

PARECER N. 113/2008/JURÍDICO/DEN

Brasília, 19 de setembro de 2008.

Assunto: **Regime de dedicação integral ou tempo integral e dedicação exclusiva – Dedicação Plena - Carreira Auditoria da Receita Federal do Brasil – Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – Medida Provisória n. 440, de 29 de agosto de 2008**

Interessado: **Presidência do Unafisco Sindical**

1. Trata o presente Parecer da análise do alcance do termo “dedicação exclusiva” proposto no caput do artigo 3º, da Medida Provisória n. 440, de 29/08/2008, assim redigido:

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 440, DE 29 DE AGOSTO DE 2008.

Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e Auditoria-Fiscal do Trabalho, de que trata a Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004; (...).

*Art. 3º Aos titulares dos cargos integrantes das Carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 2004, **aplica-se o regime de dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários.***

*§ 1º No regime de dedicação exclusiva, permitir-se-á a **colaboração esporádica** em assuntos de sua especialidade, devidamente autorizada pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, conforme o caso, para cada situação específica, observados os termos do regulamento, e a participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social.*

§ 2º Nos casos aos quais se aplique o regime de trabalho por plantões, escala ou regime de turnos alternados por revezamento, é

de no máximo cento e noventa e duas horas mensais a jornada de trabalho dos integrantes dos cargos referidos no caput.

§ 3º *O plantão e a escala ou o regime de turnos alternados por revezamento serão regulados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Trabalho e Emprego, observada a legislação vigente.*

2. É salutar que, preliminarmente, se esclareça sobre a inexistência da expressão “dedicação exclusiva” na legislação pátria **vigente** aplicada aos servidores públicos federais. O conjunto de termos encontrado é “regime de tempo integral”, em certos momentos confundidos com a idéia de dedicação exclusiva, que por seu turno se opõem à idéia de dedicação plena, esclarecida adiante, sobre os quais é válida fazer uma digressão, iniciando-se pelo que dispunha o artigo 244 da lei n. 1.711/52, que disciplinava o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, pelo qual “poderá ser estabelecido o regime do tempo integral para os cargos ou funções indicados em lei”.

3. A subsequente lei n. 3.780, de 12.7.1960, que tratava da classificação de cargos do serviço civil do Poder Executivo permitiu a **opção** pelo regime por tempo integral para o funcionário que exercesse atividades técnico-científicas, de magistério ou pesquisa, destacando que tal regime de trabalho é incompatível com o exercício cumulativo de cargos, empregos ou funções bem como de qualquer outra atividade pública ou privada com ressalva para as atividades que, sem caráter de emprego, “se destinem a difusão e aplicação de idéias e conhecimentos; a prestação de assistência a outros serviços visando a aplicação de conhecimentos científicos, quando solicitados através da direção da repartição a que pertence o servidor”. Eis o texto da norma:

CAPÍTULO XI
DO TEMPO INTEGRAL

Art. 49. O funcionário que exercer atividades técnico-científicas, de magistério ou pesquisa, satisfeitas as exigências regulamentares, poderá optar pelo regime de tempo integral.

§ 1º O regime de trabalho de que trata este artigo é incompatível com o exercício cumulativo de cargos, empregos ou funções bem como de qualquer outra atividade pública ou privada.

§ 2º Não se incluem na incompatibilidade prevista no parágrafo anterior as atividades que, sem caráter de emprêgo, se destinem a difusão e aplicação de idéias e conhecimentos; a prestação de assistência a outros serviços visando a aplicação de conhecimentos científicos, quando solicitados através da direção da repartição a que pertence o servidor.

§ 3º O servidor que optar pelo regime de tempo integral assinará termo de compromisso, em que declare vincular-se ao regime e cumprir as condições inerentes ao mesmo, fazendo jus aos benefícios do regime enquanto nêle permanecer, ressalvada a hipótese de aposentadoria.

4. O regime de trabalho descrito na lei n. 3.780/60, no caso, **era uma opção do servidor, devidamente compensada financeiramente por gratificação específica e vantagem previdenciária consistente na incorporação da referida gratificação ao vencimento após 5 (cinco) anos de efetivo exercício nesse regime.**

Art. 50. O servidor em regime de tempo integral perceberá uma gratificação sob forma de acréscimo proporcional ao nível de vencimento do seu cargo, calculada de acôrdo com o tempo de efetivo exercício nêsse regime, na forma da seguinte tabela:

Até 10 anos 75 %

Art. 51. O servidor que, para optar pelo regime de tempo integral, fôr obrigado a desacomular, terá, como gratificação, importância não inferior à do vencimento do cargo desacomulado.

Art. 52. A gratificação de tempo integral, para efeito de cálculo de proventos, incorpora-se ao vencimento após 5 (cinco) anos de efetivo exercício nesse regime, encontrando-se o servidor no ato da aposentadoria a êle vinculado.

5. Tais dispositivos, contudo, foram revogados pela lei n. 4.345, de 26.6.1964, que estabeleceu novas diretrizes para o regime de tempo integral mediante regulamentação específica. Nesta lei, em seu artigo 12, definiu-se o conceito de regime de tempo integral, ressalvando os casos em que, ainda sob tal regime, seria permitido o exercício de outras atividades. Esta norma instituiu "novos valores de vencimentos para os servidores públicos civis do Poder Executivo", dispondo em seus arts. 11 e 12, equiparando, como sinônimos o regime de tempo integral e a dedicação exclusiva:

"Art. 11. Os **funcionários** do Serviço Civil do Poder Executivo, integrantes de órgãos da administração direta e das autarquias, **que exerçam atividades de magistério, técnicas, de pesquisas ou científicas**, poderão ficar sujeitos, no interesse da administração **e ressalvado o direito de opção**, ao regime de

tempo integral e dedicação exclusiva, de acordo com a regulamentação a ser expedida, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, ficando revogados os dispositivos constando do Capítulo XI da Lei n. 3.780, de 12 de julho de 1960.

1º - Pelo exercício do **cargo em regime de tempo integral e dedicação exclusiva, será concedida, ao funcionário, gratificação** fixada, no mínimo de 40% (quarenta por cento) do valor do vencimento do cargo efetivo, ficando revogadas as bases percentuais fixadas na Lei nº. 3.780, de 12 de julho de 1960.

2º - A gratificação a que se refere o § 1º deste artigo será considerada, para efeito dos cálculos de provento de aposentadoria, à razão de 1/30 (um trinta avos) por ano de efetivo exercício em regime de tempo integral.

Art. 12. Considera-se regime de tempo integral o exercício da atividade funcional sob dedicação exclusiva, ficando o funcionário proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública de qualquer natureza.

Parágrafo único - Não se compreendem na proibição deste artigo:

I. o exercício em órgão de deliberação coletiva, desde que relacionado com o cargo exercido em tempo integral;

II. as atividades que, sem caráter de emprêgo, se destinam à difusão e aplicação de idéias e conhecimentos, excluídas as que impossibilitem ou prejudiquem a execução das tarefas inerentes ao regime de tempo integral;

III. a prestação de assistência não-remunerada a outros serviços, visando à aplicação de conhecimentos técnicos ou científicos, quando solicitada através da repartição a que pertence o funcionário.

6. A Lei n. 4.863, de 29.11.1965, referindo-se à lei 4.345/65 e, na mesma linha, procurou disciplinar as condições gerais da aplicação do regime de trabalho em tempo integral e dedicação exclusiva, deixando a cargo do Poder Executivo sua regulamentação, pelo que dispôs em seu art. 7º:

"Art 7º O regime de tempo integral e dedicação exclusiva, a que se refere o art. 11 da Lei nº 4.345, de 26 de junho de 1964, poderá ser aplicado, no interesse da Administração e nos termos da regulamentação a ser expedida pelo Poder Executivo, em caráter obrigatório:"

I - a cargos e funções que envolvem responsabilidade de Direção, Chefia ou Assessoramento;

II - a unidades administrativas, ou setores das mesmas, quando a natureza do trabalho exigir;

III - às Equipes de Trabalho constituídas expressamente para operar sob o aludido regime;

IV - ao Magistério, em face de provadas necessidades de ensino e da cadeira, verificada, previamente, a viabilidade da medida em face das instalações disponíveis e outras condições de trabalho do estabelecimento de ensino;

V - a ocupantes de cargos compreendendo funções técnicas de nível médio - auxiliares de atividades de magistério, técnicas e de pesquisa científica - quando participarem de trabalhos enquadrados nos itens anteriores.

1º Em casos excepcionais, devidamente justificados, o regime de tempo integral e dedicação exclusiva poderá ser aplicado a qualquer funcionário, individualmente, mediante proposta do dirigente da Unidade Administrativa.

*2º Excetuam-se da obrigatoriedade prevista neste artigo os funcionários que **optarem** pelo regime de tempo parcial de trabalho, salvo quando investidos em cargo ou função de direção ou chefia, quando terão de invocar impedimento legal ou motivo justo.*

3º Excetuam-se, igualmente, da obrigatoriedade prevista no § 2º os ocupantes de cargos de direção e chefia para os quais tenham sido nomeados em caráter efetivo.

4º O pessoal burocrático, auxiliar ou subalterno, cujos serviços sejam indispensáveis ao funcionamento do regime a que se refere este artigo, poderá ter o expediente prorrogado, percebendo gratificação pelo serviço extraordinário que prestar, independentemente de limite de tempo”.

7. Interessante trazer à colação o entendimento do Professor Hely Lopes Meirelles ⁽¹⁾ no que tange à definição doutrinária do que é regime de dedicação integral e dedicação plena (termo não utilizado na legislação citada). Isto porque o conceito de dedicação integral acaba por se confundir com a idéia de dedicação exclusiva. **Em contrapartida, a oposição ao regime de regime integral em dedicação exclusiva é a dedicação plena**, senão vejamos:

"O adicional de tempo integral, advém do regime de full – timenorte – americano e só recentemente foi adotado pela Administração brasileira. O Estatuto federal facultava o estabelecimento deste regime de trabalho "para os cargos ou funções indicados em lei" (Lei no. 1.711/52, art. 244). A subsequente Lei 3.780, de 12.7.1960, permitia a sua adoção pelo servidor que exercesse atividades técnico – científicas de magistério ou pesquisa, satisfeitas as exigências regulamentares, declarando-o incompatível com o exercício cumulativo de

(1) Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 16ª. ed., 2ª. tir., Ed. Revista dos Tribunais,, 1991, p. 401, 402 e 403

cargos, empregos ou funções, bem como de qualquer outra atividade pública ou privada (art. 49 e §§).

(...) **O que caracteriza o regime de tempo integral é o fato de o servidor só poder exercer uma função ou um cargo público, sendo-lhe vedado realizar qualquer outra atividade profissional particular ou pública. Nesse regime a regra é *um emprego e um só empregador*, diversamente do que ocorre no regime de dedicação plena em que o servidor pode ter mais de um emprego e mais de um empregador, desde que diversos da função pública a que se dedica precipuamente.** (...)

O adicional de dedicação plena tem natureza similar à do de *tempo integral*, visto que ambos resultam de regimes especiais de trabalho, exigidos por determinadas atividades de magistério e pesquisa, próprias das Universidades e Institutos científicos.

A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena. No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra, para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares. (...)"

8. Sem prejuízo de outras normas de menor especificidade, vem então ao ordenamento jurídico a **lei n. 8.112/90**, que em seu artigo 19, observado o que dispõe a Constituição Federal quanto ao limite máximo da jornada dos trabalhadores (quarenta e quatro horas semanais), institui limites novos sem mencionar o regime de dedicação integral, **salvo em seu § 1º, que trata dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, quando se refere então ao “regime de integral dedicação” ao serviço.**

Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990

Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

(...)

Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei n 8.270, de 17.12.91)

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais. (Incluído pela Lei n 8.270, de 17.12.91)

(...)

Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular lícitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, **salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos.**(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

9. A lei 8.112/90, única lei vigente a respeito da matéria envolvendo servidores públicos federais, mesmo porque as anteriores, quando não revogadas expressamente, se aplicam tão somente ao pessoal vinculado às carreiras de magistério, atividades técnicas, de pesquisas ou científicas, não faz qualquer vinculação entre a jornada de trabalho de quarenta horas semanais com o denominado regime de dedicação integral ou sua exclusividade, como pretendem alguns, salvo quando trata do servidor ocupante de cargo comissionado ou função de confiança.

10. Ao se referir à dedicação integral, a lei n. 8.112/90 não observou o entendimento doutrinário, equivocando-se, pois admite, neste regime de trabalho, ao contrário do que preceitua a doutrina, que o ocupante de cargo comissionado ou função de confiança exerça outras atividades desde que não haja incompatibilidade de horário (artigo 120), quando pelas lições transcritas, **“o que caracteriza o regime de tempo integral é o fato de o servidor só poder exercer uma função ou um cargo público, sendo-lhe vedado realizar qualquer outra atividade profissional particular ou pública”**, conforme Hely Lopes Meirelles. Mais explicitamente, o chamado regime de trabalho com dedicação integral estabelecido pela lei n. 8.112/90 admite, ao contrário da conceituação jurídica, a possibilidade de acumulação de cargos

para aquele que está submetido ao mesmo, pelo que se deduz não estarmos diante do regime de dedicação integral, mas de dedicação plena.

11. Assim, acatar a idéia de que a lei n. 8.112/90 impõe regime de dedicação integral a todos os servidores públicos por ela regidos contradiz o texto da própria lei que somente o aplica aos comissionados. Da mesma forma, aceitar que a mesma lei pretendeu referir-se ao regime de dedicação integral, tal como posto na doutrina é admitir que a norma subverteu a conceituação, ou estaríamos diante de evidente e inadmissível contradição entre o § 1º do artigo 19 dessa lei e seu artigo 120, hipótese não admitida pela hermenêutica, tratando-se na verdade de um evidente equívoco conceitual do legislador.

12. Desta forma, não cabe ao intérprete qualquer ilação acerca da extensão do referido regime aos servidores não ocupantes de cargos demissíveis *ad nutum*, quando a lei não o fez. De outro lado, o conceito de dedicação integral ou exclusiva se contrapõe ao texto do § 1º, artigo 19 da lei n. 8.112/90 e seu artigo 120, na medida em que não exige do ocupante de cargo comissionado ou função de confiança **uma dedicação exclusiva ao serviço, tal como exposto pela doutrina**, na medida em que permite o exercício de quaisquer outras atividades, públicas ou privadas, fora do horário de trabalho, excetuando-se a duração do trabalho estabelecida em lei especial: trabalho de médicos e professores (§ 2º do art. 19 da Lei 8.112/90).

13. **A lei em questão, na verdade, nomina de dedicação integral o que seria, em regra e pela sistemática adotada, uma dedicação plena. Tanto o é que, a própria lei n. 8112/90, cuja interpretação de ser sistemática, em seu artigo 117, inciso XVIII, apenas proíbe ao servidor “exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”, ou seja, também não é imposto ao servidor público o regime de dedicação integral. Fosse assim, o dispositivo do artigo 117 não teria qualquer utilidade, o que não é factível, considerando que não se concebem expressões inúteis ou sem sentido.**

14. Portanto, o que se depreende, considerando a restrição do regime de dedicação integral somente aos ocupantes de cargos comissionados e funções de confiança e, ainda assim, permitindo a esses a acumulação de funções, desde que compatíveis com a jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas, é que a lei n. 8.112/90, ao se referir ao regime de dedicação integral quis, na verdade, referir-se ao regime de dedicação plena, tal como exposto por Hely Lopes Meirelles, coadunando-se com a redação dos artigos 117, XVIII e 120 da mesma norma.

15. Diante do texto legal, sustenta-se, ainda, que a carga de quarenta horas semanais não possui relação direta com a chamada dedicação integral da lei n. 8.112/90, pois fosse a jornada de trabalho de quarenta horas semanais necessariamente vinculada à dedicação integral não seria tal regime de dedicação mencionado apenas para os servidores ocupantes de cargo comissionado e função de confiança. Outro aspecto a reforçar o entendimento de que a jornada de 40 (quarenta) horas semanais **não é, por si só, inerente nem ao regime de tempo integral com dedicação exclusiva** é o texto do decreto n. 1.590/95, que por sua vez, encontra seu fundamento de validade na lei n. 8.112/90.

16. Note-se que, tal decreto, dispõe sobre a *jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais*, o artigo 1º, *caput* e inciso I, impõe o período de *oito horas diárias (caput)* e de *quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica* – situação que não se aplica ao caso concreto, **para os ocupantes de cargos de provimento efetivo; o inciso II deste mesmo artigo, por sua vez, prevê regime de dedicação integral, quando se tratar de servidores ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção, função gratificada e gratificação de representação**, sem fazer qualquer alusão a número de horas a serem trabalhadas, por dia ou por semana.

17. É cediço que o funcionalismo público federal encontra as normas e princípios fundamentais de seus regimes jurídicos na própria Constituição Federal, de forma que todos os regimes de trabalho dos servidores públicos federais, já que

criados por leis, estão, inevitavelmente, submetidos àquelas normas e princípios constitucionais, não os podendo contrariar, não havendo neste caso, discricionariedade legislativa ou administrativa.

18. Nesse sentido, traz-se à colação a lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ⁽²⁾, ao comentar o decreto-lei n. 200/67, que ainda vigora, quando da vigência da Carta Constitucional de 1967, ainda observado perante a Constituição Federal de 1988:

"Os poderes, portanto, que a Administração possui, para organizar o quadro do funcionalismo ou para estabelecer normas regulamentares relativas ao pessoal do serviço público civil, são os constitucionais e não os discricionários. Na verdade, não se pode negar ao poder estatal a faculdade de formar o seu corpo de pessoal administrativo, ou de modificar a sua estrutura.

No entanto, há de prevalecer sempre o regime relacional que a Carta decretou e promulgou. (...).

Duas evidentes premissas se encontram no corpo da Constituição (Seção VIII): a) uma de que as normas estatutárias devem atender os princípios básicos nela estabelecidos; b) outra de que os direitos, obrigações e vantagens a serem assegurados aos funcionários assentam na bilateralidade do comportamento legal. Não se obriga só a Administração, mas o servidor na exaço das práticas funcionais.

Código de direitos e de obrigações, as normas estatutárias, onde existirem na soberania das Constituições não de ser observadas porque representam parte integrante dos sistemas jurídicos nacionais. Inobservadas ou desobedecidas violentam a Constituição, que não pode sofrer restrições quanto aos direitos que ofertou, nem distorções quanto às limitações que impôs."

19. Nessa esteira de raciocínio, não há como permanecer indiferente à ilegalidade e inconstitucionalidade que se delineia no artigo 3º da Medida Provisória n. 440/08.

20. É ilegal, a uma, porque distorce o que já dispõe a lei n. 8.112/90, não se admitindo, neste caso a máxima de que lei especial derroga lei geral naquilo que incompatível for, mesmo porque, a lei especial a reger a Carreira Auditoria-Fiscal da Receita Federal do Brasil é a de n. 10.593/02, que reestrutura a carreira, e não a lei n. 10.910/04, que altera sua estrutura remuneratória. E, neste ponto, verifica-se que a lei

(2) Comentários à Reforma Administrativa Federal, São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. ed., 1983, p. 224, "fine"/225

n. 10.593/02 não define o regime de trabalho ao qual o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil encontra-se vinculado, mas informa que a sua jornada de trabalho é aquela determinada pelo regime jurídico aplicável que, nos termos do seu artigo 20, ou seja, até que sobrevenha lei orgânica, é exclusivamente o da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que não foi revogado por norma posterior. A duas porque o § 2º do artigo 19 da lei n. 8.112/90, informa que o disposto naquele artigo não se aplica à duração de trabalho estabelecida em leis especiais e, pelo que se verifica, não há lei especial alterando a duração do trabalho dos Auditores-Fiscais.

21. É inconstitucional, a uma, porque qualquer restrição quanto ao regime de jornada de trabalho dos servidores públicos federais **somente** será legítima e válida se puder ser **subsumida** em uma norma ou princípio constitucional que **expressamente** enuncie **a mesma restrição** normatizada pela legislação infraconstitucional, tendo em vista o conhecido princípio de hermenêutica de que as restrições a direitos devem ser interpretadas estritamente, em atenção ao **princípio da liberdade**, que é a regra geral. E, da forma como redigido, o artigo 3º da MP 440/08 afronta não somente o artigo 37 da Constituição como também o disposto no artigo 5º, IV e IX, ao passo que **servicia a atividade intelectual do cidadão ocupante do cargo de Auditor-Fiscal, reestabelecendo, em certa medida, a censura da Administração Federal das manifestações de pensamento, em flagrante contradita aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e do estado democrático de direito. Ou seja, somente poderá ser pensado e exteriorizado aquilo que for conveniente à Administração Pública Federal.** A duas, porque não é possível, na pior das hipóteses, à legislação infraconstitucional vedar hipótese de acumulação de cargos, empregos e/ou funções públicas, que tenha sido permitida expressamente pela Constituição Federal. Nesse sentido, manifestou-se a 6ª. Turma do Eg. STJ, quando do julgamento do RESP no. 97.551-PE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, dec. Un. Pub. DJU 25.8.1997, p. 39.411, cuja respectiva ementa passo a transcrever:

"RESP. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. CARGO. CUMULAÇÃO. A HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS AFASTA A VIGÊNCIA DE LEI QUANDO CONTRASTAR COM A CARTA POLÍTICA. ESTA ADMITE A CUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR, QUANDO HOVER

COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS (CF/1988, ART. 37, XV, "A"). O ATUAL REGIME DE TRABALHO (DEDICAÇÃO EXCLUSIVA), POR SI SÓ, NÃO É OBSTÁCULO. EVIDENTE, DEVERÁ CONFERIR A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀS DUAS DISCIPLINAS NO TOCANTE AO HORÁRIO."

22. No mais, poder-se-ia argumentar acerca da inconstitucionalidade, pela violação do princípio da igualdade material, considerando que a lei n. 11.358/06, que instituiu a remuneração por subsídio da Polícia Federal, Procuradoria da Fazenda Nacional e Advocacia Geral da União, bem como a Lei Complementar n, 73, de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), nada dispõem a respeito de "regime de dedicação exclusiva" nem estabelecem qualquer outra restrição de exercício de atividades privadas, além das previstas na Lei 8112/90, da mesma forma que a lei complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal) nada diz sobre o "regime de dedicação exclusiva" e, sobre o exercício de outras atividades, diz apenas que é vedado exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista, além, é claro, da proibição de exercer a advocacia.

23. A atividade desenvolvida pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, tal como as mencionadas nos parágrafos anteriores, pertence ao Núcleo Estratégico do Estado como atividade de controle Estatal, assim definidas no Projeto do Governo Federal que reduz as Carreiras Típicas de Estado a cinco: advocacia, diplomacia, políticas públicas, polícia **e fiscalização**. Tratam-se, portanto, de atribuições indelegáveis relacionadas, mais visivelmente, à fiscalização e arrecadação tributária.

24. E, nesse contexto, a fiscalização tributária, como ato de poder do Estado previsto na Constituição Federal – artigo 37, XVIII e regulamentado no Código Tributário Nacional (art. 196), não se limita à eficiência na arrecadação de tributos, mas também no combate à evasão de divisas, à lavagem de dinheiro, à fraude, à sonegação fiscal e ao controle aduaneiro, auxiliando na manutenção da segurança e soberania do Estado Brasileiro.

25. Note-se que o Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, como Lei Complementar, define a competência das autoridades

administrativas em seus artigos ⁽³⁾ 142 e 149, que tratam do lançamento, e nos artigos ⁽⁴⁾ 194, 196, 197 e 200, relativos aos procedimentos de fiscalização; por conseguinte, a Lei n. 10.593/02 quando prevê as atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil ratifica o Código Tributário Nacional, identificando-os também como autoridades administrativas tributárias ou fazendárias.

26. Segundo a precisa lição de Juarez Freitas:

São servidores do núcleo estratégico do estado, representam as reservas de qualificação no âmbito do Poder Público, atuando no planejamento, formulação, avaliação e fiscalização das políticas públicas e na defesa do Estado. Evidentemente, compõe-se de servidores dotados de alta qualificação técnica - nível superior, portanto - e visão global do processo decisório do Estado. A estes quadros, fundamentalmente, cabe subsidiar o processo de formulação das políticas governamentais. Devem, por suas atribuições e responsabilidades diretamente ligadas ao exercício do poder de Estado, merecer um regime de estabilidade mais rígido, protegidas das injunções conseqüentes à alternância no Poder Estatal. Seu enquadramento estatutário, reiteradamente caracterizado e reconhecido como próprio e específico das Carreiras Típicas de Estado, visa dar aos seus integrantes garantias no exercício de seus cargos contra o Poder Político e discricionário, já que é inerente - e natural - às atribuições do Núcleo Estratégico a possibilidade de contrariar interesses que, não raras vezes, não se coadunam com os princípios elementares da Administração Pública, violando-se, por conseguinte, os interesses permanentes do Estado.⁽⁵⁾ (destaquei)

(3 e 4) **Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. **Parágrafo único.** A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (...) **Art. 149.** O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (...) **Art. 194.** A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação. (...) **Art. 196.** A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas. **Parágrafo único.** Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo. (...) **Art. 197.** Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: (...) **Art. 200.** As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação dê medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

(5) FREITAS, Juarez. O Princípio da Estabilidade do Servidor Público: exegese sistemática dos arts. 41 e 169 da Constituição Federal, Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, v. 11, nº 12 - setembro de 1998, p. 35-6.

27. Assim, o Estado ao estabelecer suas funções típicas (estruturas organizacionais), as define na Constituição Federal e cria carreiras organizadas em escalonamento dos cargos em níveis crescentes de responsabilidade e complexidade ou de antiguidade para exercê-las, como é o caso dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, dos magistrados, dos promotores, dos militares, entre outras carreiras típicas de Estado, **não admitindo entre si tratamento discriminatório sem que o *discrímen* possua justificativa razoável considerando as atividades exercidas, por sua relevância ou especialidade.**

28. Neste ponto, o princípio da isonomia não deve ser analisado em seu aspecto formal, a partir da esfera de poder ao qual se encontra vinculada a Carreira, mas sob o aspecto material, considerando as características típicas e as funções essenciais desenvolvidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil a fim de conceder aos servidores e agentes públicos integrantes do núcleo estratégico do Estado tratamentos semelhantes e mais equânimes, razão pela qual carece de justificativa e motivação razoáveis a imposição de um regime de trabalho de dedicação integral aos Auditores-Fiscais quando a mesma restrição não é exigida de outras carreiras típicas.

29. Ademais, o conceito de atividade privada, conforme consta do artigo 3º da Medida Provisória n. 440/08, não envolve, necessariamente, a idéia de habitualidade, com a mesma ênfase com a qual determina a atividade comercial (exercício do comércio) ou a atividade de autônomo, ao contrário, trata-se de um termo genérico e por demais abrangente, capaz de cercear toda e qualquer atividade privada, sem perquirir acerca do eventual prejuízo que seu exercício pode causar ao interesse público. Compreende-se, aqui, que o legislador pretendeu coibir o exercício de atividades privadas que fossem incompatíveis com o exercício da atividade pública de Auditoria-Fiscal, contudo não é isso que diz o texto da Medida Provisória.

30. Em exemplo mais salutar, exposto pela própria Administração Federal, por intermédio da Presidência da República, tem-se a minuta de um anteprojeto de lei ⁽⁶⁾,

(6) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/conflicto-interesse.htm, acessado em 19/09/2008.

levado à Consulta Pública, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, submetendo às regras ali definidas aos ocupantes de cargos ou empregos que envolvam atribuições relacionadas à auditoria, arrecadação, diplomacia, regulação, fiscalização, planejamento, orçamento ou gestão, finanças, tributação, advocacia pública, investimentos no mercado financeiro e às atividades de natureza policial, cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

CONSULTA PÚBLICA

A MINISTRA DE ESTADO CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA torna público, nos termos do art. 34, inciso II, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, anteprojeto de lei que “Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego”, proposto pela Controladoria-Geral da União.

O texto em apreço encontra-se disponível, também, no seguinte endereço da Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta.htm

A relevância da matéria recomenda a sua ampla divulgação, a fim de que todos possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Eventuais sugestões poderão ser encaminhadas, até o dia 10 de julho de 2006, à Diretoria de Prevenção da Corrupção da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas da Controladoria-Geral da União, sala 726, 7º andar, Setor de Autarquias Sul, Quadra 01, Bloco “A”, Edifício Darcy Ribeiro - Brasília-DF, CEP 70.070-905, com a indicação “Sugestões ao anteprojeto de lei que ‘dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego’”, por carta ou pelo e-mail: conflitodeinteresses@planalto.gov.br.

DILMA ROUSSEFF

ANTEPROJETO DE LEI

Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei trata do **conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal**, estabelece requisitos e restrições ao ocupante de cargo ou emprego que tenha acesso a informações privilegiadas, **dispõe sobre impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego** e atribui competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses.

Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:

- I - ministro de Estado;
- II - comandante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
- III - de natureza especial ou equivalentes;
- IV - de presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e
- V - do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS níveis 6 e 5 ou equivalentes.

§ 1º Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a V, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos que envolvam atribuições relacionadas à auditoria, arrecadação, diplomacia, regulação, fiscalização, planejamento, orçamento ou gestão, finanças, tributação, advocacia pública, investimentos no mercado financeiro e às atividades de natureza policial, cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

§ 2º As carreiras abrangidas pelo parágrafo anterior serão definidas em regulamento.
(...)

31. É interessante observar que a própria Administração, ao levar à consulta pública o referido anteprojeto de lei acaba por definir o que entende por atividade privada perniciosa ao interesse público, por exclusão, haja vista o rol de vedações constantes do artigo 5º da referida minuta de norma, senão vejamos:

CAPÍTULO II DAS VEDAÇÕES E IMPEDIMENTOS NO EXERCÍCIO DO CARGO OU EMPREGO

Art. 5º É vedado aos ocupantes de cargo ou emprego no Poder Executivo Federal mencionados no art. 2º:

- I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas;

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - utilizar os bens, os serviços e o pessoal que estavam ou estão à sua disposição em razão do cargo ou emprego público que ocupa, para fins particulares;

IV - exercer atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

V - atuar como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados junto aos órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal;

VI - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; e

VII - violar o dever da integral dedicação, quando legalmente exigida, pelo ocupante de cargo ou emprego.

Parágrafo único. As vedações estabelecidas neste artigo aplicam-se aos agentes em gozo de licenças ou em período de afastamento.

32. Destaca-se que a idéia de atividade privada, de acordo com a minuta ora transcrita e, de forma bem mais objetiva, visa impedir o desenvolvimento de atividades que sejam incompatíveis, em razão do horário ou com a ética e a dignidade do cargo público, às quais são inerentes às atribuídas funções típicas do Estado, **alcançando uma eficácia da qual carece a redação do artigo 3º da MP 440/08 que, abrangente e vaga, acaba por cercear o exercício de direitos civis que em nada maculam a Constituição Federal ou o interesse público.**

33. Note-se, inclusive, que às vedações sugeridas pela própria Administração incluem-se também aqueles servidores que se encontram de licenças ou afastados do exercício de suas atribuições, situação não prevista na Medida Provisória e que deixa brechas para a burla daquilo que, presume-se, a norma pretende impedir, o exercício de atividades privadas incompatíveis com o desempenho das atividades de Auditor-Fiscal.

34. Incompatibilidade, segundo conceituação exposta por De Plácido e Silva, *in* Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 725, “quer significar na terminologia jurídica, a condição ou situação de duas ou mais coisas, que não podem ser unidas ou tratadas juntamente, em face da repulsão ou contrariedade existente entre elas. A incompatibilidade, pois, evidencia a discordância e heterogeneidade havida entre as coisas, de modo que se repelem. E, por esta razão, não podem, existir conjuntamente, porque não se combinam, não se somam. Nem podem ser tratadas ou exercidas juntas. Há impedimento. Em relação ao exercício de funções ou cargos, a incompatibilidade mostra a impossibilidade de serem duas ou mais funções incompatíveis exercidas por uma só pessoa. Quando não é a lei que mostra a existência da incompatibilidade, ela se revela pela diversidade ou contrariedade de interesses ou discordância de finalidade entre duas coisas”.

35. Paralelamente, tem-se o conceito de atividade privada também exposto por De Plácido e Silva, p. 158, como sendo “a que se refere à execução de ações de ordem privada, ou seja, de interesse pessoal”. Portanto, o magistério, a criação de obra literária, as atividades de voluntariado, a agricultura ou pecuária familiar, a atividade artística, o exercício profissional relacionado à formação acadêmica, etc. são atividades privadas e não são, necessariamente, incompatíveis com o horário, a ética ou a dignidade exigível do ocupante do cargo de Auditoria-Fiscal, de forma que a legitimidade da proibição genérica fica comprometida diante dos direitos constitucionais relacionados à liberdade de manifestação de idéias, pensamentos, da liberdade de expressão, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

36. Dessa forma, o exercício da atividade privada somente pode ser, lícitamente, limitado na medida em que se contraponha, nitidamente, ao interesse público, mesmo porque a atividade privada, habitual ou não, como se extrai do conceito jurídico, ou seja, repetida, sucessiva ou constante, por si só, não caracteriza vínculo empregatício, sendo necessária a existência de outros elementos para caracterizar uma relação de emprego. E, ainda que assim o fosse, não havendo as incompatibilidades capazes de comprometer o interesse público, respeitadas as limitações Constitucionais e, diante da ausência da exigência da dedicação exclusiva

mediante cumprimento de regime de trabalho em horário integral, seja na lei geral, n. 8.112/690, seja na lei específica, n. 10.593/02, torna-se desarrazoada e desproporcional a vedação do artigo 3º da Medida Provisória n. 440/08.

37. Pois bem, à luz da boa doutrina aduzida e de diante de todo o raciocínio exposto, **i)** especialmente acerca do que consta sobre regime de tempo integral na lei n. 8.112/90, assim equivocadamente nominado, pois conceitualmente e em face da análise sistemática da norma, verificou-se que se está diante de regime de dedicação plena e não exclusiva, situação que permite aos servidores a ela submetidos o desempenho de outras atividades desde que haja a compatibilidade de horário (art. 117), distintas da atividade pública, nos termos lecionados por Hely Lopes Meirelles, **ii)** considerando ainda que a jornada de trabalho de quarenta horas semanais, de acordo com a sistemática também adotada pela lei n. 8.112/90 e Constituição Federal, não implica no regime de trabalho de dedicação integral pois este somente é imposto aos ocupantes de cargo comissionado e funções de confiança, que **iii)** o regime jurídico até o momento aplicável aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil é o descrito na lei n. 8.112/90, inexistindo lei especial que lhe modifique a disciplina ou estabeleça regras mais específicas, considerando que a MP 440/08 não altera a lei que reestruturou a Carreira, mas tão somente a lei que modificou a forma de remuneração, conclui-se que, as vedações impostas pelo artigo 3º da medida provisória em questão acaba por violar texto constitucional na medida em que nega, sem a permissão devida, o exercício de direito ali previstos, em especial os disciplinados no artigo 5º e 37 da Carta Política, no mesmo passo em que afronta também o princípio da igualdade material vez que não há razoabilidade para a imposição de restrições aos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil às quais não se encontram submetidas outras carreiras de Estado.

38. De qualquer sorte, a imposição do regime de trabalho dedicação integral de caráter exclusivista, por si só, nos moldes pretendidos pela Medida Provisória em questão, comporta questionamento acerca de sua constitucionalidade, vez que impõe restrição não prevista na Carta Política, incompatível com seus princípios e dispositivos e sem qualquer contra-prestação pecuniária diferenciada por parte do Estado como

ocorre com carreiras do magistério nas legislações mencionadas no início desta análise. Afinal, como pode o Estado proibir o cidadão de utilizar o seu tempo livre após cumpridas as quarenta horas semanais, trabalhando e produzindo, sem afetar o interesse público, em diversas áreas do conhecimento humano?

39. Assim, à luz do que impõe a lógica e a razoabilidade, o texto da medida provisória n. 440 necessita reparos para se adequar não só ao que dispõe a Constituição Federal e, por conseqüência, ao que dispõe a legislação infraconstitucional, sob pena de infringir o ordenamento jurídico, sujeitando-se ao imperativo do controle de legalidade do Poder Judiciário, sendo recomendável, inclusive, a definição de rol a explicitar as atividades privadas que possam ser consideradas incompatíveis com o desenvolvimento das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal, excluindo-se do texto do artigo 3º a expressão “dedicação integral” vez que esta não se acomoda, pelas razões já expostas, à Constituição Federal, à lei n. 8.112/90 ou à lei n. 10.593/02.

40. É o parecer.

Liliane Marins Diniz
Advogada - OAB/DF 14640

De acordo:

Priscilla Medeiros de Araújo Baccile
Advogada/Gerente
Departamento Jurídico do Unafisco Sindical