AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.423.913 - MS (2019/0000817-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : MARCELO LUIS VEIGA MARTINHO
ADVOGADOS : CLEYTON BAEVE DE SOUZA - MS018909
QUÉZIA JAIME DE JESUS - MS020939
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES - EBSERH
ADVOGADO : ANNA RITA LUDOVICO FERREIRA BROMONSCHENKEL - GO018469

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE. LIMITAÇÃO DA JORNADA SEMANAL A 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS. REQUISITO NÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INVIABILIDADE DA RESTRIÇÃO COM BASE UNICAMENTE NESSE CRITÉRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL SERVIDOR A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Agrava-se de decisão que inadmitiu o Recurso Especial interposto com fundamento nas alíneas *a*, *b* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, no qual MARCELO LUIS VEIGA MARTINHO se insurge contra acórdão do egrégio TRF da 3a. Região, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFISSIONAL DA SAÚDE. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I. O mandado de segurança é ação de cunho constitucional e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

II. Pretende o impetrante assegurar sua posse e contratação para o exercício do cargo de técnico em enfermagem, para o qual foi aprovado em concurso público.

III. Afirma ser servidor público do Estado de Mato Grosso do Sul, lotado na Fundação de Serviços de Saúde de MS, onde exerce a função de Técnico de Enfermagem, com carga horária semanal máxima de 40 horas, em sistema de escala de 12 h por 36 h.

IV. Informa, ainda, que após ser classificado e aprovado no concurso público para provimento do cargo de técnico em enfermagem junto ao EBSERH, com carga horária de 36 h semanais, foi impedido de tomar posse, sendo vedada cumulação de cargos que ultrapassem 60 horas semanais (Parecer GQ-145 da AGU).

V. Conforme se depreende do artigo art. 37, inc. XVI, da CF/88, a cumulação remunerada de cargos é vedada, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI (Redação da Emenda n° 19, de 1988): a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Incluída pela Emenda Constitucional 19, de 1988) e c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 34, de 2001).

VI. A incompatibilidade de horários deve ser analisada caso a caso. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Aglnt no AREsp 335.769/RJ, Rei. Ministro NAPOLEÃO NUNES MA1A FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 27.10.2017).

VII. Na hipótese vertente, o Edital 3 - EBSERH. que regulamentou o concurso aqui tratado, previu, em seu item 12.5, a admissão do candidato aprovado "à observância do Ari. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, e do Parecer ? GQ - 145, da Advocacia Geral da União, de 30.3.98, DOU de 3.1.98, referente a acúmulo de cargos (fl. 33).

VIII. Da mesma forma, o anexo I do edital em questão estabeleceu que para o cargo de técnico em enfermagem a carga horária semanal seria de 36 horas - fl. 34. Assim, a se conceder a ordem pleiteada ou mesmo o seu pedido subsidiário, haveria inegável ofensa aos princípios norteadores da Administração Pública (da legalidade, da vinculação ao edital, da moralidade e ao da isonomia), criando-se um beneficio em favor do impetrante e em detrimento dos outros candidatos não agraciados por tal beneplácito administrativo.

IX. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é o norte a ser seguindo em termos de qualquer concorrência pública, e o candidato, ao tomar ciência dos termos do edital e inscrever-se no certame, anui com as regras ali fixadas.

X. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a acumulação remunerada de cargos deve atender ao princípio da eficiência, na medida em que o profissional de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra (Aglnt no AREsp 1.063.225/RJ,

Rei. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 7.11.2017, DJe 10.11.2017).

XI. Dessa forma, tendo em vista que a cumulação dos cargos resultaria em 76 horas semanais, em prejuízo à eficiência do serviço, pois retira do servidor o descanso necessário para o melhor rendimento e bem-estar, havendo legalidade do ato administrativo que impediu o apelante de tomar posse no cargo de técnico em enfermagem, de rigor a manutenção da r. sentença.

XII. Apelação não provida (fls. 348/349).

2. Nas razões do Recurso Especial inadmitido, a parte recorrente aponta violação dos arts. 37, XVI, c, 5o., LXXVIII da CF, aos argumentos de que: (a) existe compatibilidade de horários a ser analisada de acordo com o caso concreto por meio de procedimento administrativo; (b) a análise superficial e a alegação de que a jornada de trabalho total seja superior a 60 horas semanais não é suficiente para impedir que a parte assuma o cargo público; (c) a Administração possui instrumento legal denominado estágio probatório para avaliar critérios que servem como parâmetros para atestar a capacidade do servidor para o cargo.

3. É o relatório.

4. Cinge-se a questão posta na presente demanda acerca da possibilidade de cumulação de cargos na área de saúde, ainda que a carga horária cumprida pela parte autora ultrapasse o limite de 60 horas semanais fixado pelo o Acórdão TCU 2.133/2005 e pelo Parecer GQ 145/1998 da Advocacia-Geral da União.

5. Nos termos da norma constitucional expressa e do art. 118 da Lei 8.112/1990, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvados os casos previstos no art. 37, XVI da Constituição Federal, dentre eles o de dois cargos ou empregos privativos de Profissionais de Saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior.

6. Assim, de acordo com os citados dispositivos, os requisitos exigidos para a cumulação de cargos na área de saúde são a compatibilidade de

horários e a observância, em qualquer caso, do teto de vencimentos e subsídios previstos no inciso XI do art. 37 da CF.

7. Nesse passo, a Primeira Seção do STJ - alterando entendimento outrora consolidado acerca de impossibilidade de os cargos ocupados pelo Servidor ultrapassarem a jornada de 60 horas semanais -, no julgamento do REsp. 1.767.955/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 3.4.2019, adequando-se à orientação do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que o único requisito estabelecido para a acumulação de cargos na área da saúde é a compatibilidade de horários no exercício das funções, cujo cumprimento deverá ser aferido pela Administração Pública.

8. Eis a ementa desse julgado:

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. PRECEDENTES DO STF. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

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 (sessenta) horas semanais.

2. Contudo, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, posicionam-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 do STF.

4. Adequação do entendimento da Primeira Seção desta Corte ao posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal

sobre o tema.

5. Recurso especial a que se nega provimento (REsp. 1.767.955/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, Primeira Seção, DJe 3.4.2019).

9. Sobre o tema, ambas as Turmas que compõem o Supremo Tribunal Federal têm entendido 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/PE, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe 24.5.2018). No mesmo sentido:

> *RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE – LIMITAÇÃO DA JORNADA SEMANAL A 60 (SESSENTA) HORAS POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL – REQUISITO NÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – INVIABILIDADE DA RESTRIÇÃO COM BASE UNICAMENTE NESSE CRITÉRIO, DEVENDO AVERIGUAR-SE A COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO* (RE 1.023.290, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 6.11.2017).
>
> 222
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. FIXAÇÃO DE JORNADA POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO DA ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a Constituição Federal autoriza a acumulação remunerada de dois cargos públicos privativos de profissionais da saúde quando há compatibilidade de horários no exercício das funções e que a existência de norma infraconstitucional que estipula limitação de jornada semanal não constitui óbice ao reconhecimento do direito à acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea c.*
>
> *2. Agravo regimental não provido* (ARE 859.484, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.6.2015).

10. Com base nessas considerações, dá-se provimento ao

Agravo em Recurso Especial do Servidor, a fim de reconhecer a possibilidade de acumulação de cargos no caso em comento, respeitada a compatibilidade de horários.

11. Publique-se.

12. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR