quando em gozo de licença não remunerada em um deles, consoante se pode visualizar no recurso extraordinário – RE 39947/DF. Tendo em vista que o supracitado precedente não se encontra superado, essa é a posição vigente do STF:

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 perfilar ser possível a opção de remuneração daquele servidor já aposentado que novamente ingressa no serviço público. Por isso, é lícita a pretensão de, licenciado sem vencimentos do cargo que ocupa, o servidor ser empossado em outro. 2. *Apelação provida.* 2. A recorrente afirma que a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos (fls. 177). 3. *Salienta violação do artigo 37, XVI e XVII, da Constituição do Brasil.* 4. *Assiste razão à recorrente. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos.* (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 CPC. Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2005. Ministro Eros Grau- Relator – (STF – RE: 399475 DF, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 26/08/2005, Data de Publicação: DJ 14/09/2005 PP-00089).*

Sobre o teto remuneratório, havia controvérsia acerca de como deveria ser apurada sua observância: uma parte da doutrina defendia que a soma das remunerações dos dois cargos, empregos ou funções não poderia ultrapassar o teto constitucional,

enquanto outra parte, que cada remuneração, isoladamente, não pode ultrapassar o referido teto.

Mas, em abril de 2017, o STF encerrou essa polêmica no julgamento, em sede de repercussão geral, dos recursos extraordinários 612975/MT e 602043/MT, decidindo que é a remuneração de cada cargo, emprego ou função que deve observância ao teto constitucional, sob o fundamento de que se fosse considerada a soma das remunerações estar-se-ia violando o princípio da igualdade e da irredutibilidade de subsídios, além de desvalorizar o trabalho: *Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. (STF. Plenário. RE 612975/MT e RE 602043/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (repercussão geral).*

Destaca-se que Paulo Modesto (2000, p. 10) já defendia a visão atualmente adotada pelo STF, uma vez que visualizava a seguinte incoerência: *A soma das acumulações constitucionais para fins de abate-teto não tem justificativa que a sustente. Nada representa do ponto de vista fiscal ou moral. No plano jurídico, de revés, provoca perplexidade, pois consta da Constituição Federal norma que autoriza os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal a acumulação “remunerada” decorrente do exercício de outra função pública (ensino). Fica-se numa situação antinômica: uma norma autoriza a acumulação remunerada, permitindo aos ministros perceberem do Poder Público valores adicionais ao subsídio devido pelo exercício de seus cargos no Poder Judiciário, mas outra norma, a relativa ao teto, aparentemente impede qualquer percepção de valor adicional. A solução terá de ser jurisprudencial, evitando a antinomia interna na lei fundamental, segundo o princípio da unidade da Constituição, provavelmente pela saída interpretativa de considerar o teto aplicável a todos os agentes públicos, ressalvados os ministros do Supremo Tribunal Federal,*

por serem os próprios paradigmas nesta matéria. Solução incômoda. autêntica lacuna axiológica, mas aparentemente a única solução do ponto de vista lógico.

No tocante à compatibilidade de horários há enorme debate a respeito de como mensurá-la a fim de não comprometer a eficiência na prestação do serviço público, visto que não existe nenhuma norma legal fixando parâmetros para essa verificação, cabendo à doutrina e jurisprudência tentar solucionar tal problemática.

Em razão disso, a questão será discutida em subseções específicas, em que será explanado o posicionamento da Advocacia-Geral da União – AGU, do Tribunal de Contas da União – TCU, do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, com o intuito de buscar uma delimitação coerente para compatibilidade de horários, com destaque àquilo que se refere à acumulação de cargos, empregos ou funções privativas de profissionais de saúde com profissões regulamentadas.

3.3 DO CONCEITO DE CARGOS OU EMPREGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE

A saúde diz respeito ao bem-estar do corpo e da mente do ser humano, contudo, de acordo com a CRFB/88, só podem acumular cargos, empregos ou funções públicas os profissionais da área de saúde com profissões regulamentadas em lei, isto é, aquelas regidas por legislação própria dispondo acerca dos direitos, deveres, atribuições, responsabilidades, abrangência profissional e demais especificidades.

A título exemplificativo, são profissões regulamentadas da área de saúde: médico (Lei n.3.268, de 30 de setembro de 1957), enfermeiro (Lei n. 5.905, de 12 de julho de 1973, e Lei n. 7.498, de 25 de junho 1986) e nutricionista (Lei n. 6.583, de 20 de outubro de 1978, e Lei n. 8.234, de 17 de setembro de 1991).

Nesse diapasão, cargo, emprego ou função privativa de profissionais de saúde são aqueles cujas atribuições designadas, além de estarem relacionadas ao bem-estar do corpo e da mente humana, são exclusivas de determinadas classes profissionais regulamentadas em lei específica.

3.4 DO POSICIONAMENTO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU

A AGU exarou, em 16 de março de 1998 – com aprovação da Presidência da República em 30 de março de 1998 e publicação no Diário Oficial da União em 1º de abril de 2018 –, o Parecer GQ-145.

Essa espécie de parecer da AGU guarda natureza vinculante no âmbito do Poder Executivo em razão de previsão expressa do §1º do art. 40 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União:

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. (BRASIL, 1993, grifos nossos).

A ementa do Parecer GQ-145 da AGU revela claramente o posicionamento adotado pelo órgão na delimitação conceitual de compatibilidade de horários ao aduzir ser 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 (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 1998, s.n.), o qual é complementado, na parte final do parecer, quando é mencionado que *a acumulação, no regime de sessenta horas semanais, não impede a inativação no cargo técnico ou científico, observadas as normas pertinentes* (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 1998, s.n.).

Portanto, o entendimento da AGU é que compatibilidade de horários “é uma condição objetiva” (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 1998, s.n.) e que se resume em acumulação de cargos, empregos ou funções públicas cuja soma das jornadas de trabalho não ultrapassem o limite de até 60 (sessenta) horas semanais.

3.5 DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU

O TCU se manifestou no Acórdão 2.133, de 13 de setembro de 2005, ao analisar um processo em que se pretendia acumular os cargos públicos de Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça

do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF e de Auxiliar de Enfermagem da Fundação Universidade de Brasília – FUB, que somente seria possível efetivar tal acumulação acaso a jornada de trabalho do interessado atendessem ao limite de até 60 (sessenta) horas semanais: *Em vista do exposto, acolho o parecer da Unidade Técnica, ao qual anuiu o Parquet, no sentido de julgar ilegal a admissão em apreço, devendo o Órgão de origem fazer cessar todo e qualquer pagamento dela decorrente, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da ciência da decisão deste Tribunal, sob pena de ressarcimento das quantias pagas após essa data pelo responsável, ressalvada a hipótese de, nesse prazo, mediante novo ato a ser submetido à apreciação desta Corte de Contas, reste demonstrado que o servidor optou pelo cargo de Técnico Judiciário do TJDF em detrimento do cargo de Auxiliar de Enfermagem que exerce na FUB/UnB ou adequou sua jornada semanal de trabalho ao limite de 60 (sessenta) horas, respeitado, em cada um dos cargos, o mínimo de horas de trabalho fixado pelo caput do art. 19 da Lei n. 8.112/1990 ou por lei especial.* (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2005, s.n.).

Verifica-se, então, que o entendimento do TCU coaduna-se com o da AGU, no sentido de que a compatibilidade de horários está limitada a 60 (sessenta) horas semanais.

3.6 DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

O STJ, nos últimos anos, firmou entendimento no sentido de que a acumulação de cargos, empregos e funções públicas relacionados à área de saúde deve respeitar o limite de 60 (sessenta) horas semanais, fixando, assim, o referido limite temporal como uma forma de delimitar o conceito de compatibilidade de horários.

A título de exemplo seria possível cumular um cargo na área de saúde cuja jornada de trabalho seja 40 (quarenta) horas semanais com outro cuja carga horária seja 20 (vinte) horas semanais. Assim como também seria possível cumular 2 (dois) cargos, empregos ou funções públicas da área de saúde com carga horária de 30 (trinta) horas semanais. Visualiza-se o posicionamento do STJ nas decisões abaixo citadas:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ENFERMEIRA DO QUADRO DE PESSOAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESENTA HORAS). NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES À CONCESSÃO DA LIMINAR. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE ÊXITO E DE RISCO DE DANO IMEDIATO E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que não há compatibilidade de horários quando servidor público, em acúmulo de cargos públicos, está submetido a jornada de trabalho superior ao limite de 60 horas semanais impostos no Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU (cf. MS 19.336/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado

em 26/02/2014, DJe 14/10/2014). [...] 3. Não há direito subjetivo da servidora em exercer carga horária de 30 horas semanais em regime de plantão (art. 3º do Decreto nº 1.590/1995, com alterações do Decreto nº 4.836/2003): há mera permissão, ao alvedrio da Administração Pública Federal. A servidora está submetida a uma jornada de trabalho de 40 horas semanais (art. 1º do Decreto nº 1.590/1995). 4. Agravo interno não provido. (AgInt no MS 22.862/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017). É vedada a acumulação de dois cargos públicos quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de 60 horas semanais. No caso concreto, a servidora acumulava dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde e a soma da carga horária semanal de ambos era superior a 60 horas. A servidora foi notificada para optar por um dos dois cargos, tendo se mantido inerte. Diante disso, foi demitida de um deles por acumulação ilícita de cargos públicos. A servidora impetrou mandado de segurança, mas o STJ reconheceu que a demissão foi legal. (STJ. 1ª Seção. MS 19.336- DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014).

DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE JORNADA SEMANAL SUPERIOR A SESENTA HORAS NA HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. É vedada a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. Segundo o que dispõe a alínea c do inciso XVI do art. 37 da CF, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI, a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Por se constituir como exceção à regra da não acumulação, a acumulação de cargos deve ser interpretada de forma restritiva. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Observa-se, assim, que a jornada excessiva de trabalho atinge a higidez física e mental do profissional de saúde, comprometendo a eficiência no desempenho de suas funções e, o que é mais grave, coloca em risco a vida dos usuários do sistema público de saúde. Também merece relevo o entendimento do TCU no sentido da coerência do limite de sessenta horas semanais – uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso inter-jornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) -, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se

otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos (TCU, Acórdão 2.133/2005, DOU 21/9/2005). MS 19.336-DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

3.7 DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL – STF

Contrariamente ao que aduz o STJ, o Supremo Tribunal Federal não concorda com a delimitação do conceito de compatibilidade de horários a partir da fixação de 60 (sessenta) horas semanais

O entendimento do STF é de que norma de caráter infraconstitucional não pode obstar o direito de acumulação de cargos, empregos e funções públicas e que, apesar de existir a delimitação constitucional referente à necessidade de compatibilidade de horários, tal fato deve ser extraído do caso concreto:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. FIXAÇÃO DE JORNADA POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO DA ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c. 2. Agravo regimental não provido. (STF; ARE 859484 AgR/RJ – RIO DE JANEIRO; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 12/05/2015; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2015 PUBLIC 19-06-2015).

Na decisão judicial seguinte, o STF explana bem seu posicionamento acerca da temática, aduzindo que o importante é apurar se no plano fático não há conflitos entre as jornadas de trabalho

do acumulador de cargos, empregos e/ou funções públicas, sem que haja um número fixo de horas a serem trabalhadas durante a semana e, tampouco, sendo legítimo ao Poder Executivo delimitar a duração semanal do trabalho para fins de permitir ou não a referida cumulação, visto que não lhe cabe editar normas com intuito de conter a eficácia de normas de cunho constitucional, a exemplo da que cuida de vedar a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, assim como, as que excepcionam tal proibição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL: IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO NÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 37, XVI, C, DA CF/88. EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE CARGA HORÁRIA SEMANAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, NÃO PROVIDAS. 1. O art. 37, XVI, c, da CF/88, na nova redação dada pela EC 34/2001, permite expressamente a acumulação remunerada de cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, exigindo-lhes apenas a compatibilidade de horários. 2. Não encontra suporte legal e afronta o texto constitucional a vedação de acumulação de cargos quando a jornada de trabalho ultrapassar 60 (sessenta) horas semanais, uma vez que a única condição imposta pela Constituição é que deve haver compatibilidade de horários,

sem estabelecer nenhum limite com relação à carga horária semanal. 3. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento (fl. 135). Tem-se no voto condutor do julgado recorrido: Ademais, não se poderia argumentar que a jornada semanal de trabalho superior a 60 horas comprometeria o desempenho do serviço, porquanto a apuração de eventual inaptidão para o exercício do cargo deve-se dar após a investidura no cargo público e durante o seu exercício (fl. 132). 3. No recurso extraordinário, a Agravante afirma que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 7º, inc. XIII e XIV, 37, inc. XVI, e 39, § 3º, da Constituição da República. Assevera que: Extrapolado o limite de 60 horas semanais, ainda que se considere fisicamente apto o servidor, não se mostra razoável entenderem-se compatíveis horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, pouco mais de oito horas diárias para que restem atendidas as necessidades de locomoção, de higiene física e mental, de alimentação e de repouso do servidor, como ocorrerá, caso reste deferida, no caso, a acumulação pleiteada pela ora Recorrida. (...) É que é visível e notório que uma acumulação que imponha uma jornada de trabalho semanal superior a 60 horas compromete tanto a saúde física, mental e laborativa do servidor quanto a própria qualidade do serviço prestado. (...) A compatibilidade de horários exigida no art. 37, XVI, da Constituição deve observar uma carga horária semanal total limitada em 44 horas semanais (fls. 174-177). 4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a assertiva de que o julgado recorrido estaria em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal (fls. 187-188). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste à Agravante. 6. Pela jurisprudência do Supremo Tribunal, não é possível a limitação da carga horária semanal relativa ao exercício cumulativo de cargos públicos, por tratar-se de requisito não previsto

na Constituição da República: *Colho dos autos que, a partir de 1º.11.1980, a recorrida passou a ocupar, cumulativamente, os cargos de auxiliar de enfermagem no Instituto Nacional do Câncer e no Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro – IASERJ. Em 29 de dezembro de 2004, a administração estadual exigiu que a recorrida optasse por apenas um desses cargos, sob o fundamento de que a soma da carga horária semanal superava o limite de 65 horas estabelecido no Decreto estadual 13.042/89, que regulamentou a matéria no Estado do Rio de Janeiro. Não há dúvida de que a recorrida encontra-se amparada pela norma do art. 17, § 2º, do ADCT da CF/88: Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título. (...) § 2º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta. Ela, na época da promulgação da Carta Magna, acumulava dois cargos de auxiliar de enfermagem, situação que, claramente, o legislador constituinte decidiu preservar. Tem razão o Estado do Rio de Janeiro ao afirmar que o dispositivo constitucional transcrito deve ser interpretado em conjunto com inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, estando a cumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. **No caso dos autos, ficou comprovado na instância ordinária que não havia choque de horário nos dois hospitais em que a recorrida trabalhava. Deve ser afastada, portanto, a alegada ofensa a esse dispositivo. Assim, sob o ponto de vista das normas constitucionais, a recorrida preencheu todos os requisitos para a pretendida acumulação. É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma. O Tribunal a quo, ao afastar o limite de horas semanais estabelecido no citado decreto, não ofendeu qualquer dispositivo constitucional, razão por que conheço do recurso e nego-lhe provimento (RE 351.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.7.2005 grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o julgado recorrido.7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 8 de abril de 2011. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora (STF – AI: 762427 GO, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/04/2011, Data de Publicação: DJe-074 DIVULG 18/04/2011 PUBLIC 19/04/2011). (grifos nossos)***

Desse modo, atualmente, existe divergência entre a posição do STF e a do STJ. Enquanto o primeiro entende que a compatibilidade de horários é um conceito que deve ser aferido a cada

caso concreto, o segundo prefere fixar um limite de 60 (sessenta) horas semanais para aqueles que acumulam cargos, empregos ou funções públicas na área de saúde, tomando esse limite temporal como uma presunção de que, obedecido, não prejudicará o bem-estar do agente público e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA CULPA DO SERVIÇO EM CASO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS PRIVATIVAS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE DESRESPEITOSA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O § 6º do art. 37 da CF/88 prevê a regra acerca da responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes.

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: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa

Essa responsabilização é de cunho objetivo, calcada na teoria do risco administrativo e dispensando prova de dolo ou culpa para ensejar indenização, em razão de derivar da teoria do órgão, a qual aduz que os atos praticados por agentes públicos são imputados à pessoa jurídica à qual estão vinculados.

Matheus Carvalho (2017, p. 168-169) explica, a seguir, a teoria do órgão, assim como a teoria do risco administrativo (2017, p. 345):

A doutrina alemã, encampada pelo jurista Ütto Friedrich von Gierke, criou a teoria do órgão ou teoria da imputação volitiva, de ampla aceitação no direito brasileiro, pela doutrina nacional. Conforme essa teoria, levando em consideração que as pessoas jurídicas se configuram uma ficção do direito e que, por isso, não têm existência fática, a sua manifestação de vontade somente pode ser concretizada pela intenção de pessoas físicas. Dessa forma, a manifestação de vontade da pessoa jurídica se dá por meio da atuação da pessoa física e essas vontades se confundem, ou seja, a vontade do Estado se exterioriza pela manifestação de seu agente. Sendo assim, pode-se dizer que as pessoas físicas integram órgãos públicos e a manifestação de vontade destes órgãos apresenta a vontade da pessoa jurídica. Com efeito, a lei cria órgãos públicos, compostos por pessoas físicas que manifestam a vontade do Estado em sua atuação e, nestes casos, se torna indissociável a vontade do órgão e da pessoa jurídica que ele integra. Não se trata de uma manifestação de vontade representando a vontade estatal, mas sim a própria vontade estatal exteriorizada por aquele agente. Isso se dá pelo fato de que o órgão é parte do corpo desta entidade e, então, a manifestação de vontade da parte apresenta a conduta do todo.

Teoria do Risco Administrativo – O Estado é realmente um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado, gozando de determinadas prerrogativas não

estendidas aos demais sujeitos de direito. Em razão disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco maior, decorrente de suas inúmeras atividades e, ter que responder por esse risco, lhe traria uma consequência. Surgiu, assim, a teoria do Risco Administrativo. Essa teoria responsabiliza o ente público, objetivamente, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, contudo, admite a exclusão da responsabilidade em determinadas situações em que haja a exclusão de algum dos elementos desta responsabilidade. O Brasil adora esta teoria.

A teoria do risco administrativo dispensa a prova do dolo ou culpa, mas exige os elementos básicos para a caracterização da responsabilização civil: conduta, nexo causal e dano. Desse modo, para excluir a responsabilidade civil objetiva, faz-se necessário que algum desses 3 (três) elementos fique prejudicado, conforme assevera Matheus Carvalho (2017, p. 346): *Para excluir-se a responsabilidade objetiva, deverá estar ausente pelo menos um dos seus elementos, quais sejam conduta, dano e nexo de causalidade. Culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior são exemplos de excludentes de responsabilidade, por se tratarem de hipóteses de interrupção do nexo de causalidade.*

Se houver culpa concorrente, a responsabilidade do Estado é apenas atenuada, não excluída.

Entretanto, como ressaltado, essa é a regra para fins de responsabilização civil do Estado; logo, há exceções e dentre elas, a culpa do serviço.

A culpa do serviço também dispensa o dolo ou culpa por parte do agente público, todavia, além da conduta, do nexo causal e do dano, exige que haja comprovação da má prestação do serviço, eis porque é uma teoria de natureza subjetiva. Essa teoria deve ser adotada na hipótese em que a conduta estatal não configurar uma ação, mas sim, uma omissão, e esta seja derivada da prestação equivocada do serviço público.

Teoria da Culpa do Serviço ou faute du service – Para maior proteção à vítima, chegou-se à responsabilidade subjetiva baseada na culpa do serviço. Neste caso, a vítima apenas deve comprovar que o serviço foi mal pres-

tado ou prestado de forma ineficiente ou ainda com atraso, sem necessariamente apontar o agente causador. Não se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo e, por isso, denominamos Culpa Anônima. (CARVALHO, 2017, p. 339).

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de faute du service entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou falta do serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríple modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva (BANDEIRA, 2011, p. 1019).

[...] o desrespeito à eficiência na prestação de serviços públicos, principalmente na área de saúde, em razão de cumulação exaustiva e ilimitada de cargos, empregos e funções públicas daria ensejo à aplicação da teoria da culpa do serviço [...]

A teoria da culpa do serviço vem sendo adotada pelo STJ e pelo STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDÁRIO POR OUTRO PRESIDÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C. F., art. 37, § 6º. I. – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade

de da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. IV. – Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. – R. E. Não conhecido. (RE 179147, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 12/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00589 RTJ VOL-00179-02 PP-00791).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MATÉRIA FÁTICA. Súmula 279-STF. I. – A análise da questão em apreço demanda o reexame de matéria de fato, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279-STF). II. – Morte de detento ocasionada por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. III. – Agravo não provido. (AI 512698 AgR, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00036 EMENT VOL-02222-07 PP-01350)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DANO EM VEÍCULO AUTOMOTOR EM DECORRÊNCIA DE PASSAGEM SOBRE BURACO EM VIA PÚBLICA. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 279 DO STF. I – Decisão monocrática que ne-

gou seguimento ao recurso extraordinário por entender que concluir de forma diversa do acórdão recorrido necessitaria de reexame de matéria de prova (Súmula 279 do STF). II – Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III – Agravo regimental improvido. (RE 585007 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-10 PP-02128 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 168-170)

Em virtude do exposto, pode-se perceber que o desrespeito à eficiência na prestação de serviços públicos, principalmente na área de saúde, em razão de cumulação exaustiva e ilimitada de cargos, empregos e funções públicas daria ensejo à aplicação da teoria da culpa do serviço, não podendo ficar prejudicado o cidadão destinatário do serviço público em prol de gestores estatais que permitiram uma extrapolação nos limites autorizativos, sobretudo, naquele que tange à compatibilidade de horários, bem como dos demais agentes públicos que, mesmo que culposamente, violaram o princípio constitucional da eficiência para que pudessem cumular seus cargos, empregos ou funções públicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi analisar as hipóteses de acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas, suas exceções, relacionando-as com o princípio da eficiência e examinando a possibilidade de responsabilização civil do Estado com base na teoria da culpa do serviço quando for omissa na verificação e aferição da compatibilidade de horários, em se tratando de acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas na área de saúde.

Inicialmente, foi explorado o conceito de eficiência e sua relação com o direito brasileiro em termos constitucionais e administrativos para, em seguida, explicar a diferença entre cargos, empregos e funções públicas e expor a proibição de acumulação destes, consoante a CF/88, bem como as exceções que ela própria traz.

Após o debate referente à amplitude das exceções supramencionadas, deu-se destaque à tentativa de delimitar o conceito de compatibilidade de horários, e demonstraram-se os elementos que o TCU, a AGU, o STJ e o STF utilizam para tanto.

Não existe unificação no posicionamento dos órgãos acima citados, mas restou claro que é necessário se valer de algum dos critérios propostos a fim de estabelecer a delimitação da definição de compatibilidade de horários, visto que – com fundamento na omissão estatal de fiscalizar se os profissionais da área de saúde que acumulam cargos, empregos ou funções cumprem carga horária compatível e não prejudicam a eficiência na prestação do serviço público – poder-se-á proceder com a responsabilização civil do Estado com o intuito de reparar eventuais danos causados a usuários do serviço público.

Essa responsabilização civil seria apurada com base na teoria da culpa do serviço, cabendo ao usuário de serviços públicos em que haja profissionais da área de saúde em regime de acumulação de cargos, empregos ou funções públicas indicar que a jornada de trabalho exaustiva tornou-se danosa em razão da

ausência de fiscalização e controle por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019].
- BRASIL. *Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.
- BRASIL. *Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000*. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). *Parecer nº GQ-145*. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 16 mar. 1998. Assunto: Exame de casos de acumulação de cargos.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 762427/GO*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de abril de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 74, 19 abr. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 22862/DF*. Relatora: Min. Regina Helena Costa, 13 de dezembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico STJ*, Brasília, DF, 16 fev. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Agravo de instrumento nº 512698*. Superior Tribunal de Justiça: Brasília, DF, 13 dez. 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Agravo de instrumento nº 859484/RJ*. Superior Tribunal de Justiça: Brasília, DF, 12 maio 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de segurança nº 19336/DF*. Relatora: Min. Eliana Calmon, 26 de fevereiro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico STJ*, Brasília, DF, 14 out. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de instrumento nº 762.427/GO*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 8 de abril de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 74, p. 70-71, 19 abr. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo regimental nº 859.484/RJ*. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de maio de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 118, p. 37-38, 18 jun. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso extraordinário nº 179.147*. Relator: Min. Carlos Veloso, 12 de dezembro de 1997. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 246, 19 dez. 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 399.475/DF*. Relator: Min. Eros Grau, 26 de agosto de 2005. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 172, p. 89, 14 set. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso extraordinário nº 585.007*. Relator: Min. Ricardo Levandowski, 5 de junho de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 104, p. 98, 5 jun. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 602.043/MT*. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 203, p. 42-43, 8 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 612.975/MT*. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico STF*, Brasília, DF, n. 203, p. 43, 8 set. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão nº 2133/2005*. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 13 set. 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DALF, Richard L. *Teoria e projetos das organizações*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEGGINSON, Leon C. et al. *Administração: conceitos e aplicações*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MODESTO, Paulo. *Teto constitucional de remuneração dos agentes públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais*. Revista de Direito

Administrativo: RDA, Rio de Janeiro, n. 222, p.1-21, out./dez. 2000.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Artigo recebido em 15/3/2019.

Artigo aprovado em 27/5/19.