

Ementa: Secretário Municipal. Dedicção exclusiva e tempo integral. Acumulação de cargos públicos. Peculiaridades. Exercício de atividade privada. Possibilidade.

1 Relatório:

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Weber Augusto Rabelo Vasconcelos, DD. Promotor de Justiça da Comarca de Itaúna, relacionada à compreensão dos efeitos pertinentes à dedicação exclusiva dos secretários municipais, especialmente no que concerne a pasta da saúde.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação:

2.1 Acumulação de Cargos pelo Secretário Municipal

A acumulação de cargos públicos é expressamente vedada pela Constituição Federal, em seu art. 37, XVI. Entretanto, como toda boa regra, esta também comporta exceções:

“Art. 37 (...)

(...)

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.”

As exceções admitidas pela Constituição Federal, como se pode perceber, denotam a intenção de aproveitamento, pela administração pública, de pessoal qualificado para o exercício de determinadas tarefas.

Assim, admite-se a acumulação de cargos de professor com outro (de professor ou técnico ou científico) e a de profissionais da área da saúde.

Vale destacar que a possibilidade de acumulação remunerada de cargos, nestes casos, está sujeita à aplicação do teto constitucional, de forma que o benefício do servidor não se revele como um privilégio excessivo.

Como já tratado por este CAOPP na Nota Jurídica 3/2017, a interpretação deste dispositivo constitucional deverá ser sempre restritiva: a regra é a proibição da acumulação remunerada de cargos públicos. Neste sentido são as lições de Dalmo de Abreu Dallari:

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.⁷⁹

Assim, a não ser que a situação se encaixe perfeitamente em uma das exceções previstas nas alíneas “a” a “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição, a acumulação de cargos públicos é inadmissível.

Nos casos dos secretários municipais, seu enquadramento é descartado no tocante a alínea “a”, que prevê a possibilidade de acumulação remunerada de dois cargos de professor. Resta, assim, entender se o cargo de secretário estaria abrangido pelos conceitos de cargo técnico ou científico, que poderia ser acumulado com um cargo de professor, ou como cargo privativo de profissional de saúde, com profissão regulamentada.

Ao tratar do tema, Marçal Justen Filho detalha o que se entende por cargo técnico ou científico:

A segunda exceção envolve a acumulação de um cargo de professor com outro, “técnico” ou “científico”. A qualificação adotada na parte final da alínea “b” do inciso XVI do art. 37 não pode ser ignorada. A acumulação apenas poderá ser admitida se a atividade inerente ao cargo for qualificável como técnica ou científica. A atividade científica consiste naquela de produção, desenvolvimento e transmissão de conhecimento científico. A atividade técnica é aquela orientada a produzir a modificação concreta da realidade circundante, por meio da aplicação do conhecimento especializado. Assim, as atividades puramente burocráticas não se enquadram na exigência constitucional.⁸⁰

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, afirma sobre o cargo técnico:

“...é o que exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nesta acepção é que o art. 37, XVI, ‘b’ da CF o emprega, sinonimizando-o com o cargo científico, para efeito de acumulação.”⁸¹

79 Regime Constitucional dos Servidores Públicos, págs. 69-70.

80 Curso de Direito Administrativo, 7ª Ed., pag. 881.

81 Direito Administrativo Brasileiro, 24ª Ed., pag. 373.

Há que se verificar, assim, se o cargo de secretário municipal exige conhecimentos técnicos ou científicos, para o fim de ser acumulável com um cargo de professor. No Município de Taquaritinga, em São Paulo, por exemplo, é requisito mínimo para o Secretário de Educação ter curso superior, licenciatura de graduação plena ou pós-graduação na área de educação. Nesta senda, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo, tratar-se de cargo acumulável. Vejamos a ementa do acórdão proferido nos autos da Apelação n.º 0003646-19.2014.8.26.0619, prolatado na sessão de 31/08/2015:

APELAÇÃO – Mandado de segurança – Professor de Educação Básica e Secretário Municipal de Educação – Acumulação de cargos na esfera estadual e municipal – Compatibilidade verificada – Exegese do artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal, do artigo 4º do Decreto Estadual n.º 41.915/1997 e do artigo 8º, inciso V, da Lei Municipal n.º 948/1998 – Sentença que denegou a ordem reformada – Recurso provido.

Em seu voto, concluiu a Desembargadora Relatora Ana Liarte que “é possível extrair que o pretendido cargo de Secretário de Educação é cargo técnico, porquanto se exige, ‘para o seu exercício, conhecimentos específicos de nível superior’, ‘na área de educação’, podendo, assim, ser acumulado ao cargo de professor já exercido pelo impetrante.

O mesmo Tribunal, em outra ocasião, entendeu não caber a acumulação de cargos, posto que a lei não exigia qualificação técnica ou científica para o exercício do cargo de Secretário Municipal:

“Apelação n.º 994.09.388762-6

Comarca: Embu

Relator: Franklin Nogueira

1ª Câmara de Direito Público do TJSP

Data da sessão: 13/07/2010

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – acumulação de cargos públicos – professor e Secretário Municipal – impossibilidade de considerar esse último cargo como técnico ou científico – segurança denegada – recurso improvido.

VOTO

(...)

O apelante pretende acumular o cargo de Professor PEB II com o cargo de Secretário de Obras e Edificações do Município de Embu. Ora, é óbvio que o cargo de Secretário Municipal não pode ser enquadrado naquele conceito de cargo técnico, pois não exige, pela própria natureza de suas funções, conhecimentos profissionais especializados. Observe-se que o que importa é a exigência do cargo. De todo irrelevante que o interessado possua conhecimentos técnicos específicos da área. O que importa, não é demais repetir, para a possibilidade da acumulação, é que o cargo exija conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho. O cargo de Secretário Municipal é, por natureza, político, podendo ser exercido por qualquer pessoa, mesmo que não possua conhecimentos da área.

Se assim é, fica claro que não se trata mesmo de cargo técnico ou científico, por não exigir conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais já externou este mesmo entendimento na Consulta n.º 701702,

Relatada pelo Conselheiro Moura e Castro e votada na sessão do dia 14/12/2005:

“Relativamente à última questão, qual seja, o servidor estadual, ocupante de cargo efetivo de médico, poder exercer, em acúmulo, cargo de diretor municipal de saúde, a Constituição Federal, no artigo 37, XVI, proíbe a acumulação de cargos, funções ou empregos no serviço público federal, estadual ou municipal, assim entendidas as atividades desenvolvidas pela administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Entretanto, essa regra comporta exceções, entre as quais a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, conforme redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 34/01. Dessa forma, a legalidade das acumulações de cargo efetivo de médico com o de secretário ou diretor municipal de saúde só será possível se esse cargo político for, por lei, privativo de profissional de saúde. A par das acumulações autorizadas constitucionalmente, deve-se verificar, sempre, a compatibilidade de horário, pois, em não existindo esta, não será permitido o acúmulo de cargos públicos. E mais, em qualquer hipótese de acumulação remunerada de cargos públicos deve ser respeitado o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição de 1988.”

Não obstante tal decisão, que remonta os idos de 2005, não se permite ignorar o disposto na Lei Federal n.º 8.080/90, que aprova o Regulamento do Sistema Único de Saúde, atribuindo em seu artigo 9º a direção do SUS, no âmbito dos Municípios, à respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Por outro lado, ao tratar da política de recursos humanos na área de saúde, determina:

“Art. 28 Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidos em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.”

Ora, uma vez atribuída ao secretário de saúde a função de direção do SUS no âmbito municipal, fica clara sua inserção dentre aqueles que a Lei 8.080/90 veda a acumulação com outro cargo público, sendo, portanto, neste caso, despicienda qualquer discussão a respeito de haver ou não disposição legal prevendo tratar-se de cargo de natureza técnica ou científica ou privativa de profissional da área de saúde.

Ademais, comporta registro que a Lei Complementar n.º 97/2014 do Município de Itaúna, ao estabelecer, em seu Anexo I, os requisitos para provimento dos cargos em comissão da Administração Direta do Poder Executivo, disciplina que o secretário municipal deverá possuir conhecimentos específicos. Entretanto, tal expressão é utilizada também para definir os requisitos para provimento dos cargos de Controlador-Geral, Secretário Adjunto e Chefe de Gabinete. Já ao tratar dos cargos de Procurador-Geral do Município, de Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa e do Patrimônio, de Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial e Fiscal, de Procurador-Chefe da Procuradoria da Administração Autárquica e Fundacional, de Procurador Adjunto, prevê como necessário curso superior de Direito e registro profissional. Ou seja, quando quis, o legislador explicitou quais os conhecimentos técnicos necessários para o provimento de determinado cargo. Lado outro, foi lacônico em relação aos cargos de Secretário Municipal, Controlador-Geral, Secretário Adjunto e Chefe de Gabinete.

Neste contexto, não se pode dizer que o cargo de Secretário de Saúde do Município de Itaúna tenha natureza técnica ou científica, e, muito menos, que seja privativo de profissionais da área de saúde. E, ainda, há previsão legal expressa em lei federal vedando sua acumulação com outro cargo público.

2.2 Exercício de atividade privada pelo secretário municipal

Esgotada a questão relativa à acumulação de cargos públicos, há que se considerar, por outro lado, não existir disposição constitucional que vede o exercício de atividade privada pelos secretários municipais fora de sua jornada de trabalho, cabendo, assim, a análise da legislação local para averiguação desta possibilidade.

Ao tratar da jornada de trabalho dos secretários municipais, assim se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta n.º 707175, cuja resposta foi aprovada pelo Pleno na sessão do dia 15/03/2006:

“Quanto à possibilidade de se alterar a carga horária dos agentes políticos, há que se ver a sistemática legislativa de cada Município sobre o tema, haja vista a autonomia administrativa dos entes políticos para deliberarem sobre essa matéria.

Em tese, parece-me necessário ressaltar que a disponibilidade do Secretário Municipal no exercício do cargo há que ser total, visto ser o mesmo de natureza política. Contudo, como já dito, a fixação e alteração da jornada de trabalho dos Secretários Municipais constituem matéria de competência do município, no exercício de sua autonomia administrativa.”

De fato, não se pode pretender estabelecer um tratamento uniforme quanto à matéria, a ser aplicado a todos os entes federativos, haja vista a grande diversidade de realidades que se verifica em todo o território do Estado de Minas Gerais, que dirá no território nacional. Nada mais razoável, assim, reconhecer tratar-se a jornada de trabalho dos ocupantes de cargos de confiança de questão compreendida dentro da autonomia administrativa do ente federado, não cabendo, assim, a ingerência externa, desde que respeitados, obviamente, os comandos constitucionais.

Ao mesmo tempo em que a regra estabelecida pela Constituição Federal é a da vedação à acumulação de cargos públicos, pelas razões já explicitadas anteriormente, a regra quanto ao exercício da atividade laborativa privada é a da liberdade. O texto constitucional, analisado sistemicamente, leva a esta conclusão, desde seu art. 1º, em cujo inciso IV consagra como fundamento do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, até o estabelecimento da valorização do trabalho humano como base da ordem econômica (art. 170), passando pela garantia, como direito fundamental, da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII).

Visando ilustrar a questão, vejamos a vedação aos Membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, também agentes políticos, prevista no inc. III, do art. 111 de nossa Lei Orgânica Estadual:

Art. 111. Ao membro do Ministério Público é vedado:

I – (...)

III- exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;

Percebe-se que há, de fato, previsão legal de impedimento de um promotor ou promotora de Justiça exercer o comércio, sem, contudo, que isto implique também na proibição de desenvolver, por exemplo, atividades pecuárias em sua propriedade rural, iminentemente de natureza privada.

O mesmo se diga, como exaustivamente apontado na nota jurídica nº14/2017, expedida por este centro de apoio operacional, em relação ao impedimento do Procurador-Geral do Município de exercer a advocacia privada.

Nos dois exemplos, como se sabe, há lei expressamente proibindo o exercício de determinada atividade privada.

Assim, evidente que no caso de não haver previsão expressa vedando, desde que a dedicação do agente político ou servidor, durante sua jornada de trabalho, seja plena, havendo compatibilidade de horários e inexistindo conflito de interesses com o ente público, a regra é a possibilidade de exercício de outras atividades de natureza privada.

De fato, entendia-se que o regime de trabalho integral ou de dedicação exclusiva seria impeditivo da prática de qualquer outra atividade remunerada, seja na esfera pública, seja na privada. Já o regime de dedicação plena permitiria o exercício de outra atividade, desde que diversa da de seu cargo ou função pública. Neste sentido as lições do saudoso Hely Lopes Meirelles:

“A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena.

No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra, para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares.”

Inclusive, o já revogado Decreto n.º 60.091/67, que regulamentava o regime de dedicação exclusiva e tempo integral dos servidores da União, em seu artigo 4º, dispunha que “ao funcionário sujeito a regime de tempo integral e dedicação exclusiva é proibido exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividades particulares de caráter empregatício profissional ou público de qualquer natureza”.

Entretanto, as ideias a respeito da definição do que seria dedicação exclusiva e regime de tempo integral vêm evoluindo e sendo flexibilizada ao longo do tempo, como se pode verificar da legislação aplicável aos servidores públicos federais. A Lei n.º 11.890/2008 dispõe, em seu art. 6º:

“Art. 6º Aos titulares dos cargos de que tratam os incisos I a V do ‘caput’ do art. 1º da Lei n.º 11.358, de 19 de outubro de 2006, aplica-se o regime da dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários.”

Como se vê, a norma flexibilizou o conceito de exclusividade ao inserir em seu texto o qualificativo “potencialmente causadora de conflito de interesses”, de forma que a proibição do exercício de outra atividade remunerada deixou de atingir qualquer atividade pública ou privada para abarcar somente aquelas potencialmente causadoras de conflito de interesses.

Na mesma esteira a legislação regulamentadora do SUS, a já citada Lei n.º 8.080/90, que, através da inserção de dois parágrafos, mitigou o regime de tempo integral estabelecido pelo art. 28. Leia-se, mais uma vez:

“Art. 28 Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidos em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.”

Denota-se, portanto, que, tal dispositivo legal cuidou de dispor expressamente pela permissão a servidores sujeitos ao regime de tempo integral de acumularem legalmente dois cargos ou empregos públicos, excepcionando apenas os ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento, ao mesmo tempo em que silencia a respeito de qualquer restrição à atividade privada.

Na oportunidade, preciosos são os seguintes trechos do Parecer n.º 0477-3.17/2014/CONJUR/MP-CGU/AGU:

“40. Destaca-se que o entendimento aqui defendido, ao contrário de retroceder na proposta de instituição do regime de dedicação exclusiva trazido pela lei n.º 11.890/08, harmoniza referido regime de trabalho com as liberdades individuais constitucionalmente garantidas, entre as quais se encontra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, bem como a liberdade de consciência, crença e exercício dos cultos religiosos, previstas, respectivamente, no art. 5º, incisos VI e IX, da Carta Magna.

41. Consoante já salientado, o regime de dedicação exclusiva visa a manter o servidor direcionado ao melhor desempenho profissional possível. Conforme se depreende da própria nomenclatura atribuída a tal regime, pressupõe-se que haja efetiva dedicação às atividades inerentes aos cargos abrangidos pela lei n.º 11.890/08, dada a relevância dos mesmos para o desenvolvimento do país.

42. Contudo, se a jornada de trabalho característica do regime de dedicação exclusiva se estende por 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais, revela-se extremamente radical vedar o desempenho, pelo servidor, nas horas vagas, de atividades particulares [...] ausente o conflito de interesses. Entende-se, assim, indevida qualquer ingerência da Administração Pública nas opções feitas pelo servidor com vistas ao preenchimento do tempo livre de que dispõe diária e semanalmente, exceto se verificado o conflito de interesses ou violada eventual lei ou norma constitucional de vedação de acumulação de funções.

[...]

46. Conclui-se, ante todo o exposto, que a interpretação da Lei n.º 11.890/08 no sentido da proibição do exercício de toda e qualquer atividade remunerada, pública ou privada, implica a violação de direitos fundamentais e origina regra extremamente restritiva, destituída de amparo no próprio texto legal, o qual, repita-se, proíbe apenas o exercício de atividades remuneradas potencialmente causadoras de conflito de interesses. Não se pode presumir que todas as atividades remuneradas sejam incompatíveis com as atribuições do cargo ocupado pelo servidor e que sejam utilizadas em prol de terceiros contra interesses da Administração.”

Desta feita, quanto aos cargos de secretários municipais, ausente disposição legal que expressamente o vede, não se pode impedir o exercício de outra atividade profissional na esfera privada, havendo compatibilidade de horário e inexistindo conflito de interesses com o ente municipal.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional:

1) qualquer restrição ao exercício de atividade privada por secretários municipais, desde que respeitada a jornada de trabalho prevista na legislação municipal respectiva e não haja conflito de interesses com o ente municipal, deve estar devidamente prevista em lei;

2) mesmo havendo previsão legal no sentido de ser o cargo de secretário municipal de saúde privativo de pro-

fissional de saúde, não se admite a sua acumulação com outro cargo público⁸² efetivo, ainda que de médico, tendo em vista a vedação legal expressa contida no artigo 28 da Lei Federal nº 8080/90;

3) o município detém competência política/administrativa para legislar a respeito da jornada de trabalho de seus agentes públicos.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2017.

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

82 Atentar também para o disposto no inc. XVII, do Art. 37 da CF/88 – *a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.*”