



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO E PROCESSO
CONSTITUCIONAL**

HÉVERTON OLIVEIRA FERNANDES

**ATIVIDADE EXTERNA EXERCIDA POR SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DA UNIÃO
COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA**

FORTALEZA/CE

2017

HÉVERTON OLIVEIRA FERNANDES

**ATIVIDADE EXTERNA EXERCIDA POR SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DA UNIÃO
COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito e Processo Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Braga Cavalcante

FORTALEZA/CE

2017

HÉVERTON OLIVEIRA FERNANDES

**ATIVIDADE EXTERNA EXERCIDA POR SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DA UNIÃO
COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA.**

Monografia submetida a banca examinadora e a coordenação do curso de pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito e Processo Constitucional.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

João Paulo Braga Cavalcante, Dr.

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Flávio José Moreira Gonçalves, Dr.

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Mércia Cardoso de Souza, Dra.

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas dádivas.

À minha Mãe, Maria José, pela sabedoria e incentivo na trajetória acadêmica.

Ao meu Pai, Juarez, pelos valores morais.

À minha esposa, Priscila, e filho, Heitor, por serem minha motivação para a busca de novos desafios.

A todos os colegas da corregedoria da Polícia Rodoviária Federal e da Controladoria Geral da União que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui.

“O homem só é homem pela solidariedade, que o une a seus semelhantes. (...) A realização do serviço público é [...] indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social”. (Pierre Marie Nicolas Léon Duguit)

RESUMO

A essência deste estudo está centrada no direito ao trabalho, mais precisamente em um dos pressupostos fundamentais da República Federativa do Brasil: a liberdade de trabalho. Essa pesquisa tem como objetivo abordar aspectos peculiares e os efeitos do exercício da atividade externa pelo servidor público civil da União, regulado pelo seu estatuto e à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, e os conflitos travados entre as hipóteses de vedação, em face dos direitos fundamentais da liberdade e do interesse público; mostrar os efeitos trazidos na aplicação destas vedações em sede de processos administrativos disciplinares e suas repercussões no âmbito do judiciário. Para isso, pesquisou-se a evolução histórica do direito público sob o enfoque do histórico do constitucionalismo, abordando a sua incidência no direito público brasileiro e a consequente constitucionalização do direito administrativo; a interpretação constitucional da liberdade do trabalho e do direito social ao trabalho, relacionando sua relação com o servidor público estatutário; a restrição a atividade externa pelo servidor público civil da União, analisando cada vedação e os pontos de maior divergência quanto ao conflito de interesses e o regime de dedicação exclusiva ao qual estão alguns servidores submetidos; a repercussão administrativa e jurisprudencial sobre o tema, analisando os basilares regulamentos internos, pareceres e instruções normativas, bem como as principais decisões jurisprudenciais e administrativas em sede de processos disciplinares. O trabalho foi desenvolvido sob o enfoque das várias de diversas fontes doutrinárias e seus pontos de vista, por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, Leis, Resoluções, Pareceres e Instruções Normativas e foi também realizado um trabalho de campo para coleta de dados dos processos administrativos julgados no âmbito da União no período de 2012 a 2017. Conclui-se que, com a evolução da constitucionalização do direito administrativo, esse ramo do direito público reclama por uma releitura de seus normativos à égide dos princípios constitucionais, uma vez que, apesar de ser o estatuto dos servidores públicos ulterior à atual Constituição, verifica-se ainda, salvo uma pequena parcela vanguardista, uma tendência tanto no judiciário quanto na própria administração em seguir estritamente aos mandados normativos vigentes, não se permitindo vislumbrar na Constituição sua máxima aplicação dos valores e objetivos consagrados. Neste cenário despontam iniciativas no legislativo e mais timidamente no executivo e judiciário, apontando entendimentos mais adequados a constituição que merecem continuidade.

Palavras-chave: Servidor público. Atividade externa. Dedicação exclusiva. Conflito de interesse. Compatibilidade de horário.

ABSTRACT

The essence of this study is centered in the right to work, more precisely in one of the fundamental presuppositions of the Federative Republic of Brazil: freedom of work. The purpose of this research is to address the peculiar aspects and effects of the exercise of external activity by the public civil servant of the Union, regulated by its statute and in light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and the conflicts between the hypotheses of fence, fundamental rights of freedom and public interest; to show the effects brought about in the application of these fences in administrative disciplinary processes and their repercussions within the scope of the judiciary. For this, the historical evolution of public law was investigated under the historical constitutionalism approach, addressing its incidence in Brazilian public law and the consequent constitutionalisation of administrative law; the constitutional interpretation of the freedom of work and the social right to work, relating its relation with the statutory public servant; the restriction of external activity by the public civil servant of the Union, analyzing each fence and the points of greatest divergence regarding the conflict of interests and the regime of exclusive dedication to which some servants are submitted; the administrative and jurisprudential repercussion on the subject, analyzing the basic internal regulations, opinions and normative instructions, as well as the main jurisprudential and administrative decisions in disciplinary proceedings. The work was developed under the approach of several of several doctrinal sources and their points of view, through bibliographical and jurisprudential research, Laws, Resolutions, Opinions and Normative Instructions, and a field work was also carried out to collect data from administrative processes judged within the Union between 2012 and 2017. It is concluded that, with the evolution of the constitutionalisation of administrative law, this branch of public law demands a re-reading of its norms to the aegis of constitutional principles, since, despite to be the status of public servants subsequent to the current Constitution, there is still a tendency, both in the judiciary and in the administration itself, to follow strictly the current normative mandates, except for a small avant-garde portion, and it is not allowed to glimpse in the Constitution its maximum application of values and goals. In this scenario initiatives emerge in the legislative and more timidly in the executive and judiciary, pointing out more adequate understandings to the constitution that deserve continuity.

Keywords: Public Server. External activity. Exclusive dedication. Conflict of interest. Compatibility of time.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 –Relatório Consolidado de processos administrativos disciplinares da União julgados – Detalhado por Ministério da União	70
Tabela 2 – Relatório consolidado de processos administrativos disciplinares da União julgados – Detalhado por enquadramento legal	71
Tabela 3 – Relatório consolidado de processos administrativos disciplinares da União Julgados – Detalhado por julgamento aplicado	72

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO	15
1.1 Evolução do constitucionalismo	17
1.2 A constitucionalização do direito no Brasil.....	20
1.3 A constitucionalização do direito administrativo	22
2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO	28
2.1 Evolução do trabalho na Constituição brasileira	28
2.2 Liberdade de trabalho.....	29
2.3 Direito ao trabalho	29
2.4 A relação de trabalho do servidor público estatutário.....	30
3 RESTRIÇÃO A ATIVIDADE EXTERNA PELO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DA UNIÃO	34
3.1 Regime jurídico único	34
3.2 Vedação a acumulação de cargos públicos.....	34
3.3 Vedação ao desempenho de atividades gerência e comércio	39
3.4 Vedação ao exercício de quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho	43
3.5 Conflito de interesses.....	46
3.6 Dedicção Exclusiva	48
4 REPERCUSSÃO ADMINISTRATIVA E JURISPRUDENCIAL DO DESEMPENHO DA ATIVIDADE EXTERNA PELO SERVIDOR PÚBLICO	51
4.1 Das regulamentações internas dos órgãos do poder Executivo.....	52
4.1.1 <i>Da interpretação do Parecer nº 53/2014/DECOR/CGU/AGU.....</i>	<i>52</i>
4.1.2 <i>Parecer nº GQ – 145.....</i>	<i>54</i>
4.1.3 <i>Instruções Normativas para o exercício de atividade externa da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal</i>	<i>56</i>
4.1.4 <i>Parecer nº 00682/2016/CONJUR-MJ/CGU/AGU.....</i>	<i>58</i>
4.2 Das decisões jurisprudenciais referentes ao exercício de atividade externa por servidor público	59
4.2.1 <i>Acúmulo de cargos públicos.....</i>	<i>60</i>

<i>4.2.2 Limitação da jornada semanal em 60 horas.....</i>	<i>63</i>
<i>4.2.3 Controle judicial de ato administrativo modificativo de penalidade aplicada</i>	<i>66</i>
4.3 Dos entendimentos em sede de Processos Administrativos Disciplinares	69
<i>4.3.1 Levantamento de dados de processos julgados.....</i>	<i>69</i>
<i>4.3.2 Análise de Processos Administrativos Disciplinares julgados pela União.....</i>	<i>73</i>
<u><i>4.3.2.1 Acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas.....</i></u>	<u><i>73</i></u>
<u><i>4.3.2.2 Participação na gerência ou administração de empresa privada ou sociedade civil</i></u>	<u><i>74</i></u>
<u><i>4.3.2.3 Exercício de quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho</i></u>	<u><i>76</i></u>
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	86

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata quanto à interpretação do direito administrativo moderno no tocante ao exercício da atividade externa pelo servidor público civil da União, enfrentando a constitucionalidade de suas vedações com base na compatibilidade de horário e a dedicação integral e exclusiva.

A sociedade contemporânea busca por diversas maneiras solucionar os atuais problemas gerados pela sua desproporcional evolução tecnológica. Vivemos em uma sociedade com reconhecida poluição de comunicação proporcionada pelas diversas ferramentas de contatos e relacionamentos disponíveis, clamando, autalmente, por uma maior interação em co-presença entre as pessoas, por outro temos um mundo de possibilidades para realização de atividades e facilidades de contatos, permitindo aos indivíduos uma maior agilidade e consequente menor utilização de tempo para a realização de tarefas.

Surge nessa sociedade uma forte movimentação no sentido de aglomeração de atividades e desprendimentos entre os empregos tradicionais e atividades externas que, muitas vezes, são deveras facilitadas por esses meios tecnológicos. Essa tendência tem registrado ocorrências nos vários órgãos da União, nos quais servidores públicos buscam em suas horas vagas desempenhar atividades estranhas as de seu ofício, obtendo uma melhoria de renda e otimização de seu tempo livre.

O presente trabalho não tem a intenção de esgotar o tema, mas coletar argumentos que possibilitem um melhor posicionamento a respeito do exercício da atividade que, por tratar de direitos muitas vezes vitais ao ser humano, é relevante.

No vigente ordenamento jurídico, as vedações quanto à acumulação de cargos públicos, a de participação de gerência ou administração de sociedade privada, o exercício do comércio e o exercício de atividades incompatíveis com os cargos em dedicação exclusiva têm se mostrado amplamente questionáveis pelos próprios servidores, sendo diversas as interpretações aplicadas em sede de processos administrativos disciplinares e em julgados de juízos federais a cada caso.

Aceitar de forma passiva a aplicação da legalidade estrita, contrasta com todo o processo de constitucionalização do Direito e seus reflexos no âmbito do ramo do Direito Administrativo, especialmente no que tange aos princípios expressos que devem orientar a atividade administrativa, mais especificamente o princípio da legalidade.

Conforme entendimento estabelecido por Barroso (2010, p. 376-377), o princípio da legalidade, com a visão constitucionalista do Direito, ganhou nova denominação,

transformando-se em princípio da juridicidade ou constitucionalidade, sob o qual a Constituição deve ser vista com supremacia diante das normas infraconstitucionais. Com isso, não se projeta uma atuação pública administrativa em dissonância com a legalidade, mas num dever de pautar-se nas normas constitucionais de forma mais direta e ativa, independentemente da manifestação do legislador ordinário, de forma a superar a ideia reservada de vinculação positiva do administrador à lei, pois pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição.

Para Oliveira (2010, p. 88), o princípio da legalidade não possui caráter absoluto, podendo ceder espaço, em determinadas situações concretas, a outro princípio de igual hierarquia constitucional, mediante um processo de ponderação. No qual, deve-se convalidar o ato para preservar outros princípios igualmente constitucionais. Mesmo porque o administrador, para fazer executar a lei, passa por um processo de interpretação do Direito, ou seja, da sua própria criação, no qual deve utilizar os novos métodos de interpretação constitucional mencionados.

As mutações sobrevindas no modelo de Estado Liberal que originaram o atual Estado Social cooperam para a superação da legalidade formal, ante a clara incapacidade do legislador ordinário prever e até mesmo antecipar toda a atividade estatal (BARROSO, 2010).

Por outra via, tem o princípio da liberdade de trabalho e do direito ao trabalho como direitos fundamentais ao desenvolvimento do indivíduo em sociedade, correspondentes diretos do princípio da dignidade da pessoa humana, seja na esfera da liberdade, seja no campo dos direitos sociais¹. Tal princípio exige a atuação estatal e seus mecanismos asseguradores, para concretizar a dimensão subjetiva desses direitos, garantindo a execução e cumprimento das imposições constitucionais.

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 vinculam a interpretação das normas hierarquicamente inferiores e até mesmo a interpretação das próprias normas constitucionais quanto à questão da função social. Este fenômeno traz considerável repercussão aos direitos trabalhistas, uma vez que os princípios fundamentais de todo o texto constitucional, esboçam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como suportes básicos, sobre os quais a Lei Maior sustenta a coerência do ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto isso, o Estado harmoniza os valores da liberdade com o da igualdade, o que traz a dedução de que se deve buscar não só a democratização do Estado, mas também a da sociedade. Os direitos sociais são conquistas constitucionais, e dependem de uma atuação efetiva do Estado para a sua concretização.

¹ Os princípios relacionados à liberdade de trabalho estão previstos nos artigos 1º; 5º, inciso XIII; 6º e 170, VIII da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 resguarda a liberdade individual e defende os direitos do cidadão contra o Estado, quando este age contra as carências que atingem a sociedade.

O constitucionalista Jorge Miranda (1993, p.166) assevera que a Constituição, apesar do seu caráter compromissório, atribui uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E pela dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, faz da pessoa fundamento da sociedade e do Estado.

Nesse contexto, Jorge Miranda demonstra que a garantia dos direitos do trabalhador tem por base os princípios que valorizam a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho como condição da dignidade humana. A Constituição Federal de 1988 marca avanço significativo aos direitos trabalhistas colocando-os como sagrados, sob a égide dos direitos sociais.

O direito social funda-se como o conjunto de princípios, refletindo sobre as relações de trabalho, objetivando a valorização do mínimo existencial, em outras palavras, melhoria na condição social do trabalhador.

No entendimento de Stephan², o Brasil está adstrito ao princípio do não-retrocesso social, consubstanciando o direito do cidadão frente a ações contrárias às garantias sociais já estipuladas, bem como a condição sem a qual não se pode abordar o tema dos direitos trabalhistas. O cerne da Constituição é a valorização do homem em todas as suas dimensões, em que estão presentes, evidentemente, o trabalho e o emprego. Os direitos previstos na Constituição vigente são resultados de uma demanda social e democrática, expressos através de movimentos sociais em busca de uma sociedade justa, livre e solidária.

O Direito Administrativo Disciplinar, por sua vez, proíbe a acumulação ilegal de cargos públicos, a atividade empresária e comercial e de atividades privadas que possam concreta ou potencialmente causar conflitos de interesses, comprometendo a imparcialidade do servidor, ou, ainda, que sejam incompatíveis com o horário de trabalho.

Em regra, os atos da vida privada do servidor não se desdobram em responsabilidade disciplinar na seara administrativa, desde que não tenham qualquer vinculação com o cargo público por ele exercido. Todavia, a prática de atos privados fora do ambiente da repartição pública pode ser responsabilizada administrativamente sob a égide da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Ora, a parte final do artigo 148 informa a necessidade de apuração de responsabilidade de servidor por infração que tenha relação com as atribuições do cargo, isto é,

² STEPHAN, Claudia Coutinho. **Os direitos sociais e o trabalhador na Constituição da República**. v. 73, n. 10, p. 1203–1209, São Paulo: LTR, 2009.

admite a submissão de atos privados ao poder punitivo do Estado quando estes forem praticados em detrimento da função pública.

De outro lado, a comissão de processo administrativo disciplinar deve analisar a gravidade do ato praticado, cotejando os eventuais prejuízos causados ou possíveis benefícios recebidos em detrimento da função pública (financeiros ou não), a fim de analisar a real ofensividade do ato infracional. Tal medida se impõe por força da proporcionalidade exigida na mensuração da reprimenda disciplinar, porquanto um único ato em conflito com o interesse público pode acarretar consequências de grande monta, tal como a prática reiterada de atos incompatíveis.

Da mesma forma, a sanção máxima prevista para estas infrações disciplinares não é compatível na hipótese da prática singular da inobservância, de baixa lesividade ao interesse público. Para esses casos, a Lei nº 8.112/1990 arrola enquadramentos mais adequados e proporcionais, tais como: art. 117, inciso I (ausência injustificada); art. 116, inciso III (descumprimento de norma legal), entre outros.

Em outra senda, o presente trabalho abordará os casos evidenciados pela jurisprudência de servidores em regime de dedicação integral e exclusiva ante a sua presumida incompatibilidade de horário de trabalho, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal: “o regime de dedicação exclusiva é incompatível com o exercício de qualquer outra atividade remunerada. (MS 26.085, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Dje 12.06.2008)”.

Apesar desse entendimento jurisprudencial, a questão da legalidade quanto à exigência da dedicação integral e exclusiva em vários cargos da União tem sido flexibilizada no decorrer dos últimos anos, tendo como base o princípio da liberdade de trabalho. Conforme se extrai da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, que em sua redação original, submete ao regime de dedicação exclusiva diversas carreiras da União (Auditor da Receita Federal, Procurador Federal, Diplomata, etc), permitindo, desde que haja compatibilidade de horários, desempenhar atividades paralelas no âmbito da iniciativa privada.

Para atingir o cerne da questão, resta necessário tecer considerações acerca do Constitucionalismo, buscando em sua evolução histórica, contextualizá-lo com o Direito Administrativo moderno, tema esse tratado no primeiro capítulo.

O Capítulo 2, trata da garantia à liberdade de trabalho e o direito social ao trabalho levando-os para dentro do Direito Administrativo mais especificamente no que se refere aos servidores públicos civis da União.

O Capítulo 3, restringe um pouco o tema ao tratar das vedações ao exercício da atividade externa no âmbito do serviço público da União sob o prisma da Lei nº 8.112 de 1990, que define o Estatuto do Servidor Público Civil da União.

O Capítulo 4, analisará a repercussão prática das vedações à atividade externa, apresentando inicialmente os entendimentos dos órgãos que compõem a União, dando ênfase às normatizações (Leis ordinárias específicas, Instruções Normativas, Pareceres e Portarias) e seu enfoque dado a cada vedação de exercício de atividade externa. Analisando a repercussão judicial das decisões administrativas referentes a aplicação de penalidades a servidores pelo exercício de atividades externas. E será apresentado um resultado de trabalho de campo sobre os processos administrativos disciplinares julgados nos últimos cinco anos, referente a apuração de atividades externas.

Tendo em vista tais abordagens e discussões, acerca das questões mais importantes que giram em torno da atividade externa do servidor público no contexto onde emerge a constitucionalização do Direito Administrativo, espera-se ter resumido tal problemática, contribuindo para um melhor entendimento do tema, vislumbrando o que pode esperar das decisões administrativas dos órgãos da União e correspondentes decisões judiciais dos tribunais.

1 HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO

O fenômeno da constitucionalização do direito administrativo tem sua égide no século XX, no qual passou-se a buscar uma maior legitimidade para o exercício do poder político, por meio da constituição de normas com maior grau de estabilidade que afastassem os desmandos do Poder Legislativo evidenciados no regime liberal.

A politização da interação humana instituiu o “Estado”, abstração esta decorrente da hierarquização organizacional dos primeiros grupos familiares que passaram para os clãs, tribos, finalmente chegando à sociedade política clássica, conforme estabelecido pela filosofia política e do Estado na figura dos contratualistas e, após, pelos pensadores do Iluminismo. Demonstrando que, para os contratualistas, sempre houve uma necessidade de se limitar as liberdades individuais a fim de garantir a mútua proteção frente aos fenômenos naturais e a ameaças de invasões por outras sociedades ou grupos humanos³.

Esse desejo do agente racional na constituição de um contrato social fez com que a formação do Estado fosse amplamente disseminada no mundo, tendo seu desenvolvimento alcançado uma maior intervenção na vida em sociedade. Esse novo entendimento de Estado, dotado de novas competências e poderes, foi, paulatinamente, tornando-se objeto de uma racionalização orgânica para fins de assegurar seu funcionamento e o respeito às suas funções essenciais.

O método adotado para racionalização orgânica dos modelos de Estados modernos, teve respaldo na separação das funções, proposto inicialmente por Aristóteles e aprimorado posteriormente por Montesquieu, por meio do seu sistema de separação das funções políticas do Estado.

Desse desenvolvimento, delimitam-se três funções políticas: Legislativa, Executiva e a Judiciária. Para Montesquieu, a estrutura da separação das funções deveria ser completamente delimitada de forma que não houvesse interferência de um Poder no universo de competência do outro (MONTESQUIEU, 1999).

A evolução do Estado, no entanto, demonstrou que tal desconexão restou impossibilitada ante a dinâmica social, exigindo assim uma relativa interferência de uma função sobre a outra a fim de se estabelecer um sistema de controle sobre o poder político. Assim, cada

³ Para Thomas Hobbes a anomia característica do estado de natureza traria como consequência o inevitável conflito e autodestruição. Seria desejável para os agentes racionais, abdicar de parte dos direitos individuais por meio de um contrato social cuja fiscalização das leis seria incumbida a um terceiro agente, o Estado, o Leviatã.

Poder teria sua atribuição preponderante, podendo, contudo, executar funções dos demais poderes desde que lhe fosse pré-determinado e também limitado à proporcionalidade e à razoabilidade.

De outra forma, se cada poder político fosse confiado exclusivamente aos órgãos correspondentes (Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário), sem haver a possibilidade de nenhuma participação secundária, na função típica ou principal de outro, restaria a indesejada separação absoluta ou rígida de funções. Descambaria, portanto, no isolamento entre estas e a ausência de colaboração, sem mencionar as limitações recíprocas ou freio e contrapesos. Essa antiga doutrina separacionista, ao pregar uma divisão absoluta e rígida das funções estatais, não atingiu a plenitude de seus fins.

De certo, os órgãos legislativos passaram a participar, muitas vezes, de funções e atos executivos, e reciprocamente; e atos de natureza judiciária foram, excepcionalmente, distribuídos à competência de órgãos legislativos e executivos; e, mutuamente, atos e funções de natureza legislativa e executiva foram, excepcionalmente, ser atribuídos ao Poder Judiciário (TEIXEIRA, 1991).

Nesse sentido, a doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coadunou com o contemporâneo Estado constitucional social e democrático de direito. Evoluiu, dessa forma, tal princípio como um meio a possibilitar, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, não uma separação rígida de funções, mas, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência. Deste modo, tem permitido que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções atípicas que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas a de outro Poder, desde que, para tanto, não seja alterado o seu núcleo essencial.

A atual conjuntura de consolidação da teoria da separação dos poderes segue no sentido de promover, além da clássica distribuição de competências, uma harmonização entre as funções políticas com vistas a limitar o exercício arbitrário do poder do Estado. Essa mitigação do absolutismo na divisão de competência proporciona que determinados órgãos exerçam funções específicas de outros. A atipicidade de competências é uma das formas de mútuo controle entre os poderes do Estado (NOVAIS, 2004).

Nossa atual Constituição instituiu e delimitou suas funções políticas em seu artigo 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, firmando-as no patamar de cláusula pétrea (art.60, §4º, III, CF/88), o que confirma

na Constituição Federal de 1988 sua vocação democrática e seu respeito à independência das instituições políticas.

Essa evolução do Estado, perpassado pelo constitucionalismo e pelo regime democrático, estabelece o princípio da separação dos poderes como pressuposto de existência. Verifica-se que a separação dos poderes pode ser encontrada nas mais diferentes formas de governo, contudo, é na democracia que tal princípio firma seu apogeu ao limitar em alta performance o poder político. Somente com o regime democrático que se permite ocorrer uma regulação estatal horizontal e interna (entre os poderes e seus órgãos) e vertical e externa (entre os cidadãos e o Estado) de modo a fortalecer os limites de atuação.

1.1 Evolução do constitucionalismo

A ideia de Constituição denota a aceção comum de instituição ou fundamentação. Entendida assim como Lei Fundamental, passou a um patamar preponderante diante das demais leis ao organizar e limitar o poder político do Estado. Esse movimento inicial deveu-se à necessidade de se estabelecer critérios substanciosos para a limitação do exercício arbitrário do poder absolutista.

Desse constitucionalismo embrionário desenvolveu-se sua concepção moderna como limitador e direcionador do poder estatal⁴.

Esse movimento intitulado de “constitucionalismo moderno” exigiu a existência de um documento formal (escrito) que, suplantando sua função clássica de organizar o Estado, passou a prescrever limites para sua atuação.

Entretanto, apesar dessa necessidade de limitação do poder do Estado, as sociedades viviam em seu sistema jurídico o “legicentrismo”, no qual as normas fundamentais, apesar de direcionar e limitar as funções do Estado, não eram consideradas autênticas normas jurídicas, sendo despidas de cogência e imperatividade. Tratava-se, na prática, portanto, de uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas com a finalidade mormente de inspirar os legisladores sem alcançar, contudo, os juízes, os quais se viam impedidos de aplicar diretamente a constituição para a resolução das controvérsias jurídicas (BINEMBOJM, 2014).

⁴ ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. Constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do direito administrativo moderno. **CONPEDI/UFPB**. (Coord.) MELO, Filipe Reis; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; SCHNEIDER, Yuri. Florianópolis: CONPEDI. 2014.

Os países adeptos do sistema jurídico romano-germânico detinham uma política-filosófica com o pressuposto, na visão rousseauiana, de que a lei seria a encarnação da vontade geral do povo, somada a uma interpretação limitada da separação clássica dos poderes, na qual a função do juiz estaria reduzida a julgar a letra da lei.

Cabia, portanto, aos magistrados e profissionais do direito tão somente fundamentar suas decisões exclusivamente nas leis em vigor, por serem estas consideradas autênticas expressões da soberania popular (ENTERÍA, 1997, *apud* BINEMBOJM, 2008).

Contudo, esse modelo jurídico viu-se obrigado a evoluir ante a crise do Estado liberal-burguês e o advento do *Welfare State*. Diante dessa maior intervenção do Estado nas relações econômicas e privadas, traduzida num fenômeno de “inflação legislativa”, trouxe como consequência a desvalorização da lei. Ressalte-se que essa multiplicação das normas jurídicas por vezes desconexas com os princípios liberais do Código Civil vigente fez com que o Código perdesse a posição de centralidade que até então detinha no ordenamento jurídico da época (IRTI, 1979, *apud* BINEMBOJM, 2008).

Em outra esteira, a jurisdição constitucional foi ganhando abertura e se fortalecendo em todo o mundo durante o século XX, principalmente ante a traumática experiência do nazifacismo abalizada por seus legisladores. Determinou-se, dessa forma, a necessidade de limitação jurídica para a ação de todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos, passando a Constituição, finalmente, a ser norma jurídica dotada de eficácia e aplicabilidade direta, trazendo relevante repercussão na ciência jurídica moderna, com profundas implicações em todos os ramos do direito (BINEMBOJM, 2014).

O constitucionalismo moderno então, alicerçado nos movimentos liberais, limitou-se a ter em suas constituições, de forma sintética, a estrutura básica da organização do Estado e enunciar de forma genérica os direitos individuais e políticos de seus administrados. Com o advento do Estado Social, que teve como marcos iniciais as Constituições do México de 1917, e de Weimar, de 1919, a constituição passa a conferir maior importância aos direitos fundamentais, adotando o caráter prestacional, ao instituir ações positivas dos poderes públicos e normatizar áreas, até então delegadas às leis ordinárias, como ordem econômica, relação familiar, meio ambiente dentre outras.

Nesse contexto, há uma inversão na importância do Direito Público *versus* Direito Privado, deixando as constituições, da condição de leis básicas do Estado, limitadas a temática do direito público, para assumir um papel de protagonista como estatuto fundamental do Estado e da sociedade, submetendo todos os campos da ordem jurídica aos ditames e valores de sua Lei Maior.

Resume de forma exemplar essa temática Daniel Sarmento:

Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Esta dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos (SARMENTO, 2004 p. 371).

Dentro da concepção da doutrina contemporânea, pós-positivista, defende-se a força vinculante dos princípios constitucionais que perpassam a necessidade de intermediação do legislador infraconstitucional para produzir diretamente seus efeitos jurídicos. Tem-se o fim do entendimento preterido de constituição, como meio de integração do direito no preenchimento de lacunas, para sua elevação a título de normas no mais alto patamar do ordenamento jurídico.

Em outra via, a sua abstração, antes entendida como fraqueza sob o ponto de vista da sua força normativa, passa a atuar como importante ferramenta de dinamização do mundo jurídico na adequação das novas demandas que surgem numa sociedade em constante mudança inalcançável frente a lentidão legiferante dos parlamentos.

Tal reconhecimento dos princípios constitucionais, quanto ao caráter normativo que os mesmos detêm, afastou de forma definitiva a aplicação da clássica metodologia jurídica exclusivamente mecanicista, asséptica em relação aos valores, baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade prática no domínio do Direito. (ALEXY, 1992 *apud* BINEMBOJM, 2008).

Ocorre, nesse momento, uma supremacia material da constituição, sendo nela depositados os valores mais caros de uma sociedade dotados, dessa forma, de função impositiva ao Estado e diretiva às demais normas infraconstitucionais. Inicia-se o movimento de constitucionalização do direito no qual a relevância jurídica e também moral dos princípios e garantias constitucionais passam a se irradiar por todo o ordenamento, forçando os juristas a revisar os conceitos de suas disciplinas para partir da ótica constitucional como pressuposto.

Essa ideia atual de constituição é muito bem sintetizada pelo jurista Luis Roberto Barroso:

Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. (BARROSO, 2012, p. 43).

Essa potencialização de interpretação da Lei Maior, entendida hoje como *neoconstitucionalismo*, busca não apenas dirimir eventuais conflitos com normas infraconstitucionais como também garantir a máxima aplicação dos valores e objetivos consagrados nas constituições.

1.2 A constitucionalização do direito no Brasil

No Brasil, apesar de se ter instituído mecanismo de jurisdição constitucional já na primeira Constituição republicana de 1891, foi somente na “Constituição Cidadã” de 1988 que a constitucionalização do direito tornou-se efetiva.

Na vigência da Constituição de 1891 passou-se por um sistema jurídico no qual a Lei Maior não passava de mera retórica, despida de efetividade, servindo-se apenas como formalidade para a legitimação do Estado que se compunha. Não havia, nesse contexto, qualquer sentido em se falar em constitucionalização do direito.

Com a promulgação da carta de 1988, perpassa-se a fronteira do Estado Democrático brasileiro, oportunizando a seus cidadãos o mais longo período de estabilidade política de sua história. Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, a euforia constituinte — saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil — levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa (BARROSO, 2012, p. 40).

Tratou então a Constituição de 1988 de se preocupar com os direitos humanos e com a efetivação de seus princípios e valores. Cuidado este refletido em nossos tribunais, em cujas decisões, a constituição é aplicada diretamente na resolução de litígios públicos e privados. Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria tem se utilizado dos princípios e valores constitucionais como direcionadores para balizar questões e controvérsias jurídicas sobre os mais diversos temas.

Esses profissionais do direito adotaram como um dos mecanismos para seu movimento de *constitucionalização a interpretação conforme à Constituição*. Tal princípio decorre do postulado de supremacia da Constituição e da unidade da ordem jurídica, permitindo a seu exegeta excluir as interpretações de determinado enunciado normativo que seja incompatível com a Lei Maior.

Deve-se frisar que tal princípio deriva também da presunção de constitucionalidade das leis, respeitando a separação dos poderes quanto a legitimidade dos atos normativos elaborados por autoridades legislativas, representantes da vontade popular em razão do

princípio democrático. Assim, a interpretação conforme à Constituição evita, sempre que possível expulsar da ordem jurídica uma norma posta pelo legislador.

Assevera Gustavo Binenbojm (2014, p. 68) que como princípio hermenêutico, a interpretação conforme à Constituição pode e deve ser empregada não só por todos os órgãos do Poder Judiciário, na prestação da jurisdição, como também pelas demais autoridades públicas. Isto porque, não apenas o Judiciário, mas também todos os demais órgãos do Estado encontram-se vinculados negativa e positivamente à Constituição, cabendo-lhes não só o dever de abster-se de violá-la, mas também a obrigação de, na medida das respectivas possibilidades e competências, implementar seus comando e concretizar seus valores.

Cumpre-se destacar que essa técnica ganhou expressa previsão legal no artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99, que regula o processo judicial de Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Tal dispositivo garante a este órgão judiciário, em suas decisões, além de declarar a constitucionalidade, inconstitucionalidade ou não receptividade de norma infraconstitucional, eliminar determinada interpretação de texto legal em razão de sua discordância com a Constituição. Sendo essas determinações judiciais dotadas de eficácia erga omnes e de efeitos vinculantes às funções judiciárias e administrativas de todos os órgãos da federação.

Em resumo, toda e qualquer operação de realização do direito, segundo Luís Roberto Barroso, envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Deve-se aplicar a Constituição:

- a) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);
- b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:
 - (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do direito, ainda que não seja por ele explicitada;
 - (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais (BARROSO, 2012, p. 43).

Entende-se, dessa forma, que no Brasil, atualmente, vigora a efetividade dos princípios e valores constitucionais que devem se permear por todo ordenamento jurídico a fim de garantir sua máxima aplicabilidade e limitar uma atuação abusiva pelo Poder Legislativo capaz de anular ou mitigar garantias constitucionais. Repise-se que a Constituição de 1988, ao ultrapassar sua função precípua de organizar o Estado e definir princípios e garantias

norteadores aos demais ramos do direito, se imiscuiu em áreas específicas, tradicionalmente submetidas à normatização infraconstitucional, como o direito econômico, educacional, do serviço público.

Esse posicionamento do constituinte conferiu à Lei Maior um caráter analítico e heterogêneo que, contudo, ainda hoje sofre com as consequências da nossa larga história de sobreposição do direito privado sobre o direito público pelas tradicionais decisões com base exclusiva nas normas infraconstitucionais.

Exige-se, portanto, dos atuais operadores do direito um processo de filtragem constitucional a fim de conferir uma nova roupagem na interpretação desses textos normativos sob a ótica da Constituição, impedindo assim que as leis já produzidas se sobreponham aos direitos constituídos no Estado Democrático, de forma a limitá-los ou anulá-los.

1.3 A constitucionalização do direito administrativo

Considerando a relação subjetiva entre a separação dos poderes, o movimento constitucionalista, os direitos fundamentais e o regime democrático aqui tratados no contexto de um sistema de limitação e legitimação do poder político, pode-se vincular a evolução do direito administrativo a transformação destes fundamentos do Estado.

Entende-se doutrinariamente que o direito administrativo sempre acompanhou a constituição, tendo sua constitucionalização se dado em maior ou menor grau a depender da força normativa da Lei Maior.

No ano de 1990, a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro já lecionava, sem cogitar a ideia de denominar a expressão constitucionalização do direito administrativo que sendo a lei analisada sob o enfoque de um sistema lógico jurídico, despido de qualquer conteúdo axiológico, seria a discricionariedade administrativa mais forte, visto que a Administração Pública só tem que observar a lei em seu sentido formal, sendo este também o único aspecto no qual o Poder Judiciário estaria adstrito. Entretanto, Di Pietro considera que quando à lei formal se acrescentam considerações axiológicas, tem-se ampliado também a possibilidade de controle judicial, permitindo-se assim serem corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico (Di Pietro, 2012).

Desta feita, tem-se por dificultada o controle do interprete no que concerne à delimitação da atuação discricionária da administração, tornando-se muito mais complexa a tarefa do juiz que passará a julgar em zonas de maior incerteza que aumentam à medida que se

lançam novos limites a essa discricionariedade. Nesse sentido (Di Pietro, 2012, p. 2) assevera que:

Quando se estuda a evolução desses limites, verifica-se que eles foram, de início, essencialmente formais, pois diziam respeito apenas à competência e à forma; começaram depois a adquirir um sentido material, à medida que começaram a ser examinados os fins e, depois, os fatos determinantes do ato administrativo. Hoje, esses dados são insuficientes para delimitar a discricionariedade. À medida que a lei foi adquirindo seu sentido axiológico perdido na época do Estado liberal, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário. Ao lado do princípio da legalidade — em sua nova feição — colocam-se os princípios gerais de direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, como essenciais na delimitação do âmbito da discricionariedade que a lei confere à Administração Pública.

Ante o exposto, a evolução do princípio da legalidade acompanhou a evolução do próprio modelo do Estado de Direito, convergindo com a ideia de que o Direito Administrativo está diretamente relacionado com o exercício do poder político ao atuar como limitador e legitimador do seu exercício condicionado, jamais absoluto (MELO, 2009).

Durante a segunda fase do Estado Moderno, já se instituindo o Estado de Direito, findou a ideia de que a administração pública não se subordinava à lei ou a controle judicial, denominado como Estado de Polícia. Nesse período de liberalismo foram instituídos diversos princípios com o objetivo de proteger o cidadão perante o poder público, dentre os quais o da legalidade (Di Pietro, 2012).

Nessa primeira geração de direitos fundamentais, destacou-se os de liberdade individual, proclamados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, limitando o Estado a uma função essencialmente abstencionista, seguido pela Constituição francesa de 1791. Tais normativas estabeleceram o princípio da legalidade em sua acepção mais restritiva.

Nesse sentido, o princípio da legalidade era norteado pela separação absoluta dos poderes, conferindo assim ao Estado obediência absoluta à lei editada pelo Parlamento, cabendo aos demais poderes Judiciário e Executivo apenas sua aplicação. Entendia-se o princípio da legalidade sob o aspecto da vinculação negativa, significando que a administração pode fazer tudo que a lei não proíbe. Dessa forma, ante a delimitação normativa das esferas jurídicas dos cidadãos ao arbítrio do poder do Estado, tudo o mais estaria abrangido pela esfera da discricionariedade entendida como poder político, isento, portanto, de controle judicial.

Importante pontuar que, nessa fase, o Direito Administrativo, cuja égide histórica é a *Loi de 28 do pluviôse*, que organiza e limita externamente a Administração Pública, segundo análise de (BINEMBOJM, 2014), interpreta que não houve uma real separação absoluta dos

poderes no concernente à administração pública, uma vez que, no sistema francês, era o Conselho de Estado, responsável pela formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas, caracterizando-se por uma postura ativista e insubmissa desse órgão administrativo à vontade do parlamento⁵.

Nesse sentido, Binembojm firma entendimento de que:

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos (BINEMBOJM, 2014, p. 11).

Dessa forma, segundo o autor, nesse primeiro momento, o Direito Administrativo, encontrava-se completamente concentrado no Poder Executivo, afastando-se das garantias dos direitos individuais, visto que a própria Administração Pública era quem editava suas próprias normas jurídicas e julgava seus litígios com os administrados.

Ante a sucumbência do Estado de Direito do liberalismo frente aos terrores da primeira e segunda Guerra Mundial, surge a necessidade de intervenção do Estado no domínio social e econômico com vistas a garantir a igualdade e a justiça social. Nesse Estado de Direito Social emerge a segunda geração de direitos fundamentais vinculados ao princípio da igualdade, tendo a base do princípio democrático como propulsor dessa intervenção do Estado.

Em consequência desta evolução valorativa do Estado, o princípio da legalidade submeteu-se ao positivismo, passando toda a atividade administrativa a ser submetida à lei. Sob esse prisma, o Poder Legislativo não teria condições de legislar sobre todas as novas atribuições administrativas do Estado, tanto pela complexidade das matérias, quanto pela sua incapacidade legislativa de atender toda a atuação administrativa do Estado. Passou-se, então, a atribuir função legislativa aos poderes Executivo e Judiciário no que fosse concernente a regulamentação específica de seus órgãos, através da previsão de decretos-leis, medidas provisórias, regulamentos autônomos.

Nesse entendimento, a discricionariedade administrativa passou a ser vista como poder jurídico uma vez limitada pela lei. Entretanto, esse controle judicial dos Atos da

⁵ Nesse sentido, Pierre Delvolvé, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) Principe de Séparation des Autorités Administrative et Judiciaire*, in *Mélanges René Chapus-Droit Administratif*, 1992, p. 144.

Administração pública se reduz a formalidade sem qualquer aplicação de princípios e valores constitucionais.

Com a ascensão do Estado Democrático de Direito introduziu-se, no âmbito do Direito Administrativo, duas ideias fundamentais: a participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública e a da legalidade vista sob o aspecto material. É nessa fase que se inicia, de forma substancial, a constitucionalização do Direito Administrativo.

Essa evolução do princípio da legalidade sob o aspecto material surge na Constituição da Alemanha de 1949, que em seu artigo 30, §3º, assevera que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”. Tal progresso de entendimento é reforçado também pela Constituição espanhola de 1978, que em seu artigo 103.1 determina que a Administração pública sirva com objetividade aos interesses gerais e atue com submissão plena à lei e ao Direito (Di Pietro, 2012).

Dessa forma, passa o princípio da legalidade a atuar de forma mais ampla sobre os ordenamentos jurídicos, delimitando de forma mais acertada a atuação da Administração Pública, trazendo esta para um enfoque mais jurídico. A constitucionalização do Direito Administrativo modifica dessa forma a legalidade em juridicidade administrativa. No qual, Luís Roberto Barroso demonstra “a necessidade de superação da ideia convencional da legalidade como vinculação positiva do administrador apenas à lei pelo princípio da constitucionalidade ou juridicidade” (BARROSO, 2010, p. 376).

Deixa a lei, portanto, de ser o único fundamento para a atuação do Estado na administração pública para se tornar um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pelas constituições dos Estados Sociais Democráticos.

A análise da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil deve partir da referência de três circunstâncias, segundo Luís Roberto Barroso: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados (BARROSO, 2012, p. 47).

A Constituição de 1988 incorpora de forma detalhada as normatizações sobre a Administração Pública, dissociando pela primeira vez a função administrativa, dotada de um maior caráter jurídico, da atividade de governo revestida de um caráter mais político. Enuncia também princípios próprios do Direito Administrativo, inicialmente legalidade, impessoalidade,

moralidade e publicidade. Sendo com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 acrescido o princípio da eficiência.

Tais princípios próprios bem como os demais princípios constitucionais de caráter geral, destacados os princípios centrais da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais foram decisivos para se alterar a interpretação das relações entre Administração e Administrados com a superação ou releitura de entendimentos tradicionais.

Nessa esteira o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tradicionalmente interpretado pelos administrativistas como absoluto, foi mitigado pela Constituição, passando a ser absoluto tão somente o interesse público primário, relativos a justiça, segurança e bem-estar social. Quanto ao interesse público secundário, referente a pessoa jurídica de direito público, este deverá ser analisado à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.

Outra revolução trazida pela constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil se refere ao entendimento do princípio da legalidade no qual o administrador passar a ter o poder-dever de atuar de forma fundamentada diretamente na Constituição e independente, em muitos casos, de qualquer manifestação do Legislador ordinário. Supera-se, portanto, a ideia de que a administração estaria vinculada estritamente à lei, passando o princípio da legalidade a ser entendido de forma mais apropriada como princípio da juridicidade uma vez que sua subordinação está vinculada à Constituição e à lei respectivamente.

Como consequência lógica dessa superação do princípio da legalidade, temos uma delimitação do poder discricionário dos atos administrativos, passando estes a serem dotados de um maior caráter jurídico. Assim, o entendimento tradicional sobre o controle jurisdicional desses atos, antes limitados a sua legalidade restrita (competência, forma e finalidade), transmuta-se, passando a se imiscuir no mérito administrativo (motivo e objeto) no qual se verifica o ato administrativo sob o prisma dos princípios constitucionais gerais, próprios do Direito Administrativo e também à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Uma vez abordado esta temática, verifica-se que não há como dissociar o Direito Administrativo do Direito Constitucional. Tal exposição preliminar é de fundamental importância para que se possa avançar na compreensão das questões que se seguirão, objeto do presente estudo, o direito ao trabalho e a restrição à atividade externa de servidores da União. Infere-se que, nos dizeres de Fritz Werner há quem identifique o Direito Administrativo como direito constitucional concretizado.

Assim, a constitucionalização do Direito Administrativo é um processo perene no qual a administração pública deve evoluir, abstraindo-se de seus fundamentos básicos

estruturantes, passando a adotar a constituição e a evolução da democratização, como direcionadores de seus valores e princípios. É exatamente neste contexto que se deve procurar discutir as mudanças que envolvem o mundo do trabalho e, particularmente, o ambiente do Setor Público.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO

Após delimitar-se o tema do presente estudo no âmbito da constitucionalização que também se opera no direito administrativo, faz-se necessário uma breve discussão em torno do princípio constitucional da liberdade do trabalho. Isso proporcionará uma melhor compreensão para discutir o exercício de atividade externa por servidor público.

2.1 Evolução do trabalho na Constituição brasileira

Observando o tema sob um ponto de vista histórico, constata-se que a ideia de trabalho nas primeiras constituições pátrias restringia-se à questão da sua liberdade uma vez que sua preocupação maior seria quanto as movimentações para o fim do trabalho escravo. Somente na Constituição de 1934 entendeu-se o trabalho como um direito destacado dentro do rol de Direitos Sociais no capítulo da ordem econômica e social (FONSECA, 2006).

A Constituição de 1988, ao propor instaurar um “Estado Democrático de Direito”, fundamentado no valor supremo da dignidade da pessoa humana, ampliou a ideia de trabalho. Deixou de vedar a sua obrigação e passou a entender como necessário o incentivo à sua liberdade para fomentar a economia. Adota-se a ideia de que, além de um direito negativo do Estado de garantir a liberdade de trabalho, este direito, por ser integrante da dignidade da pessoa humana, deveria também ser entendido como um direito social positivo, exigindo do Estado sua intervenção para garantir oportunidade de trabalho a todos os seus cidadãos.

Dessa forma, pode-se registrar o trabalho na Constituição de 1988 em vários dispositivos. Originalmente, já no preâmbulo, se faz menção, mesmo que indiretamente, ao trabalho, e mais, no seu amparo, quando antecipa que o nosso Estado Democrático de Direito é destinado a garantir o exercício dos Direitos Sociais. Já no seu artigo 1º assevera que o Estado Democrático de Direito se fundamenta, dentre outros, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tais preceitos apontam claramente que o Estado Democrático de Direito fundado na Constituição Federal de 1988 tem obrigações concretas quanto ao valor social do trabalho.

2.2 Liberdade de trabalho

Conforme versado anteriormente, a nossa Lei Maior de 1988 trouxe no seu bojo uma evolução quanto ao entendimento do trabalho, passando este a ter uma concepção de liberdade e de direito social.

No seu artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, expõe o inciso XIII – “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Dessa forma, a Constituição reconhece a “liberdade de trabalho”, no qual, *a priori*, sob o entendimento do jurista Jorge Miranda, deva ser interpretada em *latissimu sensu* compreendendo, positivamente, a liberdade de escolha e de exercício de qualquer gênero ou modo de trabalho, ressalvados os de caráter ilícitos, e, negativamente, a vedação de qualquer trabalho obrigatório. Prossegue ainda, quanto à parte limitativa da norma, tecendo que tais restrições devem ser exclusivamente legais, não podendo ser instituídas por via regulamentária ou por ato administrativo. E que, todavia, para a admissibilidade desta lei restritiva é fundamental, sob pena de desvio de poder legislativo, ser dotada de fundamentação razoável (MIRANDA, 2000 p. 499).

Quanto a restrição desse direito fundamental, o artigo 29, item 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma que:

No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Dessa forma, não basta tão somente alegação de interesse público para que seja restringida a liberdade de trabalho. Tal interesse precisa ser substancialmente compatível com os valores constitucionais, podendo-se dessa forma somente restringir a liberdade de profissão na medida do necessário.

2.3 Direito ao trabalho

Após breve abordagem sobre a temática da “liberdade do trabalho” no âmbito da Constituição de 1988, passa-se a discutir sobre a questão do direito social ao trabalho. Esse direito está previsto no capítulo dos Direitos Sociais em seu artigo 6º, o qual prevê:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Dessa forma, reconhecendo nossa Lei Maior o trabalho como um direito social em sentido amplo, este deve também ser entendido como o direito de ter um trabalho ou à possibilidade de trabalhar. Nesse sentido de um direito que demanda uma ação do Estado, tem-se também que verificar o caput e o inciso VIII do artigo 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
VIII - busca do pleno emprego[...].

Conclui-se que se trata de um direito elevado à categoria de fundamental em nosso atual ordenamento jurídico, uma vez que suas categorias básicas de “liberdade de trabalho” e de “direito ao trabalho”, estão previstas tanto nos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, quanto nos artigos 5º e 6º de nossa Constituição inseridos nos direitos e garantias fundamentais.

2.4 A relação de trabalho do servidor público estatutário

Delimitado a temática constitucional do trabalho sob as vertentes da “liberdade de trabalho” e direito de trabalho, passamos a interpretar sua relação com o servidor público estatutário, já especificando no âmbito dos servidores civis da União.

A Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, foi promulgada no intuito de cumprir exigência do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 prevista em seu artigo 24, o qual remete ao artigo 39 da nossa atual Lei Maior. Ressalte-se de pronto que nas normativas constitucionais citadas não existe menção à expressão funcionário público ou estatuto dos funcionários, mas somente aos termos servidor público e regime jurídico único dos seus servidores públicos (RIGOLIN, 2007).

Não se aplicando, portanto, o conceito de funcionário público, passa-se a adotar a designação mais ampla de servidor público, sendo distinguidos dentro da Constituição de 1988, especificamente em seus artigos de 39 a 41. O servidor público em seu conceito genérico, conforme não somente faz parte da administração pública, ele efetivamente é o estado, nos limites do poder assumido, representado por pessoas físicas, que exercerão seu cargo ou função

visando ao interesse público e ao bem comum, conforme reza a teoria subjetiva da Administração Pública⁶.

Dessa forma, nos ditames de Ivan Barbosa Rigolin (2007), as determinações constitucionais para elaboração de regime jurídico único dos servidores jurídicos já apontavam que este tanto poderia ser o estatutário quanto o regime da CLT “que dificilmente seria escolhido, considerando-se a virtualmente impossível aplicação da CLT a Juízes e Promotores, p.ex.” (Ibid.,2007, p. 2). Dessa forma, como somente a União e os Estados têm em sua estrutura o Poder Judiciário e o Ministério Público, essa mesma dificuldade de implantação da CLT como regime jurídico único, não se aplicou aos Municípios, os quais sistematicamente, em sua maioria, passaram a adotar o diploma trabalhista como regime único dos seus servidores públicos. (Ibid., 2007, p. 2).

Ressalte-se também que esse Regime Único dos servidores públicos adotou constitucionalmente quatorze direitos constitucionais trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição de 1988.

A relação jurídica que une o poder público aos titulares de cargos públicos é de natureza estatutária, institucional. Isto significa que o Estado pode alterar legislativamente o regime de direitos e obrigações recíprocos, existentes à época do ingresso no serviço público.

Ante a inegável semelhança do caráter de trabalho entre o regime de emprego previsto na CLT e o regime estatutário dos servidores públicos, faz-se interessante trazer ao presente estudo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, demonstrado, na oportunidade, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 492-1. Neste julgado, a temática do trabalho foi discutida enfrentando a relação de trabalho estatutária dos servidores públicos sobre o regime contratual submetido aos direitos trabalhistas da CLT.

Em seu voto, proferido na ADI 492-1, o então relator Ministro Carlos Veloso entende pela distinção entre o trabalhador e o servidor público, sob o ponto de vista legal, ao conceituar dessa forma o trabalhador como prestador de serviço tutelado pela legislação específica da CLT, de cujo conceito excluem-se os servidores públicos civis e militares suportados por regimes jurídicos próprios.

Tal posição foi firmada frente a evolução doutrinária referente à conceituação da terminologia “trabalhador” em nosso ordenamento jurídico, no qual anteriormente se utilizava a expressão empregado pela nossa CLT. Assim essa discussão doutrinária, restou findada com

⁶ Uma discussão aprofundada sobre isso está em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 16, p. 30, 1970.

a conceituação legal sobre o tema dada pelo artigo 15, § 2º da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS):

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

[...]

§ 2º. Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

A priori, tal distinção tende a afastar os servidores públicos, regidos pelo regime único das garantias conferidas constitucionalmente aos trabalhadores, deixando-os totalmente submetidos, sob o princípio da reserva legal absoluta, ao que lhe for imposto pelo Estado.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio de Melo, ao proferir seu voto na ADI 492, apresenta de forma bastante oportuna a questão da evolução do serviço público a luz do Estado Democrático de Direito, demonstrando por meio da evolução histórica e do direito comparado que, apesar de não serem reconhecidos os direitos trabalhistas propriamente ditos aos servidores públicos estes não devem ficar órfãos da tutela constitucional e submeter-se somente à lei ordinária.

Nesse contexto constitucional e legal, difícil é conceber a insistência na manutenção do Estado em constrangedora posição de supremacia quanto àqueles que, na qualidade de servidores e não de funcionários públicos, prestam-lhe serviços, compondo o grande contingente de trabalhadores brasileiros.

O Regime Jurídico Único é dos servidores e não dos funcionários públicos e encerra direitos e obrigações inalteráveis ao alvedrio dos que por ele estão alcançados, sendo muito sintomático o esforço pedagógico do legislador ao aludir à lavratura de termo e emprestar a este conteúdo que o revela um verdadeiro ajuste, um contrato, isto ao cogitar não só de direitos e obrigações inalteráveis, mas também referir-se aos partícipes, concedendo-se-lhes a condição de partes (BRASIL, 1993).

Nesse contexto, prossegue o ministro e conclui, enfrentado na Ação de Declaração de Inconstitucionalidade, que o direito discutido no caso, o da negociação coletiva para servidores públicos previsto originalmente no artigo 240, alínea “d” da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estaria sim albergado pelo novo panorama constitucional, pondo em cheque a retrograda visão de que o agrupamento sindical colocava em risco o bem comum visado pelo Estado.

Tal entendimento, segundo o Ministro Marco Aurélio, deveria ser substituído pelo reconhecimento do direito de se sindicalizar, que desde muito cedo, se mostrou salutar para a

correção de desigualdades, estando previsto no inciso VI do artigo 37, não poderia ele ser tolhido por lei infraconstitucional.

Frente às limitações constitucionais, as negociações com os servidores certamente não terão a amplitude daquelas ligadas ao setor privado, mas daí excluí-las é olvidar o próprio texto constitucional além de retroagir-se a fase em relação à qual não se deve guardar saudade (BRASIL, 1993).

Apesar de ter sido o Ministro Marco Aurélio vencido em seu voto, conforme relatado, pelo entendimento de reserva legal absoluta sobre a matéria e pela manutenção do regime estatutário para os servidores públicos, resta de toda essa análise assimilar o poder conferido pela Constituição de 1988 às liberdades individuais e aos direitos sociais, no contexto do trabalho, que, conforme entendimento do próprio magistrado, tende a ser interpretado em sua maior amplitude a depender da evolução do Estado Democrático de Direito. Assim, conforme Marco Aurélio, “em termos de direitos sociais não se tem no ápice da pirâmide das normas jurídicas a de nível constitucional, mas aquela mais favorável ao trabalhador e mostra-se descabido dizer que os servidores públicos não o são” (BRASIL, 1993).

Nesse contexto de interpretação constitucional do direito do trabalho, deve-se sopesar de forma valorada qualquer medida legislativa tendente a abolir ou mitigar a liberdade ou o direito ao trabalho, estando também inseridos nessa condição as restrições impostas aos servidores públicos, conforme análise do próximo capítulo.

3 RESTRIÇÃO A ATIVIDADE EXTERNA PELO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL DA UNIÃO

Após abordar as questões teóricas que fundamentam o objeto da temática estudada, delimita-se agora o campo de sua aplicação sob os servidores públicos civis da união regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, analisando suas vedações ao desempenho de atividades externas.

3.1 Regime jurídico único

A Constituição de 1988, conforme já abordado, exige em seu formato original a criação de um regime jurídico único para os servidores públicos, sendo este flexibilizado após a Emenda Constitucional nº 19/98 para a permissão de regimes jurídicos múltiplos em cada ente federativo. Entretanto, apenas em menção, convém destacar que essa possibilidade de regimes jurídicos múltiplos hoje encontra-se suspensa até julgamento de mérito da ADI 2135.

Os entes União e Estados adotaram preferencialmente o regime jurídico estatutário, por meio de leis próprias e os municípios em sua maioria adotaram a CLT para regular os direitos e deveres de seus servidores. Dessa forma, para os servidores públicos titulares de cargos públicos, aplica-se o regime previsto em lei ou na própria Constituição, assim reconhecido como regime legal ou estatutário (RIGOLIN, 2007).

No âmbito federal, identificam-se dois tipos de regimes jurídicos: geral, regido pela Lei nº 8.112/90 e os especiais previstos em leis específicas para determinados órgãos da União. O regime jurídico único do servidor público é de direito público e de natureza estatutária, cuja relação funcional sob sua regência é unilateral, consubstanciando o regime em uma norma positiva, que alberga os direitos e obrigações dos servidores.

São, portanto, dotados de um caráter objetivo, no qual os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores públicos são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, também unilateralmente, alterá-lo a qualquer momento, sem se cogitar de direito do servidor à manutenção do regime anterior.

3.2 Vedação a acumulação de cargos públicos

Nesse momento do trabalho, passa-se a analisar a questão das limitações legais ao desempenho de atividade externa por parte dos servidores públicos civis da União.

No histórico do ordenamento jurídico pátrio, a preocupação quanto ao exercício de atividades externas dos servidores públicos tardou a chegar ao nível constitucional, sendo de início tratado constitucionalmente somente a acumulação de funções políticas de deputados e senadores, conforme se depreende da leitura dos artigos 29 a 34 da Constituição Política do Império do Brazil [sic], de 25 de março de 1824 (COSTA, 2002).

Nesse período, a inquietação quanto a eventuais transtornos à nossa administração, decorrentes de acumulação de cargos públicos externou-se por meio de algumas determinações régias. Um exemplo interessante que convém aqui transcrever é o Decreto de 18 de junho de 1822, que reiterava expressamente o cumprimento dos anteriores diplomas legais que proibiam tais práticas:

DECRETO DE 18 DE JUNHO DE 1822

Prohibe a acumulação em uma só pessoa de mais de um emprego, e exige dos funcionarios publicos prova de assiduo exercicio para pagamento dos respectivos vencimentos.

Não tendo sido bastantes as repetidas Determinações ordenadas pelos Senhores Reis destes Reinos na Carta Régia de 6 de Maio de 1623; no Alvará de 8 de Janeiro de 1627; no Decreto de 28 de Julho de 1668, e mais Ordens Régias concordantes com elles, pelos quaes se prohibe, que seja reunido em uma só pessoa mais de um officio ou emprego, e vença mais de um ordenado: resultando do contrario manifesto damno e prejuizo á Administração Publica e ás partes interessadas, por não poder de modo ordinario um tal empregado, ou funcionario publico cumprir as funcções, e as incumbencias de que é duplicamente encarregado, muito principalmente sendo incompativeis esses officios e empregos; e acontecendo ao mesmo tempo, que alguns desses empregados, e funcionarios publicos, occupando os ditos empregos, e officios recebem ordenados por aquelles mesmos, que não exercitam, ou por serem incompativeis, ou por concorrer o seu expediente nas mesmas horas, em que se acham occupados em outras repartições: Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Exercitar a inteira observancia das sobreditas Determinações, para evitar todos estes inconvenientes, Ordenando, que os presidentes, chefes, e magistrados das repartições, a que são addidos esses funcionarios, não consintam, debaixo de plena responsabilidade, que elles sejam pagos dos respectivos ordenados, ou sejam mettidos nas folhas formads para esse pagamento, sem que tenham assiduo exercicio nos seus officios, e empregos: e que isto mesmo se observe, ainda mesmo com aquelles, que tiverem obtido dispensa régia para possuirem mais de um officio, ou emprego na fórma permittida no citado Alvará de 8 de Janeiro de 1627, pois que essa graça não os dispensa por modo algum do cumprimento das funcções e incumbencias inherentes aos seus officios, e empregos. José Bonifacio de Andrada e Silva, do Meu Conselho de Estado, e do de Sua Magestade Fidelissima El-Rei o Senhor D. João VI, Meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino do Brazil e Estrangeiros o tenha assim entendido, e o faça executar e cumprir com os despachos necessarios. Paço 18 de Junho de 1822.

Depreende-se pelo mandamento real histórico que a preocupação do Estado com a possibilidade do exercício de outra atividade pairava sobre a possibilidade do, à época, funcionário público receber seu pagamento sem prestar a devida assiduidade no comparecimento ao recinto, logrando, portanto de enriquecimento ilícito. Tal entendimento se

depreende das terminologias empregadas de incompatibilidade de trabalho e concorrência de horários de serviço. Conclui-se, portanto, que já havia no Brasil Império a figura ainda hoje conhecida do “funcionário fantasma”.

Seguindo a análise dessa evolução, somente na Constituição de 1891, primeira republicana, inaugurou-se previsão constitucional de proibição à acumulação de cargos públicos, sendo nessa época histórica tal vedação em caráter absoluto. Dessa forma, dispunha o seu artigo 73: “Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.

A Constituição de 1934, inspirada na Carta Política de Weimar⁷, trouxe em seu Título VIII toda uma previsão sobre o regime jurídico dos servidores públicos e relativizou a questão da vedação à acumulação de cargos públicos, passando, em seu artigo 172, parágrafo 1º, a permitir a acumulação dos cargos de magistério e de técnico-científicos.

Tal flexibilização logo foi vedada, durante o período ditatorial de Getúlio Vargas, que na Carta outorgada de 1937 consagrou o retrocesso institucional dos servidores públicos tornando absoluta a proibição de acumulação de cargos públicos em seu artigo 159.

Com o fim da segunda Guerra Mundial e a derrocada da ditadura getulista, seguiu-se a redemocratização do país, passando a Constituição de 1946 a readmitir a acumulação de cargos públicos em casos excepcionais de magistério e atividade técnico científica. Tal exceção, conforme artigo 185, deveria observar os critérios de correlação de matérias e a compatibilidade de horário.

No sentido da evolução do entendimento constitucional sobre a matéria, nossa Lei Maior de 1967 ampliou as exceções, permitindo a acumulação de dois cargos privativos de médico. Em contrapartida, a Constituição também estendeu a vedação de acumulação aos cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o princípio geral da não acumulação remunerada de cargos públicos ficou adstrita a questão da compatibilidade de horários, ao teto remuneratório e limitada as hipóteses previstas em seu artigo 37, inciso XVI:

[...]

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.

⁷ PICOLO, Helga Iracema Ladgraf. A influência da Constituição de Weimar na Constituição brasileira de 1934. **Organon**, v. 14, n. 14, 1969.

Ressalte-se que a vedação de acumulação na Constituição de 1988 não limitou em suas exceções a questão da correlação de matérias entre os cargos ou funções, passando a exigir tão somente a questão da compatibilidade de horários.

Na análise acertada sobre o princípio da não acumulação de cargos públicos esculpido na Constituição de 1988, José Armando da Costa (2002, p. 1305-1322) assevera que:

Como se vê, a nossa Carta Política em vigor erige, como princípio geral, a proibição de acumular. Abre, assim, ensancha apenas nos casos por ela excetuados (art. 37, inciso XVI). Donde pode-se inferir que os casos de cumulação permitida somente comportam exegese estrita. Não há nessa matéria, portanto, margem para as interpretações ampliativas, ainda que ingredientes sobremodo lógicos pressionem em sentido contrário.

Com base na evolução histórica da temática de acumulação de cargos públicos, esta regra, apesar das mitigações de entendimentos, sempre foi tomada como uma proibição de regra geral, devendo as permissões serem entendidas como expressas exceções.

Contudo, deve-se considerar também para fins deste princípio constitucional que sua criação deveu-se claramente à desorganização histórica do emparelhamento estatal no tocante ao controle e fiscalização dos trabalhos executados pelos servidores públicos. Assim, a motivação clara para esta vedação constitucional se perfaz no intuito do constituinte em evitar enriquecimentos ilícitos praticados por servidores que, ao acumular dois ou mais cargos, não teriam, ante a incompatibilidade de horários, como manter a assiduidade em todas as repartições.

Entretanto, a doutrina historicamente tende a firmar entendimento lógico sobre a afetação do bom andamento do serviço público e também no consequente estreitamento ao acesso democrático a tais cargos. O constitucionalista clássico João Barbalho (*apud* COSTA, 2002, p. 1305–1322), firma entendimento a favor desta vedação, conforme pontua:

a regularidade do serviço público, que não se compadece com o exercício acumulado de funções múltiplas e várias; o número e gravidade dos abusos desse gênero; a excessiva procura de empregos, roubando a outros ramos de atividade indivíduos que afluem em chusma ao burocracismo; e, por último, uma satisfação a certa entidade que tantas vezes e em tantas coisas é esquecida o contribuinte cuja bolsa paga a fome de empregos e os desvarios dos governos.

Nesse mesmo sentido segue Rui Barbosa (*apud* COSTA, 2002, p. 1305-1322) ao reconhecer a acumulação de cargos via de regra como nociva ante ao consequente mal desempenho pelo acúmulo de atividades e pela dedutível inabilidade do mesmo servidor poder

atuar em dois cargos de natureza diversa. Excepcionando seu entendimento em certas matérias, conforme transcrito:

As acumulações não são, de seu natural, boas ou más. São más ou boas, úteis ou nocivas, consoante os casos, isto é, segundo a natureza dos cargos e a maneira de se proverem. Casos até em que elas resultam da natureza das coisas e são, portanto, necessárias, imperiosas e quase subentendidas, algumas vezes, a respeito de certas funções, cargos ou serviços.

Note-se que, em certas circunstâncias e em certas matérias, a acumulação é o único meio de obter para o serviço público a concorrência dos homens de mérito avantajado. Com os vencimentos dum só lugar, não se podem captar, às vezes, os serviços de uma notabilidade científica ou profissional. Mas a faculdade, admitida na lei, de acumular, quando se trate de cargos dessa categoria, profissionais, científicos ou técnicos, habilita os Governos a enriquecerem as instituições desse caráter, com os melhores servidores, as mais assinaladas reputações, os competentes de mais valor em cada especialidade".

Outra explicação doutrinária sobre a origem das regras proibitivas de acumulação de cargos públicos, na visão do administrativista Anísio Asterio Contreiras de Carvalho, é de que esta tem como pressuposto que ninguém poderia desempenhar, de modo satisfatório e na altura dos próprios méritos intelectuais, duas ou três funções laborais simultaneamente, também pelo fato de que “é clamoroso e injusto que um homem desfrute os proventos de vários empregos, quando muitos, competentes e virtuosos, lutam debalde para obter um só” (CARVALHO, 1961, *apud* CARVALHO, 2016, p. 1342).

Conforme demonstrado, a argumentação doutrinária de que mesmo havendo compatibilidade de horários permaneceria inadmissível para o interesse público, em via de regra, a acumulação de cargos ante o conseqüente baixo rendimento do servidor, não prospera frente as exceções constitucionais postas de acumulação, perfazendo-se dessa forma em uma falácia, cujo intuito é o de acobertar o real problema histórico de ineficiência do controle do Estado sobre seus agentes, e garantir por meio das exceções constitucionais o favorecimento das classes intelectuais mais abastadas à época, que detinham quase acesso quase exclusivo aos cargos de magistérios superior e de médico.

Esclarecido a questão da limitação constitucional ao acúmulo de cargos ou funções públicas, passa-se a analisar a questão de seu tratamento no âmbito dos Servidores Públicos Civis da União.

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seu Capítulo III trata da vedação da acumulação remunerada de cargos públicos, já ressaltando as hipóteses previstas na Constituição Federal de 1988. Exige o dispositivo nos casos de acumulação lícita a devida

comprovação da compatibilidade de horário a fim de se verificar a possibilidade de exercício das duas atividades em horários distintos.

No tocante à acumulação de dois cargos, o parecer da Advocacia Geral da União, da lavra do Advogado Geral da União Geraldo Magela da Luz Quintão, Parecer AGU nº GQ 145⁸, exige que o total de horas resultantes deste acúmulo não pode suplantiar 60 horas semanais, sendo, portanto ilegal, segundo o citado parecer vinculante, aos demais órgãos da União, o acúmulo de dois cargos de 40 horas semanais. Também entende-se como ilegal qualquer acumulação do cargo em regime de dedicação exclusiva, uma vez que o caput do artigo 12⁹ da Lei nº 4.345, de 26 de junho de 1964, proíbe o servidor que esteja submetido a tal regime de exercer outra atividade.

No caso da tipificação disciplinar de acumulação ilegal de cargos, o artigo 133 da Lei nº 8.112/90 determina que seja o servidor notificado para apresentar opção sobre em que cargo permanecerá exercendo e que, no caso de omissão por parte do servidor, dever-se-á instaurar processo administrativo em rito sumário com fins de apuração e regularização da situação.

A penalidade aplicada para a acumulação ilegal de cargos é o de demissão e está prevista no artigo 132, inciso XII da Lei nº 8.112.

3.3 Vedação ao desempenho de atividades gerência e comércio

Outra limitação verificada ao desempenho de atividade externa no âmbito dos Servidores Públicos Civis da União se dá pela vedação a participação de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercício do comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

Regulada pelo inciso X da Lei nº 8.112/90, pretende a normativa limitar a vida profissional dos servidores públicos apenas ao exercício de seu cargo ou de sua função, sem lhe permitir gerenciar ou administrar empresas privadas, salvo nas exceções que enuncia.

À luz do citado normativo, aponta-se como objetivos tutelados pela administração a dedicação e compromisso do servidor para com o serviço público e a prevenção de potenciais

⁸ Parecer-AGU nº GQ-145: 24. Tem-se como ilícita a acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor ficaria submetido a dois regimes de quarenta horas semanais, considerados isoladamente, pois não há possibilidade fática de harmonização dos horários, de maneira a permitir condições normais de trabalho e de vida do servidor.

⁹ Art. 12. Considera-se regime de tempo integral o exercício da atividade funcional sob dedicação exclusiva, ficando o funcionário proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública de qualquer natureza.

conflitos de interesse entre os poderes conferidos ao servidor público pelo cargo ocupado e a atividade empresarial desenvolvida.

Nesse sentido é a interpretação de Claudionor Duarte Neto quando assevera que:

O inciso X proíbe os servidores públicos de exercerem funções de gerência ou participarem de conselhos de administração de empresas privadas ou sociedades civis, facultando-se a ele, única e exclusivamente, participar destas como acionistas, cotistas ou comanditários. Trata-se de regra moralizadora, pois que, assim, restringe possíveis favorecimentos às empresas que venham a contratar com a Administração e tenham como gerentes ou administradores servidores de seus quadros (DUARTE NETO, 2007, p. 143-144).

Importante frisar que ao se referir à participação em sociedades, a Lei nº 8.112/90 afasta a aplicabilidade do dispositivo para os casos de empresa individual prevista no inciso VI, art. 44, do Código Civil. Também não incide na vedação a participação dos servidores na gerência ou administração de associações, fundações, organizações religiosas ou partidos políticos uma vez que não estão incluídos no conceito de sociedade.

A Controladoria Geral da União manifestou quanto a esse tema no Enunciado nº 9¹⁰ que “para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada”.

Com base nesse entendimento da Controladoria Geral da União, exige a lei a participação comprovada do servidor público na sociedade, não bastando, nos casos concretos, a sua mera figuração em contrato social, bem como deve-se configurar uma reiteração de atos de participação ou de exercício na gerência da sociedade, não se tipificando a vedação ante a existência de apenas um fato isolado.

A segunda parte da vedação imposta pelo inciso X do artigo 117 se refere ao exercício de comércio. Teve o legislador ordinário oportunidade de corrigir essa terminologia na Lei 11.784/08 para atualizá-la conforme o Código Civil de 2002, que englobou o conceito de ato de comércio na ideia de atividade empresarial (BRASIL, 2016).

Dessa forma, pela leitura do artigo 966 do Código Civil, entende-se como atividade empresária aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, sendo assim incluído também na vedação do inciso X a atividade empresarial, ainda que exercida de forma individual através de empresa individual (Ibid, 2016).

¹⁰ Enunciado CGU nº 9, publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, p. 41

Quanto às exceções a proibição do inciso X, o parágrafo único do artigo 117, regulamenta para o servidor público da União a permissão para participar nos comitês de auditoria e nos conselhos de administração e fiscais de empresas, sociedades ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa instituída para prestar serviços a seus membros. E, também, a permissão quando o servidor estiver no gozo de licença para o trato de interesses particulares.

Importante destacar que, sobre essas permissões, recentemente foi adotada Medida Provisória Nº 792, de 26 de julho de 2017, que instituiu o Programa de Desligamento Voluntário, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Tal normativa alterou os parágrafos únicos do artigo 117, ampliando exceções à vedação do inciso X, para permitir agora a participação do servidor público também em comitês de auditoria e a não vinculação do servidor em licença para o trato de interesses particulares com a Lei nº 12.813, de 2013 que versa sobre os conflitos de interesse.

Ao permitir ao servidor público da União desconsiderar a questão dos conflitos de interesse, a citada Medida Provisória, traz a primeira hipótese de suspensão do vínculo funcional do servidor licenciado. Esta previsão está disposta na nova redação do §2º do artigo 91 da Lei nº 8.112 de 1990 ao estabelecer que “a licença suspenderá o vínculo com a administração pública federal e, durante esse período, o disposto nos arts. 116 e 117 não se aplica ao servidor licenciado.

Tal previsão normativa vai de encontro com todo o entendimento jurisprudencial apresentado pela construção lógica da interpretação normativa e dos ensinamentos doutrinários. Nesse sentido é o Voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Felix Fisher no Mandado de Segurança 6808¹¹:

VOTO: ‘De fato, tenho por correto o entendimento de que a licença para trato de interesses particulares, como in casu, não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração, devendo todos os servidores que gozem de tal licença estarem obrigados a respeitar o que lhes impõe a legislação e os princípios da Administração Pública.

Conforme preceito contido no art. 91, § 1º, da Lei nº 8.112/90, in verbis:

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 6808/DF - Mandado de Segurança 2000/0011048-5**. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data de Julgamento: 24/05/2000. Data de Publicação: 19/06/2000, p. 107. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000130921%27>>. Acesso em: 10 out. 2017.

‘Art. 91 A critério da Administração, poderá ser concedida ao Servidor ocupante de cargo efetivo licença para o trato de assuntos particulares, pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração, prorrogável uma única vez, por igual período. (Redação dada pela MP nº 1.522/96 reeditada pela de nº 1.573/97)

§ 1º - A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.’

É certo que a licença para trato de interesses particulares é faculdade conferida à Administração Pública, e que esta pode, a qualquer tempo, indeferir o pedido de licença, determinando o retorno do servidor à ativa. Destarte, a supracitada licença tem por objeto o afastamento do servidor pelo prazo de até três anos, deixando este de comparecer ao trabalho, sem a perda do seu cargo efetivo. Ora, pelos motivos expostos, torna-se evidente que subsiste a condição de servidor público. Sendo assim, resta incontroversa a existência do vínculo entre o servidor e a Administração Pública durante a licença para tratar de interesses particulares.

Conforme leciona CAIO TÁCITO (in ‘Temas de Direito Público’, pgs. 1476/1480, 2º Volume, Renovar):

‘(...) As interdições inerentes à qualidade de funcionário público nascem com a investidura e somente perecem quando essa, em definitivo, o vínculo funcional.

24. A concessão de licenças, como o afastamento por outra causa, não subtraem a titularidade que não se exprime, unicamente por meio do exercício efetivo do cargo.

(...)’

Outrossim, conforme bem assevera PALHARES MOREIRA REIS, in ‘Os Servidores, a Constituição e o Regime Jurídico Único’, pgs. 144/146, 1ª ed., in verbis: ‘A grande indagação a respeito da licença para trato de assuntos particulares é relativa dos deveres do servidor licenciado para com a Administração pública. Se ele passa a poder realizar aquelas atividades que, em exercício, estaria impedido de praticar, como, por exemplo, advogar livremente, sem os impedimentos legais, ou dirigir empresa mercantil, como indaga THEMISTOCLES CAVALCANTI (op. cit., I, 449).

(...)

Entretanto, o vínculo com a Administração persiste, e não pode ser esquecido, eis que o seu retorno poderá ocorrer, não apenas no fim do período autorizado, senão mesmo antes, a seu pedido ou no interesse da Administração. E, por isso, ‘não há dúvida que a licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração’ (Parecer nº 3.341/52 DASP-DOU 27-1-:54).

E, enquanto persiste o vínculo, os direitos, deveres e proibições continuam vigentes em relação ao servidor licenciado.

Dessa forma, ante a atual situação legal de suspensão do vínculo, torna-se possível, por exemplo, a um servidor auditor da Receita Federal prestar consultoria tributária e exercer a defesa de empresas que tenham processos administrativos dessa matéria tramitando, configurando, assim, um escancarado conflito de interesses com a Administração Pública.

Outro ponto pertinente trazido pela Medida Provisória 792, constante nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, é ainda mais inquietante sob o ponto de vista da fundamentação para a vedação ao exercício da administração, gerência e comércio. Posto que a normativa autoriza ao servidor que aderir à redução da jornada de trabalho, de por exemplo 40 horas semanais para 30 horas semanais, administrar empresa e praticar todas as atividades inerentes a sua área de atuação, incluídas aquelas vedadas em leis especiais, e participar de gerência, administração ou de conselhos fiscais ou de administração de sociedades empresariais ou simples, afastando expressamente a proibição disposta no inciso X do caput do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

Dessa forma, pela lógica, não persevera a fundamentação da vedação sob o enfoque da dedicação e compromisso do servidor para com o serviço público. Não é razoável interpretar que com a redução de apenas 10h semanais se tornasse viável ao servidor administrar ou gerenciar uma empresa sem trazer reflexo significativo à sua eficiência no serviço público.

De fato, a alteração normativa demonstra claramente que não seria esse o sentido principal da vedação do inciso X, tanto que o §2º do artigo 12 prevê que no caso de o servidor retornar a jornada integral de trabalho por decisão de ofício da autoridade competente, será mantido sua autorização para continuar a administrar, gerenciar ou participar de conselhos de empresas ou sociedades empresárias, cumulando dessa forma esta atividade privada com a pública em pleno desempenho.

Apesar de, em futuro próximo, serem submetidas a processo de validação pelo Poder Legislativo, as referidas alterações já se encontram válidas e em plena vigência com força de lei, devendo, portanto, serem observadas nos processos administrativos disciplinares correntes.

Concluindo o ponto, na hipótese de configuração do inciso X do artigo 117, a Lei nº 8.112/90 prescreve a aplicação da penalidade de demissão conforme inciso XIII do artigo 132 do mesmo diploma legal.

3.4 Vedação ao exercício de quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho

Trata a vedação do disposto no inciso XVIII, do artigo 117 da Lei nº 8112 de 1990 que proíbe servidores públicos de desempenhar atividades privadas potencialmente causadora de conflitos de interesses ou incompatíveis com o horário de seu trabalho na repartição.

Não se pode confundir a citada vedação com a proibição de acumulação de cargos públicos, uma vez que esta normativa visa tutelar o conflito entre atividade pública e privada. Via de regra, os atos da vida privada do servidor não se desdobram em responsabilidade disciplinar, desde que não tenham qualquer vinculação com o cargo público por ele exercido. Todavia, a prática de atos privados fora do ambiente da repartição pública pode ser responsabilizada administrativamente sob o alcance deste dispositivo.

O dispositivo em análise abrange duas condutas distintas que são o exercício de atividade incompatível com as atribuições próprias do cargo exercido, tutelando dessa forma a imparcialidade do servidor, e a prática de atividade conflitante com o horário de trabalho, preocupando-se com a dedicação ao serviço público.

A normativa busca, portanto, prestigiar o interesse público, tutelando, de forma temerária, inclusive o exercício da vida particular do servidor. Aduz nesse sentido, Antônio Carlos Alencar Carvalho que “o princípio elementar é que o exercício de atividade privada pelo servidor não pode resultar na perda de sua independência, ou seu completo descrédito, para o desempenho da função pública” (CARVALHO, 2016, p. 1274).

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, o Estado pode regular para seus servidores vedações de exercício de atividades particulares que os impeçam de bem servir a coisa pública ou quando pela sua natureza comprometam o prestígio da Administração Pública, criando riscos para a eficiência e honestidade de atuação dos agentes estatais (MEIRELLES, 1977).

Ainda sobre a interpretação doutrinária desta normativa, Claudionor Duarte Neto entende que:

A Administração, com esta regra, espera que servidores públicos mantenham conduta pessoal e funcional dentro dos parâmetros aceitáveis, moral e eticamente. É norma correlata ao dever de boa conduta, já que normalmente se espera que os mesmos assim se portem não só no desempenho de suas atribuições, como também em sua vida particular, mantendo assim conduta irrepreensível. A parte final do inciso dispõe acerca de atividades incompatíveis com as atribuições do cargo ou função pública, no horário de trabalho. Seriam estas atividades todas aquelas que desvirtuem o afincamento funcional esperado dos mesmos quando e no horário de trabalho (DUARTE NETO, 2011, p. 192).

Busca-se com a primeira parte do dispositivo reger as condutas praticadas pelos servidores, seja no âmbito público quanto privado, dentro de uma limitação moral e ética própria da Administração Pública.

No tocante à incompatibilidade de horário, tem-se o entendimento de forma mais acertada de Marcos Salles Teixeira, que, sobre a parte final do art. 117, XVIII, assevera:

O bem jurídico tutelado nesta parte final do texto do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em que se trata da questão de compatibilidade de horários da função pública com uma atividade privada, é de dedicação (não necessariamente exclusiva) ao múnus público. O legislador quis inibir que o servidor priorizasse sua dedicação de horário à outra atividade, ainda que materialmente não conflitante com as atribuições legais do cargo que ocupa, a fim de que a função pública não fosse rebaixada a um grau menor de relevância nas valorações e ponderações cotidianas que qualquer homem mediano é impelido a fazer, diante dos mais diversos interesses, compromissos e escolhas que se lhe apresentam a cada dia. O dispositivo legal estabelece uma questão de comprometimento, de responsabilização, de atribuição de supremacia do interesse público em comparação a qualquer atividade ainda que não materialmente incompatível mas que sua prática exponha ao descaso a prioridade que deve ser dada à função pública (TEIXEIRA, 2015, p. 909).

Analisando o instituto da incompatibilidade, em termos jurídico-normativos, entende-se como uma espécie de vedação absoluta, no qual não se cabe ressalvas, diferente do instituto do “impedimento”, quando o legislador quer expressar uma espécie de vedação parcial, que permite algum grau de exceção ou de flexibilização.

Sobre a questão da incompatibilidade frente as atribuições inerentes aos cargos públicos, em 16 de maio de 2013 foi promulgada Lei nº 12.813, que especificou no âmbito do Poder Executivo Federal as situações que configuram conflitos de interesses, a ser tratada em item específico neste trabalho.

Com isto, finalmente regulou-se no âmbito da Administração Pública as hipóteses de conflitos que antes deixavam os operadores do direito administrativo disciplinar deveras desnorteados ao analisarem os casos concretos, resultando em correspondente insegurança aos servidores acusados em processo administrativo disciplinar quanto à possibilidade ou não de executar determinada atividade externa e vir a ter sua atividade enquadrada como improbidade administrativa.

Depreende-se, portanto, que para a Administração, salvo nos casos de servidores submetidos ao regime de dedicação exclusiva, a princípio admite-se o exercício de atividades privadas por parte do servidor, excepcionando-se atividades conflitantes com as desempenhadas no serviço público ou incompatíveis com seu horário de serviço.

A nova Medida Provisória nº 792 de 26 de julho de 2017, na sua seção II, que trata sobre os incentivos à jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional, reforça no artigo 12 o entendimento normativo sobre o tema, já especificando que os casos de conflitos de interesse devem ser analisados sob o enfoque da Lei 12.813/13:

Art. 12. O servidor poderá, durante o período em que estiver submetido à jornada reduzida, exercer outra atividade, pública ou privada, desde que não configure situações potencialmente causadoras de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, e haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo.

Frise-se que o citado artigo além de permitir o desempenho de atividade externa privada, autoriza expressamente o acúmulo de cargos públicos sem a devida retificação do princípio constitucional da inacumulatividade, contrariando inclusive o Regime jurídico único dos servidores públicos civis da União que em seu artigo 118 afirma ser vedada a acumulação de cargos públicos.

Trata-se, portanto, de novo conflito normativo carente da análise doutrinária e jurisprudencial, uma vez que tratou uniformemente a atividade externa pública e privada,

passando estas a se tornarem permitidas sob a condição de incentivo para a redução de jornada de trabalho.

Possui o destaque de ser um dos poucos enquadramentos puníveis originariamente com pena de suspensão. A configuração de prática de atividade privada incompatível com o horário de trabalho ou com a natureza do cargo impõe, no mínimo, a aplicação de pena de suspensão, podendo variar de um a 90 dias, não constituindo óbice, contudo, a eventual aplicação de pena expulsiva. Caso a conduta fática se amolde em potencial conflito de interesse a penalidade prevista será a de demissão.

3.5 Conflito de interesses

Nesse tópico do presente trabalho, necessário se faz tecer sucinta discussão sobre o atual entendimento normativo quanto à questão dos conflitos de interesse do serviço público federal. A Lei nº 12.813/13 dispõe sobre o que configura situação de conflito de interesses entre o ocupante de cargo ou emprego e o Poder Executivo federal que o remunera.

Por definição, traduz-se do artigo 3º da lei em comento, o conflito de interesse como situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública.

Depreende-se do diploma legal que a temática foi exaustivamente abordada, englobando os casos de conflito de interesse não somente ocorridos durante o exercício do cargo público, mas também quando de sua exoneração ou afastamento do cargo ou emprego público ocupado, bem como normatizou os mecanismos de prevenção instituindo a forma de fiscalização de seu cumprimento. Para o presente estudo, a análise foi limitada aos casos de conflitos de interesse quando do exercício da função referente ao desempenho de atividade externa.

A lei do conflito de interesses selou as questões controversas no âmbito do direito administrativo disciplinar no tocante a interpretação sobre o exercício de atividade incompatível com a função pública, proporcionando, dessa forma, uma maior segurança nos julgamentos de processos administrativos disciplinares.

O artigo 5º da Lei nº 12.813/13 elenca rol taxativo de situações que ensejam conflito de interesse no exercício do cargo ou emprego público:

Art. 5º. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiros, obtida em razão das atividades exercidas;

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º, ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.

Estabelece o inciso II do artigo 5º em comento que o servidor está impedido de exercer atividade de prestação de serviços ou manter relação comercial com pessoa física ou jurídica interessada em decisão monitória ou colegiada do próprio agente público.

Responde por prática de conflito de interesses, sem prejuízo de sanções mais graves, se prestar serviço ou mantiver relação de negócios com terceiros interessado no poder decisório que o cargo, emprego ou função que lhe aparelha.

Outra hipótese de conflito de interesses se dará caso o servidor exerça atividade incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas. Essa previsão é também prevista no artigo 117, inciso XVIII. Entretanto a incompatibilidade tratada no conflito de interesse enseja a improbidade administrativa ante ao grau de lesão sobre o princípio da supremacia do interesse público.

O artigo 5º também elenca situação na qual veda o servidor de exercer, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Trata-se do típico ilícito de advocacia administrativa, que já ocasionava a demissão do serviço público.

Veda-se também a prática de ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau, de

modo a evitar que essa empresa possa ser beneficiada, e principalmente para evitar que a gestão possa ser indevidamente influenciada por motivos privados do agente ou de sua família. Deve-se frisar que tal hipótese já ensejava demissão, sendo comportamento bastante similar ao valimento do cargo previsto no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112.

Por fim, cabe destacar sobre o conflito de interesse, que é vedado ao agente público prestar serviços, ainda que eventuais ou indiretamente, à empresa que tenha sua atividade controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado. Também para tal infração está prevista a penalidade de demissão do servidor.

3.6 Dedicção Exclusiva

O regime de dedicação exclusiva foi introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 4.345, de 26 de junho de 1964, e regulamentado pelo Decreto nº 60.091, de 18 de janeiro de 1967, que dispõe que os “funcionários” do Serviço Civil do Poder Executivo, que exerçam atividades de magistério, técnicas, de pesquisas ou científicas, submetido a esse regime, prestarão quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e serão impedidos de exercer outra atividade remunerada, seja pública ou privada. Portanto, em conformidade com essa norma jurídica, tais servidores, especialmente os professores com dedicação exclusiva ficam impedidos de exercer qualquer atividade, senão o magistério.

Pontua a doutrina de José Armando da Costa que a razão para esta vedação “consiste no fato de que, percebendo gratificação para dedicar-se com exclusividade à determinada função, não poderá o servidor que acumula outra atividade não se encontrar disponível para enfrentar, em tempo integral, as tarefas compreendidas naquele mister”.

Continua ainda sobre a matéria afirmando que:

O funcionário sob o regime de dedicação exclusiva fará jus a uma gratificação para recompensar tal exclusivismo. O que acarreta o dever de ficar, por tempo integral, à disposição do órgão em que estiver servindo. Este poderá convocar os seus serviços sempre que as necessidades da repartição (COSTA, 2002, p. 1305-1322).

Ainda sobre o tema, mas se restringindo aos cargos de magistério superior, tem-se no ordenamento pátrio a questão interessante de sua dedicação exclusiva instituída pelo Anexo do Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987 que regulou o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos tratado na Lei nº 7.596.

Caso este curioso, pois a questão da dedicação exclusiva para a atividade de magistério superior, criada por decreto legislativo, tem estreita relação com a exceção constitucional ao princípio da não acumulação de cargos públicos, visto que traz uma nova restrição além da única prevista constitucionalmente referente a compatibilidade de horário.

À época da sua promulgação era vigente a Constituição de 1969, cujo artigo 99 permitia a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, desde que houvesse correlação de matérias e compatibilidade de horários. O parágrafo 3º do artigo 99 dessa constituição previa que Lei Complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, poderia constituir, no interesse do serviço público, outras exceções à proibição de acumular, restritas a atividades de natureza técnica ou científica ou de magistério, exigidas em qualquer caso, correlação de matérias e compatibilidades de horários.

No ano de 2012, a Presidência da República Federativa do Brasil, com o aparente objetivo de tornar a barreira imposta pela Constituição Federal de 1988 à criação do regime de dedicação exclusiva por um meio infraconstitucional e pôr em prática sua política de restrição à liberdade no âmbito do magistério, adotou, com força de lei, a Medida Provisória Nº 431 de 14 de maio de 2008, posteriormente convertida na Lei 11.784 de 22 de setembro de 2008, que tratou sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo e do Plano de Carreira e Cargos do Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico.

Para os titulares do cargo de magistério superior a regulamentação da dedicação exclusiva se deu com a promulgação da Lei nº 12.772/08 no qual a restrição ao desempenho de outra atividade pública ou particular foi regulamentado em seu artigo 20 com o seguinte texto:

Art. 20. O Professor das IFE, ocupante de cargo efetivo do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I - 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, com dedicação exclusiva às atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão institucional; ou

II - tempo parcial de 20 (vinte) horas semanais de trabalho.

§ 1º. Excepcionalmente, a IFE poderá, mediante aprovação de órgão colegiado superior competente, admitir a adoção do regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, observando 2 (dois) turnos diários completos, sem dedicação exclusiva, para áreas com características específicas.

§ 2º. O regime de 40 (quarenta) horas com dedicação exclusiva implica o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, com as exceções previstas nesta Lei.

Verifica-se, portanto, pela inteligência dos normativos citados, que a criação do regime de dedicação exclusiva se deu pelo Poder Executivo e Legislativo infraconstitucional com a clara intenção de restringir exceção de acumulação de cargos e funções previstas

constitucionalmente no artigo 37, inciso XVI, que prevê apenas a questão da compatibilidade de horários para se permitir a acumulação dos casos excepcionais.

Quanto aos demais cargos do Poder Executivo, em 2008 foi promulgada a Lei nº 11.890/08 para dispor sobre a reestruturação da composição remuneratória de diversas carreiras do Poder Executivo Federal, dentre elas as de auditor da receita federal, de auditor fiscal do trabalho, procurador da Fazenda Nacional, advogado da União, procurador federal, diplomatas, do Banco Central do Brasil dentre outras. No referido normativo, inseriu-se dentro da composição remuneratória a gratificação da dedicação exclusiva exigida pela própria lei, obrigando aos titulares destes cargos a se submeterem ao regime de 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.

Depreende-se do texto legal que para os cargos públicos citados houve uma adequação da restrição imposta pela dedicação exclusiva à luz do princípio da não acumulação dos cargos públicos, permitindo, nesses casos, a acumulação com a função de magistério ante a compatibilidade de horário.

Entretanto, a vedação ao exercício de outra atividade, que não a de magistério, seja pública ou privada, permaneceu durante muitos anos sendo imposta aos servidores incluídos na Lei nº 11.890/08, tendo a expressão do regime de dedicação exclusiva sido retirado somente em 2016 com a vigência da Lei nº 13.328, a qual impediu os ocupantes dos cargos integrantes dessas carreiras de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

Com essa mutação legislativa, depreende-se que o legislador ordinário evoluiu seu entendimento sobre a temática da dedicação exclusiva, mesmo que limitado às carreiras tratadas na Lei nº 11.890/09, permitindo nesses casos a aplicação máxima dos princípios constitucionais de liberdade de trabalho e da legalidade lato sensu em observância à superioridade hierárquica do artigo 37, XVI da CF/88.

4 REPERCUSSÃO ADMINISTRATIVA E JURISPRUDENCIAL DO DESEMPENHO DA ATIVIDADE EXTERNA PELO SERVIDOR PÚBLICO

No presente capítulo, adentra-se na questão objetiva da temática tratada. Avaliam-se entendimentos firmados por meio de regulamentos internos, pareceres, decisões administrativas de processo administrativo disciplinar e de jurisprudência da matéria correlata.

Forçoso repisar que, apesar de toda normativa e entendimento doutrinário apresentado até este momento, verifica-se, no direito administrativo disciplinar, uma significativa fragilidade em sua aplicação prática. Tal fato decorre, principalmente, dos deveres e vedações do Estatuto dos servidores públicos civis da União estarem permeados por termos de grande abertura semântica, os conceitos jurídicos indeterminados, definido como instituto de grande amplitude, ou de fluidez, por Celso Antônio Bandeira de Mello¹². Tal indeterminação dificulta sobremaneira a sua interpretação.

Apesar de sua ambiguidade, a norma deve ser interpretada e nesse sentido é bastante pertinente o ensinamento de Degni:

A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação a relações que, como produto de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente (DEGNI, 1909, *apud* DINIZ, 2002, p. 145-146).

Perante esse entendimento, permite-se ao aplicador desse direito específico, muitas vezes, servidor sem formação jurídica, uma amplitude hermenêutica, que oscila da mais rasa interpretação gramatical dada a um regulamento interno em sua literalidade, passando pela interpretação teleológica, abarcada por uma leitura constitucional e política e chegando a interpretações holísticas já adentrando num mundo transdisciplinar interligado e abrangente.

Tais divergências interpretativas dificultam a fixação de entendimentos tanto no âmbito interno dos órgãos administrativos quanto em suas repercussões judiciais como será demonstrado nesse capítulo.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

4.1 Das regulamentações internas dos órgãos do poder Executivo

Adentrando nas matérias de regulamentação interna dos órgãos da União, serão analisados os principais pareceres da Controladoria Geral da União e da Advocacia Geral da União bem como instruções normativas de outros órgãos referentes ao exercício de atividades externas.

4.1.1 Da interpretação do Parecer nº 53/2014/DECOR/CGU/AGU

Em análise inicial, convém trazer ao trabalho o entendimento firmado pela Consultoria Geral da União-AGU no Parecer nº 53/2014/DECOR/CGU/AGU que tratou de consulta formulada pela Consultoria-Geral Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional acerca da possibilidade de uma Procuradora da Fazenda Nacional exercer atividade privada de psicanalista, sem vínculo empregatício e fora do horário de trabalho no serviço público federal.

Nesse parecer, a Consultoria-Geral da União abordou de forma exaustiva a temática da dedicação exclusiva sob a interpretação dos artigos 3º, 6º, 17, 22, 31, 65, 100 e 133, todos da Lei nº 11.890/2008, concentrando a problemática enfrentada nas hipóteses em que titulares de cargos públicos submetidos a este regime pretendam desempenhar, de forma paralela, outra atividade na esfera privada. Quanto às hipóteses de cumulatividade de cargos públicos, de forma acertada, o órgão consultivo reconheceu em seu parecer que já estariam delineados no inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal.

Em sua fundamentação, afirma que o regime de dedicação exclusiva da 11.890/2008 não pode ser interpretado de modo intransponível, visto que a própria lei a flexibiliza permitindo o desempenho de atividades no âmbito privado desde que haja compatibilidade e não sejam potencialmente causadoras de conflito de interesses com o cargo público.

Compreende em seu parecer que o legislador ao introduzir o termo “potencialmente causadora de conflito de interesses” demonstrou claramente a sua intenção de flexibilizar as hipóteses de atuação dos servidores públicos incluídos no regime de dedicação exclusiva da Lei nº 11.890/2008 na iniciativa privada (BRASIL, 2014).

Prossegue com a fundamentação apontando que tal interpretação normativa se coaduna com o princípio fundamental do valor social do trabalho, com as liberdades constitucionais albergadas, com os direitos sociais e os valores da ordem econômica, esculpidos na Constituição Federal nos artigos 1º, inciso IV, 5º, incisos IX e XIII, 6º “caput” e 170 “caput”.

Nesse sentido é importante destacar trecho transcrito para a peça consultiva do Parecer nº 04773/2014/LFL/CONJUR/MP-CGU/AGU da CONJUR/MP que sobre o tema discutido se posicionou:

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 nº 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 radial 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 nº 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 compatíveis com as atribuições do cargo ocupado pelo servidor e que sejam utilizadas em prol de terceiros contra interesses da Administração. (BRASIL, 2014)

No tocante a autorização casuística para exercício de atividade externa no âmbito privado pelo servidor público, o parecer em análise remete ao cumprimento da Portaria Interministerial MP/CGU Nº 333, de 19 de setembro de 2013, que prevê o instituto da consulta sobre a existência de conflito de interesses e do pedido de autorização para o exercício de atividade privada, sob a regência da Lei nº 12.813/2013.

Quanto a este procedimento, em resumo, a citada portaria prescreve em seus artigos 5º a 9º que o servidor público interessado em exercer atividade privada em paralelo a sua função pública deverá encaminhar pedido de autorização para o exercício de atividade privada a respectiva unidade de Recursos Humanos. Caberá a esta unidade, mediante análise preliminar acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses com as atividades do órgão público, se manifestar pela autorização expressa no prazo de 15 (quinze) dias. Na hipótese de configuração de conflito de interesses deverá a unidade de Recursos Humanos encaminhar a requisição do servidor à Controladoria-Geral da União, juntamente com “manifestação fundamentada que identifique as razões de fato e de direito que configurem o possível conflito¹³”.

¹³ Artigo 6º, §4º da Portaria Interministerial MP/CGU Nº 333

Frise-se nesse ponto trazido pelo parecer da Consultoria-Geral da União-AGU, que a Portaria Interministerial MP/CGU N° 333, ao regulamentar a questão do procedimento da autorização para o exercício de atividade externa, externou sua preocupação com a regra legal da Lei n° 11.890/08 de se permitir tal exercício e que eventual vedação, seja por potencial conflito de interesse ou incompatibilidade de horário, deveria ser encarada como exceção sujeita a confirmação pela própria Controladoria Geral da União.

Conclui a Consultoria-Geral da União que é permitido ao servidor público federal em “regime de dedicação exclusiva”, previsto na Lei n° 11.890/08, exercer outras atividades na iniciativa privada. Contudo, desde que tanto haja compatibilidade de horários quanto inexistência de potencial conflito de interesses com o cargo público ocupado, devidamente atestada pela Comissão de Ética Pública, pela respectiva unidade de Recursos Humanos ou pela Controladoria Geral da União, conforme o caso.

Verifica-se no Parecer n° 53/2014/DECOR/CGU/AGU uma preocupação da Consultoria-Geral da União-AGU com uma interpretação constitucional sobre o tema, vertendo sua análise sob a ótica dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, ao enfatizar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, das liberdades individuais, adotando a liberdade ao trabalho e das garantias sociais ao trabalho.

Na análise normativa, buscou-se enfatizar a intenção do legislador ordinário em mitigar ao máximo a questão da dedicação exclusiva do servidor público federal, vedando a este o exercício de atividade em potencial conflito de interesse com seu ofício público e com incompatibilidade de horário.

4.1.2 Parecer n° GQ – 145

Pertinente entendimento da AGU sobre o tema foi formalizado pelo então advogado-geral da União, Geraldo Magela Quintão, que, ao adotar o Parecer N° AGU/VW-9/98, submeteu seu entendimento à Presidência da República a fim de se operar efeitos vinculantes no Poder Executivo Federal com base no artigo 40, §1° da Lei Complementar N° 73.

Citado parecer analisou caso de acumulação de cargos públicos e reconheceu 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.

Fundamenta o parecer que, apesar de não haver expressa vedação na Constituição ao acúmulo de oitenta horas semanais de trabalho, este se deprenderia pelo princípio da não acumulação uma vez que este tem por escopo o primado da coisa pública.

Dessa forma, assevera o parecer que:

15. De maneira consentânea com o interesse público e do próprio servidor, a compatibilidade horária deve ser considerada como condição limitativa do direito subjetivo constitucional de acumular e irrestrita sua noção exclusivamente à possibilidade do desempenho de dois cargos ou empregos com observância dos respectivos horários, no tocante unicamente ao início e término dos expedientes do pessoal em regime de acumulação, de modo a não se abstraiem dos intervalos de repouso, fundamentais ao regular exercício das atribuições e do desenvolvimento e à preservação da higidez física e mental do servidor. É opinião de Cretella Júnior que essa compatibilidade "deve ser natural, normal e nunca de maneira a favorecer os interesses de quem quer acumular, em prejuízo do bom funcionamento do serviço público (Op. cit.) (BRASIL, 1998).

Conclui, nesse sentido, asseverando que a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XVI, não contemplou acúmulo de cargos que somassem oitenta horas semanais, sob o pretexto de que a regra constitucional do regime cumulativo admitiu restrição diversa da compatibilidade de horários. Entendeu que para a configuração do direito de acumulação de cargos deve-se harmonizar com o interesse público e proporcionar ao servidor a possibilidade do exercício regular dos cargos ou empregos.

Depreende-se, portanto, deste importante parecer, vinculante a todos os órgãos do poder Executivo, que a União trouxe, à regra constitucional da não acumulação de cargos públicos, uma interpretação restritiva. Firmou convencimento no sentido de que a compatibilidade de horário não seria somente a objetiva, mas teria de ser interpretada de forma subjetiva, limitando a carga de horas trabalhadas semanalmente a 60, a fim de permitir um acúmulo de funções que proporcionasse qualidade de vida para o servidor e garantisse um eficiente desempenho em prol do interesse público.

Recentemente, em sessão realizada no dia 29 de março de 2017, a Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos da Consultoria-Geral da União aprovou o PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU que sugere a revisão do Parecer GQ-145. Firma entendimento de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista no artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal de 1998, devendo a compatibilidade de horários, imposta pelo dispositivo constitucional, ser analisada caso a caso pela Administração Pública.

Depreende-se dessa mudança de entendimento, ainda pendente de aprovação pela Advogada-Geral da União, que a Administração Pública tende a adotar interpretação constitucional objetiva sobre a questão da acumulação de cargos públicos, a fim de se evitar mitigar direitos constitucionalmente assegurados aos servidores públicos e de garantias individuais no âmbito do trabalho.

4.1.3 Instruções Normativas para o exercício de atividade externa da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal

Trata o presente tópico de uma análise sucinta de normativos internos destes dois órgãos federais que, juntamente com os cargos de magistério federal, não foram contemplados pela Lei nº 11.890 de 2008 e suas alterações (Lei nº 13.328 de 2016), no tocante a restrição ao desempenho de atividade externa.

Em 2004, o então Diretor-Geral da Polícia Federal baixou a Instrução Normativa nº 003/04-DG/DPF, que disciplina o exercício do magistério por integrantes da carreira policial federal.

Tal exceção ao regime de dedicação integral e exclusiva disposto na sua Lei Orgânica nº 4.878 de 1965 se fundamentou nos seguintes pressupostos: que o art. 5º, inciso XIII da Constituição vigente assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; também, que as várias decisões judiciais da Justiça Federal de 1ª Instância e dos Tribunais Superiores, autorizando o exercício do magistério por policiais federais, ao fundamento de que não existe óbice legal nesse sentido, desde que observada a compatibilidade de horários; e que o exercício do magistério por policiais federais contribui decisivamente para o crescimento e prestígio da Instituição e para a formação de cidadãos, com evidente interesse público.

Tomando como base tais pressupostos, o Departamento de Polícia Federal entendeu como lícito o exercício do magistério, desde que não implique em acumulação de cargos públicos.

Enfrentando a questão da compatibilidade de horário, especificamente pela natureza da atividade policial, submeteu aos superintendentes regionais sua análise nos casos concretos, tendo esta como requisito fundamental para não prejudicar o desempenho das atribuições policiais de qualquer natureza. Ressalte-se também que a Instrução Normativa não impediu o exercício do magistério em mais de uma instituição de ensino, bem como não traz qualquer observância a limitação imposta pelo Parecer nº GQ-145 de 60 horas semanais.

Contudo, a fim de garantir regular desenvolvimento das atribuições do Departamento de Polícia Federal, exige a normativa interna que seus servidores permaneçam comunicáveis e de prontidão para eventual convocação por parte do DPF, mesmo que a disposição do estabelecimento de ensino.

Depreende-se dessa questão da prontidão que o servidor do Departamento de Polícia Federal não poderá firmar compromisso de dedicação exclusiva com a entidade de ensino no qual exerça atividade externa de magistério.

Passando-se a analisar normativo semelhante, a então Diretora da Polícia Rodoviária Federal, em 2008, regulamentou no âmbito da PRF a Instrução Normativa Nº 07, que disciplina o exercício da atividade de magistério, havendo compatibilidade de horário, por integrantes da carreira de policial rodoviário federal.

Essa autorização do órgão PRF para desempenho da atividade de magistério se pautou: no direito fundamental à liberdade de trabalho, disposto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal; na jurisprudência sobre o tema correlato, inclusive considerando o entendimento de Tribunais Superiores no sentido de que o regime de integral e exclusiva dedicação às atribuições do cargo não constitui óbice ao exercício de outras atividades, desde que respeitadas a compatibilidade de horários; na questão da natureza técnica do cargo de Policial Rodoviário Federal e o permissivo contido no artigo 37, inciso XVI, alínea “b”, da Constituição Federal; e nos benefícios que o exercício da atividades de magistério por integrantes da carreira de policial rodoviário federal podem trazer para a instituição, concernentes ao incremento da imagem institucional, ao aprimoramento da qualidade técnica de seus quadros profissionais, além da sua integração com a sociedade.

Firma, dessa forma, entendimento similar ao do Departamento de Polícia Federal de que é lícito o exercício do magistério, desde que não implique em acumulação de cargos públicos. Adota também a questão da compatibilidade de horário ser analisada pela autoridade da regional de lotação do servidor e pelo Coordenador de Ensino da PRF. Exige também a questão da prontidão para eventual convocação pelo Órgão.

Depreende-se pela normativa da PRF que o servidor de carreira desse órgão está impedido de firmar vínculo de dedicação exclusiva com entidade de ensino a qual pretenda exercer sua atividade de magistério, visto seu dever em priorizar sempre as demandas de seu órgão a fim de não prejudicar o desempenho das atribuições policiais de qualquer natureza.

Finalizando a questão dos regulamentos internos deste tópico, passemos a analisar interessante autorização concedida pela PRF na Instrução Normativa nº 05 de 2009, que

disciplina o exercício da atividade médica, havendo compatibilidade de horário, por integrantes da carreira de policial rodoviário federal.

Supracitado normativo adotou a mesma fundamentação da Instrução Normativa nº 07 de 2008 já tratada, regulando de forma idêntica a questão da análise da compatibilidade de horário e da exigência do estado de prontidão do servidor em exercício de atividade médica para eventual convocação da PRF.

Entretanto, o que torna tal normativo especial é a questão de que ao autorizar o exercício da atividade médica, o estendeu a todos os profissionais de saúde, que, conforme resolução nº 287, de 8 de outubro de 1998 do Conselho Nacional de Saúde, engloba as atividades de assistentes sociais, biólogos, biomédicos, profissionais de educação física, enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, médicos, médicos veterinários, nutricionistas, odontólogos, psicólogos e terapeutas ocupacionais.

Dessa forma, apesar da questão do regime de dedicação exclusiva, os órgãos federais que em regra tem se permitido a autorizar somente o desempenho da atividade de magistério, demonstram a intenção de ampliar o rol de atividades externas permitidas, passando a atingir diversas categorias profissionais.

4.1.4 Parecer nº 00682/2016/CONJUR-MJ/CGU/AGU

Quanto a questão das normativas internas dos órgãos do Poder Executivo, faz-se importante analisar a questão deste recente parecer da Consultoria-Geral da União que enfrentou requisição de um Policial Rodoviário Federal para o exercício de atividade privada remunerada sem vínculo empregatício.

A análise deste parecer justifica-se pela elucidação da divergência interpretativa dos órgãos administrativos, uma vez que a mesma Consultoria Jurídica da União que se manifestou no Parecer nº 53/2014/DECOR/CGU/AGU, já analisado no presente estudo, pela possibilidade dos servidores públicos federais em “regime de dedicação exclusiva” previsto na Lei 11.890/08 exercerem outras atividades na iniciativa privada, se manifesta agora em entendimento diametralmente oposto.

Fundamenta em sua interpretação que a orientação adotada no mencionado parecer não pode ser estendida à situação específica do policial rodoviário federal, visto que integra um dos órgãos responsáveis pela segurança pública, no taxativo rol da CF 144, ou seja, a Polícia Rodoviária Federal.

Repisa que o cargo de policial rodoviário federal é regido por legislação específica, o qual estabelece o sistema de dedicação integral e exclusiva, sendo-lhe, pois, expressamente vedado o exercício de outra atividade. Especialmente, considerando que os policiais rodoviários federais se submetem a regime de escala ou de plantão, cabendo exercer exclusivamente, dentre outros órgãos, a segurança pública para fins da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio público.

Em razão desse regime de dedicação integral e exclusiva, a Consultoria-Geral da União entendeu que:

Essa condição exigida na lei, decorre do fato de ser um servidor público concursado, nomeado e empossado como integrante da carreira de Policial Rodoviário Federal, devendo assim, em razão do cargo, quer queira ou não, nos termos e limites dos dispositivos normativos, estar à disposição da Polícia Rodoviária Federal vinte e quatro horas. (BRASIL, 2016)

Aduz que em compensação desse natural desgaste e risco pertinente ao trabalho desenvolvido foi incorporado ao subsídio dos Policiais Rodoviários Federais uma gratificação de operações especiais (GOE) e adotado um regime de aposentadoria especial com base na Lei Complementar Nº 51 de 1985.

Concluí-se, portanto, com base nas argumentações descritas pela improcedência da requisição do servidor para desempenhar atividade externa no âmbito privado.

Depreende-se deste parecer que a Consultoria-Geral da União, para o caso específico de servidor público policial adotou interpretação restritiva do mandamento normativo infraconstitucional do regime de dedicação exclusiva, com base no princípio da legalidade estrita, firmando entendimento extensivo para tolher a pretensão de qualquer servidor público policial da União.

4.2 Das decisões jurisprudenciais referentes ao exercício de atividade externa por servidor público

No presente tópico trataremos sobre os reflexos jurisprudenciais dos entendimentos da administração referentes ao exercício da atividade externa por servidores públicos civis da União.

Justifica-se o estudo separado das jurisprudências uma vez que, apesar de diversas hipóteses de exercício de atividade externa, sua fundamentação jurídica para autorização ou negativa decorrer de fundamentos similares dentro da Constituição.

Através de exaustiva pesquisa jurisprudencial, foram colecionados os principais entendimentos esposados pelos tribunais federais e tribunais superiores referentes à temática em estudo.

4.2.1 Acúmulo de cargos públicos

Com efeito, já se posicionou nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial (REsp nº 97.551-97), de relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, entendendo que o regime de trabalho de dedicação exclusiva, por si só, não é obstáculo à acumulação de cargos.

Por oportuno, confirmam-se os fundamentos do referido voto, *in verbis*:

Efetivamente, a Constituição da República admite a cumulação de dois cargos de professor, havendo compatibilidade de horários (at. 37, XVI, a). A hierarquia das normas jurídicas, evidente, afasta a vigência de lei quando contrastar com a Carta Política. Esta, evidente, visou a suprir a notória falta de professores, em parte, consequência do lamentável abandono da Educação, no Brasil. O argumento trazido pela Recorrente, no sentido de o Recorrido exercer atividade, em dedicação exclusiva, data venia, não configura óbice intransponível. Impõe-se, a compatibilidade de horários. Evidente, o Professor precisará modificar seu regime de trabalho. Não é possível, com dedicação em uma matéria, exercer outra, concomitantemente. E mais. Haver compatibilidade de horas, de modo a que haja efetiva dedicação às duas disciplinas. A interpretação jurídica não pode traduzir mera forma, impõe enfrentar a matéria substancialmente. (Recurso Especial nº 97.551-97, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/1996, DJ 25/08/1997).

E mais, assim continua o voto do eminente Relator no STJ:

Com relação à compatibilização dos horários, é problema a ser resolvido em momento posterior à investidura, podendo a Universidade, de acordo com a sua conveniência, aplicar o disposto no art. 7º do DL 465/69 ou liberar o impetrante da dedicação exclusiva, de modo a permitir o exercício simultâneo dos cargos. (Recurso Especial nº 97.551-97, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/1996, DJ 25/08/1997).

Mantendo entendimento nos julgados do STJ sobre a legalidade da acumulação, em 2012, a Segunda Turma, sob a relatoria do Ministro César Asfor Rocha, decidiu em sede de Embargos de Declaração do Recurso Especial 1195791/RJ que:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO RECONHECIDA. CORREÇÃO. RECONSIDERAÇÃO DO JULGADO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR. POSSIBILIDADE.

COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. EXEGESE DO ART. 37, XVI, DA CF/88 E ART. 118, § 2º, DA LEI Nº 8.112/1990. PRECEDENTES DO STJ.

1. "O atual regime de trabalho (dedicação exclusiva), por si só, não é obstáculo. Evidente, deverá conferir a necessária atenção às duas disciplinas, no tocante ao horário" (REsp 97.551/PE, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 25.8.1997).

2. Não há falar, in casu, em ilegalidade da acumulação pretendida - cargo de professor adjunto da Faculdade de Odontologia da UFRJ com o cargo de professor adjunto da disciplina de Radiologia do Departamento de Cirurgia da Faculdade de Odontologia da UERJ -, por ter sido respeitada a compatibilidade de horários e por se cuidar de cargos incluídos no rol taxativo previsto na Constituição Federal.

Embargos acolhidos com efeitos modificativos e, nessa extensão, recurso especial provido. (Embargos de declaração no Recurso Especial 1195791/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SÉGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012).

Corroborando com esse entendimento, cabe trazer ao trabalho decisão da 6ª Turma Especializada, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), que julgou acumulação de cargos públicos, entendendo inclusive pela inconstitucionalidade do Decreto nº 94.664/87, que restringiu o direito de acumulação de cargos públicos constitucionalmente assegurado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - PROFESSOR - DEDICAÇÃO EXCLUSIVA - CONVERSÃO DE REGIME DE TRABALHO - POSSIBILIDADE - DECRETO Nº 94.664/87 (PLANO ÚNICO DE CLASSIFICAÇÃO E RETRIBUIÇÃO DE CARGOS E EMPREGOS - LEI Nº 7.596, DE 10.04.1987) - ILEGALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 09/88 - ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS - COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS - ART. 37, XVI, CF.

1. O Decreto nº 94.664/87, que "aprova o Plano único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987", em seu art. 47, § 3º, não elenca, como requisito para a concessão do afastamento do docente, a obrigatoriedade de sua permanência no mesmo regime a que estava submetido quando do seu afastamento. É ilegal, portanto, a condição prevista no art. 7º da Resolução nº 09/88 - CEP/UFES, por extrapolar o Decreto em questão, quando sua verdadeira função seria apenas a de regulamentar suas disposições.

2. Não é possível, em nosso ordenamento, que um veículo normativo de ordem inferior altere ou extrapole uma norma que lhe seja superior.

3. Sendo ilegal a condição, imposta pela Resolução, de manutenção do mesmo regime de trabalho da data do afastamento, não é nem menos devida a indenização prevista (tanto no Decreto quanto na Resolução), pois que não houve, na hipótese, desrespeito à norma pelo docente.

4. Não há qualquer incompatibilidade entre o exercício de atividade remunerada pública ou privada, e o exercício do cargo de professor com dedicação exclusiva. Isto ocorre pelo fato da flagrante inconstitucionalidade da vedação imposta pelo Decreto nº 94.664/87.

5. O único requisito exigido pela Carta Magna para que possa haver a acumulação dos cargos enumerados pelas alíneas do inciso XVI, do art. 37 é a existência de compatibilidade de horários. O Decreto nº 94.664/87 restringiu o disposto na Constituição ao impedir a acumulação de cargos, que é constitucionalmente assegurada, quando o professor se encontra em regime de dedicação exclusiva. Essa restrição é inconstitucional, por não estar prevista na Constituição Federal, bem como pelo fato de que limita o exercício de um direito nela assegurado.

6. Recurso adesivo do Impetrante improvido 7. Apelação da UFES e remessa necessária improvidas. Sentença mantida". (TRF2 - Apelação em Mandado de Segurança - 67448 - Processo: 2001.50.01.000056-2 - UF: RJ - Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS - Órgão Julgador: Sexta Turma Especializada - DJU Data:28/04/2008 - Pág:182)

Em seu voto, ao enfrentar a questão dos requisitos para acúmulo de cargos, o Desembargador Federal fundamentou seu entendimento concordando com a sentença prolatada em juízo de 1º grau por Luiz Antônio Soares:

Contudo, o verdadeiro temor do Impetrante se dá em relação à possibilidade de aplicação de pena administrativa decorrente do julgamento de processo administrativo disciplinar que contra si foi instaurado sob a acusação de descumprimento do dever elencado acima.

Nesse sentido, também entendo que não há necessidade de preocupação, pois não há qualquer incompatibilidade entre o exercício de atividade remunerada, pública ou privada, e o exercício do cargo de professor com dedicação exclusiva. Isso ocorre pelo fato da flagrante inconstitucionalidade da vedação imposta pelo Decreto nº 94.664/87. Com efeito, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, inciso XVI:

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

- 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; (grifos nossos)

Ou seja, o único requisito exigido por nossa Carta Magna para que possa haver a acumulação dos cargos enumerados em suas alíneas é a existência de compatibilidade de horários. Porém, o Decreto nº 94.664/87 restringe o disposto na Constituição, ao impedir a acumulação de cargos, que é constitucionalmente assegurada, quando o professor se encontra em regime de dedicação exclusiva. Essa restrição é inconstitucional, por não estar prevista na Constituição Federal, bem como pelo fato de que limita o exercício de um direito nela assegurado. (TRF2 - Apelação em Mandado de Segurança - 67448 - Processo: 2001.50.01.000056-2 - UF: RJ - Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS - Órgão Julgador: Sexta Turma Especializada - DJU Data:28/04/2008 - Pág:182).

Em tempo, apesar de não enfrentar de forma direta a matéria, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 574.904-5, externou entendimento sobre a matéria no voto do Ministro Relator César Peluso.

No caso em questão arguiu o agravante o entendimento do regime de dedicação exclusiva como razão única para configurar incompatibilidade de horários, sustentando entendimento do Superior Tribunal de Justiça e apontando que a própria Polícia Civil do Distrito Federal, por meio de normativo interno, admite a acumulação de cargos da carreira policial, em regime de dedicação exclusiva, com outros de magistério.

Em seu voto, o Ministro César Peluso, apesar de negar provimento ao agravo sob a alegação do não cabimento de recurso especial para tratar ofensa a direito local, Súmula 280, manifestou “de todo modo, não custa observar que, conquanto o argumento não aproveite aqui a agravante, parece fundada a alegação de que o regime de dedicação exclusiva não constitui, por si só, óbice à acumulação remunerada de cargos, desde que haja compatibilidade de horários”. Reconhece que a Instrução Normativa nº 101/2004 da Polícia Civil-DF se tornou

regra superveniente e que, a critério da autoridade, uma vez comprovada a compatibilidade de horários, poderia a agente acumular com a função de magistério (BRASIL, 2005).

4.2.2 Limitação da jornada semanal em 60 horas

No tocante à carga horária máxima estipulada pelo Parecer GQ -145/1998 já tratado nesse trabalho, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em sede de Mandado de Segurança nº 15.415 por afastar sua incidência, no que tange à limitação da carga horária máxima permitida nos casos em que há acumulação de cargos, na medida em que o referido parecer não possui força normativa para regular a matéria.

Trata-se de servidora pública federal demitida por acumulação supostamente ilícita de dois cargos públicos da área de saúde, na qual a administração tão somente cotejou o quantitativo máximo de horas fixado pelo Parecer GQ-145, da Advocacia-Geral da União, com o que era laborado pela servidora. Estabelecida incompatibilidade pelo quantitativo, a administração determinou que a servidora reduzisse a carga ou se exonerasse de um dos cargos. Da negativa, iniciou-se processo administrativo disciplinar em rito sumário para demitir a servidora por acumulação ilícita de cargos, ou seja, por infração ao art. 118, da Lei nº 8.112/90.

No caso concreto, a servidora possuía uma jornada de 40 horas semanais, num cargo, combinada com plantões noturnos de 12 horas de trabalho, por 48 horas de descanso, noutro cargo, sem sobreposição de horários. A administração entendeu que a simples totalização semanal de 72 horas e meia, por si, configura a ilegal cumulação.

Assevera em sua decisão que os Tribunais Regionais Federais possuem jurisprudência resolvida de que o Parecer AGU GQ-145, de 30/8/1998, não assenta em força normativa a autorizar a aplicação de demissão por acumulação ilegal de cargos.

Ainda ressalta precedente sobre a matéria discutida em sede de Recurso Extraordinário 351.905 de relatoria da Ministra Ellen Gracie. O Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro que produziu Decreto similar ao Parecer AGU GQ-145, de 3.8.1998, considerando a regulamentação como violadora, aduzindo ser "regra não prevista" e "verdadeira norma autônoma". Precedente: Recurso Extraordinário 351.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24.5.2005, publicado no Diário da Justiça de 1º.7.2005, p. 88, Ementário vol. 2.198-05, p. 831, republicação no Diário da Justiça de 9.9.2005, p. 63, publicado na LEX-STF, v. 27, n. 322, 2005, p.299-303.

Conclui no julgamento que:

[...]o direito líquido e certo da impetrante decorre de que a Constituição Federal permite a acumulação de dois cargos na área de saúde (art. 37, XVI, da CF; art. 118, da Lei nº 8.112/90) e, assim, cumpre à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas, com o padrão derivado de um parecer ou, mesmo de um Decreto. Segurança concedida. (MS 15.415/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 04/05/2011).

Ainda versando sobre a questão do limite estipulado no Parecer GQ-145, em sentido diametralmente oposto foi o julgamento do Mandado de Segurança Nº 19.336-DF, que em votos divergentes, prevaleceu o entendimento pela legalidade da limitação à jornada semanal de 60 horas.

Versou o caso, decisão do Ministro de Estado da Saúde consistente na demissão da impetrante do cargo de enfermeira por acumulação ilícita cargos públicos (com fundamento nos arts. 132, XII, e 133, § 6º, da Lei 8.112/90), em razão de sua jornada semanal de trabalho ultrapassar o limite de 60 horas semanais imposto pelo Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU.

Em sede de liminar, o voto da Ministra Relatora Eliana Calmon firmou entendimento de que deve a Administração comprovar a incompatibilidade de horários, não bastando o simples cotejo do somatório de horas trabalhadas nos dois cargos com as disposições de ato destituído de força normativa. Tal posição foi acompanhada pelos Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Contudo, na decisão do Mandado de Segurança, o Ministro Mauro Campbell Marques em seu Voto-Vista que prevaleceu na decisão, acompanhado pelo Ministro Herman Benjamin e divergido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgou como acertado o Parecer GQ-145/98 da AGU. Tal entendimento se firmou pela disposição do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal - "é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI" – constitui exceção à regra da não-acumulação; assim, deve ser interpretada de forma restritiva. Fundamenta a hermenêutica aplicada, citando o Acórdão 2.861/2004:

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão 2.861/2004 (Primeira Câmara, Rel. Min. Guilherme Palmeira, DOU de 25/11/2004), que se adota:

Embora a Constituição Federal, a partir da Emenda nº 34/2001, tenha excepcionado da proibição de acumular cargos públicos o exercício de "dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas", o fez com a expressa ressalva de que, para tanto, deveria existir compatibilidade de horários.

A propósito, conquanto o texto constitucional, para efeito da verificação da compatibilidade de horários, não aluda expressamente à duração máxima da jornada de trabalho, as condições objetivas para a acumulação de cargos devem ser aferidas sob uma ótica restritiva, porquanto a hipótese, como dito, constitui exceção à regra geral de não-acumulação. Oportuna, sobre o ponto, é a lição de Carlos Maximiliano: “Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral.

(...)

Quando as palavras forem suscetíveis de duas interpretações, uma estrita, outra ampla, adotar-se-á aquela que for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva. (In *Hermenêutica e aplicação do direito*, R. Janeiro, Forense, 1994, pp. 313/4).

Estende sua interpretação ao firmar que 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.

Respalda no julgado o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido da coerência do limite de 60 (sessenta) horas semanais. Uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, 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 otimizar os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. Trata-se portanto, na interpretação do Ministro, de limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal.

No voto vogal do Ministro Herman Benjamin, apesar de sucinto, merece destaque sua afirmação de que, quanto a questão da preocupação com o limite da jornada de trabalho semanal, “não se trata de paternalismo desarrazoado, mas de medida ética e pragmática que visa a salvaguardar o pobre, o desamparado deste País”.

Verifica-se, portanto, ante essa reforma de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em seus julgados, que a discussão jurídica sobre a temática é deveras pertinente, transpondo a questão legal da força normativa de um parecer ou acórdão administrativo, para adentrar na questão hermenêutica constitucional a fim de resolver uma questão política.

4.2.3 Controle judicial de ato administrativo modificativo de penalidade aplicada

Em sede de Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 9.526, o Superior Tribunal de Justiça ao se imiscuir no mérito administrativo, reformou penalidade aplicada de demissão ao servidor que acumulou cargos de professor por entendê-la desarrazoada e desproporcional.

No caso, apesar de previsto na Lei nº 8.112/90 de forma taxativa em seu artigo 132, inciso XII, que, caracterizando-se acúmulo ilegal de cargos públicos, deve ser aplicada a penalidade de demissão, entendeu o Ministro Relator Celso Limongi que a reprimenda no caso ante análise de razoabilidade e proporcionalidade seria ilegal.

Em suas razões assevera que:

Tenho que, no presente caso, a pena de demissão se mostra desproporcional. A uma porque o servidor procurou regularizar seu regime de horas de trabalho perante à Administração, bem como judicialmente. A duas porque a pena de demissão é ato extremo, que deve ser efetivado em casos gravíssimos, que não o dos autos. Ademais, oportuna a reflexão de Humberto Ávila, em sua Teoria dos Princípios, in verbis: um meio é adequado quando promove minimamente o fim. (Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, Malheiros, p. 182). (BRASIL, 2009)

Depreende-se, portanto, que ao aplicar o controle de constitucionalidade da Administração, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmou que o acúmulo de cargos públicos em razão de incompatibilidade de horário inferida pelo regime de dedicação exclusiva não deve ser entendido como ilícito gravíssimo merecedor da penalidade de demissão.

Em decisão semelhante, mas agora se referindo à prática de atos de gestão por servidor público, o STJ, através do Mandado de Segurança nº 12.991, ratificou entendimento quanto a possibilidade de anulação da pena de demissão para imposição de outra mais branda, nos casos de menor gravidade da infração e lesividade ao erário:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MÉDICO PERITO DO INSS. DEMISSÃO. PRELIMINAR DE IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA VINCULANTE 5/STF. PARECERES GQ-177 E GQ-183, DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGALIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Há longa data foi superada, no âmbito jurisprudencial, a questão relativa à possibilidade da impetração de mandado de segurança contra ato de natureza disciplinar, tendo em vista a regra contida no art. 5º, inc. III, da Lei 1.533/51. Preliminar rejeitada.
2. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" (Súmula Vinculante 5/STF).

3. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei 8.112/90, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, de extrato constitucional.
4. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.
5. A conduta do impetrante, que participava de gerência de empresa privada, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com juízo da autoridade impetrada, diversa da demissão.
6. Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90.
7. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado. (BRASIL, 2009)

Em outra esteira, nos casos de atividade externa praticado por servidor em que se evidenciam uma maior gravidade do ilícito por ele praticado e a incidência de lesão ao erário, verifica-se que apesar da tipificação própria do inciso X do artigo 117, o enquadramento se dá também na Lei de Improbidade e atualmente na Lei de Conflito de interesses.

Nesse sentido, segue o caso do Recurso Especial nº 1.352.448, cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO NA ÁREA TRIBUTÁRIA. SÓCIO. AUDITOR-FISCAL DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL EM LICENÇA PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO (ART. 9º, INCISO VIII, DA LEI N. 8.429/1992). ART. 3º DA LEI N. 8.429/1992. SÓCIO QUE SE BENEFICIA DA CONDUTA ILÍCITA. POSSIBILIDADE DA CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

1. Recurso especial no qual se discute a caracterização de ato ímprobo em razão de Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal, licenciado, por meio de sociedade empresária constituída, prestar serviços de consultoria e assessoramento na área tributária, bem como a possibilidade de condenação de seu sócio, Auditor-Fiscal aposentado, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992.
2. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o acórdão que decide de modo integral a controvérsia, de forma clara, coerente e fundamentada.
3. Ante as premissas fáticas contidas no acórdão recorrido, à luz da Súmula n. 7 do STJ, não há como revisar o entendimento de que a ação de improbidade não foi alcançada pela prescrição.
4. Por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211 do STJ, não se conhece do recurso especial, quanto à alegação de violação do art. 454, § 3º, do CPC. De toda sorte, vale mencionar que é pacífica a jurisprudência no sentido de que não se declara nulidade sem a comprovação do prejuízo. Nesse sentido, pelo STJ: REsp 977.013/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/09/2010. E, no mesmo sentido, pelo STF: HC 120582, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe-060; HC 121157, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, DJe-080.

5. O Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal, mesmo que licenciado para tratar de interesses particulares, e presta serviços de consultoria e assessoramento na área tributária, por meio de sociedade empresária constituída, pratica o ato ímprobo descrito no art. 9º, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992. Isto porque há verdadeiro conflito de interesses.

6. Como bem ponderado pelo pelo eminente Ministro Herman Benjamin em seu voto-vogal: "4. O servidor que, a pretexto de tratar de "assuntos particulares" propõe-se, na verdade, a simplesmente trocar de lado do balcão, oferecendo seus serviços aos regulados ou fiscalizados pelo mesmo órgão público a que pertence, leva consigo o que não deve (informações privilegiadas, dados estratégicos, conhecimento de pessoas e rotinas, das entranhas da instituição) e, quando retorna, traz também o que não deve (especialmente uma rede de clientes, favores e intimidades). 5. Incorre em inequívoco conflito de interesse o servidor afastado para tratar de assuntos "particulares" que exerce função, atividade ou atos perante o órgão ou instituição a que pertence, seja quando atua na representação ou em benefício daqueles que pelo Estado são regulados ou fiscalizados, seja quando aconselha (presta consultoria, para utilizar o jargão da profissão) ou patrocina demandas, administrativas ou judiciais, que, direta ou indiretamente, possam atingir os interesse do seu empregador estatal."

6. Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.429/1992, o sócio que auferir lucro com a conduta ilícita do outro sócio não deve ser excluído da condenação tão somente porque é auditor-fiscal aposentado ou porque a sociedade foi licitamente formada.

7. É que não há como entender que não tenha se beneficiado da conduta ilícita, uma vez que contribuiu para o exercício da atividade econômica e partilhou dos resultados obtidos. Além disso, o contexto fático-probatório consignado no acórdão recorrido não dá margem para entender que, mesmo na qualidade de particular, o sócio não tinha conhecimento da ilicitude da conduta. Mutatis muntandis, vide: REsp 896.044/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/04/2011. (BRASIL, 2014)

Salienta-se que a evidente ilegalidade repudiada no citado julgado encontra hoje respaldo legal para sua ocorrência, advinda pela Medida Provisória Nº 792, de 26 de julho de 2017, já tratada no presente trabalho.

Com a alteração da Lei nº 8.112 de 1990, o parágrafo único do artigo 117 passou a permitir agora, além do exercício de atividades empresariais, a não vinculação do servidor em licença para o trato de interesses particulares com a Lei nº 12.813 de 2013 que versa sobre os conflitos de interesse.

Dessa forma, se o caso em comento ocorresse agora, mesmo havendo flagrante conflito de interesse, estaria legalizado pela alteração normativa das proibições aos servidores públicos civis da união.

Conclui-se pela presente análise jurisprudencial que apesar das divergências entre os tribunais quanto o entendimento sobre o regime de dedicação exclusiva no concernente a questão da compatibilidade de horários e a limitação a jornada de trabalho semanal, tem-se seguido de maneira firme pela leitura do direito administrativo à luz da Constituição a fim de servirem de interpretação e aplicação de outras normas para a construção de uma ordenação sistêmica.

4.3 Dos entendimentos em sede de Processos Administrativos Disciplinares

No presente tópico serão apresentadas repercussões pragmáticas resultantes do entendimento administrativo sobre os principais casos de exercício de atividade externa apurados em sede de Processo Administrativo Disciplinar nos órgãos da União.

4.3.1 Levantamento de dados de processos julgados

Para a seleção dos casos tratados, realizou-se uma pesquisa de campo junto ao Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União a fim de se levantar informações referentes aos processos administrativos disciplinares julgados que apuraram condutas de acumulação indevida de cargos e casos de conflito de interesse entre a função pública e atos da vida privada, no período compreendido entre 1º de janeiro de 2012 e 14 de agosto de 2017.

Buscou-se consolidar as informações a fim de constatar o volume total de processamento dos casos em estudo por ministério, bem como suas repercussões quanto ao enquadramento final dos fatos apurados e o conseqüente julgamento, seja pela absolvição seja pela aplicação de penalidade.

Tabela 1 –Relatório Consolidado de processos administrativos disciplinares da União julgados – Detalhado por Ministério da União

Relatório Consolidado de Processos Administrativos Disciplinares da União julgados		
Detalhado por Ministério da União		
Período : 01/01/2012 à 14/08/2017		
Assunto(s): 1) Acumulação indevida de cargos / 2) Conflito de interesse entre a função pública e atos da vida privada		
MINISTÉRIO	TIPO PROCEDIMENTO	PROCESSOS
Casa Civil da Presidência da República	SUMARIO	1
Casa Civil da Presidência da República	PAD	2
Controladoria-Geral da União	PAD	2
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	PAD	6
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	SUMARIO	4
Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e Comunicações	PAD	1
Ministério da Cultura	PAD	2
Ministério da Defesa	PAD	7
Ministério da Defesa	SUMARIO	23
Ministério da Educação	PAD	392
Ministério da Educação	SUMARIO	173
Ministério da Fazenda	PAD	19
Ministério da Fazenda	SUMARIO	5
Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços	PAD	4
Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços	SUMARIO	1
Ministério da Justiça e Cidadania	PAD	40
Ministério da Saúde	PAD	46
Ministério da Saúde	SUMARIO	122
Ministério das Cidades	PAD	1
Ministério de Minas e Energia	PAD	2
Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário	PAD	40
Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário	SUMARIO	12
Ministério do Meio Ambiente	PAD	5
Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão	PAD	12
Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão	SUMARIO	1
Ministério do Trabalho	PAD	20
Ministério do Turismo	PAD	2
Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil	PAD	7
TOTAL ÓRGÃOS DA UNIÃO		952

Fonte: Relatório gerado pelo Sistema CGU-PAD

Como resultado da presente pesquisa, foram encontrados 952 processos administrativos disciplinares, incluindo os de rito sumário próprios da apuração de acumulação ilegal de cargos públicos. Considerando que a Controladoria Geral da União já estimou o custo de um Processo Administrativo Disciplinar em R\$ 134.011,7214, deduz-se que, nos últimos

¹⁴ Valor constante na apresentação da Controladoria Geral da União sobre o Juízo de admissibilidade no Processo Administrativo Disciplinar.

cinco anos, foram gastos pela União aproximadamente R\$ 127 milhões para reprimir as infrações disciplinares estudadas nesse trabalho.

Tabela 2 – Relatório consolidado de processos administrativos disciplinares da União julgados – Detalhado por enquadramento legal

Relatório Consolidado de Processos Administrativos Disciplinares da União julgados	
Detalhado por enquadramento legal	
Período : 01/01/2012 à 14/08/2017	
Assunto(s): 1) Acumulação indevida de cargos / 2) Conflito de interesse entre a função pública e atos da vida privada	
Enquadramento Legal	Processos
8112-116-I - Não exercício das atribuições do cargo com zelo e dedicação	29
8112-116-III - Não observância das normas legais e regulamentares	66
8112-116-IX - Conduta incompatível com a moralidade administrativa	35
8112-117	1
8112-117-I - Ausência do serviço durante o expediente	1
8112-117-IV - Oposição injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço	1
8112-117-IX - Valimento de cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem	20
8112-117-VI - Cometimento a pessoa estranha o desempenho de atribuição	1
8112-117-X - Participação na gerência ou administração de empresa privada ou sociedade civil	25
8112-117-XI - Atuação, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas	1
8112-117-XII - Recebimento propina, comissão, presente ou vantagem	1
8112-117-XIII - Aceitação de comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro	2
8112-117-XV - Conduta desídia	2
8112-117-XVIII - Exercício de quaisquer atividades que sejam incompatíveis	56
8112-132-II - Abandono de cargo	1
8112-132-III - Inassiduidade habitual	1
8112-132-IV - Improbidade administrativa	19
8112-132-V - Incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição	1
8112-132-XII - Acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas	58
OUTROS	71
Total Geral	392

Fonte: Relatório gerado pelo sistema CGU-PAD

Analisando a questão dos enquadramentos legais pela tabela consolidada na Figura 2, verifica-se que, apesar da temática dos Processos Administrativos Disciplinares se encontrar adstrita aos casos de acumulação indevida de cargos e de conflito de interesses entre a função pública e atos da vida privada, os enquadramentos finais firmados pelas autoridades administrativas em seus julgamentos diverge de forma considerável das tipificações esperadas (artigo 132, XII; 117, XVIII e 117, X). Conforme demonstrado, os enquadramentos giraram, nos últimos cinco anos, somente em torno de 29% do total de infrações confirmadas nos Processos Administrativos Disciplinares.

A informação de que aproximadamente 70% dos enquadramentos legais finais não apontaram para a configuração do exercício de atividade externa, seja através de acumulação de cargos públicos, gerência de empresa ou demais atividades de âmbito privado, levanta a possibilidade de que o administrador busque modificar, na maioria dos casos, o enquadramento a fim de não ficar adstrito a aplicação da reprimenda máxima de demissão.

Finalizando essa análise geral dos processos administrativos, verificou-se que, no tocante as penalidades aplicadas, 1.295 funcionários públicos federais foram julgados nesse período, sendo destes 238 apenados disciplinarmente.

Tabela 3 – Relatório consolidado de processos administrativos disciplinares da União Julgados – Detalhado por julgamento aplicado

Relatório Consolidado de Processos Administrativos Disciplinares da União julgados		
Detalhado por julgamento aplicado		
Período : 01/01/2012 à 14/08/2017		
Assunto(s): 1) Acumulação indevida de cargos / 2) Conflito de interesse entre a função pública e atos da vida privada		
Julgamento Aplicado	Total	%
Absolvido	333	25,7%
Advertência	56	4,3%
Cassação de Aposentadoria	17	1,3%
Demissão	81	6,3%
Destituição de Cargo em Comissão	4	0,3%
Não-Indiciado	724	55,9%
Suspensão	80	6,2%
Total Geral	1295	100,0%

Fonte: Relatório gerado pelo sistema CGU-PAD

Verifica-se que do total das reprimendas aplicadas, aproximadamente 41% referiram-se a penas capitais (demissão ou cassação de aposentadoria). Considerando que a penalidade prevista para maioria das infrações do presente estudo é a de perda definitiva de vínculo com a Administração, tal indicativo sugere uma tendência à flexibilização quando da aplicação dessa penalidade nos casos concretos optando-se por sanção menos gravosa.

Ante a referida constatação, passa-se a analisar, por meio de uma seleção por amostragem, entendimentos materializados nos Processos Administrativos Disciplinares.

4.3.2 Análise de Processos Administrativos Disciplinares julgados pela União

No presente tópico analisam-se processos julgados no âmbito da União referentes a cada tipo de caso que configura ilegalidade como atividade externa. Repise-se que o objetivo não será o de esgotar o entendimento sobre o tema, mas tão somente analisar o método de interpretação dos casos pela Administração Pública em julgados recentes.

4.3.2.1 Acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas

Nesse quesito, é interessante trazer ao trabalho a argumentação de mérito do Processo nº 33374.011786/2011-62 do Ministério da Saúde, proveniente do Hospital Federal de Bonsucesso que tratou sobre representação contra servidora enfermeira daquela unidade hospitalar em razão de acumulação ilegal de cargos públicos.

Em seu relatório final a comissão enfrentou a tese apresentada pela defesa referente a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais visto que o artigo 37, inciso XVI, alínea “c” é dotado de eficácia plena, e a irrazoabilidade da restrição de acúmulo em 60 horas entendida pelo TCU¹⁵.

Reconheceu a comissão que o dispositivo constitucional que permite a acumulação de dois cargos de saúde produz a plenitude de seus efeitos, independentemente de complementação por norma infraconstitucional. Entretanto, em sentido contrário a comissão processante entendeu que, no caso, houve uma complementação da norma constitucional, buscando, com os acórdãos do TCU, definir a questão da compatibilidade de horários. Sendo esse entendimento adotado pelo órgão jurisdicionado do caso, União Federal, que considerou ilegal a carga horária de trabalho superior a 60 horas semanais.

Em sua conclusão, arguiu o colegiado que o interesse público deve prevalecer e que nenhum servidor pode se esquivar do ordenamento jurídico, e conclui, com base na limitação definida pelo TCU, por tipificar a acumulação da acusada como ilegal ante a inexistência de compatibilidade de horário.

Importante destacar que esse caso foi julgado pelo Ministro de Estado da Saúde, através da Portaria nº 2.046 de 21 de outubro de 2016, acompanhando entendimento da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar e demitindo a servidora do quadro de pessoal do Ministério da Saúde por acumulação ilícita de cargos públicos.

¹⁵ Acórdãos 2133/2005 e 2242/2007.

Depreende-se que, apesar de reconhecer o caráter de eficácia plena da norma constitucional ao estabelecer, como exceção à regra da não acumulação de cargo público, a possibilidade de acumulação de dois cargos de saúde desde que haja compatibilidade de horários, a comissão processante, em total contrassenso, admite sua mitigação por complementação de norma constitucional, que teoricamente dispensa complementação.

Não se vislumbra dentro do procedimento administrativo estudado qualquer sinalização concreta de lesão ao erário ou ao interesse público capaz de justificar a expulsão da servidora concursada. Mesmo porque o procedimento adotado deu-se em rito sumário, estabelecido no artigo 133 da Lei 8.112/90, que é adotado somente para os casos de acumulação ilegal, abandono de cargo público e inassiduidade habitual. Ou seja, para os outros dois casos resta evidente o não comparecimento regular do servidor a repartição pública e consequentemente evidenciado um prejuízo ao bom andamento do trabalho. De sorte que, no caso concreto, quanto a questão da compatibilidade de horário, sequer levantou-se ausências injustificadas da servidora ao órgão processante, sendo o prejuízo deduzido de forma subjetiva pelo entendimento da própria administração.

4.3.2.2 Participação na gerência ou administração de empresa privada ou sociedade civil

Referente a questão da administração de empresas, interessante abordar o Processo Administrativo Disciplinar nº 23327.002099/2015-91 do Instituto Federal De Educação, Ciência e Tecnologia Baiano que apurou condutas de servidores do cargo de magistério em regime de dedicação exclusiva e concomitantemente figuraram em quadros societários de empresas.

Em seu relatório final individualizado na conduta de cada servidor, observa-se que, apesar de configurado a participação nas sociedades ou firmas individuais, a comissão de processo disciplinar entendeu pela não aplicação de penalidade de demissão a nenhum servidor, uma vez que observou que em nenhum dos casos houve materialmente um prejuízo ao desempenho de suas funções. Dessa forma, nos casos onde os acusados, durante o decurso do processo administrativo disciplinar, se desvincularam das respectivas atividades empresárias, deveriam ser absolvidos sem a necessidade de qualquer aplicação de reprimenda e para aqueles que permaneceram com as empresas ativas e figurando como sócio administrador, foram sugeridas a aplicação de penalidade de suspensão de 30 dias.

Nesse sentido é o entendimento em seu relatório:

[...]Todavia, considerando que a mesma esteve presente a todo tempo no Campus, com atividade comprovadas em prol da Instituição e do serviço público, razoável é admitir a atenuação de sua conduta.

[...]

n) Até pode ser considerado que todas essas irregularidades perpetradas pela indiciada no tocante aos CNPJ's 86.893.849/0001-57 e 86.893.849/0002-38, respectivamente da CAFF LTDA, Matriz e Filial, não tenham interferido em sua atividade docente no Campus Uruçuca, inclusive, aqui demonstrado, porém, é fato, que a mesma até os dias atuais continua em situação irregular que alberga ilegalidade, e mesmo com o decurso de todo o inquérito, com reiteradas oportunidades de contraditório e ampla defesa, não logrou êxito em comprovar de forma plena o contrário, infringindo o Art. 117, X e XVIII da Lei nº 8.112/90, devendo sofrer a reprimenda pelas violações de conduta a que deve obediência, em que pese aqui ser considerada a possibilidade de atenuação. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO Nº 23327.002099/2015-91, INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA BAIANO, 2016).

Portanto, verifica-se no processo que, ao aplicar reprimenda menos gravosa, utiliza-se a comissão processante da aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto, visto que a Lei nº 8.112/90 é taxativa no sentido de que deve ser aplicada a penalidade de demissão.

Nesse sentido é também o entendimento apresentado pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar no processo nº 08650.001891/2015-63 do Ministério da Justiça, tratado na Polícia Rodoviária Federal, que apurou fato relacionado ao comércio, administração ou gerência de empresa.

Do parecer realizado sobre o relatório da comissão para subsidiar a decisão da autoridade, quanto a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade entendeu a administração que:

[...]foram observados pela Comissão, inclusive quando da elaboração do Termo de Instrução e Indiciamento.

64. Tanto houve a adequada aplicação destes princípios pelo Colegiado, que diante do fato apurado, numa análise perfunctória, poderia haver a configuração de condutas administrativas de maior gravidade, como o valimento de cargo, a participação em gerência ou administração de sociedade privada, o exercício do comércio e a própria improbidade administrativa, todas condutas expulsivas.

65. Quando analisadas de forma objetiva, tais enquadramentos remetem à penalidade capital, no caso em comento, a cassação da aposentadoria.

66. No entanto, as particularidades do fato não foram descartadas pela cega subsunção do fato à norma, ou seja, em uma análise superficial, seria possível concluir pelos enquadramentos mais gravosos suso mencionados, todavia, percebe-se que o Colegiado, aplicando adequadamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante das provas produzidas e nos depoimentos prestados, que afastaram a participação direta do servidor na gerência da empresa e na comercialização dos uniformes, realizou o enquadramento das condutas do servidor processado apenas como violação à moralidade administrativa e exercício de atividade incompatível com o cargo. (CORREGEDOR REGIONAL, PROCESSO Nº 08650.001891/2015-63, POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, 2017)

Evidencia-se dessa forma que a Administração tem se valido da aplicação dos princípios constitucionais na concretização do direito administrativo disciplinar, com a clara intenção de se evitar a aplicação da legalidade estrita através da mera subsunção do fato apurado à norma correspondente. Há, portanto, uma preocupação no sentido de se analisar as peculiaridades intrínsecas a cada caso.

4.3.2.3 Exercício de quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho

Mantendo-se ainda a análise dos procedimentos disciplinares no âmbito do Ministério da Justiça, passa-se a verificar o processo nº 08.671.000.456/2010-69 do Ministério da Justiça, tratado pela Polícia Rodoviária Federal, instaurado para verificar denúncia contra servidor pelo exercício incompatível da profissão de engenheiro civil.

Após diligências e produção probatória, verificou-se que de fato o servidor denunciado exercia no âmbito privado atividades como engenheiro mecânico, sendo constatado que tais atividades repercutiam durante o desempenho de sua função como policial rodoviário federal, causando assim prejuízo ao bom andamento do serviço.

Em sua fundamentação jurídica, a comissão entendeu que a vedação do inciso XVIII do artigo 117:

Proíbe ao servidor público exercer outras atividades incompatíveis com o exercício da função pública, buscando-se preservar o princípio da eficiência, de modo que o servidor não priorize uma atividade privada em detrimento da atividade pública e imponha prejuízos à prestação do serviço. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO Nº 08.671.000.456/2010-69, POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, 2011).

Entretantes, em sua conclusão, apesar de a comissão repisar a configuração do prejuízo direto a atividade pública, firmou entendimento que, no caso, o fato do servidor exercer a função de engenheiro paralelamente ao cargo público, por si só, é vedado pelo ordenamento legal-administrativo, demonstrando que mesmo se não houvesse materialização da incompatibilidade com o serviço e horário de trabalho, seria mantido o enquadramento do inciso XVIII do artigo 117 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis Da União.

Analisando agora o Processo nº 16307.000001/2015-34 do Ministério da Fazenda que apurou conduta de Auditor-fiscal da Receita Federal, lotado na Delegacia Especial da

Receita Federal do Brasil de Fiscalização de Comércio Exterior, em São Paulo, por estar exercendo a função de prático no Porto de Vila-do-Conde.

Ao fim da instrução processual, a comissão firmou convicção preliminar de que o servidor teria praticado irregularidades dentre as quais se destaca:

30.1. Exercício atividade incompatível com o horário de trabalho; em razão de ausentar-se ao serviço para frequentar o curso de praticante de prático nos dias 03/12/2014, 12/12/2014, 17/12/2014, 19/12/2014 e 22/12/2014; e, em consequência, o indiciou às fls. 1447 a 1470, tendo enquadrado a conduta no art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990;

30.2 improbidade administrativa; em razão do exercício da praticagem enquanto ocupa o cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil; e, em consequência, o indiciou às fls. 1447 a 1470, tendo enquadrado a conduta no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, combinada com os artigos 5º, III, e 12, ambos da Lei nº 12.813, de 2013. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO Nº 16307.000001/2015-34, RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2016)

Referente ao entendimento preliminar do exercício de atividade incompatível ante as ausências do servidor para participar de curso de formação em praticagem, não se confirmou em seu relatório final uma vez que a comissão entendeu que a participação no curso não correspondeu ao exercício da atividade de prático, sendo na verdade um curso de formação para habilitação na profissão. Não há que se imputar à participação no tal programa de qualificação a mácula de atividade conflituosa. Nesse sentido concluiu a comissão que:

Soa irrazoável, desproporcional e divorciado do bom Direito equiparar, para fim de regime jurídico punitivo, o praticante de prático ao prático. Aquele ainda não foi habilitado e não goza de direitos e tampouco submete-se aos deveres do prático. De um lado, ainda não auferiu a definitiva e acabada ocupação daquele posto de trabalho, assim parece pouco sensato impor-lhe o risco de precocemente exonerar-se de seu cargo público na incerteza de posteriormente lograr ou não a habilitação como prático. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO Nº 16307.000001/2015-34, RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2016)

Apesar de afastada a incompatibilidade de atividade durante o curso de praticagem, a comissão não excluiu o enquadramento do inciso XVIII, do artigo 117, visto que as ausências ao serviço comprovaram a questão da incompatibilidade de horário, seguindo a fundamentação transcrita abaixo:

Apesar de o indiciado ter conseguido compatibilizar sua escala da praticagem com o expediente da RFB na maior parte do tempo, quando havia sobreposição de horário, o servidor privilegiou a atividade privada, em detrimento da supremacia do interesse público, tutelado pelo art. 117, XVIII. Se ausentou-se, foi com intenção de participar do curso que viria a habilitá-lo à condição de prático, o que caracteriza inequívoca relação de meio e fim, sendo, portanto, a infração do art. 117, I, absorvida pela do art. 117, XVIII. A pouca duração das ausências pesará apenas na mensuração da

penalidade a ser aplicada. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO Nº 16307.000001/2015-34, RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2016)

Quanto ao fato do exercício da praticagem enquanto ocupa o cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, a comissão em seu relatório final reconheceu a ausência de má-fé do servidor ante as controvérsias existentes, à época, sobre a configuração ou não de conflito de interesse entre as atividades, restando por afastar o elemento dolo de sua conduta. Entretanto, reconheceu revelado no processo uma inobservância do cuidado objetivo de questionar a instância competente a respeito da incompatibilidade, firmando nesse sentido a convicção de que o indiciado incorreu culposamente no exercício de atividade incompatível com as atribuições do cargo público, o que sujeita o infrator à penalidade administrativa de suspensão (art. 117, XVIII, primeira parte, c/c arts. 129, 130 e 132).

Ressalta em sua conclusão que mesmo se fosse comprovado o dolo do acusado no exercício de atividade externa incompatível a comissão teria que verificar também as circunstâncias do fato concreto na busca de uma comprovação de lesão ao interesse público. Nesse sentido é a conclusão da comissão abaixo transcrito:

Ainda que, *ad argumentandum*, pensássemos em ocorrência dolosa de atividade incompatível, à luz das circunstâncias do caso concreto (falta de relatos acerca de lesões concretas ao interesse público, mudança de entendimento da CGU acerca da incompatibilidade do praticante, publicação de norma proibitiva após instauração do PAD etc.), aparentemente a improbidade administrativa não estaria materialmente configurada e, conseqüentemente, a infração também melhor se subsumiria ao art. 117, XVIII. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO Nº 16307.000001/2015-34, RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2016)

Importante repisar que, entrementes o posicionamento conclusivo da comissão processante aqui demonstrado, este não prosperou na administração, visto que Procuradoria Geral da Fazenda Nacional através do Parecer PGFN/CONJED/Nº 295/2017, firmou convencimento de que se configurou patente a incompatibilidade e o conflito concreto de interesses na conduta do acusado de exercer atividade privada de Prático da Marinha Mercante de modo a ser enquadrável como ato de improbidade administrativa em conformidade com a definição do artigo 11 da Lei nº 8.429 de 1992.

Destaca-se dessa forma a divergência de interpretação sobre o tema, percebendo-se que no caso houve uma evolução interpretativa dos fatos apurados, por parte da comissão processante, no tocante a atividade externa para buscar no processo elementos concretos de prejuízo ao desempenho do serviço público que pudessem ensejar o entendimento pelo enquadramento mais gravoso e conseqüente aplicação de penalidade expulsória.

Como último caso a ser apresentado, tem-se no Processo nº 08650.001617/2012-41, instaurado no âmbito da Polícia Rodoviária Federal com vistas a apurar suposto exercício ilegal da atividade de taxista por policiais rodoviários federais.

Em apertada síntese, este caso torna-se interessante por envolver procedimento licitatório para permissão de serviço público municipal de transporte individual de passageiros por meio de taxímetro (táxi), sendo sua natureza jurídica questionada a fim de se estabelecer que possível ilícito estaria sendo praticado pelo servidor como atividade externa: acúmulo ilegal de cargo públicos, gerência de empresa, ou atividade externa incompatível.

A comissão processante atuou no sentido de resolver tal problemática, enfrentando cada hipótese de enquadramento. Primeiramente quanto a questão do acúmulo ilegal de cargos, entendeu pela sua não aplicação, visto que a vedação da Lei 8.666/93 impede apenas a questão de acúmulo de cargos do mesmo órgão ou entidade contratante e por ser também entendimento pacífico na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nesse sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATO DE PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE POR TÁXI NO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. CLASSIFICAÇÃO DO IMPETRANTE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ACÚMULO DE CARGOS PÚBLICOS AFASTADA (CF, ART. 37, INC. XVI). DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CONTRATAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA. O serviço público municipal de transporte individual de passageiros, por meio de taxímetro (táxi), prestado por particular sob permissão do Poder Público, pessoalmente ou por intermédio de condutor auxiliar indicado pelo permissionário, não se confunde com cargo, função ou emprego público, razão pela qual a acumulação daquela atividade com cargo, função ou emprego público exercido em administração diversa da do permitente, não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, até porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-09-2012). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.039810-8, da Capital, rel. Des. Edegar Gruber, j. 17-09-2015)

A comissão de pronto descartou a hipótese de atividade empresarial, sob a justificativa de que se trata o caso de um contrato de permissão de serviço entre o município e a pessoa física servidor público, não havendo, portanto o que se falar em constituição de empresa ou de atividade empresária. Quanto à prática de “atos de comércio”, posto que a prestação de serviços está incluída em seu conceito, entendeu o colegiado que no caso concreto, inobstante sejam os servidores acusados os permissionários do serviço de táxi, não são eles quem de fato os presta, e sim os motoristas auxiliares.

Nesse ponto do ato de comércio adentra-se na fundamentação do legislador para sua vedação, sendo esta a de proteger as instituições públicas sob a égide do princípio da moralidade, preservando o interesse público, e zelando pela boa imagem institucional. Verificando no caso concreto alguma lesão ao bem jurídico protegido por esta vedação, conclui o colegiado com base nos fatos concretos apurados no processo, entendendo que:

Ocorre que, conforme o vasto conjunto de provas coligidas aos autos, os destinatários do serviço de táxi, assim como aqueles que diretamente o fiscalizam, não têm a informação de que se tratam de táxis pertencentes a policiais rodoviários federais. Os servidores não se utilizaram desta condição para obter a permissão, bem como não prestam o serviço efetivamente, ficando este a cargo dos motoristas contratados para este fim, estando sujeitos, tal e qual qualquer outro permissionário, às eventuais fiscalizações levadas a cabo pelo Município concedente, ou pelas demais instituições, afigurando-se temerário e ilegal punir servidores por algo que, de fato, não aconteceu, levando-se em conta apenas a mera possibilidade. (COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, PROCESSO N° 08650.001617/2012-41, POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL, 2016)

Adentrando na hipótese do exercício de atividade externa incompatível, prevista no inciso XVIII do artigo 117 da Lei 8.112/90, enfrenta a comissão a questão da incompatibilidade de horário, entendendo que a interpretação sobre a dedicação exclusiva inerente ao cargo de policial rodoviário federal deverá ser a mais moderna adotada pelos órgãos consultivos federais e estaduais no sentido de que é 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.

Quanto a incompatibilidade com o cargo desempenhado, ressalta a comissão não haver qualquer normativo que proíba de forma expressa o exercício de atividade como permissionário de serviço de taxi, passando então a discutir eventual conflito de interesse já nos moldes da Lei 12.813 de 2013, ante o caso concreto apurado. Não verificado, em primeira análise, enquadramento de qualquer das hipóteses de conflito de interesse insculpidas nos artigos 3º e 5º da referida lei, concluiu a comissão pelo arquivamento da denúncia ante a ausência de materialidade de infração disciplinar. Observando, entretanto, que os servidores acusados, apesar de autorizados judicialmente a explorar o serviço de taxi em mandado de segurança, devem observar a Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013, com vistas a realizar consulta e pedido de autorização para exercício de atividade privada, conforme disciplinado no expediente citado.

Compreende-se da análise deste processo administrativo disciplinar um posicionamento de vanguarda já alinhado com os entendimentos e alterações normativas mais

modernas, deixando a administração de infringir reprimendas disciplinares a seus servidores ante a mera subsunção de uma situação a norma sem haver qualquer comprovação de efetiva lesão ao interesse público.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo apresentar o assunto relativo à atividade externa desempenhada por servidor público federal civil da união, englobando esta as vedações de acumulação de cargos públicos, atividades empresariais e demais atividades externas incompatíveis, frente ao constitucionalismo do direito administrativo e a luz dos princípios constitucionais do trabalho.

A evolução do entendimento do direito administrativo disciplinar reclama por uma releitura de seus normativos à égide dos princípios constitucionais, pois, apesar de ser o estatuto dos servidores públicos ulterior a atual Constituição, verifica-se ainda, salvo uma pequena parcela vanguardista, uma tendência tanto no Judiciário quanto na própria Administração em seguir estritamente aos mandados normativos vigentes, não permitindo visualizar a Constituição com vistas a garantir sua máxima aplicação dos valores e objetivos consagrados.

Os direitos e garantias constitucionais são entendidos como uma conquista da sociedade brasileira, resultado de lutas e embates históricos para sua consolidação. Qualquer tentativa de se arranhar esses direitos merece ser vista sob o olhar atento do operador jurídico e interpretado como não condizente com nosso atual ordenamento.

A liberdade de trabalho, como exemplo e pertinente ao presente estudo, garantida pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição deve ser respeitada e protegida pelo Estado, sendo sua mitigação ou limitação tema de grande sensibilidade sob pena de se abolir o alvedrio dos indivíduos.

Desta feita, interpretações quanto as terminologias da dedicação exclusiva e da incompatibilidade de horário merecem, sob pena de macular garantias constitucionais, receber tratamento hermenêutico mais adequado que confira uma interpretação máxima e condizente com os anseios do poder originário constituinte.

O intento dessa pesquisa foi o de questionar as interpretações restritivas ao exercício de atividades externas adotadas pelo poder executivo e judiciário, conforme demonstrado, frente ao claro direcionamento legislativo que nos últimos anos concede maior autonomia aos servidores para exercê-los em suas horas vagas.

Não se advoga pela ilegalidade da vedação ao acúmulo de cargos públicos, ao exercício de gerência e comércio ou qualquer outra atividade incompatível. Entende-se que tais proibições devem ser veementemente combatidas ao bem do interesse público, principalmente nos casos de conflito de interesses. Contudo, os atuais entendimentos reclamam pela materialização em cada caso da respectiva lesão ao bem tutelado trazida por estas

inobservâncias, sob pena de se aplicar reprimenda expulsória a servidor assíduo e eficiente com o serviço público por mera configuração da inobservância de suas proibições.

A vedação ao acúmulo de cargos públicos tem suas exceções definidas na própria Constituição Federal, evidenciando o nível de preocupação do constituinte, já historicamente percebido desde as determinações régias com os casos de funcionários públicos fantasmas. Tratar a questão da compatibilidade de horário de forma diferente da sua clara exegese objetiva, conferindo interpretação, dita sistêmica, a luz do interesse público e da higidez física e mental dos servidores, evidencia-se preocupante pelo claro conflito gerado com a liberdade de trabalho e com a exceção de autorização constitucional para acúmulo de cargos públicos. Entendo que a Administração, ao se imiscuir na liberdade de trabalho de seu servidor, vedando-lhe o acúmulo de cargo que suplantam jornada semanal de 60 horas, cria um tipo disciplinar abstrato que preventivamente penaliza um servidor mesmo que este desempenhe de forma exemplar e assídua sua função. Não pode a Administração extrapolar seu poder sobre o servidor em suas ações externas ao recinto, sob a justificativa de garantia da eficiência e pela preocupação paternalista com sua higidez física e mental. Ao contrário, sendo essa a possibilidade, o que impediria a administração de determinar o horário de repouso do servidor ou proibir o lazer excessivo, sob a mesma argumentação? Entendo que quando a administração cria tipos abstratos de vedação, sem qualquer tutela legal, visando garantir a eficiência do desempenho da atividade pública, além de claramente inconstitucional, não seja a melhor saída. A própria Lei 8.112/90 prevê vedações específicas para ineficiência do servidor, tais como proceder de forma desidiosa, a inassiduidade habitual, ausência não autorizada do serviço e o abandono de cargo, condutas que uma vez identificadas mesmo nos casos de acumulação legal, por exemplo, justificariam aplicação de penalidade.

Compreendo, ante o advento da Medida Provisória nº 792/2017, que ao permitir o exercício de atividade empresarial ou de comércio por servidor público em jornada de trabalho reduzida, aboliu a argumentação doutrinária de que tal vedação tinha por objetivo tutelar a dedicação e compromisso do servidor para com o serviço público. Torna-se de difícil compreensão entender como uma atividade empresarial afetaria a dedicação de um servidor público federal, submetido a uma jornada de trabalho de 40 horas semanais, deixando de afetar tal compromisso quando este passasse a trabalhar por 30 horas. Sem falar da possibilidade de que este mesmo servidor pode retornar a jornada de 40 horas, por determinação de superior hierárquico, mantendo legalmente o exercício da atividade empresarial ou comercial concomitante ao exercício de suas funções públicas. Trata-se de regulamentação nova e ainda

pendente de deliberação do legislativo, entretanto, condizente com o atual sentido das modificações normativas.

A Lei 12.813 de 2013 inovou o ordenamento jurídico ao definir as hipóteses de conflito de interesses, acabando com interpretações genéricas antes submetidas à discricionariedade das autoridades administrativas. Entretanto, seu espírito não foi o de proibir o exercício da atividade externa, ao contrário, buscou garantir aos servidores públicos civis da união a liberdade para seu exercício conferida pela Lei 11.890/08, impedindo tão somente aquelas potencialmente causadoras de conflitos de interesses. Tal intenção do legislador percebe-se refletida na Portaria Interministerial N° 333/2013 que, ao regular a lei de conflito de interesse, no § 5° do artigo 6° garantiu ao servidor, requerente de autorização para exercício de atividade externa, que, transcorrido o prazo previsto de quinze dias, sem resposta por parte da unidade de Recursos Humanos, fica autorizado, em caráter precário, a exercer a atividade privada até que seja proferida manifestação acerca do caso.

Desta feita, verifica-se nas normativas internas dos órgãos apresentados, bem como na atual jurisprudência e nos processos administrativos disciplinares uma tímida, porém pertinente, manifestação da alteração de entendimento quanto ao exercício de atividade externa por servidor público. A expectativa, demonstrada pelo presente estudo, é de que em médio prazo a legalidade pelo desempenho de atividade externa que não enseje conflito de interesse ou incompatibilidade de horário seja pacificada nos tribunais superiores, passando-se a proibir somente os casos que tragam real prejuízo ao interesse público, causando-lhe lesões concretas. Talvez seja este o alento: a certeza de que a sociedade está sempre em processo de transformação e, a convicção de que o Direito no intuito de acompanhá-la verdadeiramente participe dessa atualização, com o recolhimento de modernos valores emergentes da realidade concreta.

Desta análise, conclui-se que a vedação ao exercício da atividade externa deve interferir minimamente no âmbito da vida privada do servidor público e buscar coibir somente os casos ensejadores de conflito de interesse e com incompatibilidade real de horário com o desempenhado no serviço público.

Em outro prisma, pretende-se continuar a pesquisa dessa temática sob uma ótica mais abrangente, a fim de se verificar, através da interdisciplinaridade, a questão socioeconômica gerada pelo tempo que o servidor fica proibido de desempenhar atividades e suas consequências.

O presente estudo intenciona também fomentar a discussão legislativa para elaboração de projeto de lei tendente a modificar o atual regime de dedicação exclusiva ao qual

os policiais rodoviários federais estão submetidos, a fim de permitir aos integrantes desta carreira acompanharem as demais carreiras do executivo federal no tocante a normatização da atividade externa.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá e MENDONÇA, M. L. C. A. E. **Constituição, direitos fundamentais e democracia: a constitucionalização do direito administrativo moderno**. CONPEDI/UFPB. Coordenadores: Filipe Reis Melo, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Yuri Schneider. Florianópolis: CONPEDI. 2014.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1902.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1932.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. [A. do livro] Alexandre Santos de ARAGÃO e Floriano de Azevedo (Coord.) MARQUES NETO. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A Nova Jurisdição Consitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, Controladoria Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília-DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer n. 00682/2016/CONJURMJ/CGU/AGU**. 08655.011655/2015-13, Brasília: 2016.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer nº GQ - 145. Exame de casos de acumulação de cargos**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 1º abr. 1998, p.10. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8324>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Advocacia Geral da União. **Parecer nº053/2014/DECOR/CGU/AGU**. Regime de dedicação exclusiva e desempenho de atividade na esfera privada. Brasília:14 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/comissao-de-etica/arquivos/parecer-053-2014-decor-cgu-agu.pdf/@_@download/file/Parecer%20053-2014%20DECOR%20CGU%20AGU.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Código Civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 5 out. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, De 24 de Fevereiro de 1891.** Rio de Janeiro: 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Decreto do Império de 18 de junho de 1822.** Prohibe a acumulação em uma só pessoa do mais de um emprego, e exige dos funcionarios publicos prova do assiduo exercicio para pagamento dos respectivos vencimentos. Paço 18 de Junho de 1822. Câmara do Deputados. Coleção das Leis do Império: Decretos, Cartas e Alvaras de 1922, parte 2, p. 21-22. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao2.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Decreto nº 60.091, de 18 de janeiro de 1967.** Regulamenta o regime do tempo integral e dedicação exclusiva previsto nos arts. nºs 11 e 12 da Lei nº 4.345, de 26 de julho de 1964, e no art. 7º da Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 19 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D60091.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987.** Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d94664.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Enunciado CGU nº 9 de 16 de novembro de 2015.** Controladoria Geral da União. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 16 nov. 2015, seção 1, p. 41. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/arquivos/enunciado-no-9-dou-de-16-11-2015-secao-1-pagina-41.pdf/view>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008.** Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – PGPE. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília: 23 set. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11784.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008.** Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e Auditoria-Fiscal do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 26 dez. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11890.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 31 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12772.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.** Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 17 mai. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.** Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 17 mai. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016.** Cria, transforma e extingue cargos e funções; reestrutura cargos e carreiras; altera a remuneração de servidores; altera a remuneração de militares de ex-Territórios Federais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 29 jul. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13328.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 4.345, de 26 de junho de 1964.** Institui novos valores de vencimentos para os servidores públicos civis ao Poder Executivo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 25 ago. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4345.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965.** Dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 6 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4878.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 14 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília: 19.4.1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 3 jun.1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 11 nov.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, 20 set. 2013, seção 1, p. 80. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/comissao-de-etica/arquivos/portaria-mp-cgu-333-2013.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no MS 9526/DF - Embargos De Declaração no Mandado De Segurança 2004/0012356-8.** Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Órgão Julgador: Terceira Seção, Data de Julgamento: 26/08/2009, Data de Publicação: 03/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5064694&num_registro=200400123568&data=20090803&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 12991/DF - Mandado de Segurança 2007/0172075-8.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Órgão Julgador: Terceira Seção. Data de Julgamento: 27/05/2009, Data de Publicação: 03/08/2009, v. 215, p. 614. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000365327%27>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 15415/ DF - Mandado de Segurança 2010/0106093-8.** Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Primeira Seção, Data de Julgamento: 13/04/2011, Data de Publicação: 04/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000414803%27>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 6808/DF - Mandado de Segurança 2000/0011048-5.** Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data de Julgamento: 24/05/2000. Data de Publicação: 19/06/2000, p. 107. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000130921%27>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1352448/ DF - Recurso Especial 2011/0255203-0.** Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data de Julgamento: 07/08/2014, Data de Publicação: 21/11/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35597519&num_registro=201102552030&data=20141121&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 896044/PA - Recurso Especial 2006/0223934-3**. Relator: Ministro Herman Benjamin, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data de Julgamento: 16/09/2010, Data de Publicação: 19/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000413464%27>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 97551/PE - Recurso Especial - 1996/0035318-2**. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Órgão Julgador: Sexta Turma, Data de Julgamento: 22/10/1996, Data de Publicação: 25/08/1997 p. 39411. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000073631%27>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 492/DF - Distrito Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Relator: Ministro Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 12/11/1992, Data de Publicação: 12/03/1993 p. 3557. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI 574904 Agr/ DF - Distrito Federal- Ag. Reg. Nº Agravo De Instrumento**. Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data de Julgamento: 29/11/2005, Data de Publicação: 16/12/2005, p. 79. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=376885>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, José Armando da. **Acumulação Ilegal de Cargos Públicos**. Fórum Administrativo Direito. v. 2, n. 20, p. 1305–1322, out., 2002, Belo Horizonte: 2002.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE NETO, Claudionor. **O Estatuto do Servidor Público (Lei 8.112/90) à luz da Constituição e da jurisprudência**. Volume 2. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho**: um direito fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

MEDEIROS, George Gustavo Sinclair. A possibilidade de cumulação de cargos para os membros do magistério federal sob regime de dedicação exclusiva. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2842, 13 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18891/a-possibilidade-de-cumulacao-de-cargos-para-os-membros-do-magisterio-federal-sob-regime-de-dedicacao-exclusiva>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV - Direitos Fundamentais**. Coimbra: 2000.

MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Flávio Cristiano Costa. **Acumulação de cargos públicos: cargo técnico com cargo de professor do magistério federal em regime de dedicação exclusiva**. ed. 78. Curitiba. Boletim Governet de Recursos Humanos: 2011, p. 949.

PICOLO, Helga Iracema Ladgraf. **A influência da Constituição de Weimar na Constituição brasileira de 1934**. v. 14, n. 14. Organon: 1969.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança nº 67448 - Processo: 2001.50.01.000056-2**. Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros, Órgão Julgador: Sexta Turma Especializada, Data da Publicação: 28/04/2008, p. 182.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.039810-8**. Relator: Desembargador Edemar Gruber, Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Público, Data de Julgamento: 17/09/2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAANoOVAAF&categoria=acordao>. Acesso em: 10 out. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEPHAN, Claudia Coutinho. **Os direitos sociais e o trabalhador na Constituição da República**, v. 73, n. 10, p. 1203-1209, São Paulo: Ltr, 2009.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense, 1991. UniLumen Juris, 2010.