

**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCESSO Nº 02001002493615
ORIGEM: SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO
INTERESSADO: CORREGEDORIA GERAL DA SAEB**

Consulta a respeito do ilícito acumulação ilegal. Parâmetros para identificar a existência de boa-fé ou má-fé na prática da infração do ilícito acumulação ilegal. Consciência da ilicitude da sua conduta, conjugando-se, preferencialmente, mais de uma prova indiciária. Submissão do feito ao Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, antes da remessa do feito para o Procurador Geral do Estado.

Trata-se de consulta realizada pela Corregedoria Geral da SAEB na qual foram feitos diversos questionamentos acerca do ilícito “acumulação ilegal”.

Após analisar diversos processos disciplinares desde final de 2009 até a presente data, posso agora construir algumas idéias a respeito das dúvidas suscitadas.

Antes de responder às perguntas formuladas, farei breves considerações acerca da infração em comento:

Em primeiro lugar, importa registrar que, para uma cumulação ser considerada lícita, não basta apenas a existência de dois cargos compatíveis, exigindo-se também a compatibilidade de horários, que demanda a observância dos intervalos necessários para alimentação, deslocamento e repouso, como se verifica do inteiro teor do art. 177 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia:

Art. 177 - É vedada a acumulação, remunerada ou não, de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

- a) de dois cargos de professor;
- b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) de dois cargos de médico.

§ 1º - A proibição de acumular estende-se a cargos, funções e empregos em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§2º- **A compatibilidade de horários consiste na conciliação entre horários de trabalhos correspondentes a mais de um vínculo funcional e definidos ao servidor em razão das necessidades de serviço,**

considerados os intervalos indispensáveis à locomoção, às refeições e ao repouso.

Extrai-se ainda do dispositivo acima transcrito a regra de que a proibição de acumular se estende para todos os entes da Federação brasileira (União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal), seja o vínculo da Administração Pública direta, autárquica e fundacional (cargo ou função pública decorrente da contratação de servidor temporário – REDA), seja da Administração Pública indireta decorrente do exercício de emprego público em empresas estatais (sociedade de economia mista e empresa pública).

Isso quer dizer que, para a caracterização da acumulação ilícita, pouco importa se servidor está desempenhando de forma aparentemente regular suas atribuições no Estado da Bahia (isto é, se ele está cumprindo sua carga horária no vínculo estadual), visto que a proibição de cumulação visa proteger a Administração Pública (federal, estadual, municipal e distrital) como um todo, a fim de que nenhum ente fique prejudicado quando alguém está em regime de acumulação.

Esta é a razão pela qual o parágrafo único do art. 193 da Lei estadual n. 6.677-94 determina que seja comunicada a pena de demissão (imposta em caso de má-fé na acumulação) quando o cargo, emprego ou função é exercido em outro órgão ou entidade, a fim de que outro ente federativo (através de seus órgãos) ou entidade descentralizada (da Administração indireta) exerça o seu poder disciplinar sobre o servidor de seu quadro.

Além disso, depreende-se também do referido art. 193 a seguinte regra: uma vez detectada a cumulação ilícita, necessariamente deverá ser deflagrado processo disciplinar, durante o qual deverá ser perquirida a existência de boa-fé ou má-fé do agente público, somente cabendo o direito de opção depois de provada a boa-fé.

Nesse diapasão, oportuna a transcrição deste dispositivo:

Art. 193 - Apurada em processo disciplinar a acumulação proibida e provada a boa-fé, o servidor optará por um dos cargos, e havendo má-fé, perderá também o cargo que exercia há mais tempo, com restituição do que tiver percebido indevidamente.

Parágrafo único - Sendo um dos cargos, emprego ou função exercido em outro órgão ou entidade, a demissão ser-lhe-á comunicada.

Note-se, por conseguinte, que essa disposição constante no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia é diferente da regra prevista no art. 133 da Lei federal n. 8.122-90. (que dispõe sobre Regime Jurídico dos Servidores

Públicos Civis da Administração Federal), visto que o Estatuto “federal” somente determina o indiciamento do servidor quando este não exerce o direito de opção após dez dias da sua notificação sobre a existência de acumulação ilegal, cabendo ainda a presunção de boa-fé quando este faz opção até o último dia do prazo de defesa:

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 **notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata**, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

(...)

§ 5º **A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé**, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Disto se deflui que, no âmbito da Administração Pública Federal (e não estadual), é possível afastar a imputação de má-fé do agente público quando o suposto infrator exerce o seu direito de opção antes de iniciar o procedimento administrativo.

É por este motivo que alerto para que se tenha muito cuidado na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, porquanto estes Tribunais Superiores, normalmente, estão interpretando os dispositivos da referida norma federal, que não podem jamais ser aplicados na análise de expedientes do Estado da Bahia, posto que este ente possui legislação (Lei estadual n. 6.677-94) e regras próprias (art. 193).

Por fim, importa ainda destacar que também devemos observar as disposições constantes na Constituição Federal sobre acumulação ilegal, notadamente em relação à proibição de cumulação de proventos constantes no art. 37, §10º e art. 40, §6º da Carta Magna:

Art. 37: (...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 40 (...)

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Feitas essas observações, passo a apresentar meus entendimentos sobre os pontos questionados.

A primeira pergunta é sobre *o entendimento da PGE sobre boa-fé e quais os requisitos para sua configuração.*

A expressão "boa-fé" possui origem latina em "*fides*", que, nos tempos romanos, significava honestidade, confiança, lealdade e sinceridade e sua existência decorre do primado da pessoa humana.

Na análise do ilícito acumulação ilegal, penso que a boa-fé pode ser presumida quando existir dúvida objetiva de que o servidor não sabia da ilicitude do exercício simultâneo de mais um cargo, emprego ou função pública, pois o acusado acreditava que estava agindo corretamente, com lealdade e sinceridade, perante a Administração Pública que este serve.

Assim, se ao final do processo disciplinar não foi possível colher provas ou evidências da má-fé no comportamento do indiciado, em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência (segundo o qual todos são inocentes de qualquer acusação, até que exista prova em contrário), forçoso reconhecer a boa-fé do servidor.

Isso porque, de acordo com a redação do art. 193 da norma estadual em voga, é ônus do servidor acusado de acumulação provar a sua boa-fé, o que não afasta o dever da Administração de demonstrar a má-fé para que seja possível aplicar a pena de demissão, tal como qualquer infração funcional passível de ato demissionário, que deve estar cabalmente comprovada nos autos.

Além disso, é um princípio que orienta todas as relações jurídicas o da presunção de que as partes agiram com lealdade (boa-fé), salvo quando a lei expressamente presumir que existe má-fé em alguma situação, como ocorre em algumas passagens no Código Civil¹.

Logo, se a Administração não consegue provas da má-fé do servidor, não poderá aplicar-lhe a pena de demissão, sob pena de estar se presumindo,

¹ Art. 1201 e 1202 do Código Civil

sem evidências, de que houve a prática de um ilícito sujeito a imposição de sanção disciplinar, quando devemos seguir o princípio do *in dubio, pro reo*, segundo o qual, na dúvida, deve-se dar a interpretação favorável ao réu (*in casu*, a interpretação em favor do acusado é de que houve boa-fé).

Para responder a segunda pergunta (*o que se entende por má-fé e quais requisitos para sua configuração*), cumpre discorrer sobre algumas situações que, uma vez detectadas, podem servir de parâmetro para identificar se houve má-fé ou não na conduta do acusado.

Primeiramente, vale lembrar que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar as regras do Código de Processo Penal, por força do disposto no art. 251 do Estatuto em comento.

Com efeito, sendo o processo disciplinar uma espécie de procedimento sancionatório (que impõe sanções diante da prática de um ilícito), penso que podemos aplicar, no que for cabível, algumas regras do Direito Penal.

Como se sabe, o Direito Penal é a *ultima ratio*, porquanto determina quais são as condutas ilegais mais graves no Ordenamento Jurídico que devem ser reprimidas de forma mais severa (com pena de detenção ou reclusão) e como é possível caracterizá-las como crime (fato típico, ilícito e culpável).

Sobre a possibilidade de transposição das teorias de Direito Penal para o Direito Administrativo, o autor **Sandro Lucio Dezan**, na sua obra *“Ilícito Administrativo Disciplinar – Da Atipicidade ao Devido Processo Legal Substantivo”*, defendeu que é possível realizar a caracterização do ilícito administrativo-disciplinar à semelhança do que é feito no ilícito penal:

*“...Insta ressaltar que os dois critérios acima expostos, decorrentes do critério formal, devem ser cumulativos e, assim, para a contatação de ocorrência de ilícitos administrativos na seara administrativo-disciplinar há de haver: (a) fato tipificado em diploma disciplinar, vinculado à ameaça de sanção, sendo esta distinta das elencadas no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, inclusive, sendo o caso, levando-se em consideração a enunciação-enunciada; (b) o referido fato há de ser ilícito, contrário ao ordenamento, consistindo em fato ofensivo a um dever de conduta ou proibição, imposto por lei ou por ato administrativo normativo e, assim, passível de sanção; e (c) o fato há de ser culpável, com existência dos seus três elementos: **(c1) consciência ao menos potencial da ilicitude;** **(c2) imputabilidade, consistente em ser o agente servidor público ou equiparado a dispositivo legal, compondo, assim, uma relação***

jurídica estatutária e (c3) exigibilidade de conduta diversa da conduta ilícita.” (grifos nossos)²

Penso igualmente que, para verificação da prática de uma infração disciplinar, também devem estar presentes os elementos acima referidos: a subsunção de uma conduta a um fato descrito na norma estatutária como infração disciplinar (tipicidade), por implicar em violação de deveres e proibições funcionais (ilicitude) e que o servidor público estatutário, além do poder de se auto-determinar, tenha potencial consciência da ilicitude de seu comportamento, podendo adotar conduta diversa daquela praticada.

No que concerne o ilícito acumulação proibida, **para averiguação da má-fé, devemos analisar se o agente público tinha potencial consciência da ilicitude do seu comportamento**, isto é, **se ele tinha condições de saber que estava em uma situação de cumulação ilícita quando estava exercendo simultaneamente mais de um cargo, emprego ou função pública, o que é reforçado quando ele tinha condições de adotar conduta diversa no caso concreto**.

A primeira situação que pode ser considerada como indicativa de má-fé no comportamento do servidor é quando este **omite deliberadamente a informação de que possui dois ou mais vínculos**. Explico:

Como se sabe, o servidor público estadual, antes de tomar posse no cargo público, preenche uma declaração na qual este responde ao questionamento feito pela Administração sobre a existência de outro vínculo municipal, estadual ou federal.

Ao responder de forma negativa a esta questão, quando já possui um vínculo (cargo, emprego, função) em outro ente federativo ou até no próprio Estado da Bahia (que, infelizmente, ainda não possui mecanismos eficazes de identificar acumulação, salvo quando é realizada uma inspeção ou auditoria), **normalmente o agente público está escondendo aquela informação, eis que tem consciência de que está errado (de que sua posse no novo cargo implicará em cumulação proibida)**.

É aquele velho ditado popular: *quem não deve, não teme*.

Essa omissão pode ocorrer ainda quando o servidor já estava exercendo o cargo estadual e deixou de informar seu novo vínculo com o Estado ou suas entidades descentralizadas ao tomar posse, bem como quando preencheu alguma ficha

² DEZAN, Sandro Lucio. **Ilícito Administrativo Disciplinar – Da Atipicidade ao Devido Processo Legal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 161.

de cadastramento feita pela Administração Pública estadual e deixou de relatar seu vínculo pré-existente.

Nas duas situações acima descritas, considerando o dever de lealdade com a Administração previsto no art. 175, inciso II, do Estatuto funcional, era exigível do servidor declarar que possuía outro vínculo público, indicando, por consequente, sua culpabilidade quando não o faz.

Por isso, acredito ser importante incluir uma nova regra na revisão do Estatuto do Servidor Público Civil: a obrigação de o servidor informar à Administração qualquer mudança nos seus dados constantes na sua ficha inicial: endereço físico e eletrônico, estado civil, telefone e, especialmente, a existência de vínculos de natureza pública ou privada que vier a assumir.

Outra situação que considero mais fácil identificar essa consciência **(a má-fé) é quando o servidor incorre em tríplice acumulação de cargos, diante da total impossibilidade jurídica de cumulação três cargos,** visto que tanto a Constituição como o Estatuto estabelece expressamente, como exceção à vedação de acumulação, a possibilidade de exercício simultâneo de apenas **dois cargos** (dois de professor, um de técnico e um de professor, e dois da área de saúde com profissões regulamentadas).

Ora, não podemos esquecer o princípio previsto no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o *qual ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*

Até no Direito Penal o desconhecimento da lei é inescusável e o erro evitável sobre a ilicitude do fato pode apenas atenuar a pena do infrator (vide art. 21 do Código Penal).

Logo, o agente que incorre em tríplice cumulação de cargo não pode, a princípio, alegar que não sabia que só podia cumular dois cargos para fugir das consequências legais previstas no art. 193 do Estatuto (demissão nos vínculos).

Todavia, levando-se em conta que a Administração possui o ônus de provar a má-fé, recomenda-se que se busquem provas de que, quando o agente público **exerceu concomitantemente três vínculos, o fez com conflito de carga horária** (choque de horário nos três cargos) ou **com excesso de carga horária** (incompatibilidade prevista no art. 177, § 2º), hipótese que se verifica em quase todos os casos de tripla cumulação.

Aliás, **o conflito de carga horária, por si só, também é uma situação indicativa da má-fé do servidor,** haja vista que, tendo ele sido escalado para trabalhar nos dois vínculos no mesmo horário, não é possível admitir que este não sabia

que se encontrava em situação ilícita, já que ninguém pode deixar de estar cumprindo a sua carga horária exigida por lei por estar desempenhando, no mesmo horário, outro vínculo público.

Já a situação de **incompatibilidade de horário**, por inobservância dos intervalos necessários para repouso, descanso e alimentação (demandados no art. 177 para tornar a cumulação lícita) **pode** ser adotada como prova indiciária da **má-fé** quando se tornar **faticamente impossível** desempenhar toda a carga horária determinada por lei para aquele cargo, sem que ocorra **grave e sério prejuízo** da fruição dos intervalos acima mencionados.

Essa incompatibilidade de horário é observada quando, ao se computar as cargas horárias que devem ser cumpridas pelo servidor nos vínculos que possui, verifica-se que não lhe restará tempo minimamente aceitável para o servidor se alimentar, se deslocar de sua residência para as unidades onde é lotado e para o seu repouso interjornada de 11 horas, valendo lembrar ainda que o legislador constituinte garantiu duração de trabalho normal não superior a oito horas diárias no art. 7º, inciso XIII.

Sobre essa questão, importa frisar que já me manifestei sobre a carga horária máxima que entendo que pode ser exercida por algumas categorias de servidores em regime de acumulação no processo nº 02000100249269, valendo registrar alguns trechos do meu posicionamento (vide inteiro teor no extrato do SICAJ em anexo):

“ (...) Nesse caso, coaduno com o acórdão do TCU nº 2.133/2005 já citado em manifestações anteriores da Corregedoria no sentido de que somente seria permitida a acumulação de cargos que não superasse o limite de 60 (sessenta) horas semanais.

*Isso porque, se consideramos que um servidor poderá exercer, em regime de acumulação, uma carga horária semanal (de segunda a sexta-feira) totalizando 70(setenta) horas ou 80(oitenta) horas, isso significa que o servidor trabalhará 14(quinze) ou (16) dezesseis horas por dia respectivamente, sobrando-lhe, **tão somente 10(dez) ou 8(oito) horas para repouso, locomoção e também refeição, sendo que, nesta última hipótese, como ressaltado anteriormente, o horário para alimentação não é computado como hora trabalhada.***

Depreende-se, então, que quem 70 ou 80 horas semanais (14 ou 16 horas por dia) terá um intervalo entre as jornadas inferior a 10 ou 8 horas respectivamente, vez que pelo menos uma hora do dia será destinado às refeições, por ser um intervalo intrajornada garantido por lei.

Por conseguinte, considerando que não existe nenhuma regulamentação na legislação estadual sobre o intervalo entre duas jornadas de trabalho para o servidor público e levando-se em conta que a CLT estabelece um

intervalo **mínimo de 11(onze) horas** interjornada para os trabalhadores em geral, entendo que este intervalo entre as jornadas inferior a 10(dez) e 8(oito) horas não pode ser tido como adequado.

Assim, para que o intervalo para repouso, alimentação e locomoção seja respeitado, sem interferir na saúde do servidor público e nem na qualidade da prestação do serviço público, tenho que **a jornada máxima, de segunda a sexta-feira, não pode ultrapassar 12(doze) horas diárias, totalizando 60 (sessenta) horas semanais.**

A jornada diária seria distribuída da seguinte forma:

- 4 horas de trabalho para cada turno (matutino, vespertino e noturno), totalizando 12 horas;
- 1 hora de intervalo para alimentação;
- 11 horas de intervalo interjornada, necessário para repouso;

(...)

Dessa forma, sabendo que os professores tem sua carga horária distribuída em 5(cinco) dias da semana, o docente poderá cumular outro cargo de professor, em outro ente federativo, com até 40(quarenta) horas ou 20(vinte horas), se submetido ao regime de tempo parcial ou integral respectivamente.

Há que destacar, outrossim, que levando-se em conta que a carga horária (de quatro ou de oito horas) é distribuída em cinco dias da semana, **forçoso concluir que o professor deve estar presente um turno ou dois turnos inteiros no estabelecimento de ensino e que as atribuições do outro cargo somente poderá ser desempenhada nos turnos em que este não estiver na unidade escolar.**

Isso porque, o Anexo VII do referido Estatuto do Magistério, ao distribuir as atividades do professor em regime parcial e em regime integral, exige que sejam prestadas 14(quatorze) ou 28(vinte e oito) horas de regência de classe, 04(quatro) ou 08(oito) horas de atividade pedagógica na unidade escolar, sobrando-lhe apenas 02(duas) ou 04(quatro) horas de livre escolha, de atividade complementar, respectivamente.

É por esta razão que qualquer distribuição da carga horária de professor do ensino fundamental que não contemple sua presença na unidade escolar durante um turno ou dois turnos (a depender do regime) não pode ser considerada legítima.

(...)

A meu ver, qualquer intervalo interjornada que não preveja, no mínimo, o dobro de horas de descanso (ex: 48 horas de repouso para 24 horas de trabalho) para a pessoa que trabalhou na jornada anterior em regime de

plantão é inaceitável, por atentar contra a integridade física e mental do trabalhador, posto que, além de afetar a qualidade da prestação do serviço público, pode culminar em doenças incapacitantes.

Diante disso, creio que, para o integrante da carreira policial, submetido a regime de plantão, cumular outro cargo de professor, este último não pode ser do Ensino Médio e Fundamental e teria que ser desempenhado em um horário que não interferisse no seu repouso mínimo acima destacado.

Para ocorrer uma acumulação lícita, o policial civil teria que estar submetido a uma carga horária semanal de 40(quarenta) horas, com 8(horas) diárias, como previu a supramencionada portaria nº 261/10 para algumas situações, observando, obviamente, o limite máximo de 60(sessenta) horas semanais ou 12(doze) horas diárias, como estou defendendo neste opinativo.

(...)

Se o cargo do Grupo Ocupacional de Saúde for considerado cargo técnico, este também poderá ser cumulado com o cargo de professor, respeitando as regras por mim acima contempladas no que se refere ao integrante do Magistério Estadual.

Todavia, não podemos deixar de considerar que hipoteticamente estes profissionais podem trabalhar, mesmo em regime ambulatorial, às sábados, o que demanda uma análise diferenciada das regras acima expostas.

Nessa situação, para respeitar o intervalo interjornada de 11(onze) horas e o repouso semanal de 24(vinte e quatro) horas, somente reputo razoável o exercício de 300 horas mensais totais de trabalho ambulatorial nos dois cargos compatíveis (180 horas da jornada normal mais 120 horas mensais do outro vínculo), já que os dois vínculos poderiam ser exercidos da seguinte forma:

- no vínculo estadual, 7(sete) horas diárias, durante 6(seis) dias da semana, complementado com 1 plantão de 12 horas em um vínculo;*
- 4 horas diárias, durante seis dias da semana, no outro vínculo estadual, federal ou municipal.*

Assim, uma vez verificado que um servidor, que trabalha em horário administrativo (ou seja, que não trabalha em regime de plantão), de segunda a sexta, nos dois vínculos, possui carga horária superior a 60 horas semanais, considerando os intervalos (alimentação, deslocamento, repouso) que não podem deixar de ser respeitado, isto é uma evidência de que ele deve não estar cumprindo integralmente a carga horária exigida para aquelas carreiras ou não está exercendo, a contento, suas atribuições, o que, a meu ver, indica seu dolo.

No caso dos integrantes da carreira do magistério público, como ressaltai no opinativo acima registrado, levando-se em conta que devem ser prestadas 14 horas-aula e 28 horas-aula semanais (segunda a sexta) de regência de classe pelos professores em regime parcial e total respectivamente, bem como a distribuição da carga horária feita pela Lei estadual n. 8261-02 (Anexo VII), no meu entender, existe a necessidade da presença do professor do ensino médio e fundamental na unidade escolar todos os dias da semana, em um turnos inteiros.

Ademais, a exigência da compatibilidade de horário para acumular cargos, empregos e funções (regra que existe desde a Constituição Federal de 69 e permanece na Carta Magna atual) não visa apenas proteger os cofres públicos, mas especialmente zelar pela boa prestação do serviço público pelos agentes da Administração, inclusive a integridade física e psicológica desses funcionários.

Por isso, reputo conveniente que a Comissão Processante não limite sua investigação apenas com a busca de atestados ou certificados sobre o cumprimento da carga horária pelo acusado, mas que também realize a oitiva de testemunhas que trabalham com o servidor (colegas e superiores hierárquicos), que não podem mentir perante o órgão colegiado (sob pena de caracterização do crime de falso testemunho e da prática de infração disciplinar), haja vista que, por vezes, os documentos acima citados não retratam a realidade dos fatos (pode existir um “acobertamento” do comportamento ilícito do servidor durante o processo disciplinar).

O fato de o seu superior hierárquico do indiciado não comunicar suas ausências ou não lhe exigir o integral cumprimento da carga horária não afasta, em tese, a má-fé, se ambos tinham (ou poderiam ter) conhecimento que estavam agindo irregularmente e se era exigível comportamento diverso, visto que é inadmissível a idéia de se dar um “jeitinho” para que um servidor acumule indevidamente dois ou mais vínculos públicos.

Dessa forma, **o excesso da carga horária, combinado com a comprovação de mau-desempenho de suas atribuições pelo indiciado**, notadamente se este precisa necessariamente estar presente na unidade na qual é lotado para desempenhar suas funções, pode indicar a consciência da ilicitude da sua conduta quando acumulou os cargos (má-fé).

Como seria possível acreditar que um servidor está desempenhando satisfatoriamente e integralmente sua carga horária total de 80 e 90 horas semanais, de segunda a sexta, sem prejuízo à saúde do trabalhador, se isso significaria que ele teria que trabalhar mais de 16 horas por dia, sobrando-lhe menos de 8 horas para deslocamento, repouso e alimentação?

Outro dado que pode ser considerado para averiguar a má-fé, mas com muito cuidado, é quando se constata a **cumulação de dois cargos incompatíveis**.

O fato de exercer dois cargos não admitidos no art. 37 da CF e art. 177 do Estatuto, por si só, não pode ser considerada uma evidência de má-fé. Se esta conclusão precipitada fosse legítima, não seria sequer necessário deflagrar processo administrativo para averiguar a existência de boa-fé ou má-fé, já que a má-fé estaria sempre presumida nesta situação (cargos incompatíveis), hipótese de presunção de má-fé que o legislador estadual não previu.

Contudo, **se a incompatibilidade entre os cargos for bastante evidente e flagrante** (como o caso de exercício de dois cargos “técnicos”, hipóteses inadmissível pelo Ordenamento) **e se também o acusado, pelo seu grau de instrução, poderia saber ou se informar sobre a possibilidade de possuir esses dois vínculos**, é possível caracterizar a sua má-fé, desde que o acionado não demonstre qualquer evidência de que achava que estava agindo honestamente (a exemplo da declaração de que ocupa outro cargo).

Não é possível aceitar a “cegueira voluntária” (instituto do Direito Criminal norte-americano conhecido como “*willful blindness*”) do interessado para afastar a configuração de um ilícito, isto é, o desejo deliberado de não se informar sobre a licitude ou não de sua cumulação para se isentar de responsabilidade e possibilitar o exercício simultâneo de cargos incompatíveis.

Por outro lado, se estivermos diante de cargos incompatíveis, mas existir dúvida plausível em relação à possibilidade de cumulação destes cargos, especialmente se a dúvida for fundada quanto ao enquadramento de um cargo como técnico, antes de terem sido editadas as Leis estaduais nº 11.380/09 e nº 9.003/04, havendo compatibilidade de horários, sem qualquer outro indício de má-fé, talvez não exista outra solução senão reconhecer a boa-fé do indiciado, se não lhe era exigível outra conduta.

Dessa forma, na análise de qualquer das situações acima ventiladas, **é recomendável sempre conjugar mais de uma situação indicativa de má-fé (omissão sobre existência de outro vínculo, tríplex cumulação, conflito carga horária, excesso carga horária, mau-desempenho e inassiduidade, possibilidade de adotar conduta diversa para verificar a legitimidade da acumulação), a fim de que não exista dúvida objetiva da consciência da ilicitude da cumulação pelo acusado.**

Importa também frisar que as situações expostas nesta consulta não podem ser adotadas como uma “fórmula exata” (uma equação matemática) para determinação do elemento subjetivo da conduta do infrator, pois somente o caso concreto

é que fornecerá os elementos necessários para identificar boa-fé ou não do servidor quando incorreu no ilícito previsto no art. 177.

Exemplificando isto, entendo que, em tese, pode não ser possível (isso não quer dizer que é impossível) provar uma má-fé em tríplice acumulação decorrente do exercício de dois cargos públicos compatíveis (dois de professor, com compatibilidade de horário), cumulado com a percepção de provento de um cargo público, pois este servidor pode, a depender do seu grau de instrução, desconhecer a proibição prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, acreditando que sua situação é lícita por estar exercendo regularmente (sem conflito ou excesso de carga horária) dois cargos admitidos pelo Ordenamento Jurídico.

Por isso, creio que, diante do que já fora exposto, está respondida a quarta pergunta, pois **a trípla vinculação, por si só, não configura má-fé do acusado (embora seja praticamente impossível afastá-la diante da impossibilidade jurídica dessa cumulação)**, razão pela qual **é conveniente comprovar a sua freqüência negativa, atrasos ou impossibilidade fática de cumprimento da tríplice jornada de trabalho por conflito de carga horária ou excesso de carga horária.**

Todavia, se reconhecida a boa-fé no final do processo disciplinar e for oportunizado ao agente público o direito de opção e este injustificadamente não fez esta opção (não pediu exoneração de um dos cargos) no prazo estipulado pela Administração, permanecendo em situação que já sabe que é acumulação proibida, deverá ser deflagrado novo procedimento administrativo, findo o qual restará agora provada a sua má-fé, em virtude da notória consciência da ilicitude.

Passando à apreciação da terceira pergunta, verifica-se que esta foi parcialmente respondida quando fiz minhas considerações iniciais e expliquei que a vedação de acumulação de cargos (fora as hipóteses admitidas pelo legislador e desde que haja compatibilidade de horários) visava proteger a Administração Pública (federal, estadual, distrital e municipal) como um todo.

Do contrário, não existiria a previsão no art. 177, § 1º e 193, parágrafo único que estende a proibição de acumular para a Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da federação, bem como o dever de comunicar a demissão (por má-fé) para outro órgão ou entidade, respectivamente.

Logo, não há que se falar em boa-fé em um vínculo com um ente federativo e má-fé em vínculo com outra pessoa jurídica, **mas sim aferir como o servidor desempenhava suas atividades em todos cargos cumulados (nos dois vínculos)**, posto que, se comprovada a má-fé (que o agente público tinha potencial

consciência que estava em situação não admitida pelo Ordenamento Jurídico e/ou que também poderia agir de forma diversa), este deverá ser demitido nos dois cargos.

Frise-se: basta que o servidor não esteja desempenhando regularmente suas atribuições em um vínculo para poder restar caracterizada a sua má-fé na cumulação dos dois cargos e aplicar as conseqüências cabíveis.

Em verdade, o Estado da Bahia e suas entidades descentralizadas, obviamente, somente poderão desligá-lo do cargo, emprego ou função estadual e comunicar o encerramento do vínculo por acumulação ilegal ao outro ente federativo, que, no exercício do seu poder disciplinar, espera-se que se adote as medidas pertinentes em caso de má-fé (já que a proibição de acumulação tem sede constitucional e deve ser observada por todos entes federativos na edição de suas normas estatutárias).

Esta é a razão pela qual não coaduno com o entendimento externado no opinativo do douto colega Dr. Roque Vaz a qual se referiu a presente consulta da Corregedoria da SAEB, pois, se fosse admissível desmembrar a conduta do indiciado, para aferir sua má-fé em face de um ente e presumir a boa-fé ante outro ente público, estar-se-ia tornando sem efeito a regra constante no supracitado art. 177 (que também está estabelecida no art. 37, XVII, da Constituição Federal e igualmente derogando a determinação contida no art. 193, parágrafo único, ambos dispositivos da lei estadual nº 6.677/94.

A quinta pergunta questiona se o pedido de exoneração feito pelo acusado de acumulação antes e durante o curso de processo disciplinar demonstraria boa-fé ou burla à vedação de acúmulo de três cargos públicos.

Inicialmente, convém destacar que a exoneração não afasta o dever de apuração do ilícito previsto no art. 177 da norma estatutária estadual, independente do momento em que o pedido é feito (antes ou durante o procedimento), pois, ao contrário da lei federal n. 8112-90, que presume a boa-fé quando há opção até o prazo de defesa, no Estado da Bahia, somente ao final do processo é que poderá ser dado o direito de opção, desde que não fique comprovada a má-fé.

Se o pedido de exoneração foi feito e ainda não foi deflagrado processo disciplinar, deverá ser deferido o requerimento, o que não afasta o indiciamento do servidor denunciado de acumulação e a possibilidade de conversão da exoneração em pena de demissão.

Na hipótese de já ter sido instaurado o procedimento administrativo, esse pedido de desligamento não poderá ser deferido, até que seja finalizado o processo e fique evidenciada a sua boa-fé.

Esta é a interpretação que reputo correta ao art. 240 da Lei estadual n. 6.677-94, *in verbis*:

Art. 240 - O servidor que responde a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a sua conclusão e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Parágrafo único - Ocorrida a exoneração de que trata o [artigo 46](#), o ato será convertido em demissão, se for o caso.

Voltando à análise da pergunta feita, se estamos diante de uma tríplice acumulação, com exceção daqueles que possui três vínculos de vinte horas-semanais cada (médico com 120 horas mensais e professor em regime parcial), inevitavelmente verificar-se-á incompatibilidade de horário por excesso de carga horária ou conflito de jornadas.

A tentativa de “regularizar” sua situação funcional ao pedir desligamento de um dos vínculos pode indicar justamente que o agente público agiu com má-fé por dolo eventual, isto é, que ele sabia que estava em condição irregular (cumulação proibida), mas assumiu o risco do resultado danoso (demissão), esperando que não fosse detectada a irregularidade (por sindicância, auditoria ou inspeção).

Afinal, para análise da prática de um ilícito, inclusive de natureza disciplinar, é preciso aferir o *animus* do sujeito no momento da prática do comportamento ilegal, o que significa que a sua boa-fé ou má-fé deve ser aferida no momento em que o servidor estava em regime de acumulação ilícita e não depois que esta foi descoberta.

O seu suposto “arrependimento posterior” poderia atenuar sua sanção se existisse possibilidade de realizar dosimetria em caso de prática de cumulação indevida, o que não é cabível, posto que, de acordo com o disposto no art. 193, combinado com art. 192, em caso de má-fé, somente é possível aplicar a pena de demissão (ato vinculado).

Além disso, não é possível apagar a sua flagrante má-fé ocorrida no passado, especialmente porque, como a tripla cumulação implica em incompatibilidade de horário, certamente o servidor deixou de trabalhar regularmente (deixou de cumprir bem suas atribuições e sua carga horária total exigida por lei) em um dos vínculos ou em todos os cargos que ocupa.

Registre-se, ainda, que o Procurador Geral do Estado, ao apreciar o processo n.0200090158766, entendeu que a exoneração não afasta a má-fé do servidor em tríplice acumulação:

“(...)

Registre-se ainda que o pedido de exoneração de um dos cargos de professor no Estado da Bahia após a instauração do presente PAD, não afasta a ilicitude da acumulação apurada, na medida em que a penalidade se impõe diante da sobreposição da jornada de trabalho verificada quando da acumulação, com prejuízo ao serviço público.” (...)

No que concerne à sexta pergunta, que questiona a situação dos professores da Secretaria da Educação, na hipótese de tripla vinculação, com pedido de unificação do cadastro, é crucial fazer os seguintes esclarecimentos:

Antes de tudo, há que se chamar atenção para o fato de que não existe o direito à “unificação de cadastros” para o professor do Estado da Bahia. O que existe, em verdade, é a possibilidade de alteração do regime parcial de 20 horas para o regime de 40 horas, depois do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 45 do Estatuto do Magistério:

Art. 45 - Aos docentes e demais servidores que exerçam atividade de suporte pedagógico direto à docência optantes pelo regime de 20 (vinte) horas serão asseguradas as **alterações para o regime de 40 (quarenta) horas**, condicionada à existência de vaga no quadro de magistério público estadual e à observância, por ordem de prioridade, dos seguintes critérios:

I - assiduidade;

II - antiguidade:

a) no magistério na unidade escolar;

b) no magistério público estadual;

c) no funcionalismo público estadual.

Note-se que o pleito de alteração de regime não é deferido automaticamente pela Administração, visto que é necessária a existência de vaga, além da observância de critérios como assiduidade e antiguidade do requerente, que concorrerá com outros docentes interessados.

Além disso, não se pode olvidar que um agente público só pode ter dois cargos de professor com o Estado da Bahia, com vinte horas cada, totalizando quarenta horas como carga horária máxima, o que afasta a existência de boa-fé no caso de o indiciado ocupar três cargos de docente em unidades escolares estaduais, na hipótese de, por absurdo, não ter sido detectado pela Administração os três cargos.

Para aferir a má-fé de um servidor com três cargos de professor com vinte horas cada, devemos seguir as mesmas orientações acima externadas, quais sejam, verificar a frequência do servidor na unidade escolar todos os dias da semana (nos dois turnos), se este desempenha satisfatoriamente suas funções, se existe conflito de

carga horária ou se este omitiu a informação de outro vínculo (quando era possível informar a acumulação) e também a data em que este teria pedido a “unificação” ou “transposição” dos vínculos.

Afinal, o requerimento de unificação ou transposição formulado após a realização de investigação (inspeção ou sindicância) ou depois de deflagrado o processo pode indicar justamente o contrário: que o servidor sabia que estava errado (consciência da ilicitude) e tentou evitar as conseqüências negativas (demissão) que podem advir ao final do procedimento administrativo instaurado para apurar a acumulação indevida.

Dessa forma, se alguém possui três cargos de professor com vinte horas cada (dois cargos estaduais e um cargo de professor em outro ente federativo), comprovada ao final do processo disciplinar a sua boa-fé, ou seja, não existindo nenhuma circunstância indicativa de má-fé acima relatada (como, por exemplo, não estar cumprindo as 14 e 28 horas-aula de regência ou sem frequentar a unidade escolar todos os dias da semana), ele terá que exercer seu direito de opção por dois vínculos em relação aos três cargos que possui, o que significa que ela terá que pedir exoneração em um dos cargos estaduais ou desligamento voluntário do cargo de professor ocupado em outro ente federativo.

Jamais se poderá pressupor que, quando provada a sua boa-fé, o docente teria direito à ampliação da carga horária, pois ele deve primeiramente se exonerar de um dos cargos estaduais, mantendo apenas um vínculo de vinte horas, em relação ao qual posteriormente poderá postular o aumento da carga horária (para quarenta horas), nos termos do supracitado art. 45 do Estatuto do Magistério.

Do contrário, estar-se-ia ferindo o princípio da igualdade, já que outros professores, com dois vínculos em regime parcial de vinte horas, podem não ter conseguido a alteração do regime pleiteada, e, por conseguinte, podem ter deixado de prestar um terceiro concurso público para o magistério, justamente por ser notória a impossibilidade jurídica da tríplice acumulação de cargos.

No que diz respeito à última pergunta, a leitura do artigo 193 é clara no sentido de que existem apenas duas soluções possíveis no desfecho do processo de acumulação ilegal: oportunizar ao servidor o exercício do direito de opção, em caso de boa-fé, ou aplicar-lhe demissão (nos dois cargos, se ambos forem vínculo estadual).

Nesse sentido, devemos lembrar que, se porventura algum outro ilícito for detectado durante o procedimento disciplinar (como, por exemplo, freqüência negativa ou falta de zelo no exercício do cargo), este fato deverá ser objeto de apuração em outro processo autônomo, vez que, considerando que a portaria instauradora somente

descreveu o ilícito “acumulação proibida”, o acusado não poderá ser punido de uma imputação em relação a qual não lhe foi oportunizada o exercício da ampla defesa (este expediente seria nulo).

Acrescente-se ainda que, conforme foi explicitado anteriormente, se o servidor era faltoso, não cumpria integralmente sua carga horária ou não desempenhava suas atribuições de forma adequada, essas circunstâncias devem ser consideradas como indícios de má-fé, sendo, a meu ver, um contra-senso reconhecer a boa-fé (e oportunizar o direito de opção), aplicando uma sanção mais branda em face da constatação destes comportamentos irregulares.

Somente se admitiria a imposição de pena advertência (uma sanção mais leve) pela prática de uma falta residual (descumprimento de dever de assiduidade, por exemplo) caso o ilícito de maior gravidade (acumulação proibida) não tivesse ocorrido (quando o exercício simultâneo daqueles cargos se demonstrou ser lícito).

É como penso em relação a todos questionamentos que foram feitos na presente consulta.

Isto posto, considerando o caráter sistêmico dos entendimentos ora defendidos nesta opinativo sobre todos os processos de acumulação ilícita que serão submetidos à análise da PGE, **submeto à apreciação da douta Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa.**

PA-NCAD, 27 de dezembro de 2011.

FABIANA M^a FARIAS SANTOS BARRETTO

Procuradora-Assistente