

A ímproba “opção” oferecida pelo § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 a quem acumula cargos ou empregos públicos de forma ilícita

Josir Alves de Oliveira

Auditor Federal de Controle Externo no TCU, graduado (bacharel) em Geografia e em Ciências Sociais, pela Universidade de Brasília (UnB), e especializado em Direito de Estado, pela Atame Pós-Graduação em parceria com a Universidade Cândido Mendes (Ucam). Trabalhou anteriormente como Analista do Banco Central do Brasil (Bacen) e Auditor da Controladoria-Geral da União (CGU).

RESUMO

A acumulação de cargos, empregos ou funções públicas é, em regra, vedada pela Constituição brasileira, com fins nobres de preservar princípios e posturas que regem um Estado democrático e republicano: impessoalidade, isonomia, desconcentração de poder, segregação de funções, moralidade e eficiência. A mesma Constituição excetua a acumulação de dois vínculos na área da saúde, docência, técnico-científica, magistratura ou promotoria/procuradoria, nos termos dos arts. 37, incisos XVI e XVII, 95, parágrafo único, inciso I, e 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, fazendo-o em razão da carência nas áreas acumuláveis e correlação e sinergia entre elas. O acúmulo foi condicionado, ainda, pela Constituição, à compatibilidade das jornadas. A acumulação de cargos públicos fora desses parâmetros afronta a letra e os fins dos respectivos preceitos constitucionais e deve ter tratamento proporcional a tal afronta. Disposição legal que caracterize a boa-fé do servidor que, somente após convocado pela Administração, opta por um dos cargos que ocupa, sem considerar os atos pregressos do servidor, se mostra contra os preceitos constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, podendo, na prática, contrariar, também, os princípios da moralidade, da eficiência e correlatos. Ademais, tal disposição legal termina por incentivar a recorrência do descumprimento da vedação constitucional, ao dificultar sua punição administrativa e até judicial. Urge corrigir tal disposição, para torná-la sustentável e útil ao controle, e não um incentivo à acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Improbidade. Opção. Acumulação de cargos. Servidor público.

1 INTRODUÇÃO

CORRUPÇÃO, IMPROBIDADE, IMPUNIDADE E LEGISLAÇÃO CONIVENTE

A corrupção e a improbidade administrativa são males históricos presentes nas sociedades. Os dois termos se assemelham, sendo, muitas vezes, difícil distingui-los completamente. O elemento ou a característica mais distintiva é o fato de que a improbidade administrativa se refere precipuamente a ato ilícito de servidor ou agente público, podendo, eventualmente, atingir particulares, enquanto a corrupção não tem esse contorno de predominância na esfera pública.

No direito positivo brasileiro, a improbidade administrativa pode ser conceituada, sucintamente, segundo o que dispõe a Lei 8.429/1992, como o ato praticado por agente público que implica enriquecimento ilícito privado ou prejuízo ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública.

Assim, aqui a referência à corrupção compreenderá sempre a improbidade administrativa como subgênero daquela, sendo a "opção" prevista no § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 a espécie ora estudada.

Foi dito que a corrupção alcança historicamente todo o mundo, sendo universal, contudo, por razões óbvias, mostra-se mais comum e recorrente em países com deficiências de desenvolvimento social e político, como o Brasil. Como corolário dessa realidade, tem-se que a concentração de poder, a despolitização e marginalização de grandes parcelas da sociedade, e, em tal condição, a dependência dessas parcelas de favores do poder público, as lacunas e os vícios na estrutura estatal de controle e fiscalização (lacunas de competências, falta de cooperação e integração das ações etc.) e a impunidade resultante desses fatores tenderão a ser, ao mesmo tempo, causas e conseqüências da corrupção.

Somem-se a isso, no caso brasileiro, influências históricas e culturais que desembocam no famoso "jeitinho brasileiro", na chamada "Lei de Gerson", na prática corriqueira de burlar a lei ou cumpri-la apenas pontual ou aparentemente e naquele antigo adágio "farinha pouca, meu pirão primeiro". Tais condutas e expressões de nítida moral egoísta (praticadas de forma secreta e velada, mas também enaltecida) perpassam todos os ambientes e estratos sociais e, reconhecidamente, tipificam, em parte, o comportamento do brasileiro. Se tais características não determinam a impunidade, parece certo que a amplia, tornando-a mais aceitável, na medida proporcional da frouxidão de valores e propagação dessa frouxidão no seio da sociedade.

Ora, nada mais propício para a impunidade do que a flexibilização de princípios morais, tornando natural e comum valores e práticas que levam à corrupção e improbidade, pelo domínio dos privilégios pessoais e grupais e predomínio do privado sobre o interesse público. Nas palavras atribuídas ao grande humorista brasileiro José Eugênio Soares, "a corrupção não é um fenômeno brasileiro, mas a impunidade é bem nossa".

Conjugadas, então, as condicionantes políticas, sociais, econômicas e culturais brasileiras, adviria quase que uma sina da corrupção para o país, retroalimentada pela impunidade, a tornar inútil seu combate. Contra tal falsidade, há o alerta do Stukart (2003, p. 113): "Para os que acham

que a corrupção é natural, aculturada e indispensável, observo que há mais de cem anos esse mesmo pensamento era repetido em relação à escravidão”.

Se o país não está fadado à corrupção, muito menos é exemplo indubitável de seu combate. O Estado e a sociedade brasileiros têm sido tolerantes com as práticas ilícitas em questão e moroso ou reticente no seu combate, a julgar pelas recorrentes prescrições punitivas de políticos importantes, pelas regalias persistentes em carreiras públicas, pelo engavetamento de medidas legislativas moralizadoras, pela reeleição contumaz de processados, pelo tratamento estanque e corporativo do tema. Aqui se exemplifica tal realidade com amostra do ordenamento jurídico brasileiro, falho e lacunoso. Foca-se na impertinência da disposição penal administrativa sobre acumulação ilegal de cargos ou empregos públicos.

No âmbito da legislação de um Estado vacilante no combate à corrupção, pode-se visualizar, didaticamente, três níveis de tratamento sobre cada matéria que diga respeito ao combate da corrupção, do menos ruim para o pior: (1) a lei prevê a respeito, mas não dispõe adequadamente para bem instrumentalizar os administradores públicos e até os operadores do Direito; (2) há total omissão legislativa sobre o tema ou a área crítica; (3) há disposição legislativa contrária à moral e ética, que beneficia a corrupção e atrapalha seu combate.

De forma geral, os acordos internacionais de combate à corrupção podem se enquadrar, como um todo, predominantemente, no nível 1 referido, enquanto disposições genéricas, ratificadas e incorporadas pelo Brasil (Decreto Legislativo 348/2005 e Decreto 5.687/2006), mas, em grande parte, não especificadas nacionalmente, não consubstanciadas em normativos internos que tenham prática e efetiva aplicação. Sobre o caráter publicitário político-eleitoral das adesões a esses tratados, discorrem Ballouk Filho e Kuntz (2008, p. 31):

E aquelas convenções não estabelecem punições rigorosas, como bloqueios comerciais, fóruns internacionais de julgamento ou isolamento internacional das nações que infringirem os acordos. Embora representem, no plano teórico e tecnicamente, um avanço a longo prazo (décadas) [...], têm por único efeito prático, no curto prazo, virar matéria-prima para promoção da imagem dos governos [...] como provas irrefutáveis de sua preocupação com a ética, iniciativas e empenho paladino em combater a corrupção. A quantidade impressionante de adesões de nações a esses tratados e fóruns, e seus pífios resultados práticos e/ou concretos na redução da corrupção mundial, poderia dever-se, e muito, ao risco de desgaste político derivado da não adesão. Tal fato significaria, para qualquer grupo governante, assumir a pecha de corrupto ou conivente e municiar suas oposições internas com uma evidência flagrante de que eles se omitiram e recusaram a apoiar tão nobres e louváveis iniciativas globais de combate à corrupção.

De modo particular, esmiuçando a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que o Decreto 5.687/2006 incorporou como norma nacional (ou, no mínimo, federal), pode-se inferir que muitos dos preceitos e das diretrizes lá preconizados não estão positivados de forma suficiente, encontrando-se nos níveis 1 e 2 citados acima. Ou seja, muitas disposições lá são apenas norteadoras, não autoaplicáveis, e ainda não ensejaram regulamentação pátria.

Como exemplo, falta legislação para dar cumprimento ao disposto no art. 7º, no sentido da edição de regras: a) baseadas nos princípios da transparência e da eficiência e nos critérios objetivos de mérito, equidade e aptidão também para os cargos comissionados (o recente Decreto 9.727/2019 deu os primeiros passos nesse sentido); b) adequadas para a seleção e formação de titulares de cargos públicos mais vulneráveis à corrupção; e c) voltadas à transparência do financiamento de campanhas eleitorais e partidos políticos.

Este estudo trata de exemplo grave de legislação falha, situada no pior nível na escala retrocitada de tratamento legislativo (nível 3), contrária ao combate da impunidade e improbidade administrativa. Trata-se da disposição legal, contida no Estatuto dos Servidores Públicos Federais Cíveis, sobre a "opção" que é dada ao servidor para escolha por um (ou dois, em certos casos de acumulações múltiplas) dos cargos acumulados ilicitamente.

2 VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Como regra geral, a Lei Fundamental e Suprema do país (BRASIL, 1988), doravante chamada Constituição Federal (CF), veda a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, só a permitindo nas hipóteses restritas de: (a) cargo de professor com outro de professor ou técnico-científico ou da magistratura; (b) cargo privativo de profissional de saúde com outro equivalente. Isso o faz na letra dos arts. 37, incisos XVI e XVII, 95, parágrafo único, inciso I, e 128, § 5º, inciso II, alínea "d". Ademais, permite acumulação do exercício da vereança com o exercício de outro cargo, emprego ou função pública (art. 38, inciso III).

Relativamente aos proventos correspondentes, como regra geral permanente, permite a acumulação com remuneração na atividade apenas relativamente aos cargos acumuláveis, os eletivos e em comissão. É o que reza o art. 37, § 10. Os proventos são acumuláveis relativamente aos cargos acumuláveis apenas, decorrência lógica das disposições constitucionais pertinentes à acumulação na atividade.

Certa e obviamente, a vedação constitucional tem os fins nobres de preservar princípios e posturas que regem um Estado democrático e republicano: impessoalidade, isonomia, desconcentração de poder, eficiência, segregação de funções etc. Tal proibição intenta, assim, evitar cabides de emprego, concentração de ofícios e poderes e prejuízos ao cumprimento das atribuições dos cargos e dos princípios já citados, no âmbito do setor público.

Meireles (2000, p. 404), citando Aguiar (1970, p. 57), alertou que "em geral, as acumulações são nocivas, inclusive porque cargos acumulados são cargos mal desempenhados". Com efeito, como regra, o desempenho e a disponibilidade da pessoa no cargo não são os mesmos quando tem outros vínculos.

Por sua vez, as restritas exceções se fundam na necessidade de aproveitamento de mão de obra especializada e experiente nas áreas carentes e estratégicas da Saúde e da Educação, confrontadas com o saber e a experiência nas áreas de conhecimento técnico-científico, ministerial e da magistratura. A correlação de matéria dos cargos acumuláveis e consequente sinergia possibilitada no seu exercício, em prol do completo e eficiente provimento de pessoal nas respectivas áreas, ajudariam o desenvolvimento nacional e justificariam a exceção. No caso da vereança, o fundamento parece estar limitado à transitoriedade do mandato e maleabilidade da jornada.

A acumulação ilegal de cargos públicos não foi especificada pela letra da Lei 8.429/1990 como ato ímprobo, no entanto sua prática é permeada, via de regra, por afronta a preceitos lá constantes, o que a faz subsumir às disposições pertinentes da citada lei, conforme as especificidades da ilicitude. Talvez o legislador não o tenha feito em razão da possibilidade de acumulação ilícita não intencional ou de boa-fé.

Cammarosano (2006, p. 114) define o ato ímprobo como a violação intencional da ordem jurídica e de preceitos morais juridicizados (lealdade, boa-fé, veracidade etc.).

A acumulação ilícita é, via de regra, um ato de infração intencional, eis que, se a ninguém é dado desconhecer a lei para escusar-se a cumpri-la, ao servidor público muito menos, sendo seu dever primaz conhecer e cumprir a lei, ainda mais quando se trata de norma específica sobre sua condição de servidor, sobretudo, por se tratar de norma constitucional.

Além de descumprimento de preceito constitucional com conteúdo moral, a acumulação indevida costuma se fazer acompanhar de outras dissimulações e ilicitudes intencionais: a falsa declaração, que omite cargos ou altera jornadas, o retardo do dever de informar, o descumprimento de jornada(s) etc. Enfim, a acumulação ilícita, muitas vezes, contém atos múltiplos de improbidade.

O certo é que quem acumula cargos fora daquelas exceções constitucionais (cargo de professor com outro de professor ou técnico-científico ou membro do Judiciário ou do Ministério Público; dois cargos de profissional da saúde) está cometendo ato, a um só tempo, inconstitucional (por infringir o arts. 37, inciso XVI; 95, parágrafo único, inciso I; e 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, da CF), ilegal (por infringir a legislação correspondente, sendo, na esfera federal, os arts. 118 a 120 da Lei 8.112/1990) e imoral (por desrespeitar a lei e os fundamentos morais da vedação constitucional: evitar cabides de emprego público e assegurar isonomia, impessoalidade, desconcentração, eficiência, cumprimento pleno da jornada e dos encargos).

Para exemplificar, já de pronto, cita-se o caso de um servidor que omite, em sua declaração de acumulação de cargos, um outro cargo público que acumule. Tal servidor não estaria sendo desonesto e agindo com interesse próprio e contrário à Administração Pública, atrapalhando estatísticas, diagnósticos, planejamento na área de pessoal e outras ações administrativas e incorrendo em crime de falsidade ideológica?

Outro exemplo: o servidor que acumula cargos com jornadas incompatíveis não estaria sendo desonesto e agindo com interesse próprio e contra o erário público? Não estaria auferindo vantagem indevida, remuneração ilícita, por jornada mal ou não cumprida?

E mais uma ilustração: os servidores chefes do servidor que acumula ilegalmente, ao acobertarem tal ilícito ou, até, participarem diretamente dele (com declarações falsas, permissão de descumprimento de jornadas etc.), não estariam, também, sendo desonestos com a sociedade e o Estado?

Mostra-se óbvia a resposta afirmativa para todos esses questionamentos. No primeiro e último exemplos, a ilicitude pode ser enquadrada como ato de improbidade administrativa que “atenta contra os princípios da Administração Pública”; no segundo, como ato ímprobo que “importa

enriquecimento ilícito”. Tudo fundado perfeitamente nos termos conceituais contidos no *caput* dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992.

Pois bem, existe uma disposição legal que contraria toda essa lógica imperativa do Direito, que prevê várias oportunidades para o servidor que acumula ilicitamente se declarar de boa-fé, não fazendo tal disposição legal qualquer ressalva quanto à sua aplicação, estendendo-a a toda e qualquer situação. Trata-se do § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, que prevê a configuração da boa-fé do servidor que optar por um dos cargos até o último dia de prazo fixado pela Administração para sua defesa, nos termos lá referidos.

Importa aqui atacar tal disposição legal, caracterizando seu descabimento e sua inconsistência, almejando à sua revogação ou alteração, para se adequar aos princípios constitucionais da moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, aos preceitos da Lei de Improbidade e ao combate à impunidade no país.

Com efeito, a “opção” prevista no § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, enquanto vigente, traz uma gama de indícios e efeitos teóricos e práticos perversos para a sociedade e o Estado. Dentre eles, podem-se citar: o aumento da sensação de impunidade; o incentivo à acumulação ilícita e suas vantagens econômicas para o transgressor enquanto perdura a acumulação; o desestímulo para a apuração dos fatos e busca da verdade material.

A um só tempo, o presente trabalho busca contribuir para o combate à improbidade administrativa em várias frentes tradicionais de luta: aperfeiçoando a legislação, dando-lhe finalidade pública e coercitividade, desestimulando a prática da acumulação ilícita de cargos e combatendo a impunidade. As críticas ao texto legal vigente e as sugestões para sua alteração vão todas neste sentido contributivo.

3 ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA “OPÇÃO”

O texto abaixo é transcrição literal quase integral do artigo de Freitas (2001) – “Acumulação ilícita de cargos públicos e o direito de opção” –, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2182>, que trata de argumentação doutrinária sobre inconstitucionalidades (permissividade à ilicitude, inobservância do princípio da razoabilidade etc.) na faculdade legal em comento, na mesma linha do presente trabalho. O texto grifado é a parte do trabalho que merece ressalva: a situação absoluta e universal de impunidade apresentada é, na verdade e na prática, uma situação amplamente predominante, resultante da tendência indulgente no âmbito administrativo, que, mais próximo dos fatos inquinados e das pessoas investigadas, perquire o caminho mais fácil e tolerante da literalidade legal da “opção”.

O processo administrativo disciplinar para apuração de acumulação ilegal de cargos passou, com a edição da Lei 9.527, de 1997, a se desenvolver sob novo rito, denominado de procedimento sumário, que se dá em fases idênticas às do rito comum, possuindo, entretanto, prazos abreviados para desenvolvimento, conclusão e julgamento, que não poderão exceder 30 dias, admitindo-se, excepcionalmente, prorrogação por até 15 dias, se circunstâncias imperiosas o exigirem.

A principal novidade trazida pela Lei 9.527/1997, entretanto, não diz respeito ao rito do processo, mas, sim, à inusitada e reprovável oportunidade que é dada ao servidor, antes da instauração do processo, de optar por um dos cargos em regime de acumulação e caracterizar, com esse ato, sua boa-fé, impedindo, com isso, o prosseguimento da ação disciplinar. [...] o processo disciplinar somente pode ser instaurado depois de ter sido oferecida ao servidor a oportunidade de optar por um dos cargos, hipótese em que restará configurada, com esse ato apenas, sua boa-fé e, em consequência, o processo sequer será iniciado.

[...] A nova disciplina jurídica vai ainda mais longe, ao ponto de permitir que, mesmo após o processo ter sido instaurado, o servidor tenha nova oportunidade de optar por um dos cargos [...].

Com essa nova disciplina jurídica, jamais comissão alguma conseguirá comprovar a má-fé do servidor que se encontre acumulando cargos ilícitamente, já que sua opção por um dos cargos dentro do prazo estabelecido pela lei caracterizará sua boa-fé e ensejará o não prosseguimento do processo ou, caso isso já tenha se verificado, seu imediato arquivamento. [...] Em outras palavras, nunca servidor algum será punido por ter acumulado cargos, empregos ou funções públicas, reduzindo-se, com isso, a letra morta a proibição constitucional de se acumular cargos públicos. Casos haverá, por certo, em que o servidor acumulará cargos públicos durante um, dois, cinco ou dez anos com a mais nítida má-fé, até que a situação irregular seja detectada pelos órgãos de controle e a ele seja formulado um convite para optar por um dos cargos, resolvendo-se, com isso, a situação ilícita, sem que o mesmo fique sujeito à demissão ou obrigação de ressarcir os valores recebidos indevidamente durante anos (grifo nosso).

É fácil perceber que os dispositivos da Lei 8.112/1990 que preveem tal opção são inconstitucionais, merecendo, por isso, imediata revogação ou decretação de sua invalidade pelas vias judiciais adequadas. A opção em destaque além de afrontar a Constituição Federal, é um verdadeiro incentivo à acumulação ilegal de cargos, pois somente após a constatação da situação irregular é que o servidor será convidado a optar por um deles, e receberá, ainda, como prêmio, o esquecimento do passado, ficando dispensado de repor os valores recebidos ilegalmente. [...]. Uma simples opção, evidentemente, não pode ter o condão de regularizar o passado irregular. Ato inconstitucionais não podem ser legitimados por meio de lei ordinária, a menos que se pretenda subverter a ordem jurídica constitucional.

Tem sido utilizado o argumento de que essa opção visa a evitar o enriquecimento sem causa do Estado que usufruiu do trabalho do servidor durante algum tempo, não podendo, por isso, exigir a restituição dos valores que lhe foram pagos, pois tais verbas representam apenas a retribuição pelo trabalho efetivamente prestado. [...] A dispensa dos valores indevidamente

recebidos deveria destinar-se apenas aos casos em que ficasse constatada a verdadeira boa-fé do servidor, como nos casos em que pairasse dúvida razoável sobre a natureza jurídica dos dois cargos e sua possível acumulação legal. Admitir, entretanto, por presunção legal, que a boa-fé pode ser obtida por meio de uma simples opção é atentar contra a razoabilidade, além de servir como verdadeiro incentivo legal para a prática de atos que são proibidos pela Constituição Federal. Ora, se o servidor é obrigado a declarar no ato de sua posse que não acumula cargos públicos, como fazer, posteriormente, vista grossa a essa afirmação? Se prestou declaração falsa, ele cometeu crime. Não é, portanto, juridicamente razoável que, constatada a acumulação, as declarações prestadas no ato da posse não sirvam para absolutamente nada. Suprima-se, então, essa exigência.

Parece-me, portanto, que as regras anteriormente vigentes eram mais consentâneas com a Constituição Federal, pois, constatada a legítima e verdadeira boa-fé – não essa admitida por presunção –, oferecia-se ao servidor a oportunidade de optar por um dos cargos, hipótese em que era dispensado da devolução dos valores, que, embora indevidos, foram percebidos sem dolo ou má-fé. Entretanto, constatada sua má-fé, o servidor ficava sujeito à demissão dos dois cargos, além de ter que ressarcir as quantias que recebeu indevidamente ao longo da acumulação. A opção ora instituída por lei fere os bons propósitos que levaram o constituinte a proibir a acumulação de cargos públicos, qual seja, o de evitar que poucos cidadãos monopolizem a ocupação desses cargos para obterem duplo ganho, sem a dedicação necessária para o exercício de cada um deles, trazendo reflexo negativo na prestação do serviço público. A lei que a instituiu é, portanto, flagrantemente inconstitucional, merecendo, por isso, sua imediata revogação ou correção pelas vias judiciais adequadas. Boa-fé não se adquire por meio de opção.

A par das razões jurídicas e lógicas expostas por Dantas, destacam-se os efeitos potencialmente prejudiciais ao erário e à sociedade advindos de cada acumulação indevida e os impactos exponenciais do dispositivo legal questionado sobre aqueles efeitos adversos. Da acumulação indevida decorrem as seguintes adversidades potenciais, de ordem jurídica, ética, social e econômica: afronta à Constituição e legislação do país, disseminação da recorrência como normal/aceitável na sociedade e nos entes públicos, retirada de posto de trabalho do mercado, reduzindo a eficiência do serviço prestado (por jornada não cumprida ou sobrecarga de trabalho), e prejuízo ao erário (ao remunerar serviço mal prestado ou não prestado por servidor com múltiplas jornadas e ao destinar recursos para apuração/controlar).

Da "opção" disposta no art. 133, § 5º, da Lei 8.112/1990 propriamente dita, resulta a maximização dos efeitos adversos citados, em espiral viciosa, no campo jurídico, ético, social e econômico: tal dispositivo desrespeita a Constituição, ao permitir que a afronta a ela não seja objeto de responsabilização e pena (suspensão, demissão, ressarcimento, multa etc.); incentiva a prática da acumulação indevida, ao deixar o ilícito sem a correspondente pena, sendo um mau exemplo do Estado para a sociedade; favorece a perduração, disseminação e recorrência das acumulações indevidas, afetando mais o setor público e seu mercado de trabalho; e maximiza

os prejuízos ao erário, mediante dispêndios com serviço mal prestado e com apurações sem alcance penal e financeiro (ressarcimentos).

Quanto ao desrespeito à Constituição, a tolerância da prática de acumulação ilícita, instituída pelo § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, fere frontalmente vários princípios constitucionais. O princípio da moralidade é atingido pelo caráter tolerante da “opção” com práticas imorais, como declaração falsa de não acumulação, dissimulação do exercício dos cargos acumulados, postergação da acumulação indevida até o último momento etc. O princípio da eficiência é solapado, porque a permissiva “opção” faz o Estado perder poder e meios para controlar e estancar a multiplicidade e recorrência de acumulações indevidas e com jornadas e encargos mal desempenhados. O princípio da razoabilidade é desprezado diante da irracionalidade da “opção”, que, em um passe de mágica, retira do mundo do direito o mundo real, anistiando ou imunizando o delinquente. O princípio da proporcionalidade é ignorado ante a “opção” de nivelar todos os ilícitos de acumulação, desconsiderando especificidades e agravantes, como múltiplos vínculos, falseamento de declarações, recorrência de acumulação etc. Por fim, o princípio da responsabilização por ilicitude é rechaçado pela “opção”, quando retira do ordenamento jurídico penalidades que caberiam a quem se beneficia por atos inconstitucionais.

Sobre este último aspecto (desrespeito ao princípio da responsabilização por ilícitos, previsto, inclusive, no § 5º do art. 37 da Constituição), o dispositivo legal em comento se mostra juridicamente incompleto, pois prevê o preceito (vedação de acumular cargos afora das hipóteses constitucionais) e a forma de estancá-lo, sem prever a sanção correspondente (penalidade para quem contrariar o preceito). Não se pode confundir a demissão do cargo inacumulável, que é o modo necessário último de se fazer cumprir a Constituição, com a sanção que deve sofrer o delituoso, aquela parte da norma que visa a coagir as pessoas ao seu cumprimento, trazendo segurança e justiça para a coletividade e eficácia para a norma. Assim, falta à lei o elemento coercitivo que deve estar presente em toda norma que trata de ilícito. Desta forma, o dispositivo legal se apresenta viciado na forma e no mérito.

4 EXEMPLOS DE EFEITOS PRÁTICOS ADVERSOS: IMPUNIDADE E CONFUSÃO JURÍDICA

A “opção” dada ao servidor que acumula cargos públicos ilicitamente para escolher um dos cargos e demitir-se de outro, caracterizando sua boa-fé, impede ou dificulta a responsabilização do servidor pelos atos ilícitos cometidos durante a acumulação ilícita, particularmente, no âmbito administrativo, mais do que na esfera judicial.

É de se esperar que o empecilho ocorra mais na atuação administrativa (Poder Executivo e administração dos demais Poderes), pela proximidade com o servidor e circunscrição às disposições de seu estatuto, além de ser a primeira instância a tratar o problema da acumulação, o que importa em maior quantidade de casos examinados etc. Nesse contexto, a tendência é que o Ministério Público (MP) e o Judiciário examinem com mais abrangência e acuidade (e até imparcialidade, por mais distante dos fatos) a menor gama de casos que lhe é submetida, examinando a questão, inclusive, sob o fundamento de outros códigos.

A indulgência legislativa tem levado à inação administrativa. Enquanto o Estatuto dos Servidores Públicos Federais prevê fácil perdão para quem acumula de forma inconstitucional, o órgão central e os órgãos descentralizados de gestão de pessoal, de forma sincronizada com aquela indulgência, deixam de apurar e combater devidamente a irregularidade. É o que se depreende da falta de estudos e levantamentos mais sistêmicos e nacionais sobre a questão, da ausência de atuação mais resolutiva para prevenir e punir amplamente as irregulares acumulações de cargos e jornadas em todo o país. Ressalva-se, apenas, a atuação de controle mais consistente no âmbito federal, desenvolvida pontualmente pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno do Poder Executivo.

Um dos raros levantamentos pertinentes de âmbito nacional de que se tem notícia apontou 164 mil indícios de irregularidades, representando 5,3% dos registros analisados, e estimou que a resolução das irregularidades geraria economia de R\$ 1,7 bilhão. Tal levantamento abrangeu, apenas, 13 unidades federadas e deixou de fora estados mais representativos do contingente de servidores, como São Paulo e Minas Gerais (vide <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/03/17/servidores-sao-suspeitos-de-acumular-cargospublicos-916096872.asp>). O caráter limitado, esporádico, pontual e estanque desses levantamentos é um dos indicadores da falta de atuação efetiva do poder público nessa seara.

Embora parcial, o levantamento divulgado pela imprensa traz dados preocupantes de irregularidades que seriam taxativa e facilmente caracterizadas como muito graves: 53.793 servidores acumulando mais de dois cargos públicos e 47.360 servidores docentes em regime de dedicação exclusiva acumulando mais de uma função. Duas situações extremas de inconstitucionalidade e ilegalidade muitas vezes agravadas pelo fato de haver acumulação com cargos na esfera privada, em prejuízo parcial ou total da presença e produção nos cargos públicos.

No âmbito federal, a acumulação ilícita de cargos tem gerado algumas punições ao longo dos anos no Poder Executivo, conforme o "Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da Administração Pública", produzido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) em 2016, mas estão contabilizadas juntamente com as ocorrências de abandono de cargo e inassiduidade, respondendo as três causas expulsórias por apenas 23% do total das punições expulsivas. Deve-se questionar a falta de categorização própria (contabilização específica da causa expulsória acumulação ilícita de cargos), o percentual de 4 a 16% de reintegração no período, o efeito da atuação judicial nas expulsões e reintegrações, a falta de relatórios públicos relevantes no âmbito dos outros Poderes e das outras esferas.

Nesses exemplos, como em tantos outros, somente considerando os deveres e as proibições relacionados nos arts. 116 e 117 da Lei 8.112/1990, haveria as seguintes infrações legais, provavelmente cometidas pelos servidores que acumulam cargos indevidamente, a serem apuradas e punidas, conforme o grau de incidência: inobservância das normas legais e regulamentares (sobre presença, jornadas, atribuições etc.); inassiduidade e impontualidade ao serviço; ausência do serviço durante o expediente; procedimento desidioso; execução de atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou da função e o horário de trabalho; recusa a atualizar seus dados cadastrais, quando solicitado.



Desta forma, o § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990, quando prevê a boa-fé e o saneamento da irregularidade com a simples “opção”, aniquila com boa parte das suas próprias disposições sobre a boa conduta do servidor, em particular, as referentes aos deveres, às proibições e às penalidades (arts. 116 a 132).

A “opção” em comento funciona como obstáculo para a correta e proporcional responsabilização de quem acumula ilícitamente. E, por ensejar que o Estado não puna adequadamente quem comete o ilícito, funciona como sério obstáculo, também, para a prevenção das acumulações indevidas. Ao constituir barreira para a devida responsabilização do servidor infrator, termina por não prevenir a infração e, pior, por incentivá-la.

Além disso, gera, na prática, uma espécie de prescrição antecipada das ações administrativas contra os ilícitos associados à acumulação indevida, podendo-se falar em imunidade de conduta dos acumuladores. Falta de apuração de ilícitos e impunidade de seus agentes são efeitos maléficos da dita “opção”.

Outro efeito perverso é o de confundir o aplicador do Direito, já que a disposição não apenas destoa da Constituição, como também de normas infraconstitucionais correlatas. É o que ocorre, por exemplo, com a chamada Lei 8.429/1992, que conceitua, no *caput* do seu art. 11, “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública” como a “ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

É certo que o Ministério Público busca enquadrar determinadas acumulações ilícitas como improbidades administrativas. Pode-se constatar isso mediante pesquisa em sítios oficiais dos tribunais de justiça ou regionais federais. Contrário a esse posicionamento ministerial, têm-se artigos e sentenças que realçam a literalidade do dispositivo em questão.

Um desses artigos é o estudo de Mattos (2006), cujos títulos no sumário resumem todo o teor:

Acumulação irregular de cargos. Opção tempestiva por um dos vínculos públicos retira a tipicidade da ação de improbidade administrativa. I – O caráter aberto da Lei 8.429/1992 possibilita ao Ministério Público o manejo indevido da ação de improbidade administrativa. II – A regra geral constitucional é a previsão da inacumulabilidade de cargos, ressalvadas as hipóteses legais. III – O direito de opção a um dos cargos/empregos gera boa-fé do agente público, não podendo haver subsunção via de consequência no tipo legal da Lei 8.429/1992. IV – Impossibilidade de ressarcimento ao erário do que foi recebido como contraprestação pecuniária.

A argumentação do autor se centra no entendimento de que a caracterização do ato ímprobo requer o elemento dolo (má-fé) e de que a lei retira esse elemento da acumulação irregular quando o servidor público opta por um de seus cargos/empregos no prazo legal, conforme § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990. Cita trecho de voto de julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no RO em MS 11.197/RJ, para reforçar que a “opção” retira a má-fé da acumulação irregular, declarando-a como ato de boa-fé:



Prosseguindo, se a acumulação é ilegal, o servidor deve fazer a sua opção (que é um direito), para sanar tal ilegalidade. Não se trata de presumir a má-fé do servidor. Trata-se apenas de considerar de boa-fé aquele que, tomando ciência da ilegalidade em sua situação funcional, exerceu o direito de permanecer no serviço público, optando por um dos cargos. [...]. Procura-se, com isso, apenas garantir ao servidor que lhe seja proporcionado o direito de opção, para que se possa escolher um dos cargos. Se, mesmo assim, não quiser fazê-la, (fica) caracterizada a má-fé, porque aí estará objetivamente a sua intenção de acumular cargos.

Ao contrário do que transparece na letra transcrita acima, o STJ não apreciou a legitimidade, moralidade ou constitucionalidade da "opção" ou a incolumidade de qualquer "optante", nem poderia fazê-lo em sede de Recurso Ordinário cujo acórdão ratificou decisão do TJ/RJ contra o servidor demitido. Em verdade, há decisões do STJ que consideram a acumulação ilícita ato de improbidade, a depender da legislação aplicável em cada caso, independentemente da "não opção" para caracterizá-la. Em sede de Recurso Especial – Resp 1129423/SP –, por exemplo, o STJ manteve decisão do tribunal de origem que entendeu configurada a improbidade administrativa pela acumulação de três cargos públicos municipais por agente político. Ementa: "Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Improbidade. Acumulação ilegal de cargos. Ex-prefeito. Aplicação da Lei 8.429/1992. Compatibilidade com o Decreto-Lei 201/1967. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF".

Há, também, julgado que considera comprovada a má-fé quando há declaração falsa (RMS 24643/MG):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. (...) AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDUITA DO SERVIDOR. (...) 5. O prazo decadencial de 5 (cinco) anos do direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários não corre quando comprovada má-fé. Hipótese em que a recorrente fez declaração que não correspondia à realidade dos fatos quando assumiu o segundo cargo. Afirmou não exercer outro trabalho remunerado pelos cofres públicos.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) também autoriza o exame caso a caso de responsabilização do agente, a depender da verdade processual, conforme se depreende da ementa do MS 26085/DF, o que retiraria o caráter imunizante terminativo da "opção":

MANDADO DE SEGURANÇA. [...] 1. A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva. [...] 3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. [...].

De outra parte, alguns ilícitos cometidos por quem acumula ilegalmente são tipificados como crime, a exemplo da declaração falsa de não acumulação, configurada como falsidade ideológica, assim subsumida em julgado do próprio STF no RE 86863/ES:

CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. O RECORRIDO TINHA O DEVER JURÍDICO DE DECLARAR OS CARGOS PÚBLICOS NOS QUAIS SE ACHAVA INVESTIDO, INCLUSIVE EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, PORQUE A ISSO ESTAVA OBRIGADO [...].

O estudo de Mattos em referência (2006), enfim, se mostra incompleto e parcial, ao limitar-se à literalidade de uma das leis confrontadas (Lei 8.112/1990), questionando o alcance, apenas, da outra (Lei 8.429/1992), e ao especificar que o objetivo do estudo foi contrapor-se às ações de improbidade movidas pelo Ministério Público paulista contra servidores que exerceram “opção”. Ora, o autor, tratando de casos paulistas, não citou nenhuma legislação do Estado de São Paulo nem exemplificou nenhuma situação concreta de ação ministerial naquele estado que considera absurda. Seu artigo, no entanto, serve aqui para evidenciar, mais uma vez, a controvérsia no âmbito da aplicação do Direito (atuação ministerial e judicial paulista versus atuação administrativa) gerada pela disposição legal ora questionada.

Assim, embora os tribunais não tenham negado aplicação à disposição legal em comento e o STF não a tenha declarado inconstitucional, até porque não provocado neste sentido por ADI, há espaço para confusão pelos operadores do Direito e decisões divergentes pelos órgãos administrativos e judiciais. Mais um efeito ruim da disposição do § 5º do art. 133 da Lei 8.112/1990 como se encontra: o potencial para controvérsias jurídicas.

5 CONCLUSÃO

ALTERNATIVAS PROPOSTAS

Pelo conceito de improbidade contido no art. 11 da Lei 8.429/1992, a acumulação ilícita e inconstitucional de cargos públicos se subsume, em princípio, àquele subgênero de improbidade. Mas não só, enquadra-se na espécie prevista no inciso I do já citado art. 11: “praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

Com efeito, o servidor público federal que presta concurso, toma posse e entra em exercício no cargo que lhe é vedado acumular está sendo claramente desonesto e desleal às instituições (Constituição, lei, órgãos públicos envolvidos). E, muitas vezes, leva à cumplicidade de servidores, com conduta tipicamente ímproba (desonesta, parcial, ilegal e desleal), a teor do mesmo inciso I do art. 11 da Lei 8.429/1992.

Desta maneira, o tratamento legal a ser dado pela Lei 8.112/1990 deve ser inverso ao vigente: a acumulação inconstitucional de cargo público se revela juridicamente abominável, via de regra, ato ímprobo, com presumida má-fé; para afastá-la, seria necessário haver histórico de providências, por parte do servidor, que apontassem noutra sentida, para indícios ou evidências de boa-fé, tais como: declaração tempestiva e verdadeira sobre a acumulação de cargos, consultas formais aos entes públicos em questão sobre a legalidade da acumulação, assiduidade e desempenho comprovadamente regulares nos cargos acumulados e outras condutas e iniciativas positivas.

Deve a lei que trata de ilícitos prever as penas correspondentes. No caso específico, pode e deve haver uma gradação de sanções, além da óbvia e imperativa demissão do cargo acumulado ilicitamente. De forma ilustrativa, as penas poderiam abranger: demissão ou suspensão de exercício do cargo remanescente, restituição de valores proporcionais à incompatibilidade das jornadas, multa e tipificação da acumulação ilícita como improbidade administrativa. Para tal, seriam considerados os agravantes do ilícito, tais como: a recorrência, a acumulação múltipla, a declaração falsa, o descumprimento das jornadas respectivas, a sobreposição de jornadas e a lotação em mais de um vínculo (subespécie mais artilosa de descumprimento de jornadas, no caso, por exemplo, de cessão/requisição, ficando o cedido ou requisitado num mesmo órgão com dois cargos, mas uma só jornada), o desatendimento à solicitação do órgão e a prática conjugada de ilícitos.

De forma ilustrativa, ainda, a "opção" em comento deveria servir apenas para oportunizar ao servidor que tenha agido de boa-fé a escolha do cargo em que queira permanecer, antes que o ente público competente (o órgão do último ingresso) o demita por dever de ofício. O exercício da "opção" por quem acumula ilicitamente configuraria um benefício ao servidor acumulador que comprovasse sua boa-fé. Caso contrário, se não comprovasse sua honestidade na acumulação, deveria restar um leque de penalidades proporcionais à gravidade dos ilícitos cometidos, a serem impostas pelos órgãos envolvidos e prejudicados, após o devido processo investigativo, com ampla defesa.

Assim, razoável é que a falta do exercício da "opção", quando convocado o servidor, caracterize sua disposição de persistir na prática ilícita, patenteando a má-fé presumida ou reforçando a já apurada. O exercício da "opção", por outro lado, deve beneficiar, apenas, a quem tenha agido de boa-fé, comprovadamente, quando não restarem nem sobrevierem outras irregularidades caracterizadoras da má-fé.

Ao invés de dispor tolerando a inconstitucionalidade, descaracterizando improbidades e, com isso, até incentivando a prática continuada e recorrente de acumulações ilícitas, poderia a lei ter disposto da forma acima sugerida e sobre os elementos caracterizadores da má-fé, suas hipóteses e penas respectivas.

Diante dos problemas insitos ao dispositivo legal em comento e considerando a necessidade premente de sua mudança, o que se impõe aos cidadãos conscientes, aos acadêmicos das ciências sociais aplicadas e do Direito, aos órgãos de controle e às pessoas e aos entes que integram e formulam o controle social e estatal é que intervenham de alguma forma sobre a apontada inconstitucionalidade, envidando esforços sob seu alcance. Importa estancar a praxe inconstitucional que implica prejuízos para o Estado e a Nação brasileira, afetando os cofres e serviços públicos, dificultando a atuação social do Estado, notadamente nas áreas importantes e críticas da saúde e da educação, mais vulneráveis à ilicitude em tela.

Como ações possíveis, vislumbra-se aqui a produção crítica e propositiva, como o presente trabalho, a integrar um esforço contínuo e progressivo formador de opinião e de subsídio à atuação no campo judicial ou legislativo por quem de direito. Judicialmente, tem-se a possibilidade de impetração de ADI pelos legitimados, o que engloba a Presidência da República, as Mesas dos Legislativos federal, estaduais e distrital, os governadores, o Procurador-Geral da República, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os partidos políticos

representados no Congresso Nacional (CN) e as confederações sindicais ou entidades classistas de âmbito nacional. No campo legislativo, tem-se a possibilidade de iniciativas como o nascedouro de anteprojeto de lei ou de medida provisória para alteração e aperfeiçoamento das disposições pertinentes da Lei 8.112/1990 (e da Lei 8.429/1992).

De forma geral e conclusiva, há robusto fundamento para a atuação reformadora do dispositivo legal questionado, em face de sua inconstitucionalidade, tendo em vista que não se coaduna com os notórios princípios constitucionais da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, bem assim com o princípio constitucional da responsabilização por ilícito (art. 37, § 5º, da CF). Iniciativas sociais, acadêmicas e estatais urgem e serão muito bem-vindas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. **O servidor municipal**. Rio de Janeiro, 1970.

BALLOUK FILHO, Benedito Marques; KUNTZ, Ronald A. **Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder**. São Paulo: Madras, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. **Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da Administração Pública federal, 2017**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/consolidado-por-ano-2003-a-2016.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FREITAS, Izaías Dantas. **Acumulação ilícita de cargos públicos e o direito de opção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1º out. 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Acumulação irregular de cargos. Opção tempestiva por um dos vínculos públicos retira a tipicidade da ação de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2006_acumulacao_-de_-cargos_-irregular.pdf>. Acesso em 16.12.2017.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STUKART, Herbert Lowe. **Ética e corrupção**. São Paulo: Nobel, 2007 (reimpressão).

Recebido em 16/3/2018

Aprovado em 9/11/2018