

GRUPO I – CLASSE III – Plenário

TC 008.203/2023-7

Natureza: Consulta

Unidade: Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos

SUMÁRIO: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE O SERVIDOR PÚBLICO, EM LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES, OCUPAR CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA EM OUTRO ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA. CONHECIMENTO. RESPOSTA AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO.

O servidor em licença para tratar de interesses particulares não poderá ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, por incidir, nesta hipótese, o Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência do TCU.

Não é possível a cessão ou a disponibilização de requisição do servidor que esteja licenciado para tratar de interesses particulares, ante a ausência de previsão legal e a incompatibilidade dos aludidos institutos, de modo que, para viabilizar a cessão ou a disponibilização da requisição do servidor, é imprescindível a interrupção da licença.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada pela Unidade de Auditoria Especializada em Pessoal (AudPessoal), cujas conclusões foram acolhidas pelos dirigentes da unidade (peça 11):

“INTRODUÇÃO

1. *Cuidam os autos de consulta formulada pela Exma. Ministra de Estado da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, Esther Dweck, acerca da possibilidade de o servidor público, em licença para tratar de interesses particulares, ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, tendo em vista o disposto no Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência desta Corte de Contas (peça 3).*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. *Como se vê, a autoridade consulente é legitimada a formular consultas perante esta Corte de Contas, a teor do disposto no art. 264, inciso VI, do Regimento Interno do TCU.*

3. *O mesmo art. 264 prevê, em seu § 1º, que as consultas ‘devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente’. No presente caso, verifica-se que o objeto está precisamente indicado, a consulta está formulada de forma articulada e acompanhada de pareceres e notas técnicas (peças 4-10).*

4. *Em relação ao § 2º do citado artigo, que exige a demonstração da ‘pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam’, não há dúvidas sobre a sua observância, uma vez que compete à referida Pasta (peça 3):*

'(...), nos termos dos arts. 1º e 29 do Decreto 11.437, de 17/3/2023, 'exercer política de gestão de pessoas; atuar como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal Sipec de seus subsistemas e promover o atendimento e a integração de suas unidades; exercer a competência normativa e orientadora em matéria de pessoal civil; e, ainda, sistematizar e divulgar aos órgãos e às entidades integrantes do Sipec as orientações e os pronunciamentos referentes à legislação aplicada à gestão de pessoas.'

5. *Nota-se, ainda, que a peça inaugural não incorre no óbice previsto no art. 265 do Regimento Interno segundo o qual o relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta quando tratar apenas de caso concreto.*

6. *Desse modo, entende-se que o Tribunal pode conhecer do feito, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e 265 do Regimento Interno do TCU.*

EXAME TÉCNICO

Detalhamento das questões formuladas pela autoridade consulente

7. *De início, transcreve-se, por pertinente, a íntegra das questões levantadas pela autoridade consulente no Ofício SEI n. 32628/2023/MGI, de 25/4/2023 (peça 3):*

'a) a Súmula TCU n° 246, de 2002, aplica-se às situações de exercício de cargo em comissão ou função de confiança por ocupante de cargo efetivo em usufruto de Licença para tratar de Interesses Particulares - LIP?

b) em face do teor da Súmula TCU n° 246, de 2002, existe necessidade de edição de ato de cessão ou autorização de requisição de servidor no afastamento em virtude da Licença para tratar de Interesses Particulares?'

8. *De acordo com o Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência desta Corte de Contas:*

'O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.'

9. *Dito de outra forma, e considerando a complementariedade das questões, a presente análise consistirá em avaliar a possibilidade de o servidor público, em licença para tratar de interesses particulares (LIP), ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, bem assim a necessidade de edição do ato de cessão ou de disponibilização da requisição.*

Regramento pertinente ao exame da matéria

10. *Antes de explicitar a síntese das manifestações que justificaram a formulação da presente consulta e de adentrar na análise das questões submetidas ao descortino desta Corte de Contas, convém traçar os contornos normativos aplicáveis à matéria, aos quais se acrescentam os devidos destaques.*

11. *A Constituição Federal, em seu art. 37, incisos V, XVI e XVII, estabelece o seguinte:*

'Art. 37. (...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

(...);

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas
XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;’

12. *A Lei 8.112/1990, no que interessa ao exame da matéria, assim dispõe:*

‘Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração. (Redação dada pela Medida Provisória 2.225-45, de 4/9/2001)

Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço. (Redação dada pela Medida Provisória 2.225-45, de 4/9/2001)

(...).

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei 8.270, de 17/12/1991)

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança; (Redação dada pela Lei 8.270, de 17/12/1991)

II - em casos previstos em leis específicas. (Redação dada pela Lei 8.270, de 17/12/1991)

§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos. (Redação dada pela Lei 8.270, de 17/12/1991)

§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem. (Redação dada pela Lei nº 11.355, de 2006)

§ 3º A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União. (Redação dada pela Lei 8.270, de 17.12.91)

(...).

§ 5º Aplicam-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei 8.270, de 17/12/1991)

(...).

Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:

I - férias;

II - exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

III - exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;’

13. *Em relação à cessão de empregados públicos, a Lei 13.464/2017, analogamente à Lei 8.112/1990, estabelece, em seu art. 49, inciso I, que os empregados dos quadros permanentes de empresas públicas e sociedades de economia mista poderão ser cedidos para exercer cargo em comissão na administração direta, autárquica e fundacional.*

14. *No âmbito do poder regulamentar, o Presidente da República editou o Decreto 10.835/2021, do qual se extraem os seguintes trechos:*

‘Art. 1º Este Decreto se aplica às cessões, às requisições e às alterações de exercício para composição da força de trabalho no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 1º O disposto neste Decreto abrange:

I - os servidores públicos efetivos;

II - os empregados públicos de que trata a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994; e

III - os empregados de empresas estatais.

§ 2º Para fins do disposto neste Decreto, a expressão agentes públicos abrange todos os relacionados no § 1º.

Art. 2º A movimentação, para fins do disposto neste Decreto, é a alteração do exercício do agente público, sem suspensão ou interrupção do vínculo com o órgão ou a entidade de origem, para servir a outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Parágrafo único. São formas de movimentação do agente público:

I - a cessão;

II - a requisição; e

III - a alteração de exercício para composição da força de trabalho.

Art. 3º A cessão é o ato pelo qual o agente público, sem suspensão ou interrupção do vínculo funcional com o órgão ou a entidade de origem, passa a ter exercício em outro órgão ou outra entidade.

§ 1º Exceto se houver disposição legal em contrário, a cessão somente poderá ocorrer para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

§ 2º Não haverá cessão sem:

I - o pedido do cessionário;

II - a concordância do cedente; e

III - a concordância do agente público.

(...).

Art. 7º A cessão será concedida por prazo indeterminado.

(...)

Art. 9º A requisição é o ato irrecusável, em que o agente público requisitado passa a ter exercício no órgão ou na entidade requisitante, sem alteração da lotação no órgão ou na entidade de origem.

§ 1º A requisição somente será realizada por órgão ou entidade que possua prerrogativa expressa de requisitar agentes públicos.

§ 2º A requisição não será nominal e o órgão ou a entidade requisitada poderá indicar o agente público de acordo com as atribuições a serem exercidas no órgão ou na entidade requisitante.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica às requisições para a Presidência da República ou a Vice-Presidência da República.

§ 4º Na requisição, não há prejuízo da remuneração ou do salário permanente do agente público, incluídos encargos sociais, abono pecuniário, gratificação natalina, férias e adicional de um terço.

§ 5º Na requisição de agente público, sem prejuízo dos demais direitos e vantagens a que faça jus e de acordo com os mesmos critérios aplicáveis caso permanecesse no órgão ou na entidade de origem, são garantidas: (Incluído pelo Decreto nº 11.306. de 2022)

I - a promoção e a progressão funcional; e (Incluído pelo Decreto nº 11.306. de 2022)

II - a participação em concurso de remoção para alteração da unidade de lotação ou de exercício. (Incluído pelo Decreto nº 11.306. de 2022)

(...).

Art. 11. A requisição será concedida por prazo indeterminado, exceto se houver disposição legal em contrário.

Parágrafo único. A requisição não poderá ser encerrada por ato unilateral do órgão ou da entidade requisitada.

(...).

Art. 29. A competência para autorizar a cessão ou disponibilizar a requisição é do Ministro de Estado ou da autoridade máxima da entidade a que pertencer o agente público, ressalvada a hipótese prevista no § 4º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

(...)

Art. 30-A. Novo ato de cessão ou de requisição será dispensado nas hipóteses de: (Incluído pelo Decreto nº 11.306, de 2022)

I – alteração do cargo ou função de confiança exercida (Incluído pelo Decreto nº 11.306, de 2022)

(...).

Manifestações de órgãos do Poder Executivo federal acerca da matéria

15. *Como dito, foram colacionadas aos autos manifestações de órgãos do Poder Executivo federal que embasam a presente consulta, bem assim pronunciamentos pretéritos relacionados à matéria, como os da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) (peças 5 e 7).*

16. *No Parecer SEI n. 15592/2022/ME, a PGFN, por meio da sua Coordenação-Geral de Assuntos de Legislação de Pessoal, esclarece que já há manifestação do órgão favorável à possibilidade do exercício de cargo em comissão ou função de confiança por servidor licenciado para tratar de interesses particulares, desde que não haja possível conflito de interesses, nos termos da Lei 12.813/2013, e não seja configurada hipótese de acumulação de cargos, conforme o Parecer SEI n. 388/2018/CPN/PGACA/PGFN-MF (peça 5, p. 11).*

17. *Ademais, aduz que o órgão central do SIPEC, mediante a Nota Técnica SEI n. 4654/2015-MP, pronunciou-se no sentido de que ‘o instituto da cessão somente é aplicável ao servidor em efetivo exercício, especialmente em razão de alterar o exercício do servidor do órgão cedente para o órgão cessionário. Assim, como durante a LIP não ocorre o efetivo desempenho das atribuições do cargo, não há que se cogitar da exigibilidade da cessão’ (peça 5, p. 15).*

18. *Em contraposição ao primeiro entendimento citado, a PGFN cita, por exemplo, o Acórdão 249/2005-TCU-Plenário (Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), mediante o qual o TCU deliberou que ‘o exercício de cargo em comissão durante a suspensão de contrato de trabalho ou concessão de LIP somente é viável no caso de cessão ou requisição. Nessa oportunidade, inclusive, salientou-se que a vedação de acumulação é direcionada também aos cargos de provimento em comissão’ (peça 5, p. 16).*

19. *Ao final, considera que, ante os diferentes posicionamentos sobre a matéria, o TCU deve ser consultado, ‘inclusive, para que esclareça sobre a necessidade de cessão ou requisição durante o afastamento do servidor (peça 5, p. 18).*

20. *No âmbito da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do então Ministério da Economia, o entendimento é praticamente o mesmo da PGFN, isto é, ‘quando em usufruto de LIP, o servidor poderá ser nomeado para o exercício de cargo comissionado, estando vedado, apenas, se configurado algum conflito de interesses’, nos termos da Nota Conjunta SEI n. 6/2022/DEPRO/DESEN/SGP/SEDGG-ME, (peça 4, p. 3).*

21. *Além disso, é manifestada compreensão de que ‘a percepção cumulativa de remuneração de um cargo efetivo ou emprego público com aquela decorrente do exercício de um cargo comissionado ou função de confiança não consiste em acumulação de cargos ou empregos públicos propriamente dita na acepção trazida pelo art. 37, XVI, da CF/88’ (peça 4, p. 5).*

22. *Por seu turno, a Secretaria de Gestão de Pessoas e de Relações de Trabalho do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, ao propor o encaminhamento da consulta ao TCU, manifesta-se na Nota Conjunta SEI 7/2023/MGI, da qual se extrai, por pertinente, o seguinte (peça 6, p. 7):*

‘7. Com efeito, no que tange ao entendimento de que a Súmula TCU nº 246, de 2002, teria uma preocupação prioritariamente voltada à acumulação de vínculos efetivos, não se pode deixar de reconhecer, conforme apresentado pelo Parecer SEI nº 15592/2022/ME, a existência de manifestações do TCU que parecem denotar uma exegese mais restritiva e capaz de inserir a cumulatividade de vínculo efetivo com comissionado no escopo da referida súmula.

8. Desta feita, em relação à temática da acumulação de cargos públicos, a consulta ao órgão de controle demonstra-se necessária ao alcance de uma conclusão definitiva para a análise empreendida com a Nota Conjunta SEI nº 6/2022/DEPRO/DESEN/SGP/SEDGG-ME, cuja compreensão inicial foi pela não incidência da vedação à acumulação de cargos ou empregos públicos de que trata o art. 37, inciso XVI,

da Constituição Federal, nas situações de exercício de cargo em comissão ou função de confiança por ocupante de cargo efetivo ou emprego público, estando em usufruto de LIP ou não.’

23. Como se vê, diversos órgãos do Poder Executivo federal manifestaram o mesmo entendimento sobre a matéria, mas como o TCU expressou, inclusive em sede consulta, compreensão que colide com a dos referidos órgãos, a Exma. Ministra da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, Esther Dweck, optou por formular a presente consulta (peça 3).

Análise dos questionamentos formulados pela consulente

24. Destaca-se, de plano, que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendem que a licença para tratar de interesses particulares não descaracteriza nem interrompe o vínculo do servidor com a Administração, conforme ementas dos acórdãos a ser transcritas:

‘SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE ENFERMEIRO. ART. 17, § 2º, DO ADCT/88. LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSES PARTICULARES. 1 - O fato de o servidor encontrar-se licenciado para tratar de interesses particulares não descaracteriza o seu vínculo jurídico, já que a referida licença somente é concedida a critério da administração e pelo prazo fixado em lei, podendo, inclusive, ser interrompida, a qualquer tempo, no interesse do serviço ou a pedido do servidor. 2 - A Corte de origem limitou-se a interpretar a norma constitucional de natureza transitória, fazendo-o de forma razoável, sem ampliar direito que a Carta concedeu, excepcionalmente, aos profissionais de saúde que estivessem em situação de acumulação à época de sua promulgação. Vale dizer, a norma especial contempla a acumulação e afasta a incidência da regra geral que manteve vedada a acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos tanto na administração direta, como na administração indireta ou fundacional (incs. XVI e XVII do art. 37). 3 - Recurso extraordinário não conhecido. (RE 180597, Órgão julgador: Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, Julgado em 18/11/1997, Publicado em 27/02/1998). (destaque acrescentado)

MANDADO DE SEGURANÇA. FISCAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E OUTROS COMBUSTÍVEIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. GERÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA PRIVADA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INCOMPATÍVEL COM O CARGO OU FUNÇÃO. LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSE PARTICULAR. VÍNCULO DO SERVIDOR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO. I - A via estreita do mandamus tem por finalidade a correção de atos decorrentes de abuso de autoridade, e que estejam violando direito líquido e certo de cidadãos, o que não restou configurado in casu. II - A licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração, devendo este estar obrigado a respeitar o que lhe impõe a legislação e os princípios da Administração Pública. III – O Processo Administrativo Disciplinar assegurou ao impetrante os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Segurança denegada. (MS 6.808/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 24/5/2000, DJ de 19/6/2000, p. 107.)’ (destaque acrescentado)

25. No âmbito desta Corte de Contas foi editada, em 2002, a referida Súmula-TCU 246 e, baseado nela, prolatado o Acórdão 249/2005-TCU-Plenário, que deliberou por responder à Presidência da Câmara dos Deputados que ‘é juridicamente impossível a acumulação de emprego público com cargo em comissão, quando suspenso o contrato de trabalho, ante a falta de previsão legal’.

26. Por pertinente, e considerando que o teor da Súmula-TCU 246 foi transcrito no tópico que detalhou as questões formuladas pela consulente, transcrevem-se, a seguir, apenas excertos do voto condutor do referido decisum:

‘(...) Ou seja, não se está indagando sobre a possibilidade de cessão de empregados públicos, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e pertencentes aos quadros das empresas públicas e sociedades de economia mista. Sobre isso não há dúvida, pois encontra amparo no art. 3º da Lei 9.007/95 e no art. 93 da Lei 8.112/90.

(...)

Com efeito, a suspensão do contrato de trabalho e a licença para tratamento de interesses particulares não descaracterizam o regime acumulatório, porquanto permanece a titularidade do cargo/emprego ocupado. Como a regra é a não-acumulatividade, a acumulação é exceção e, como tal, deve estar

expressamente autorizada em lei, consoante exigência insculpida no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal.

Para a hipótese de dupla titularidade de emprego e/ou cargo público, a jurisprudência do Tribunal é pacífica, cristalizada na Súmula TCU 246, in verbis:

(...)

Essa afirmação está em harmonia com a definição do termo ‘cargo público’ constante no art. 3º da Lei 8.112/90, que pode ser provido em caráter efetivo ou em comissão e, por essa conceituação, a proibição de acumular cargos públicos a que se refere o art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, abrange, também, os cargos de provimento em comissão. (...).

Por isso, considerando o princípio da legalidade estabelecido no caput do art. 37 da Constituição Federal, somente mediante lei, em sentido formal, é permitido ao servidor acumular a titularidade de cargo efetivo ou de emprego permanente com cargo em comissão.

A possibilidade de exercício cumulativo de cargo efetivo ou emprego público com cargo em comissão ou função de confiança somente é admitida se a iniciativa parte do poder público e obedece aos estritos ditames dos arts. 62 e 93 da Lei 8.112/90.

No caso em questão, em que se trata de empregado público de entidade da administração indireta, a regra a ser observada é a contida no art. 93, in verbis:

(...)

*Assim, no caso de empregado de entidade da administração indireta, a acumulação somente é possível quando a Administração Pública toma a iniciativa e ocorre a cessão ou requisição, nos termos do art. 93 da Lei 8.112/90. **Excetando-se esses casos de cessão e de requisição, é proibido ao empregado de entidade da administração indireta, com contrato de trabalho suspenso, acumular a titularidade desse emprego com o exercício de cargo em comissão na Câmara dos Deputados.***

*Nesse sentido, deve-se conhecer da consulta, respondendo-se ao consulente que **é juridicamente impossível a acumulação de emprego público com cargo em comissão, quando suspenso o contrato de trabalho, ante a falta de previsão legal.*** (destaques acrescentados)

27. *Considerando que tanto o empregado público quanto o servidor stricto sensu devem receber tratamento idêntico quanto aos aspectos aqui tratados, não é difícil perceber que, caso seja desconsiderada a aplicação dos institutos da cessão ou requisição, o supracitado acórdão responde de forma positiva a primeira e principal indagação da autoridade consulente. Noutras palavras, não é possível o exercício de cargo em comissão ou função de confiança por servidor em licença para tratar de interesses particulares, a teor do que dispõe a Súmula-TCU 246.*

28. *Isso porque, conforme os fundamentos do voto condutor do acórdão, inexistindo ato de cessão ou de disponibilização de requisição do servidor, estar-se-á diante de típica hipótese de acumulação ilegal de cargos públicos, que abrange também os de provimento em comissão, salvo se os cargos estiverem contemplados pelas exceções estabelecidas no inciso XVI do art. 37 da Lei Maior.*

29. *Sobre esse aspecto, no que pertine ao objeto desta consulta, a conclusão acima afasta a procedência da afirmação taxativa da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do então Ministério da Economia, no sentido de que a percepção cumulativa de remuneração de um cargo efetivo com aquela decorrente do exercício de cargo em comissão ou função de confiança não consiste em acumulação de cargos.*

30. *Com a devida vênia, reitera-se que a ausência de cessão ou de requisição do servidor faz com que a situação sob exame seja, sim, de acumulação de cargos públicos, atraindo tanto a incidência dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição quanto do multicitado verbete sumular, pois não há como se afastar do entendimento segundo o qual a licença para tratar de interesses particulares não descaracteriza nem interrompe o vínculo do servidor com a Administração. Aliás, por força do art. 93 da Lei 8.112/1990 e do Decreto 10.835/2021, parece estar clara a necessidade do ato de cessão ou de requisição do servidor para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta.*

31. *Por oportuno, abre-se parêntese para tratar de um ponto específico que causou certa estranheza a esta unidade de auditoria especializada, qual seja, o real motivo de um servidor passar a exercer cargo em*

comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da Administração estando de licença para tratar de interesses particulares, sem remuneração.

32. *A princípio, não haveria dúvidas de que, se for intenção do servidor licenciado servir em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, a licença será interrompida para, em seguida, ser formalizada a cessão, o que lhe garante, inclusive, a remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual de retribuição do cargo de provimento em comissão, sem que isso implique acumulação de cargos públicos, pois o servidor passará a ter exercício apenas no órgão ou entidade cessionária.*

33. *Ocorre que tal situação, aparentemente inusitada, decorre do fato de a licença para tratar de interesses particulares estar sendo utilizada para contornar determinadas restrições ou vedações que constam de leis específicas, a exemplo das que estão dispostas no art. 7º da Lei 11.890/2008, aplicáveis aos ocupantes dos cargos de Procurador da Fazenda Nacional, de Advogado da União, de Procurador Federal, de Procurador do Banco Central do Brasil e de integrantes dos quadros suplementares da Advocacia-Geral da União de que trata o art. 46 da Medida Provisória 2.229-43/2001.*

34. *A esse respeito, a PGFN, no Parecer SEI n. 15592/2022/ME, cita o caso tratado pela Nota Técnica SEI n. 4657/2015-MP, por meio da qual foi considerada devida a concessão de licença para tratar de interesses particulares visando a dispensa da formalização da cessão de Procurador Federal à Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), para ocupar a função de confiança de Superintendente Regional, na medida em que o art. 7º, inciso VIII, da Lei 11.890/2008 somente admite a cessão desse agente público para o exercício dos cargos de diretor ou de presidente de empresa pública (peças 5 e 7).*

35. *Especificamente em relação a esse caso, além da incidência da Súmula-TCU 246, reputa-se possível vício no ato de concessão da licença para tratar de interesses particulares por desvio de finalidade, na medida em que fora praticado para escapar do cumprimento da citada lei. A propósito, configura-se tal vício quando ‘o agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei’. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo. Atlas, 2011, p. 245).*

36. *No entanto, como a resposta à consulta constitui prejulgamento da tese, e não do fato ou caso concreto, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei 8.443/1992, é despiciendo avaliar eventuais desdobramentos do citado caso, de maneira que a análise, em tese, da matéria pode ser retomada, apesar de não restar dúvidas acerca da necessidade de formalização do ato de cessão ou de disponibilização da requisição do servidor para sua investidura em cargo de provimento em comissão em outro órgão ou entidade da Administração.*

37. *Por hipótese, poder-se-ia aventar a possibilidade da cessão ou requisição do servidor estando em licença para tratar de interesses particulares, uma vez que, como visto, a ausência do respectivo ato administrativo de cessão ou de disponibilização da requisição atrai a incidência da Súmula-TCU 246. Sobre essa possibilidade, entende-se que há incompatibilidade na aplicação concomitante dos institutos da cessão ou requisição e da licença para tratar de interesses particulares.*

38. *Em primeiro lugar, porque o exercício de cargo em comissão ou função de confiança por servidor cedido ou requisitado implica considerá-lo em efetivo exercício no cargo do qual é titular no órgão ou entidade cedente, nos termos do art. 102, incisos II e III, da Lei 8.112/1990. Sendo assim, surge a incompatibilidade entre os referidos institutos, na medida em que a licença para tratar de interesses particulares, embora não interrompa o vínculo do servidor com a Administração, afasta-o, completamente, do exercício do cargo efetivo.*

39. *Ademais, há algumas outras incompatibilidades ou, ao menos, dificuldades na utilização concomitante dos institutos da cessão ou requisição e da licença para tratar de interesses particulares. A cessão e a requisição são, em regra, por prazo indeterminado (arts. 7º e 9º do Decreto 10.835/2021), enquanto a referida licença não poderá ser superior a três anos consecutivos (art. 91, caput, da Lei 8.112/1990). Além do prazo, destaca-se que ao servidor cedido ou requisitado é garantido o direito à progressão funcional (art. 3º da IN SGP/SEDGG/ME 62/2022 e art. 9º, § 5º, I, do Decreto 10.835/2021), ao passo que durante a licença para tratar de interesses particulares a progressão é interrompida (art. 8º da IN SGP/SEDGG/ME 62/2022).*

40. *De mais a mais, não há previsão legal para ceder servidor em usufruto da referida licença e, como se sabe, no direito público vigora o princípio da legalidade, de modo que:*

'(...) A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos andamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente, que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 29ª ed. São Paulo. Malheiros, 2004, pag. 82).'

41. *Ocorre que a impossibilidade de cessão de servidor licenciado para tratar de interesses particulares não autoriza, como defendido nas manifestações acostadas aos autos, a investidura direta do servidor em cargo de provimento em comissão ou em função de confiança, sob pena, como já dito, de se configurar acumulação ilegal de cargos públicos.*

42. *Em decorrência, a licença deve ser interrompida pela Administração a fim de viabilizar a cessão ou a disponibilização de requisição do servidor. Da mesma forma, como verificado no caso concreto citado, a licença não pode ser deferida visando a não formalização da cessão ou da disponibilização da requisição.*

43. *Posto isso, opina-se por responder à autoridade consulente o seguinte: i) o servidor em licença para tratar de interesses particulares não poderá ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, por incidir, nesta hipótese, o Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência do TCU; e ii) não é possível a cessão ou disponibilização de requisição do servidor que esteja licenciado para tratar de interesses particulares, ante a ausência de previsão legal e a incompatibilidade dos aludidos institutos, devendo a Administração interromper a licença para viabilizar a cessão ou a disponibilização da requisição do servidor.*

CONCLUSÃO

44. *Em vista do exposto, opina-se por que a consulta seja admitida pelo Tribunal, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos regimentalmente e, no mérito, presente à autoridade consulente, com fulcro no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei 8.443/1992, a resposta acima formulada.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

45. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) conhecer da presente consulta, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e 265 do Regimento Interno do TCU;

b) responder ao consulente, nos termos do art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei 8.443/1992, que:

b.1) o servidor em licença para tratar de interesses particulares não poderá ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, por incidir, nesta hipótese, o Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

b.2) não é possível a cessão ou disponibilização de requisição do servidor que esteja licenciado para tratar de interesses particulares, ante a ausência de previsão legal e a incompatibilidade dos aludidos institutos, de modo que para viabilizar a cessão ou a disponibilização da requisição do servidor, é imprescindível a interrupção da licença; e

c) arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU."

É o relatório.

VOTO

Trata-se de consulta formulada pela Ministra de Estado da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, Esther Dweck, acerca da possibilidade de o servidor público, em licença para tratar de interesses particulares, ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, tendo em vista o disposto no Enunciado 246 da súmula de jurisprudência desta Corte de Contas, bem assim a necessidade de edição do ato de cessão ou de disponibilização da requisição.

2. A consulta foi analisada pela Unidade de Auditoria Especializada em Pessoal (AudPessoal), que se manifestou no sentido de responder à autoridade consulente que:

“b.1) o servidor em licença para tratar de interesses particulares não poderá ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, por incidir, nesta hipótese, o Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

b.2) não é possível a cessão ou disponibilização de requisição do servidor que esteja licenciado para tratar de interesses particulares, ante a ausência de previsão legal e a incompatibilidade dos aludidos institutos, de modo que para viabilizar a cessão ou a disponibilização da requisição do servidor, é imprescindível a interrupção da licença;”

3. Passo ao exame da matéria.

4. Conheço da consulta, ante o atendimento dos requisitos de admissibilidade.

5. De início, transcrevo o teor da Súmula 246, editada em 2002:

“O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.”

6. A tese adotada por esta Corte, ao proclamar que o servidor ou o empregado público licenciado, sem vencimentos, fica impossibilitado de tomar posse em outro cargo ou emprego público, sob pena de incidir no exercício acumulativo vedado pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988, privilegia a titularidade do cargo em detrimento da percepção de vantagens pecuniárias.

7. Ao analisar a matéria, a AudPessoal traça prévia explanação sobre a jurisprudência dos tribunais superiores, que é pacífica no sentido de que a licença para tratar de interesses particulares não descaracteriza e nem interrompe o vínculo do servidor com a Administração.

8. Enfatiza o entendimento consagrado neste Tribunal, consubstanciado na Súmula 246, de que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

9. De fato, o assunto já foi tratado no âmbito deste Tribunal por ocasião do Acórdão 249/2005-Plenário (Ministro Walton Alencar Rodrigues), em que esta Corte respondeu consulta formulada pela presidência da Câmara dos Deputados afirmando, em caráter normativo, que *“é juridicamente impossível a acumulação de emprego público com cargo em comissão, quando suspenso o contrato de trabalho, ante a falta de previsão legal”*.

10. Destaco trechos do voto proferido naquela oportunidade:

“(…) a suspensão do contrato de trabalho e a licença para tratamento de interesses particulares não descaracterizam o regime acumulatório, porquanto permanece a titularidade do cargo/emprego ocupado. Como a regra é a não-acumulatividade, a acumulação é exceção e, como tal, deve estar expressamente autorizada em lei, consoante exigência insculpida no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal.

Para a hipótese de dupla titularidade de emprego e/ou cargo público, a jurisprudência do Tribunal é pacífica, cristalizada na Súmula TCU 246, in verbis:

(…)

Essa afirmação está em harmonia com a definição do termo ‘cargo público’ constante no art. 3º da Lei 8.112/90, que pode ser provido em caráter efetivo ou em comissão e, por essa conceituação, a proibição de acumular cargos públicos a que se refere o art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, abrange, também, os cargos de provimento em comissão.

(…).

Por isso, considerando o princípio da legalidade estabelecido no caput do art. 37 da Constituição Federal, somente mediante lei, em sentido formal, é permitido ao servidor acumular a titularidade de cargo efetivo ou de emprego permanente com cargo em comissão.

A possibilidade de exercício cumulativo de cargo efetivo ou emprego público com cargo em comissão ou função de confiança somente é admitida se a iniciativa parte do poder público e obedece aos estritos ditames dos arts. 62 e 93 da Lei 8.112/90.

(…)

Nesse sentido, deve-se conhecer da consulta, respondendo-se ao consulente que é juridicamente impossível a acumulação de emprego público com cargo em comissão, quando suspenso o contrato de trabalho, ante a falta de previsão legal.” (destaquei)

11. Vê-se, portanto, que este Tribunal já deliberou sobre a impossibilidade de acumulação do emprego público com cargo em comissão, interpretação que pode ser estendida para os servidores públicos.

12. Assunto análogo retorna à pauta deste Colegiado, agora em consulta formulada pela titular do Ministério de Estado da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, acompanhada de pareceres emitidos pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do então Ministério da Economia e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da sua Coordenação-Geral de Assuntos de Legislação de Pessoal, que expressam visão menos restritiva ao entendimento do TCU, ao defenderem que, *“quando em usufruto da licença para interesses particulares (LIP), o servidor poderá ser nomeado para o exercício de cargo comissionado, estando vedado, apenas, se configurado algum conflito de interesses”*.

13. Essa interpretação, entretanto, não possui amparo legal, além de estar destituída de razoabilidade.

14. A licença para interesses particulares está disciplinada no art. 91 da Lei 8.112/1990, com redação dada pela Medida Provisória 2.225-45, de 4/9/2001:

“Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração.

Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.”

15. No entendimento da AudPessoal, uma vez que a licença não descaracteriza nem interrompe o vínculo do servidor com a Administração, inexistindo ato de cessão ou de

disponibilização de requisição do servidor, estar-se-á diante de típica hipótese de acumulação ilegal de cargos públicos, que abrange também os de provimento em comissão, salvo se os cargos estiverem contemplados pelas exceções estabelecidas no inciso XVI do art. 37 da CF/1988.

16. A meu ver, a necessidade do ato de cessão ou de disponibilização de requisição do servidor, por parte da Administração, é mais ampla, pois subsiste ainda na situação de cargos públicos acumuláveis por expressa autorização constitucional.

17. O próprio art. 93 da Lei 8.112/1990 estabelece a necessidade do ato de cessão ou de requisição do servidor para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta:

“Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;”

18. Logo, para que o servidor licenciado possa assumir cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, a licença deverá ser interrompida a fim de viabilizar a cessão ou a disponibilização de requisição do servidor, não havendo espaço para digressão contrária.

19. Por oportuno, julgo que isso vale para qualquer licença, e não apenas aquela requerida para interesses particulares, uma vez que o STF já pacificou a matéria, fixando o entendimento, até hoje hígido, de que nenhuma licença descaracteriza o vínculo do servidor público com a Administração, conforme se depreende da seguinte ementa:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CNJ. CUMULAÇÃO DE DELEGAÇÃO DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL COM CARGO PÚBLICO. SERVIDOR EM LICENÇA NÃO REMUNERADA.

1. Apesar de não ocuparem efetivo cargo público, a função exercida pelos titulares de serventias extrajudiciais possui inegável natureza pública.

2. Dessa forma, aplicável ao caso a vedação prevista no inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal, que estende a proibição de cumulação também para as funções públicas.

3. A impossibilidade de acumulação de cargos, empregos e funções se mantém, mesmo tendo sido concedida licença para o servidor. A concessão de qualquer licença, ainda que não remunerada, ‘não descaracteriza o vínculo jurídico do servidor com a Administração’ (RE 382.389-AgR, Segunda Turma, Rel. Mina. Ellen Gracie).

4. Agravo a que se nega provimento por manifesta improcedência, com aplicação de multa de 2 (dois) salários mínimos, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor, em caso de decisão unanime (CPC/2015, art. 1.021, §§ 4º e 5º, c/c art. 81, §2º).

[STF. Primeira Turma. MS 27955 AgR/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 17.08.2018. DJe de 05.09.2018]” (destaquei)

20. Além disso, a concessão ou a renovação da licença para tratar de interesses particulares, sem remuneração, é um ato formal que necessariamente deve contemplar a motivação para tal concessão, de modo a demonstrar o interesse público, a conveniência administrativa e sua conformidade aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, legitimidade e legalidade.

21. Saliento que se a lei que rege as carreiras e os titulares do cargo à qual pertence o servidor, a exemplo da Lei 11.890/2008, não permite sua cessão ou exercício fora do respectivo órgão de lotação salvo em determinadas hipóteses, a licença para interesses particulares não pode ser utilizada como subterfúgio para driblar as vedações, regras e condições da carreira cujo vínculo não foi extinto.

22. Desse modo, ao questionamento feito pela autoridade consulente deve ser respondido, em caráter normativo e como prejulgamento da tese, não do fato ou caso concreto, que o servidor que esteja em licença para tratar de interesses particulares não pode ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração pública, direta ou indireta, por incidir, nesta hipótese, o Enunciado 246 da súmula de jurisprudência do TCU.

23. Em consequência, não é possível a cessão ou a disponibilização de requisição do servidor que esteja licenciado para tratar de interesses particulares, ante a ausência de previsão legal e a incompatibilidade dos aludidos institutos, de modo que, para viabilizar a cessão ou a disponibilização da requisição do servidor, é imprescindível a interrupção da licença.

Feitas essas considerações, acolho o parecer e VOTO no sentido de que o Colegiado adote a deliberação que ora lhe submeto.

TCU, Sala das Sessões, em 30 de agosto de 2023.

JORGE OLIVEIRA
Relator

ACÓRDÃO Nº 1809/2023 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 008.203/2023-7
2. Grupo I – Classe III – Consulta
3. Interessados/Responsáveis: não há
4. Unidade: Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos
5. Relator: Ministro Jorge Oliveira
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Pessoal (AudPessoal)
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida consulta formulada pela Ministra de Estado da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, acerca da possibilidade de o servidor público, em licença para tratar de interesses particulares, ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, tendo em vista o disposto no Enunciado 246 da súmula de jurisprudência desta Corte de Contas, bem assim a necessidade de edição do ato de cessão ou de disponibilização da requisição.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, XXV, e 264 do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente consulta;

9.2. responder à consulente que:

9.2.1. o servidor em licença para tratar de interesses particulares não poderá ocupar cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da administração direta ou indireta, por incidir, nesta hipótese, o Enunciado 246 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

9.2.2. não é possível a cessão ou disponibilização de requisição do servidor que esteja licenciado para tratar de interesses particulares, ante a ausência de previsão legal e a incompatibilidade dos aludidos institutos, de modo que para viabilizar a cessão ou a disponibilização da requisição do servidor, é imprescindível a interrupção da licença;

9.3. informar à consulente que este Tribunal já deliberou, por meio do Acórdão 249/2005-Plenário, que é juridicamente impossível a acumulação de emprego público com cargo em comissão, quando suspenso o contrato de trabalho, ante a falta de previsão legal;

9.4. encaminhar cópia desta deliberação à consulente, com a informação de que o inteiro teor do relatório e do voto que a fundamentam está disponível no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

9.5. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 36/2023 – Plenário.

11. Data da Sessão: 30/8/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1809-36/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Jorge Oliveira (Relator), Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JORGE OLIVEIRA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral