

Ementa: Servidor efetivo. Cargo público de engenheiro. Prestação de serviços de engenharia a outros entes públicos mediante contrato administrativo. Não configuração de acumulação irregular de cargo público. Possibilidade de ofensa ao princípio do concurso público.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Júlio César Teixeira Crivellari, da Comarca de Mar de Espanha, relacionada a possível cumulação ilegal de cargos e funções públicas constatada no inquérito civil n.º 0398.16.000344-6 de que servidor público municipal ocupante de cargo efetivo de engenheiro teria firmado contratos administrativos com outras prefeituras para prestação rotineira de serviços típicos de cargo efetivo, inclusive alguns deles coincidentes com as funções de seu cargo público efetivo de engenheiro.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A Constituição Federal, artigo 37, caput, estabelece que a administração pública, direta, 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.

Os princípios contidos na Constituição Federal são os fundamentos de validade de todo o ordenamento jurídico, de modo que todos os comportamentos contrários devem ser considerados inconstitucionais.

Não é por outra razão que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (Cf. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores, 5 ed., 1994, p. 451).

Por isso, o ato administrativo não é válido e eficaz só por se apresentar de acordo com o ordenamento jurídico. Se contrariar princípios, não lhe será reconhecida a validade.

Diante da redação dos incisos XVI e XVII, artigo 37, da Constituição Federal, não é permitida a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, ressalvadas apenas as hipóteses explicitamente excepcionadas. Sua

incidência atinge tanto a administração pública direta como a administração indireta ou fundacional, e reciprocamente entre elas.

Tal dispositivo determina:

[...] 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 da 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.

Assim, as hipóteses autorizadoras compreendem pressupostos jurídicos convergentes e congruentes.

De um lado, as remunerações acumuladas só traduzem direito subjetivo público constitucional outorgado pelo Estado ao funcionário se houver o preenchimento dos requisitos da Lei Maior.

De outro, os artigos 37, inciso XVI, 95, parágrafo único, inciso I, 128, § 5.º, inciso II, letra "d", e 17, §§ 1.º e 2.º das Disposições Transitórias, todos da Carta Magna, correspondem ao aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, observada a compatibilidade de horários.

Na advertência do insuperável Hely Lopes Meirelles, sempre importará uma interpretação restritiva:

Desde a Constituição de 1967, a norma proibitória refere-se à acumulação remunerada de cargos e funções, diversamente da que lhe correspondia na Constituição de 1946, que apenas vedava a acumulação de cargos, quaisquer cargos, silenciando sobre remuneração e funções (art. 185). Daí por que em edições anteriores deste manual defendemos a legalidade da acumulação remunerada de cargo e função, sob o fundamento de que a proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente. Pela mesma razão, entendemos que atualmente inexistem óbices constitucionais à acumulação de cargos, funções ou emprego do serviço público, desde que o servidor seja remunerado apenas pelo exercício de uma das atividades remuneradas.

Evidentemente que essa ocupação ao mesmo tempo de dois ou mais cargos, empregos ou funções de natureza pública acha-se em situação vulnerável, a ponto de Dalmo de Abreu Dallari tecer ácida e infensa crítica:

A acumulação de cargos é um anacronismo. Conforme se pode observar, pelo exame da evolução desse instituto no Brasil, ela tem como fatores determinantes duas situações: o excesso de poder e a falta de pessoal qualificado. Ou servia para possibilitar que pessoas privilegiadas e bem relacionadas acumulassem poder, remuneração, influência e prestígio social, ou então, possibilitava o preenchimento de funções públicas realmente importantes em setores nos quais havia a carência de profissionais habilitados. Ora, no Brasil do século XX não mais se justificam os privilégios dos tempos da Colônia, do Império e da Velha República; nem

tem qualquer sentido falar-se em falta de profissionais para o provimento de cargos e funções na Administração Pública.

[...]

Acumular cargos e empregos públicos é e sempre será um privilégio, uma exceção ao princípio da igualdade, e, por isso, no exame dessa matéria sempre será necessário, na dúvida, adotar a posição mais restritiva, obviamente sem violentar o texto constitucional.¹²

Diógenes Gasparini adverte que os servidores tanto da fundação pública como privada não podem acumular cargo, emprego ou função pública, ante a expressa vedação contida no inciso XVII, artigo 37.^{13 14}

José Afonso da Silva acentua:

A Constituição, seguindo a tradição, veda a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções na Administração direta e nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, significando isso que, ressalvadas as exceções expressas (infra), não é permitido a um mesmo servidor acumular dois cargos ou funções ou empregos, nem cargo com função ou emprego, nem função com emprego, quer sejam um ou outro da Administração direta ou indireta, quer sejam um daquela e outro desta (art. 37, XVI e XVII).¹⁵

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

Também para evitar abusos, veda-se a acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos tanto na administração direta, como na administração indireta ou fundacional e reciprocamente entre elas, conforme dispõem os incisos XVI e XVII do art. 37, ressalvadas certas hipóteses expressamente arroladas e desde que haja compatibilidade de horário".¹⁶

Além deles, Ivan Barbosa Rigolin também acentua:

[...] entende-se a proibição de acumular, agora, aos postos de trabalho de toda e qualquer fundação mantida pelo poder público (até mesmo particulares, se o poder público as mantiver). Percebe-se, às claras, o propósito de ampliar e generalizar, tanto quanto possível, a regra proibitiva do duplo ganho, por qualquer servidor do poder público...¹⁷

Deve-se atentar para o fato de que a Reforma Administrativa introduzida pela Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, não alterou o panorama jurídico da questão firmada de maneira moralizadora pela Carta de 1988. Ao reverso, tornou-a mais translúcida, inclusive.

Expõe Maurício Antônio Ribeiro Lopes em referência ao citado artigo 37, inciso XVII, em vigor:

Este preceito tem por objetivo delimitar com rigor a abrangência do princípio da inacumulabilidade, tanto no que diz respeito ao tipo de provimento que receba o servidor para engajá-lo no Estado como nas entidades colhidas pelo princípio proibitório. No que diz respeito ao primeiro ponto, fica claro que

12 Regime Constitucional do Servidores Públicos, p. 69-70.

13 Redação anterior: "a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público".

14 Direito Administrativo, p. 260, 4 ed., 1995.

15 Curso de Direito Constitucional, p. 584-585, 9 ed., 1993.

16 Curso de Direito Administrativo, p. 149, 8 ed.

17 O Servidor Público na Constituição de 1988.

a Constituição ao inadmitir a acumulação quer de cargos, quer de empregos, quer de funções, acabou por parificar as diversas situações sob as quais pode se encontrar o servidor atrelado na Administração.

De outra parte, o preceito é extremamente oportuno na medida em que referindo-se a 'fundações mantidas pelo Poder Público', veio englobar, no princípio proibitório, toda e qualquer função, acabando com a imoralidade do sistema anterior, fruto da distinção que pode ser feita entre fundações de direito público e de direito privado. Só as primeiras, por equiparadas às autarquias, é que se sujeitavam ao princípio vedador, deixando a salvo as fundações propriamente ditas ou de direito privado.

Fecha-se assim o cerco. Tanto a Administração centralizada quanto a descentralizada, em quaisquer de suas modalidades, são áreas insusceptíveis de agasalhar mais de uma relação constitucional pelo mesmo servidor. Note-se que a regra não proíbe empregos privados nas empresas privadas, desde que, é óbvio, o regime do servidor não esteja sujeito a uma regra proibitória quer de natureza constitucional, quer legal.¹⁸

Tecidas tais ponderações, passemos à análise da consulta formulada pelo Promotor de Justiça de Mar de Espanha.

Sabidamente, o vínculo entre a administração pública e o particular estabelecido por força de contrato administrativo, **em regra precedido de licitação**, diverge, e muito, daquele entre a administração pública e seu agente público no exercício de cargo e função pública. Enquanto o primeiro regula-se pelas normas pertinentes ao contrato administrativo, o exercício de cargos e funções públicas diz respeito especificamente às relações da administração pública com seus agentes, no âmbito de sua estrutura organizacional.

Mais diretamente, no caso de celebração de um contrato administrativo de prestação de serviço a administração pública opta por delegar a execução desse serviço a terceiro em vez de utilizar-se de sua própria estrutura.

Logo, não configura, **por si só**, qualquer ilegalidade o fato de um servidor público municipal, ocupante de um cargo público efetivo, vir a ser contratado administrativamente por outro órgão público, mesmo que o objeto desse contrato administrativo seja semelhante às funções pertinentes ao cargo público efetivo do qual é titular.

Isso, no entanto, não significa que sobre tal contratação não recaia qualquer regramento. Pelo contrário, sua regularidade alicerça-se em:

- **possibilidade de contratação pela administração pública sem burla ao núcleo essencial do princípio do concurso público** por meio da presença cumulativamente das seguintes condições: a) tratar-se de atividade-meio; b) não conste no quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; c) inexistentes a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação direta.

- estar **diretamente relacionada à execução do contrato**: a) compatibilidade de horários; b) ausência de vedação legal no ordenamento jurídico dos municípios contratantes; e c) efetiva possibilidade de prestação do serviço pelo

contratado diante da jornada de trabalho do cargo público do qual é efetivo.

Descendo ainda mais diretamente ao caso fático apresentado pelo Promotor de Justiça solicitante, denota-se que a contratação de um engenheiro ocupante de cargo público efetivo por outro órgão público, para a prestação de serviço mediante contrato administrativo, precedida de licitação, não se sujeita às normas pertinentes à acumulação de cargos, empregos e funções públicas, mas sim aos demais comandos pertinentes especificamente à relação contratual administrativa.

Prima facie, a assertiva trazida pelo Promotor de Justiça solicitante de que as contratações administrativas, embora precedidas de licitação, teriam como objeto a "prestação de serviços típicas de cargo efetivo e prestadas rotineiramente", caso efetivamente comprovada, ter-se-á, em tese, ofensa ao **princípio do concurso público**.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento deste expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 17 de janeiro de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

¹⁸ Comentários à Reforma Administrativa, p. 135-136.