AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.401.596 - RJ (2018/0304934-3)

AGRAVANTE : UNIÃO
AGRAVADO : GISELLE MESSIAS GAUDENCIO
ADVOGADO : PAULO VINICIUS NASCIMENTO FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RJ132642

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por UNIÃO, contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, objetivando reformar o acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, assim ementado (fls. 149-150):

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. PROVIMENTO.
>
> I. Trata-se de apelação cível interposta contra sentença proferida nos autos do mandado de segurança, com requerimento de liminar, objetivando, em síntese, decisão judicial que lhe garanta cumular dois cargos públicos inerentes à profissional da área de saúde.
>
> II. Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do MS n° 15.415/DF (STJ - 1ª Seção - Rel. Min. Humberto Martins - julgado em 13/04/2011 - DJe de 04/05/2011), firmou o entendimento no sentido de que cumpre à Administração Pública comprovar a existência de incompatibilidade de horários em cada caso específico, não bastando tão somente cotejar o somatório de horas trabalhadas com o padrão derivado de um parecer ou mesmo de acórdão do Tribunal de Contas da União.
>
> III. Seguindo esta orientação, a 3ª Seção Especializada deste Tribunal tem se manifestado no sentido de que não é razoável que a Administração Pública venha a cercear um direito garantido constitucionalmente à Autora sem qualquer apuração acerca da efetiva existência de incompatibilidade de horários dos cargos a serem exercidos.
>
> IV. Neste mesmo sentido, o STF, cm decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso, nos autos do ARE 782170/PE, em 28/11/2014, se manifestou no sentido de que o Executivo não pode. sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista em lei, de modo que, ainda que a carga horária semanal dos dois cargos seja superior ao limite previsto no parecer da AGU, deve ser assegurado o exercício cumulativo de ambos os cargos públicos.
>
> V. Ocorre que, recentemente, o STJ, no julgamento do MS n° 19300/DF (STJ - 1ª Seção - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - DJe de 18/12/2014), contrariando o entendimento firmado anteriormente, se manifestou no sentido de que é possível a limitação da carga horária de 60 (sessenta) horas semanais, o que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal.
>
> VI. Diante da ausência de consolidação de jurisprudência sobre o tema pelos Tribunais Superiores, mantenho meu entendimento ate então firmado no sentido de que não se pode prejudicar a autora por mera presunção

> de que a realização de jornada de trabalho superior a sessenta horas compromete a qualidade do serviço prestado.
>
> VII. In casu, a autora pretende cumular as atribuições do cargo público de Auxiliar de Enfermagem que exerce junto ao Hospital Geral de Bonsucesso, com carga horária de 30 (trinta) horas semanais, por força da Portaria n° 1.281/2006, com o idêntico cargo que ocupa junto ao CMS Prof. Manoel de Abreu,vinculado ao Município do Rio de Janeiro, com carga horária também de 30 (trinta) horas, as quais podem ser compatibilizadas mediante escala de serviço com a Administração.
>
> VIII. Apelação conhecida e provida.

Na origem, trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrada com o objetivo de que seja declarada lícita a acumulação de cargos públicos na área de saúde, a saber: auxiliar de enfermagem junto ao Hospital Federal de Bonsucesso desde 9 de outubro de 2007 e auxiliar de enfermagem junto à Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro desde outubro de 2003.

Alega que "a autoridade coatora, através de processo administrativo disciplinar e em total desrespeito à Constituição da República, tenta reverter a situação funcional da impetrante, obstando os direitos inerentes ao cargo, condicionando-a a escolha de um único cargo" (fl. 2).

Deu-se, à causa, o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em primeira instância, o *writ* foi indeferido, considerando que (fl. 86):

> (...)
>
> Da análise dos autos, a impetrante não apresentou prova pré-constituída acerca da alegada compatibilidade de horários, restando ausente o direito líquido e certo a se proteger neste rito processual.
>
> (...)

Em grau recursal, o Tribunal deu provimento ao apelo (fls. 137-150).

Na via do recurso especial, o recorrente aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 19 e 118 da Lei n. 8.112/1990.

Afirma haver total incompatibilidade de horários, vez que acumula dois cargos de auxiliar de enfermagem, perfazendo o total de 60 horas semanais.

Ademais, considera o seguinte (fls. 160-161):

> (...)
>
> Frisa-se, ainda, o que foi disposto pelo MP em seu parecer (fls. 82-83), transcrito na v. decisão (fl. 85-86), a fim de que se percebe que, mesmo levando em conta a carga horária alegada pela parte, é impossível a manutenção da cumulação dos cargos visto que a impetrante trabalha em dias alternados e, portanto, não há como aferir a compatibilidade e garantir a eficácia e razoabilidade necessária para que tal cumulação ocorra:
>
> Percebe-se nas declarações juntadas às fls. 15/16, que a impetrante

> trabalha em (dias alternados nos dois nosocôinios. Tendo em vista tal observação, não há como aferir a compatibilidade de horários sem que haja, teor das declarações, a menção do horário de trabalho praticado efetivamente.
>
> Ocorre que, na declaração atualizada emitida pela Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro (fl. 16), referente ao presente ano, não há a indicação do horário de trabalho, como a elaborada pelo HFB (fl. 15). As declarações juntadas às fls. 40 c 41 estão desatualizadas pois referem-se ao ano de 2016.
>
> Não obstante a juntada das escalas de serviço, não há como verificar a compatibilidade efetiva dos horários nos dois cargos – ou seja, não é possível saber a disposição dos dias trabalhados ao longo da semana para se verificar a real possibilidade de exercício simultâneo das duas funções. Não há como averiguar se há sobreposição de horários. Ausente a prova pré-constituída acerca da alegada compatibilidade de horários, não há direito líquido e certo a ser amparado – ficando ressalvada à impetrante, por certo, a propositura de ação ordinária com exercício probatório ampliado."
>
> Noutro eito não respeita o intervalo mínimo de 11 horas estabelecido pelo artigo 66 da CLT, que reza "Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso."
>
> Com efeito, o pedido autoral contraria os arts. 19 e 118, da Lei 8.112/90.
>
> (...)

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido (fls. 171-177).

O recurso especial foi inadmitido com fundamento nas Súmulas n. 7/STJ e 83/STJ. Quanto à suposta ofensa à alínea *c* do art. 105, III, da Constituição Federal, o Tribunal local entendeu que o recorrente não demonstrou a similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento recursal, nos termos do parecer de fls. 213-217, que guarda a seguinte ementa:

> Agravo. Recurso Especial. Administrativo. Acumulação de dois cargos públicos privativos de profissional da saúde. Carga horária não superior a 60 horas semanais. Possibilidade.Presunção de incompatibilidade de horários. Ausência de comprovação. Óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do Agravo, com conseqüente não conhecimento do Recurso Especial.

É o relatório. Decido.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na

forma do novo CPC."

Tendo o agravante impugnado a fundamentação apresentada na decisão agravada e atendidos os demais pressupostos de admissibilidade do presente agravo, passo ao exame do recurso especial.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de acumulação de cargos públicos, nas hipóteses constitucionais, quando a jornada total final ultrapassar 60 horas semanais.

A Primeira Seção desta Corte Superior vinha reconhecendo a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos privativos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho for superior a 60 horas semanais.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posiciona-se "[...] no sentido de que a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexiste tal requisito na Constituição Federal" (RE 1.094.802 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/5/2018, DJe 24/5/2018).

Segundo a orientação da Corte Maior, seguida por este Superior Tribunal, o único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela Administração Pública.

Confira-se:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS REMUNERADOS. ÁREA DA SAÚDE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. REQUISITO ÚNICO. AFERIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
>
> 1. A Primeira Seção desta Corte Superior tem reconhecido a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos privativos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho for superior a 60 horas semanais.
>
> 2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posiciona-se "[...] no sentido de que a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60 horas semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexiste tal requisito na Constituição Federal" (RE 1.094.802 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 11/5/2018, DJe 24/5/2018).
>
> 3. Segundo a orientação da Corte Maior, o único requisito estabelecido para a acumulação é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela administração pública. Precedentes.
>
> 4. Adequação do entendimento desta Corte ao posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

> 5. Recurso especial provido.
>
> (REsp 1746784/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe 30/8/2018)

No tocante à compatibilidade de horários, assim decidiu o Tribunal *a quo, in verbis:*

> (...)
>
> 6. Com efeito, o entendimento que considera ilícita a acumulação de cargos apenas por totalizarem uma jornada de trabalho superior a sessenta horas semanais não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal, cm seu art. 37, XVI, bem como a Lei 8.112/90, cm seu art. 118, § 2º, condicionam a acumulação à compatibilidade de horários, não havendo qualquer previsão de carga horária máxima. Ademais, o entendimento externado pelo Tribunal de Contas da AGU no acórdão n° 2.133/2005, de D.O.U. 21/09/2005 não tem força normativa que possa preponderar sobre a garantia constitucional.
>
> (...)
>
> 13. In casu, a autora pretende cumular as atribuições do cargo público de Auxiliar de Enfermagem que exerce junto ao Hospital Geral de Bonsucesso, com carga horária de 30 (trinta) horas semanais, por força da Portaria n° 1.281/2006 (fls. 14/15), com o idêntico cargo que ocupa junto ao CMS Prof. Manoel de Abreu, vinculado ao Município do Rio de Janeiro, com carga horária também de 30 (trinta) horas, as quais podem ser compatibilizadas mediante escala de serviço com a Administração.
>
> Note-se que as duas jornadas semanais montam 60 (sessenta) horas, não havendo, portanto, jornada de trabalho semanal excessiva que possa comprometer a saúde da autora e a própria qualidade do trabalho.
>
> 14. Com efeito, não se pode prejudicar a apelante por mera presunção de que a realização de jornada de trabalho superior a sessenta horas compromete a qualidade do serviço prestado, uma vez que a Administração, ao longo dos dois primeiros anos em que o servidor se encontra investido no cargo público, faz, obrigatoriamente, avaliação especial de seu desempenho, por se tratar de condição para que este venha a adquirir estabilidade no serv iço público. Assim, a assiduidade, a disciplina, a capacidade de iniciativa, a produtividade e a responsabilidade do servidor são regularmente avaliadas pela autoridade competente (art. 20 da Lei n° 8.112/90).
>
> 15. Por todo o exposto, verifica-se que a acumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissão regulamentada, é garantia constitucional, cuja norma não estabeleceu limitação de carga horária, mas apenas que haja compatibilidade de horário. Assim, essa compatibilidade há que ser aferida quanto ao horário em que cada cargo ou emprego será exercido, não em relação à quantidade de horas a serem cumpridas diariamente/semanalmente.
>
> (...)

Por outro lado, não há nos autos qualquer informação no sentido de que a Administração Pública teria realizado efetivamente a aferição pela incompatibilidade de horários, tendo baseado o apontado indeferimento de acumulação na presunção de incompatibilidade somente pela soma, em tese, das jornadas.

Desse modo, inviável a análise do pleito recursal no sentido de

que haveria incompatibilidade de horários, uma vez que demandaria análise do conjunto fático-probatório dos autos, de modo a atrair a incidência da Súmula n. 7/STJ.

Ademais, ainda que assim não fosse, o acórdão recorrido assenta-se em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais e a parte não interpôs o correspondente recurso extraordinário, a incidir o enunciado da Súmula n. 126/STJ.

Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que o recurso especial teve origem em mandado de segurança. ("na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios", Súmula 105/STJ).

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, *a*, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator