

Acúmulo de Cargos e o Poder Disciplinar da Controladoria Geral de Disciplina

Accumulation of public positions and the disciplinary power of the general controllership of discipline

Jacob Stevenson de Santana Carvalho Mendes¹

RESUMO

Tem sido objeto de investigação e estudos do Direito Público e de outras ciências sociais, a possibilidade da acumulação de cargos, funções e empregos públicos. Contudo, o foco desses estudos tem-se concentrado na esfera dos Poderes Legislativo e Judiciário, com vistas a analisar as hipóteses permissivas. Assim, há lacunas na literatura jurídica em se investigar a necessidade e viabilidade de instauração de procedimento administrativo na instância do Poder Disciplinar. Diante desse cenário, esta pesquisa realizou estudo com propósito de buscar fundamentação teórica para sustentar a hipótese teórica de que a instauração de procedimento administrativo somente deve ocorrer nos casos em que houver efetivo dano ao erário. Constatou-se que a legitimação da Controladoria Geral de Disciplina, sob o modelo do Estado Democrático, decorre da Constituição, tem condições de qualificar os procedimentos de controle externo. Ademais, a pesquisa demonstrou que, nem sempre os casos de acumulação de cargos estará sujeita à Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-Chave: Acúmulo de Cargos. Improbidade Administrativa. Poder Disciplinar.

ABSTRACT

It has been the subject of research and studies of public law and other social sciences the possibility of accumulation of public offices, functions and government jobs. However, the focus of these studies has concentrated on the

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado do Ceará. Presidente da 3ª Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar na CGD. Professor da Universidade de Fortaleza. Especialista em Educação e em Direito Penal – UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional- UNIFOR. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA. E-mail: jacob@unifor.br

sphere of legislative and judiciary powers, in order to analyze the permissive hypotheses. Thus, there are gaps in the legal literature to investigate the need and feasibility of establishment of administrative procedure in the instance of the Disciplinary Power. In this scenario, this research was conducted with purpose of seeking theoretical basis to support the hypothesis that the establishment of an administrative procedure should only occur when there is actual damage to the Treasury. It was found that the legitimacy of the General Comptroller of Discipline, under the model of a democratic state, derives from the Constitution and is able to qualify the external control procedures. In addition, research has shown that not always the cases of public offices accumulation will be subject to the Administrative Misconduct Law.

Keywords: Accumulation of Public Positions. Administrative Misconduct. Disciplinary Power.

1 INTRODUÇÃO

Tem se tornado prática bastante comum na administração pública a acumulação remunerada de cargos públicos, situação do servidor que ocupa mais de um cargo, emprego ou função pública ou recebe proventos de inatividade com a remuneração de servidor ativo na administração pública. São considerados cargos, empregos ou funções públicas todos aqueles exercidos na administração direta, em autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista ou fundações da União, Estados ou Municípios, quer seja no regime estatutário ou no regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

A regra da acumulação remunerada de cargos, funções e empregos públicos é a sua proibição, pois o legislador se preocupou com a prestação dos serviços públicos à sociedade, tendo em vista às necessidades cada vez mais crescentes quanto a qualificação e comprometimento por parte dos agentes públicos. Entretanto, é possível no Brasil que servidores públicos estejam nesta situação de forma lícita, a acumulação remunerada é uma exceção à regra, bastando que a acumulação esteja na permissibilidade. No texto constitucional, o dispositivo que traça as regras sobre eventual acumulação de cargos, empregos ou funções é o artigo 37:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

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

Assim, diante da própria estruturação do tratamento da norma dado à matéria na Carta Magna se denota que a independência entre a acumulação excepcionalmente admitida e a acumulação prevista como exceção à regra da inacumulabilidade de cargos, empregos e funções. No Estado do Ceará, diante das constatadas multiplicidade de vínculos de servidores, coube a Controladoria Geral de Disciplina através de procedimento administrativo, aplicar as sanções cabíveis, relativas ao acúmulo ilícito de cargos aos integrantes da Polícia Militar, Corpo de Bombeiros, Polícia Civil e Agentes Penitenciários.

2 O PODER DISCIPLINAR DA CONTROLADORIA

A Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Ceará foi criada pela Lei Complementar Nº 98/2011, estabelecida para prevenir e reprimir os desvios de conduta de integrantes dos órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário, contribuindo para a melhoria dos serviços prestados à sociedade. Registre-se que a Constituição do Estado do Ceará, através da Emenda Constitucional Estadual Nº 70/2011, assegurou no art. 180- A, que a Controladoria Geral de Disciplina detém o controle externo disciplinar, com objetivo exclusivo de apurar a responsabilidade disciplinar e aplicar as sanções cabíveis, aos militares da

Polícia Militar, militares do Corpo de Bombeiros, membros das carreiras de Polícia Judiciária e membros da carreira de Segurança Penitenciária. Portanto, todos aqueles abrangidos, que estiverem acumulando ilicitamente cargos públicos estão sujeitos ao órgão disciplinar administrativo.

Cabe aos gestores de cada instituição, adotar providências, visando à identificação dos casos de acumulação lícita e a elucidação das situações ilícitas encontradas, assim encaminhando ao Órgão Controlador mediante ofício. Interessante pontuar também que não poderá o servidor exercer o comércio, exceto como acionista, cotista ou mandatário, nem participar de gerência ou administração de empresa privada ou sociedade civil e, nessa condição, transacionar com o Estado. O servidor não pode alegar desconhecimento da lei em nenhum dos casos, logo não há necessidade de que haja notificação para que o mesmo tome conhecimento da irregularidade da acumulação.

A regra é a Lei 9.826/74, instrumento salutar na defesa da moralidade administrativa, dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do Estado do Ceará, em seu art. 193, inciso I, definiu como proibido a conduta do funcionário que salvo as exceções constitucionais pertinentes, acumular cargos, funções e empregos públicos remunerados, inclusive nas entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). De acordo com o art.194 – É ressalvado ao funcionário o direito de acumular cargo, funções e empregos remunerados, nos casos excepcionais da Constituição Federal. §1º – Verificada, em inquérito administrativo, acumulação proibida e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos, funções ou empregos, não ficando obrigado a restituir o que houver percebido durante o período da acumulação vedada. § 2º – Provada a má-fé, o funcionário perderá os cargos, funções ou empregos acumulados ilicitamente devolvendo ao Estado o que houver percebido no período da acumulação.

A atividade disciplinar nos casos de acumulação de cargos tem sido comum na atualidade, vários casos são registrados tendentes ao procedimento apuratório da irregularidade na Controladoria Geral de Disciplina. Desta feita, a sanção, até mesmo a demissão, acaba por ser providência regular, legítima e adequada, pois se impõe à situação fática, não sendo obedecido ao comando legal em sua integralidade e literalidade, materializa-se leniência em evidente incentivo às práticas ilícitas. Assim o procedimento administrati-

vo correcional, além do desígnio processual administrativo, técnico-jurídico, tem caráter estratégico e tático, sendo que, produz ainda, em conjuntura com o preceito de defesa social, subsidiariamente, referências convergentes aos aspectos sociopolíticos, econômicos e culturais.

No procedimento administrativo determinado pelo Controlador Geral de Disciplina, todos os meios estruturais de se comprovar o envolvimento transgressivo do investigado são esgotados no transcorrer do feito, ameahando-se provas testemunhais e outros indicativos, sendo a materialidade transgressiva disciplinar, a qual foge, no caso, principalmente por envolver os próprios agentes públicos, dos caminhos tradicionais de investigação. É necessário em casos envolvendo servidores acumulando cargos públicos, a devida colheita de informações referentes a compatibilidade de horários, distâncias entre os locais e o aspecto jurídico da possibilidade de acumulação.

Dessa forma, e somente dessa forma, através de órgão externo controlador, poder-se-á garantir a efetividade de toda atividade disciplinar a ser desenvolvidos no processo, mediante ampla defesa e contraditório. É dever do Controlador Geral de Disciplina reprimir atos contrários aos mais fundamentais princípios da administração pública e evitar que o trabalho do Poder Disciplinar se torne mera “carta de intenções”, sem reflexos sociais concretos, o que traria ainda mais descrédito à Administração Pública diante dos olhos do cidadão.

3 VEDAÇÃO DA ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Cumprе reiterar, em princípio, que o exercício cumulativo de cargos, na ativa, é norma de exceção, portanto, somente se aplicando aos que se encontram na situação recepcionada pela Constituição. Nesse sentido, pontua a doutrina de Fernanda Marinela (2010, p.193-194):

No Brasil, a regra é a proibição para a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, só sendo possível exercê-la nas hipóteses excepcionais autorizadas pelo texto constitucional. (...) Excepcionalmente é possível a acumulação desde que preenchidos alguns requisitos, restringindo de qualquer maneira ao limite máximo de dois cargos, empregos ou funções públicas, não sendo possível mais do que isso.

Nesse sentido, são as lições de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 605-606) que adverte:

Vale lembrar, afinal, que as hipóteses de permissividade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias, como é o caso de dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas a situações não previstas. Desse modo, é inadmissível a acumulação remuneradas de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria. Na verdade, os casos de permissão espelham exceção ao sistema geral e além disso é de presumir-se que dificilmente o servidor poderia desempenhar eficientemente suas funções se fossem estas oriundas de três ou mais cargos, empregos ou funções.

Esse entendimento é adotado por Hely Lopes Meirelles (2008, p. 404), para quem:

A proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, tanto na Administração direta como nas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público (CF, art. 37, XVI e XVII), visa impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos.

A vontade do legislador constituinte vem bem explicada por Alexandre de Moraes (2006, p. 184):

As regras constitucionais de cumulação de vencimentos no setor público são de aplicação imediata e de observância obrigatória aos Estados-membros e Municípios que não poderão se afastar das hipóteses taxativamente previstas pela Constituição Federal.

A proibição visa, em última análise, dar conteúdo ao princípio da eficiência, exigido pelo artigo 37, caput, CF. A regra, obviamente, é de observância obrigatória a todos os Entes da Federação, como ressaltado na lição

de Fernanda Marinela (2010, p.26):

Esta exigência é indispensável para a proteção do interesse público. A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, aqui, o lucro é do povo, quem ganha é o bem comum.

Não foi outra a posição adotada por Celso Ribeiro Bastos (1992, p.123):

O princípio da proibição da acumulação de cargos e empregos, tem por escopo o primado da coisa pública. As exceções estabelecidas não objetivam “privilegiar gratuitamente ou diferenciar pessoas de forma desarrazoada. Não é em seu proveito que se permitem casos de acumulação. Não é para que um servidor passe a ser mais poderoso ou mais afortunado.

A exegese das regras, que tratam da acumulação de cargos, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum grano salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu. A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades.

4 O REQUISITO DA “COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS”

Requisito indispensável é a compatibilidade de horários, pois somente deve ser configurada a possível acumulação caso haja possibilidade de cumprimento integralmente a jornada de trabalho, em turnos completos, fixados em razão do horário de funcionamento do órgão ou entidade a que o servidor pertencer.

Os Tribunais do país, em diversas oportunidades, vêm confirmando que a sobreposição de jornadas de trabalho não pode ser analisada apenas

à luz de eventual colisão horária, porém sob o prisma da proteção da saúde do servidor e da eficiência das atividades públicas a serem desenvolvidas. Sendo pertinente a transcrição dos sólidos fundamentos invocados quando da decisão:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. ART. 37, INC. XVI, c, DA CF. ÁREA DA SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. APELO DESPROVIDO. 1. A compatibilidade de horários a que alude o inciso XVI do art. 37 da CF/88 ao permitir a acumulação de cargos públicos não diz respeito somente à vedação da sobreposição de jornadas, isto é, à colisão de horários, mas sim, também, à possibilidade do exercício, pelo servidor, das duas jornadas, sem prejuízo ao serviço e à saúde daquele, visando o legislador a proteger a saúde do servidor e a garantir a eficiência da prestação do serviço. 2. Mantido o ato administrativo que oportunizou à servidora o exercício do direito de opção por um dos cargos ocupados (Auxiliar de Enfermagem e Agente de Atividade de Saúde II) ou pela redução da carga horária de 40 para 30 horas semanais, não desbordando referido ato dos limites do inciso XVI do art.37 da CF/88. Apelo desprovido.” (Apelação Cível nº2008.72.00.013496-4, rel. Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, julgamento em 10.11.2009)“SERVIDOR PÚBLICO.

Além das disposições constitucionais, para o direito da acumulação, devem ser considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A dependência da compatibilidade de horários, evidente para o exercício dos dois cargos, empregos ou funções. Pensar em acumulação de vencimentos dos dois cargos, sem o exercício das funções respectivas, não teria força moral. Deve ser por essa razão, principalmente, que o texto constitucional exige a compatibilidade de horários como pressuposto fático da acumulação.

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva (1991, p.107):

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça

não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. (...) A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predetermina dos de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como se guiar na realização de seus interesses.

Observa-se a ementa do Supremo Tribunal Federal, sobre a questão da compatibilidade dos horários:

STF - AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 833057 RJ (STF)

Data de publicação: 30/06/2011

Ementa: LibreOffice E MENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. RECONHECIMENTO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a acumulação de cargos está condicionada à compatibilidade de horários. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, no que concerne à existência da compatibilidade de horário, necessário seria o reexame do conjunto fático probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.

Mesmo que a Constituição da República e a Constituição do Estado permitam que dois cargos públicos sejam acumulados quando houver compatibilidade de horário, isso somente será possível quando ambos os cargos puderem ser desempenhados de forma adequada e satisfatória, com atenção aos princípios constitucionais regedores da matéria. Desta forma, há a necessidade de verificação da compatibilidade de horários, respeitados os intervalos para repouso, alimentação e a percepção da distância a ser percorrida entre um emprego/cargo ou função e outro. Não comprometa a sua vida pessoal e profissional. Com base nos ensinamentos do Jurista José Cretella Júnior (1995, p.190) 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”.

ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS. CARGA HORÁRIA. O servidor público, ao sujeitar-se ao cumprimento de uma carga horária bastante extensa – sessenta e quatro semanais –, por força de acumulação remunerada de cargos públicos, corre o risco de comprometer sua saúde e de comprometer também a realização adequada de suas atribuições profissionais.” (Ape-
lação/Reexame Necessário nº 2008.70.00.030054-9, rel. Av. Afonso Pena, 1.901– Edifício Séculos – Funcionários – Belo Horizonte – MG – CEP 30130 – 004 10 ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOCACIA – GERAL DO ESTADO Desembargador Márcio Antônio Rocha, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, D.E de 16.11.2009).

Também entende o Superior Tribunal de Justiça que a comprovação efetiva da compatibilidade de horários não se deve limitar somente à compatibilidade objetiva das horas de trabalho do servidor nos dois cargos, sendo necessário restar evidente que a dupla jornada não atingirá a saúde física e emocional de forma a inviabilizar a execução de suas funções com a necessária eficiência que dele se espera (RMS nº 17.089/MA, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 01/07/2005, p. 563).

Em sentido de trazer clareza a questão, o Tribunal de Contas da União, em sede do Acórdão nº 2.133/2005 – 1ª Câmara firmou o entendimento de que o servidor submetido a dois ou mais regimes de serviço que excedam a 60 horas semanais, fica impossibilitado de cumprir de maneira legal e lícita os seus deveres funcionais.

Nos casos atinentes a Controladoria Geral de Disciplina, é possível através de ofícios aos órgãos públicos, nos quais o servidor exercia suas atividades saber a carga horária a qual o servidor estava a distrito, bem como estabelecer o cumprimento da mesma pelas escalas de serviço.

Até a presente data não há lei que limite a carga horária máxima em 60 (sessenta) horas semanais em relação aos servidores ocupantes de cargos públicos acumuláveis. O que vem sendo adotado é um limite implícito de grande importância que é o Princípio Constitucional da Eficiência, previsto no caput do 37 da Constituição Federal de 1988, que deve ser pontuado pelo administrador público para se evitar o comprometimento da prestação do serviço público.

5 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO IDEAL DO PROCESSO

A boa-fé não é somente uma circunstância a ser analisada nas relações de direito penal ou de direito privado entre particulares, a boa-fé deve também ser avaliada nas circunstâncias relacionadas entre o agente público e a administração pública. Esta expressão, boa-fé, tem origem latina, significando honestidade, confiança, lealdade e sinceridade. É o elemento externo do ato na intenção sob o qual o servidor fez ou deixou de fazer alguma coisa. A boa-fé pode ser objetiva ou subjetiva, esta última se refere a dados psicológicos, elementos internos, os quais conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de sua conduta, relaciona-se com a ideia de crença errônea. A boa-fé objetiva possui normas de conduta, elementos externos, que determinam a forma de agir das pessoas, conforme os padrões de honestidade reconhecidos e estabelecidos.

Na doutrina de Martins Costa (2000, p. 428):

Expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem.

Utilizando-se dos ensinamentos de Menezes Cordeiro (2001, p. 515 - 516):

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e, que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa/má fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. (...) Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta:

trata-se, apenas de decidir do conhecimento do sujeito. (...) O juiz só pode promanar, como qualquer pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento direto da má-fé do sujeito – máxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com o perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância.

Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, (2000, p.177-178) assinalam que: A boa-fé é um importante princípio jurídico, servindo também como fundamento para a manutenção do ato tisanado por alguma irregularidade, (...) podendo, em certas situações, sobrepor-se ao princípio da legalidade (...).

Para 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento sobre acumulação irregular de cargos, asseverou que a boa-fé do servidor é sempre presumida, uma vez que deve ser comprovada a má-fé de maneira inequívoca para que se possa aplicar a Lei de Improbidade Administrativa:

EMENTA: Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação civil pública. Acumulação indevida de cargos públicos. Má-fé ausente. Direito de opção. Falta de oportunidade para ser exercido. Improbidade administrativa não caracterizada. Sentença confirmada. 1. Rejeitada a petição inicial da ação civil pública na qual foi veiculada pretensão de ressarcimento do erário, está presente o duplo grau de jurisdição obrigatório. A remessa deve ser, de ofício, conhecida. 2. A boa-fé sempre é presumida. Assim, a má-fé desafia comprovação. 3. O funcionário público que esteja acumulando mais de um cargo público de forma irregular tem o direito de optar por apenas um deles. 4. Ausente a prova da má-fé na acumulação indevida de cargos e não tendo sido ensejada oportunidade para a opção, resta afastada a suposta improbidade administrativa. Revela-se, portanto, correta a sentença que deixou de receber a petição inicial. 5. Remessa oficial conhecida de ofício. 6. Apelação cível voluntária conhecida. 7. Sentença que deixou de receber a petição inicial confirmada no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Quando for identificado a inconstitucionalidade do acúmulo de cargos

e não havendo elementos probatórios da má-fé do servidor, é mister que a Administração Pública faça a notificação do servidor, com a finalidade de que este exerça o direito de opção. Considerando a regra segundo a qual a boa-fé é presumida, necessitando a má-fé prova nos autos, e os contornos subjetivos que a jurisprudência lhe atribui, há que se assegurar ao agente público a possibilidade de renunciar a um dos cargos. Referida oportunidade de escolha resulta até mesmo do status constitucional atribuído aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Após realizada a opção pelo servidor, afastado estará o acúmulo indevido.

O Superior Tribunal de Justiça já asseverou ser pertinente outorgar o direito de escolha ao servidor:

SERVIDORA PÚBLICA. ACUMULAÇÃO. CARGO. NOTIFICAÇÃO.

A Turma conheceu do recurso e deu-lhe provimento para que a recorrente seja devidamente notificada para exercer seu direito de optar por um dos cargos, anulando-se o ato demissório porquanto efetivado à revelia dos preceitos legais." (RMS nº 18.203 – AM, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, julgado em 06.09.2005, Informativo 259 do STJ)

Por este entendimento, verifica-se possível a Controladoria Geral de Disciplina do Estado do Ceará, a possibilidade de antes de iniciar qualquer procedimento administrativo em desfavor do servidor, poder oficiar aos recursos humanos do órgão para que o servidor faça a opção.

No ensinamento de José Maria Pinheiro Madeira (2006, p.167):

A simples notificação para realizar a opção pelo cargo/emprego diante da proibição de acumulação de cargos na Administração Pública não configura punição nem obrigatoriamente importará em processo administrativo, que somente ocorrerá caso o servidor não faça a opção pela remuneração de um dos cargos, estando de boa-fé.

A absolvição disciplinar do servidor somente é possível quando da constatação da incompatibilidade do acúmulo de cargos, quando todo o conjunto probatório carreado aos autos demonstrar, inequivocamente, a boa fé do servidor. Entretanto, caso haja a configuração da acumulação ilícita e

demonstrada a má-fé, o servidor infrator deve ser punido com a pena de demissão, perdendo, em consequência, os dois cargos.

6 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/92 trata dos casos de Improbidade Administrativa, visando à tutela do patrimônio público e da moralidade, impondo aos agentes públicos e aos particulares padrão de comportamento probó, ou seja, honesto, íntegro, reto. Estabelece modalidades de improbidade administrativa, previstas nos arts. 9º, 10 e 11: enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios norteadores da Administração Pública.

De acordo com Francisco Octávio de Almeida Prado (2001, p. 37), “A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória”.

Para Arnaldo Rizzardo (2009, p. 350):

Não se confunde improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade. (...) É necessário que venha um nível de gravidade maior, que se revela no ferimento de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros, como se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública.

A acumulação de cargos de forma ilícita não configura necessariamente um ato de improbidade administrativa, deve ser considerado outros elementos no caso concreto. Um dos aspectos a se avaliar é se houve ou não a má-fé, a efetiva prestação dos serviços e se a mesma se deu de forma satisfatória, sem trazer prejuízo a nenhum dos órgãos envolvidos. Em relação à boa-fé, a mesma é específica, pois se refere tão somente à vontade de exercer as duas atividades de forma eficiente e não causar prejuízo, mesmo estando o servidor consciente de que se trata de uma acumulação irregular de cargos públicos.

A Lei n. 8.429/92, que disciplinou os atos de improbidade, definiu-os

de maneira exemplificativa. Assim: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente...”

Dessa forma, a acumulação de cargos públicos fora das hipóteses elencadas na Constituição configura, em tese, conduta que afronta os princípios da Administração Pública e, por consequência, tipificada como ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, *caput*, da Lei 8.429/92. A probidade administrativa evidencia-se pelo dever do funcionário servir a Administração com eficiência, honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades.

Nos casos em que se demonstra ter havido efetivo prejuízo para a Administração Pública, como no caso da incompatibilidade de horários (que obviamente leva à conclusão de que os serviços não foram prestados com efetividade nos órgãos concomitantemente), não resta dúvida quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A jurisprudência é no seguinte sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – CARACTERIZAÇÃO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – CABIMENTO. A constatação de cumulação de cargos administrativos caracteriza interferência constitucional (art. 37, XVI CF), bem como conduta de improbidade administrativa, passível de ressarcimento ao erário. Não ocorre prescrição em caso de ressarcimento ao erário. Ação procedente. Recurso negado.(TJSP – Apelação Cível com Revisão n. 632.330.5/8-00 – Penápolis – Rel. Des. Danilo Panizza – data do julgamento 11/03/2008 – 1ª Câmara. Dir. Público).

Decisão proferida que merce destaque também:

“A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.” (Nesse senti-

do: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.)

É comum nas portarias instauradoras de processos administrativos disciplinares, editadas pela Controladoria Geral de Disciplina a inserção nos casos de situações dos servidores que ocupam mais de um cargo, emprego ou função pública o dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa.

Diante do indevido acúmulo, por vezes é necessário o procedimento disciplinar administrativo, entende-se que é pertinente para enquadrar certos casos, na Lei 8.429/92, que trata dos casos de Improbidade Administrativa. Existirá dano ao erário, quando se constata que o servidor que acumulava ilicitamente cargos públicos não trabalhou em um deles, por consequência a devolução do que efetivamente foi recebido. Revelada a má-fé do servidor, com a prova da incompatibilidade de horários, haverá prejuízo para uma das entidades para qual o servidor presta serviços, sendo certo que não se trata de mera irregularidade. Assim, se impõe a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

6 CONCLUSÃO

As Constituições, a doutrina e a jurisprudência no Brasil são inquestionavelmente hostis às acumulações remuneradas. Frisa-se, em especial a existência do princípio da inacumulabilidade, que se destina a prestigiar valores e objetivos como o valor do trabalho, a busca do pleno emprego, o objetivo da justiça social, essenciais ao caráter democrático do Estado de Direito consagrado na Constituição da República. Nesse contexto, a permissão de acumular cargos públicos não pode exceder os limites estritamente fixados na Lei Magna, sob pena de ofensa às regras constitucionais.

No exercício do controle externo e prévio, a Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário, com atribuições que lhes são conferidas pela Constituição Estadual do Ceará, amparada pela Lei Complementar N^o 98/2011, é competente para apurar a responsabilidade disciplinar e aplicar as sanções cabíveis. Assim os procedimentos administrativos são instaurados aos militares da Polícia Militar, militares do Corpo de Bombeiros, membros das carreiras de Polícia Judiciária

e membros da carreira de Segurança Penitenciária, nos casos relativos a acúmulo de cargos públicos. Em determinados casos a demissão é instrumento cabível para o resgate da juridicidade.

Quando do exame do caso concreto, deve-se analisar a compatibilidade de horários, pois não há um limite objetivo na lei. De toda sorte, se mostra imprescindível avaliar se a carga horária dos cargos cumulados na jornada possibilita ao servidor, de forma razoável, um adequado período destinado ao descanso, alimentação e distância.

A acumulação ilícita de cargos públicos nem sempre estará sujeita à Lei 8.429/92, de Improbidade Administrativa, uma vez que nos episódios em que não existir a comprovação do dano ao erário há tão somente uma situação de irregularidade. Será considerado como regra o pressuposto da boa-fé do servidor, a qual é presumida, somente se admite a existência de má-fé, nas hipóteses em que for constatado efetivamente dano à Administração Pública. Existindo comprovação de que os serviços foram efetivamente prestados pelo servidor, não há como se falar em desvio ético capaz de ensejar a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa.

Antes da instauração de procedimento, a Controladoria Geral de Disciplina deve notificar previamente o servidor para que faça a opção por um dos cargos, empregos ou funções públicas. Instaurar procedimentos administrativos disciplinares, somente quando estiver clara a má-fé do servidor, quando houver indícios de que houve dano ao erário, quando não houver a opção por um dos cargos, a incompatibilidade de horários. Nos casos em que não for demonstrado tais requisitos, não se deve instaurar procedimento, respeitando o princípio administrativo da razoabilidade, pois segundo este o Poder Público está obrigado, a cada ato que edita, a mostrar a pertinência (correspondência) em relação à previsão abstrata em lei e os fatos em concreto que foram trazidos à sua apreciação.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. vol. I., 2001.

CRETELLA Júnior, José. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**, 3ª ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Servidores Públicos**. Niterói: Impetus, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e típica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro: a atividade administrativa: moralidade e eficiência**. 34ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**, GZ Editora, 2009.

SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, **Processo Administrativo**, Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.