



Gabriel Brito de Oliveira

PARECER JURÍDICO n. 051/2021

Requisitante: Manoel Carlos Neri da Silva – Presidente do Coren/RO

Interessado: Flávio Brito de Oliveira – Enfermeiro/Registro no Coren não informado.

Assunto: Realização de plantões extras e horas extraordinárias por servidor da saúde ocupante de dois cargos públicos.

PARECER JURÍDICO

Por intermédio de despacho da r. Presidência desta Autarquia, veio ao crivo da Procuradoria Geral a consulta formulada pelo Enfermeiro Flávio Brito de Oliveira, que solicita manifestação com relação a realização de plantões extras e horas extraordinárias por profissional de saúde detentor de dois cargos públicos.

É o breve relatório.

A acumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde é uma garantia constitucional, cuja norma não estabeleceu limitação de carga horária ou forma de jornada, **mas apenas que haja compatibilidade de horário.**

A Emenda Constitucional n. 34, de 13/12/2001, que deu nova redação à alínea “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, assegura o exercício de dois cargos privativos de profissionais de saúde, *in verbis*:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

A 3ª Seção do Egrégio Tribunal Regional da 2ª Região se manifestou no sentido de que **não ser razoável que a Administração Pública venha a cercear um direito garantido constitucionalmente** sem qualquer apuração acerca da efetiva existência de incompatibilidade de horários. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE

COREN - RO
FOLHAS
Getúlio Vargas



Coren^{RO}
Associação Brasileira de Enfermeiros

PROFISSIONAL DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS NÃO COMPROVADA PELA UNIÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Trata-se de restrição imposta pela Administração Pública à posse da Autora no cargo de Auxiliar de Enfermagem do Ministério da Saúde perante o Hospital Geral de Bonsucesso, sob argumento de que se ostenta inviável a cumulação de cargos de profissionais da saúde com jornada de trabalho total superior a sessenta horas semanais, baseando-se em acórdão do TCU. 2. Com a promulgação da EC n. 34/2001, que deu nova redação ao art. 37, inc. XVI, alínea 'c', da CRFB/88, o direito à acumulação de cargos de profissionais da saúde ganhou expressa proteção constitucional, tendo como requisitos, tão somente, a compatibilidade de horários e a regulamentação da profissão. Antes disso, a jurisprudência já havia sedimentado entendimento no sentido de ser possível a acumulação de dois cargos de profissional de saúde, quando a mesma já era exercida antes da atual Carta Magna, nos moldes do art. 17, §§ 1º e 2º, do ADCT. **3. A melhor hermenêutica constitucional é categórica em afirmar que a restrição da norma constitucional só pode ser exercida pela própria Constituição; portanto, não pode o legislador infraconstitucional instituir nova restrição. Sendo assim, não é razoável que a Administração Pública venha a cercear um direito garantido constitucionalmente à Autora sem qualquer apuração acerca da efetiva existência de incompatibilidade de horários dos cargos a serem exercidos.** 4. No caso dos autos, a acumulação pretendida encontra-se em consonância com as disposições constitucionais. A Autora pretende exercer dois cargos de Auxiliar de Enfermagem que totalizariam setenta horas semanais de trabalho; labora trinta horas, em regime de plantão, com escala noturna de 12 por 60, das 19h às 7h, no Hospital Estadual Getúlio Vargas e, caso assumisse o cargo no Hospital Geral de Bonsucesso, somaria mais quarenta horas. Inexiste comprovada superposição de horários, eis que sequer disponibilizada a grade de horários da Autora perante o novo cargo que pretende assumir. Aplicação do art. 2º da Portaria n. 1.281/2006 do MEC, que reduziria a carga horária do cargo do Hospital Geral de Bonsucesso para trinta horas semanais. 5. Vale ressaltar que a Administração Pública tem a faculdade de se utilizar dos instrumentos legais pertinentes para averiguar se o servidor público está cumprindo, a contento, com as suas atribuições. Presumir, pela quantidade de horas, que o mesmo é ineficiente, não se ostenta razoável. Assim, a Embargante deveria ter apresentado provas da incompatibilidade de horários, o que não o fez, a fim de demonstrar que o ato por ela realizado não estava elivado de ilegalidade. 6. Embargos Infringentes desprovidos para prevalecer o Voto Conduzidor, o qual deu provimento ao recurso de Apelação Interposto pela Autora. (TRF 2ª Região, Processo nº 2007.51.01.017483-0, Des. Fed. Guilherme Diefenthaler, de 16/08/2012).

O STF, em decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso, nos autos do ARE 782170/PE, em 28/11/2014, salientou que o Executivo não pode, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista em lei, de modo que, ainda que a carga horária semanal dos dois cargos seja superior ao limite previsto no parecer da AGU, deve ser assegurado o exercício cumulativo de ambos os cargos públicos. Confira-se:

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFESSORA E ENFERMEIRA. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1 - Apelação de sentença que denegou mandado de segurança impetrado com o objetivo de lhe ser reconhecida a licitude da cumulação do seu cargo de professora



Coren^{RO}
Conselho Profissional de Enfermagem do Rio Grande do Sul

COREN - RO
FOLHAS

Julio Z. Lima

do ensino básico técnico tecnológico, com o de enfermeira, este exercido junto ao Governo do Estado do Ceará, bem como não lhe ser imputada a devolução dos valores remuneratórios recebidos no período de janeiro de 1991 a março de 2006. 2 - A Constituição Federal, no art. 37, inciso XVI, "c", autoriza expressamente a acumulação remunerada de cargos públicos ou empregos privativos de profissionais da saúde, desde que haja compatibilidade de horários. 3 - **O Supremo Tribunal já se manifestou sobre o tema, no julgado RE 351.905/RJ, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, onde teve a oportunidade de deixar consignado que o Executivo não pode, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, fixando verdadeira norma autônoma. Com efeito, ainda que a carga horária semanal dos dois cargos seja superior ao limite previsto no parecer da AGU, o STF assegurou o exercício cumulativo de ambos os cargos públicos.** (TRF1, AC 2003.35.00.011907-6/GO, Primeira Turma, Relator Carlos Olavo, Publicação: 18/12/2009 e-DJF1, p. 266) 4 - Entende a melhor doutrina e a jurisprudência pátria que a reposição dos valores somente é cabível nas hipóteses de má-fé do beneficiário, não suscetíveis de presunção, e a devolução das quantias recebidas pela demandante somente teria lugar se, além da perda dos efeitos da decisão, também restasse provada a litigância de má-fé por parte da administrada/apelante. 5 - Concessão da segurança. Apelação provida." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 37, XVI, da Constituição. Sustenta, em síntese, que a "acumulação que imponha uma jornada de trabalho semanal superior a 60 horas compromete tanto a saúde física, mental e laborativa do servidor, quanto a própria qualidade do serviço prestado [...] o legislador constitucional não quis, nem admitiu que fosse considerada lícita uma acumulação levada a efeito em prejuízo da Administração Pública ou do próprio servidor". A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob o fundamento de que incide na hipótese a Súmula 279/STF. A decisão deve ser mantida. Nota-se que o Tribunal de origem assentou: "Ora, a carga horária em que a apelante trabalhou, até março de 2006 era de 70 horas semanais, inferior, portanto, às 80 horas semanais discutidas no Parecer GQ 145/AGU, sendo certo que não há nenhuma prova de que não tenha ela exercido efetivamente suas funções, ou que não tenha sido assídua. Não há, pois, nenhuma ilegalidade na cumulação dos referidos cargos, por está a servidora amparada no art. 37, XVI, "b", da CF/88 Ainda, o próprio Parecer em que se baseou a autoridade coatora esclarece que não deve haver restituição da remuneração recebida no período em que houve labor de até 80 (oitenta) horas semanais [...] Não havendo prova da ilegalidade da acumulação de cargos públicos pela impetrante, não há que se falar em devolução ao erário". Dissentir da conclusão do acórdão recorrido quanto à compatibilidade de horários na acumulação de cargos demandaria uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. Nesse sentido, julgados das duas Turmas desta Corte: "Agravamento regimental no agravo de instrumento. Servidor público estadual. Acumulação de cargos. Compatibilidade de horários. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A verificação da compatibilidade de horários em relação aos cargos exercidos pelo ora agravado demandaria a análise da legislação local, bem como dos fatos e das provas dos autos, o que encontra óbice nas Súmulas nºs 280 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido." (AI 730.343-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma) "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROFISSIONAL DE SAÚDE.

SEDE: Rua Marechal Deodoro, 2621 - Centro - CEP: 76.901-106 - Porto Velho/RO - Fones: (69) 3224-5617

SUBSEÇÃO CACOAL: Av. Belo Horizonte, 2900, sala 6 - Jardim Cláudio - CEP: 76.963-692 - Cacoal/RO - Fone/Fax: (69) 3443-4558

SUBSEÇÃO JI-PARANÁ: Av. Marechal Rondon, 870, Sala 122 - Centro - CEP: 76.900-082 - Ji-Paraná/RO - Fone/Fax: (69) 3422-0758

SUBSEÇÃO VILHENA: Av. Gonçalves Dias, 191, sala 05 - Centro - CEP: 76.988-055 - Vilhena/RO - Fone/Fax: (69) 98143-6125

www.coren-ro.org.br



ACUMULAÇÃO DE CARGOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULA 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (RE 460.566-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma) Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, a, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo, mas lhe nego provimento. Publique-se. Brasília, 28 de novembro de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 782170, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 28/11/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02/12/2014 PUBLIC 03/12/2014).

Vale anotar a decisão proferida no julgamento do ARE 1.061.845/RJ, de relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja fundamentação, veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. EXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL A 60 (SESSENTA) HORAS. ACÓRDÃO 2.133/2005 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PARECER GQ 145/1998 DA ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO PROVIDO PARA, DESDE LOGO, PROVER O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

[...]

O acórdão ora recorrido divergiu do entendimento firmado por esta Suprema Corte no julgamento do Mandado de Segurança 31.256, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 20/4/2015, no sentido de que a Constituição Federal possibilita a acumulação de cargos na área de saúde, quando verificada a compatibilidade de horários. Naquela assentada, orelator, Ministro Marco Aurélio, expressamente consignou:

No mais, vale o registro de que o inciso XVI do artigo 37 da Carta Federal não faz qualquer restrição à carga horária das atividades acumuláveis, bastando, como dito, a possibilidade de conciliação. O Tribunal de Contas, assim, extrai do texto constitucional limitação que nele não é expressa.

A acumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissão regulamentada, é garantia constitucional, cuja norma não estabeleceu limitação de carga horária ou forma de jornada, mas apenas que haja compatibilidade de horário.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se posicionou "[...] 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 inexistente 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).



Coren^{RO}
Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul

COREN - RO
FOLHAS

Gabriel B. Terra

Isto posto, este consulente não enxerga óbices com relação à realização de horas extraordinárias e de plantões extras pelo servidor detentor de dois cargos públicos, uma vez que a legislação exige apenas e tão somente a compatibilidade de horários, não havendo na letra da Lei outras vedações que não a compatibilidade de horários.

Atente-se que a realização de horas extraordinárias e de plantões extras está condicionada à conveniência e oportunidade do Administrador Público, mediante a comprovada necessidade do serviço público.

É o parecer que submetemos à apreciação superior.

Porto Velho-RO, 27 de Abril de 2021.

Gabriel B. Terra
GABRIEL BONGIOLO TERRA
Procurador do Coren/RO
OAB/RO n. 6.173