I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-090-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de maneira totalmente virtual e síncrona entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, sob a temática "Constituição, Cidades e Crise".

Em plena pandemia da Covid-19, a qual determinou a adoção de medidas de afastamento social para conter a disseminação do vírus, o CONPEDI reinventou-se. Contornando todas as adversidades deste momento tão difícil para a humanidade, fomos premiados com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Presentes, mesmo que fisicamente distantes, a alegria do reencontro ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II.

Os trabalhos e debates desenvolvidos no GT produziram grande empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia. São elas: a) combate à corrupção e à improbidade administrativa; b) regulação e controle; e c) transparência e eficiência administrativa.

Os artigos deste ebook gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO POSICIONAMENTO CONTEMPORÂNEO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ORIENTADA POR DADOS: GOVERNO ABERTO E INFRAESTRUTURA NACIONAL DE DADOS ABERTOS

4. O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DAS GARANTIAS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FLEXIBILIZAÇÃO INTERPRETATIVA DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF

6. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE POSSÍVEIS EXCESSOS DO PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

7. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE EMPRESARIAL FRENTE AO SIGILO FISCAL

8. INOVAÇÕES DO TERCEIRO SETOR BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA CIDADANIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS

9. MP 902/2019: RISCOS RELATIVOS AO FIM DA EXCLUSIVIDADE DA CASA DA MOEDA DO BRASIL NA FABRICAÇÃO DE MOEDA E PAPEL MOEDA

10. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: A PROCESSUALIDADE AMPLA COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

11. EXIGÊNCIA DE IMPLATAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PROPOSIÇÕES DE UMA ANÁLISE JURÍDICO ECONÔMICA

12. COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL: A CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DEMOCRACIA E DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

13. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO

14. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES À LUZ DA LEI Nº 13.964/2019

15. UM ENSAIO DOGMÁTICO SOBRE O § 1º DO ARTIGO 22 DA LINDB. A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO EM CASOS DE TRAGÉDIAS ANUNCIADAS

16. UM OLHAR SOBRE A LEI MUNICIPAL N° 8.583/2019 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA EM LICITAÇÕES NO ÂMBITO DA CIDADE DE DIVINÓPOLIS-MG, AVANÇAMOS?

17. DISCUSSÃO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO, CONCESSIONÁRIAS E USUÁRIOS NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA

18. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM FACE DA LEI Nº 13.460 DE 2017

19. A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

20. A CRISE ECONÔMICA DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA. POSSÍVEIS ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS PARA O SETOR AUDIOVISUAL NO BRASIL.

21. A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO SOBRE LICITAÇÕES PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A IDENTIFICAÇÃO DE DESVIOS MEDIANTE SIMULAÇÃO DE DESONERAÇÃO DO ICMS

Com 22 (vinte e dois) artigos aprovados e 21 (vinte e um) efetivamente apresentados no GT, é possível constatar a presença quase que maciça dos inscritos no evento, o que demonstra que este formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Assim, por meio de novas formas de interação social proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, foi possível socializar os resultados das pesquisas desenvolvidas pela área de direito administrativo. Como resultado, será possível conferir neste ebook artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com induvidoso relevo prático.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A IMPRESCINDIBILIDADE DE EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRATICADO POR SERVIDOR PÚBLICO QUE DESENVOLVE OUTRAS ATIVIDADES LABORAIS.

THE IMPRESCINDIBILITY OF EFFICIENCY IN THE PROVISION OF THE PUBLIC SERVICE AND THE RIGHT TO SPECIAL WORK SCHEDULE PRACTICED BY A PUBLIC SERVER THAT DEVELOPES OTHER LABOR ACTIVITIES.

Camilo Plaisant Carneiro [1]
Saulo Bichara Mendonça [2]

Resumo

O tema posto acerca das reflexões sobre o art. 98, §3º da Lei nº 8.112/90 ante aos princípios constitucionais da moralidade e eficiência se desenvolve a partir da hipótese positiva posta ante as indagações acerca da mitigação do referido direito que encontra regulamentação na Nota Técnica Conjunta nº 113 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e se a necessária comprovação pelo servidor público dos requisitos legais para usufruto do direito entabulado se dá de forma estrita ou se o direito posto possui exceção regulamentar que imponha aplicação ética da norma legal visando maior eficiência na prestação do serviço público.

Palavras-chave: Servidor público, Eficiência, Horário especial, Princípios, Serviço público

Abstract/Resumen/Résumé

The theme about reflections on art. 98, §3º of Law nº. 8.112/90 in view of the constitutional principles of morality and efficiency, it develops from the positive hypothesis posed before questions about the mitigation of that right, which is regulated in technical note 113 of Ministry of Planning, Development and Management, and if the necessary proof by the public server of the legal requirements for the enjoyment of the entabulated law occurs strictly or if the law has a regulatory exception that imposes an ethical application of the legal norm aiming at greater efficiency in the provision of public service.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public server, Efficiency, Special schedule, Principles, Public service

[1] Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé. Doutor em Direito.

[2] Pós-doutor em Direito pela UERJ, Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense onde coordena o grupo de estudo em Direito e Sustentabilidade Econômica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto de estudo a análise do art. 98, §§2º e 3º da Lei nº 8.112/90 ante aos contornos atribuídos pela Nota Técnica Conjunta nº 113 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, visando escrutinar a eficiência na concessão de horário especial ao Servidor Público que, concomitante às funções públicas desenvolve outras atividades laborais de natureza particular.

O estudo analisa a extensão do direito de desenvolver funções públicas, institucionais e regulamentares em horário especial, sem redução de vencimentos e independente de compensação de horário, por ser o Servidor Público portador de deficiência ou ter cônjuge, filho ou dependente com deficiência e, que mesmo assim, desenvolve paralela e privativamente, outras atividades laborais.

A princípio far-se-á, em síntese, uma análise sobre as categorias que compreendem os servidores públicos, dentre estatutários, celetistas e temporários.

Na sequência procede-se à análise dos termos pelos quais deve ser concedido o direito ao exercício das atividades laborais ao servidor público deficiente ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência, pautando a análise do procedimento de concessão e gozo do referido direito pelos princípios da moralidade e eficiência que atribuem contornos econômicos ao melhor exercício do direito em questão.

Ao final, verifica-se a procedência da hipótese segundo a qual o direito expresso no art. 98, §§2º e 3º da Lei nº 8.112/90 encontram-se mitigado pela Nota Técnica Conjunta nº 113, MP que obriga o setor responsável pela gestão de pessoas nas instituições públicas a analisar cada requerimento de concessão de horário especial por Servidor Público portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência comprovada por junta médica especializada não apenas pelo viés clinico, que comprove a existência da deficiência, mas também pelo prisma socioeconômico, perquirindo comprovação das condições necessárias para o regular exercício do direito em tela.

O presente estudo demonstra a necessidade de equalizar o direito do Servidor Público com o direito dos cidadãos, consumidores e destinatários do Serviço Público, de forma que as relações jurídicas se desenvolvam de forma mais equânime possível, em busca da eficiência e evitando perdas substanciais para quaisquer das partes envolvidas.

Por esta razão serão abordados pontos inerentes a discussão que se pretende estabelecer; analisando a caracterização dos agentes públicos, em especial, o servidor público; a análise do dispositivo legal pertinente à concessão de horário especial para servidor deficiente,

ou que possua dependente com alguma deficiência em conjunto com a redação disposta em nota técnica elaborada pelo Poder Executivo.

Posteriormente serão analisados os princípios administrativos, com ênfase no principio da eficiência, e, por fim, a discussão recairá sobre a forma de compatibilização do principio da eficiência com o dispositivo legal que permite a redução da carga horária do servidor que se enquadre nas condições acima descritas.

É o que se pretende nas linhas a seguir.

1. SERVIDORES PÚBLICOS: A NECESSÁRIA CONCEITUAÇÃO

Por se tratar de tema afeto à categoria dos servidores públicos, o presente artigo não poderia se omitir no que concerne à distinção de classificação existente entre as classes que compõe todo um grande grupo denominado "agentes públicos", do qual se extrai o subgrupo denominado "servidores públicos".

É por essa razão que o presente ponto se dedica a explicitar, de forma pormenorizada, a conceituação, classificação e distinção de todo este grande grupo, objetivando o melhor entendimento e compreensão dos que que se debrucem sobre esse artigo.

Durante muito tempo a visão da sociedade foi a de que a responsabilidade pela prestação do serviço público era atribuição de "uma única pessoa", o servidor responsável pela execução das tarefas e rotinas administrativas, usualmente chamado de servidor público.

Essa ideia fora materializada em figuras legais, tais quais o código penal brasileiro e a lei de improbidade administrativa, que acabaram por tratar de forma indistinta todos aqueles que de alguma forma possuíam relação de prestação de serviços para com a Administração, sem maior aprofundamento.[1]

Ocorre, contudo, que com o passar dos anos essa ideia acabou sendo refinada, mormente por força dos impactos legais decorrentes de uma classificação mais bem adequada, estabelecendo direitos, obrigações e responsabilidades de cada um daqueles que de algum modo possuem vínculo com a administração pública.

[1] Apenas como exemplificação, assim dispõe o artigo 327 do Código Penal brasileiro: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública; e assim dispõe o artigo 2 da Lei de Improbidade Administrativa: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Hodiernamente a doutrina brasileira (salvo um ou outro ponto de discordância bastante específico), entende que, o termo "servidor público" é apenas um dentre outros que compõe um grupo maior, denominado de "agente público".

Assim sendo, é preciso desde já fixar um ponto pacífico para o desenvolvimento do presente capítulo: a terminologia "agente público" representa um grande arcabouço que abarca em si outros subgrupos: agentes políticos, particulares que atuam em colaboração com o Estado e servidores públicos (que por sua vez se subdivide ainda em: servidores estatutários, servidores celetistas e servidores temporários).

Sobre cada um desses grupos, serão destinadas algumas linhas a seguir.

Em primeiro lugar podem ser qualificados os agentes políticos. São denominados assim todos aqueles que de certo modo desempenham um função política na estrutura do Estado, e seus cargos se amparam no seguinte binômio: ocupam cargos eletivos, isto é, são escolhidos pela população por intermédio das eleições; e por tal razão, seus cargos são dotados de uma peculiaridade incomum a outros: a transitoriedade, ou seja, são escolhidos para o desempenho da função política por determinado lapso temporal.

Esta classificação permite afirmar que se enquadram como agentes políticos aqueles membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo (nos três níveis da Federação), além dos que os auxiliam (Ministros de Estado e Secretários – secretário estadual de saúde, secretário municipal de educação).

Tal afirmação pode ser corroborada com o seguinte excerto (BANDEIRA DE MELO, 2016, p. 257): "são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores."

De se registrar que, embora não haja um posicionamento pacífico na doutrina brasileira, os membros dos Ministérios Públicos, das Defensorias, Magistraturas e Tribunais de Contas também acabam sendo classificados como agentes políticos, ainda que se considerem as especificidades de cada um dos cargos citados.

Logo após estão aqueles que são classificados como particulares que atuam em colaboração com o Estado. Uma análise literal do termo empregado já permite concluir que essa espécie engloba aqueles que desempenham uma função pública transitória através de um vínculo específico em decorrência de uma necessidade estatal.

Deve-se advertir, contudo, que tal fato não atribui a eles, em grande parte dos casos, a possibilidade de adquirirem um vínculo estável e permanente, sendo requisitados pelo Poder

Público (é o caso daqueles que funcionam como mesários nas eleições, ou atuam como jurados nos tribunais do júri, entre outros).

Por fim, talvez a categoria de maior relevância para o presente trabalho: os servidores públicos, ou servidores *stricto sensu*.

Como mencionado alhures, a presente categoria compreende os servidores estatutários, os servidores celetistas e os servidores temporários. Em apertada síntese, far-se-á uma análise sobre cada um deles.

Temporários são aqueles servidores contratados tendo como fundamento o artigo 37, IX, da Constituição Federal, devendo observar que a natureza do serviço a ser prestado por eles deverá ser temporária, além de estar presente notório interesse público na persecução daqueles objetivos.

Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, prevalece o entendimento de que cada Ente poderá legislar sobre o tema, devendo essa espécie de contratação, contudo, observar aos seguintes requisitos, conforme restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

> Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. (BRASIL, STF, 2014)

Conforme indicado, para que se efetive a contratação de servidores nessa modalidade é imprescindível que restem observados os requisitos acima, inobstante a prática aplicável ao tema que em muito se afasta da observância dos requisitos elencados, seja aplicando prazos dilatados aos contratos que "deveriam ser" temporários, seja preterindo aprovados em concurso público como forma de privilegiar servidores nessa modalidade.[2]

---

[2] Os exemplos que aqui podem ser colacionados são inúmeros. Para não alargar o debate sobre o tema, convem transcrever julgado proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: APELAÇÃO CIVEL. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO DE RITO SUMÁRIO COM PEDIDO LIMINAR. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE SEIS VAGAS NO CARGO DE TÉCNICO UNIVERSITÁRIO SUPERIOR, PERFIL FISIOTERAPEUTA. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS QUE PLEITEIAM A TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA CONTRATAÇÃO, A TÍTULO PRECÁRIO PELA RÉ, DE TERCEIRIZADOS PARA O CARGO OBJETO DO CERTAME. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA NESTA INSTÂNCIA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. I - As autoras lograram êxito em comprovar sua classificação (9ª, 10ª e 14ª lugares) no certame e a ocupação, pela universidade de vagas de fisioterapeutas por contrato temporário, para desempenho das funções inerentes ao citado cargo (68 bolsistas e 44 contratados por prazo determinado), o que atinge frontalmente o comando constitucional que determina a realização de concurso público para o cargo em apreço; II - Como cediço, se há contratação precária, desvio de função de servidor de outro ente ou nomeação em cargo em comissão de terceiros, para o cargo objeto do concurso público, tal ato administrativo faz nascer o direito líquido e certo aos aprovados no certame à sua nomeação, pois a Administração

A próxima categoria a ser analisa é a dos servidores celetistas. Poder-se-ia afirmar que esse é o regime por excelência das empresas estatais, mas não é só, devendo tal conceito ser ampliado.

Além das empresas estatais, o regime celetista, que pauta direitos e obrigações dos empregados na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, neste sentido, lê-se:

> [...] é o regime próprio dos agentes públicos que ocupam empregos públicos nas entidades, com personalidade jurídica de direito privado, da Administração Pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado). (OLIVEIRA, 2020, p. 667).

O empregados públicos, sob o regime celetista, não estão isentos de observarem algumas regras constitucionais aplicáveis aos demais, tais quais a proibição do acúmulo do emprego com cargos ou outros empregos públicos prevista no artigo 37, XVII, da Constituição Federal; a necessidade de submissão ao concurso público para posterior celebração do contrato de emprego; a necessidade de observância do teto remuneratório, entre outras.

Terceira categoria, e talvez a mais importante para os fins propostos na presente explanação, é a dos servidores estatutários. São estatutários todos aqueles que estão submetidos a um Estatuto, o dos servidores públicos, seja ele um estatuto que regulamente os direitos e obrigações em âmbito municipal, estadual ou federal.

No presente momento, convém se ater ao estatuto federal, posto que é dele que se extrai a normatização que será analisada nos tópicos a seguir. Em se tratando da União a lei que regulamenta os servidores públicos é a Lei 8.112/90, estabelecendo seus direitos e obrigações. Essa espécie de agente público se diferencia dos estatutários pois aqui, após aprovação em concurso público, a Administração deve realizar uma série de atos para, enfim, prover o cargo público vago, para o qual fora realizado o concurso.

Assim sendo, enquanto aos celetistas, após a realização do concurso, cabe a assinatura do contrato de emprego (donde advém todos os seus direitos e obrigações, sempre com fundamento na CLT), aos estatutários cabe aguardar sua nomeação, para posteriormente tomar posse e, então, prover o cargo público (que, por sua vez, será regulamentado pela lei 8.112/90, onde estão estabelecidos os direitos e obrigações).

A principal diferença entre empregado público e servidor público, parece então residir no vinculo estabelecido entre eles e a Administração. Em um caso esse vínculo é estritamente

---

Pública, com tal expediente, tornou pública a necessidade de pessoal para o desempenho de determinada atividade. Tal carência de pessoal deve ser resolvida pela nomeação dos aprovados; Precedentes. Processo No: 0414863-68.2012.8.19.0001. 25-9

contratual, tendo como fundamento a CLT; em outro caso, o vínculo é legal, estando todos os direitos e deveres previstos em lei.

É nesse ponto que reside o cerne da problemática a ser enfrentada. Por se tratar de um Estatuto federal, a Lei 8.112/90 estabelece uma série de direitos (e, principalmente deveres), que diferenciam o tratamento dispensado a um e outro servidor (celetista e estatutário).

Conforme mencionado, os celetistas encontram seus direitos e obrigações previstos em um contrato de emprego, cuja norma fundante é a CLT, donde não é possível se extrair algumas características próprias do regime estatutário, como é o caso da concessão que passará a ser analisada.

2. DA CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL AO SERVIDOR PORTADOR DE DEFICIENCIA.

A Lei nº 13.370/16 alterou a redação da Lei nº 8.112/90 que concede horário especial ao servidor portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência, desde que comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.

A regra parece ter respaldo no princípio da dignidade humana porque visa conceder ao trabalhador, servidor público portador de deficiência ou que tenha dependente deficiente, condições isonômicas para o exercício de suas funções em horário que lhe permita honrar com as diversas demandas pessoais e sociais impostas a todos que não tem limitações cognitivas ou de locomoção em razão de deficiências de toda natureza.

Para a concessão regular do direito em tela, caberá à Unidade de Gestão de Pessoas da instituição a qual o servidor público esteja lotado a definição dos horários especiais previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 98 da Lei no 8.112/90, neste sentido lê-se a Nota Técnica Conjunta no 113/2018 – MP:

> b) A perícia oficial em saúde emitirá laudo que servirá de fundamentação na decisão da Administração Pública Federal a ser subsequentemente deliberada, pelo deferimento ou não do horário especial. Compete formalmente à unidade de gestão de pessoas deferir os horários especiais previstos §§ 2º e 3º do art. 98, da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez concedido o horário especial, caberá a chefia imediata definir, junto com o servidor requerente, o período de cumprimento da jornada reduzida que atenda ao seu interesse, sem prejuízo da prestação do serviço público, bem como acompanhar e supervisionar as atividades do mesmo, desempenhadas em menor carga horária, validando a sua frequência.

A referida Nota Técnica Conjunta emitida pelo Ministério do Planejamento regulamenta a forma como o direito em tela deve ser concedido e gozado por parte do servidor público portador de deficiência ou que tenha dependente com deficiência.

Apesar da imperiosidade e abstração da norma legal, o direito em tela não é extensivo indiscriminadamente a todos os servidores públicos deficientes ou que tenham dependentes portadores de deficiências.

Observa-se, por exemplo, a situação do servidor público que, em razão do regime de trabalho ao qual está vinculado, pode exercer concomitantemente outras atividades laborais de natureza privada. Ou seja, se enquadram aqui aqueles servidores que não possuem um regime de dedicação exclusiva de trabalho junto ao poder público, isto é, o servidor atua, concomitantemente, na esfera pública e privada.

Neste caso, apesar do servidor público ser portador de deficiência ou possuir sob suas expensas dependente portador de deficiência, o direito ao horário especial será mitigado em razão do referido servidor público desenvolver, concomitantemente, outra atividade laboral de natureza privada.

Não se trata de discriminação injusta, ao contrário, trata-se de concessão de direitos de forma equânime.

O entendimento é cristalino: se o cidadão desenvolve atividades laborais como servidor público concomitantemente com outras atividades de natureza privada, e, uma vez que, no segmento privado não haveria redução de suas atividades laborais, não seria razoável que praticasse horário especial apenas no setor público.

Se assim fosse obteria locupletamento ilícito as custas do erário público.

E, neste sentido se lê a Nota Técnica Conjunta nº113/2018 – MP, item IV, letra *g*, conforme segue:

> g) O servidor que obtém o horário especial previsto no § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 1990, deve estar ciente de que tal redução é um benefício com alcance social relevante. Nesse sentido, alerta-se que este observe atentamente sobre acumulação de cargo na APF com atuação na rede privada. Igualmente ao previsto para o servidor com deficiência no item c - 4 desta Nota Técnica Conjunta, não é razoável e tampouco harmonizável que haja diminuição da jornada de trabalho no cargo para prestar assistência direta ao familiar com deficiência e o exercício concomitante com a atividade privada.

Em razão deste fato, entende-se que, além da perícia médica, se faz imprescindível a realização de uma análise socioeconômica de cada servidor público que requeira a concessão de horário especial de trabalho em virtude de deficiência própria ou de dependente. Não basta

a constatação da deficiência em si, é preciso apurar a extensão e a forma pela qual a deficiência impõe limitação.

De igual forma é preciso apurar caso a caso quais as atividades serão exigidas e quais serão limitadas ao servidor público titular do direito ao horário especial de trabalho.

Nem todos os servidores públicos desenvolvem ou precisam desenvolver suas atividades em horário convencional, popularmente chamado de horário comercial.

A Nota Técnica Conjunta nº 113/2018 – MP, reconhece no item II, letra *d* que: *"Não há o estabelecimento, em abstrato, de limites máximos de redução da jornada de trabalho, seja para o servidor que trabalha 6 (seis), 7 (sete) ou 8 (oito) horas diárias"*.

Desta forma, a unidade de gestão de pessoas da instituição na qual o servidor público for lotado deverá considerar a realidade fática do servidor requerente bem como as demandas institucionais do setor onde este exerce suas funções, considerando que, a concessão do horário especial de trabalho não deve representar prejuízo ao desenvolvimento regular das atividades do setor de lotação do servidor público deficiente, ou que tenha como dependente pessoa deficiente.

Frisa-se, não se trata discriminação, mas de gestão eficiente de mão de obra e reconhecimento do fato de que a concessão de um direito não pode, em hipótese alguma, representar um dano ao erário público ou a eficiência na prestação regular do serviço público. Neste sentido, lê-se a Nota Técnica Conjunta nº 113/2018 – MP, item II, letra *c* determina que:

> c) Os dispositivos estabeleceram a possibilidade específica de concessão de horário especial ao servidor com deficiência e ao servidor que possua cônjuge, filho ou dependente com deficiência, independentemente da redução de vencimentos e da compensação de horas, sem fixar, entretanto, quaisquer limites para a redução máxima de jornada a qual somente poderá ser aferida quando do exame de cada situação concreta por parte da junta oficial em saúde competente. Em ambas as situações legais, o horário especial será determinado, segundo critérios de necessidade e proporcionalidade, de modo que seja atendido o interesse do servidor, mas igualmente assegurado o desempenho regular das atribuições do cargo público.

É preciso que as instituições públicas tenham critérios institucionais bem definidos para a definição do horário especial do servidor público deficiente ou responsável por dependente deficiente, considerando as características específicas do setor de lotação e os horários de funcionamento do setor, visando evitar ineficiência na prestação do serviço público.

De igual forma, é preciso que fique claro que, o desempenho das funções do servidor público em horário especial se iniciará, efetivamente, a partir do momento em que o processo administrativo no qual o requerimento foi formulado nos termos do artigo 98, §2º ou §3º da Lei nº 8.112/90 for concluso, com a publicação da decisão que concedeu o horário especial for publicada em imprensa oficial, consoante os termos da Nota Técnica Conjunta nº 113/2018 –

MP, a partir de qual momento deve ser estabelecido o horário especial de trabalho ao requerente. De acordo com o item II, letra g, da referida nota:

> g) O laudo pericial emitido por junta oficial em saúde, com a recomendação de concessão de horário especial ao servidor, conforme o previsto no artigo 98, §§ 2° e 3º, da Lei n° 8.112, de 1990, subsidiará a decisão da Administração. Nesse sentido, é esperado que haja o tempo necessário para a tramitação do processo, sua ciência e providências administrativas. A partir da publicação do ato concessório, o ato administrativo terá seu efeito.

Assim, é imprescindível que a unidade de gestão de pessoas da instituição pública onde o servidor público requerente do horário especial de trabalho é lotado considere, antes de lhe conceder horário especial de trabalho, todo o contexto socioeconômico familiar deste, o aspecto clínico do servidor público deficiente ou do seu dependente.

No caso do servidor público ter dependente deficiente, é preciso que se avalie a necessidade e a forma de acompanhamento do dependente por parte do servidor, levando em consideração a situação fática, as possibilidades de assistência à pessoa com deficiência, bem como o papel do servidor no contexto familiar, além de outras questões que eventualmente devam ser consideradas para concluir pela concessão ou não do horário especial, a depender do caso concreto, como a necessidade em se apurar se o servidor público exerce, concomitantemente, outra atividade profissional de natureza privada.

Destaque-se que a ausência desta análise mais cuidadosa do caso pode, eventualmente, ferir princípios básicos da Administração Pública e prejudicar os bons andamentos do Serviço Público em ônus e detrimento de toda a coletividade.

3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: NORMA DIRETRIZ OU OBSERVAÇÃO OBRIGATORIA?

O artigo 37 da Constituição Federal submete a administração pública como um todo, dentre outras coisas, à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tais princípios, ainda que não sejam de explicitação obrigatória no presente trabalho (mas que terão algumas linhas dedicadas a eles a seguir), remetem o agente público (aqui compreendido em sentido lato) a uma série de limitações no seu agir, pactuando a atuação administrativa com as diretrizes contidas na carta constitucional.

O princípio da legalidade indica uma estrita observância ao disposto em lei, como forma de atuação do agente público. Costumeiramente a doutrina brasileira diferencia a ideia

de legalidade do direito privado, da vista aqui. Enquanto que na relação entre particulares, regida pelos ramos *privados* do Direito vigora a ideia de que aos particulares é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, aqui, no direito administrativo, só é possível fazer aquilo que a lei expressamente autoriza, isto é, a lei é pressuposto de existência do agir administrativo.

Ressalva-se que, a despeito de a ideia de dicotomia do direito em público e privado ser superada pela constitucionalização dos direitos privados a partir da Constituição Federal de 1988, "o ordenamento não pode mais ser visto como sistema fechado e completo", como asseveram Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (2010, p. 128), para quem "a publicização do direito privado não é imperativo necessário à privatização do direito público".

A distinção entre direito público e privado se mantem, apesar de superada a dicotomia, para melhor compreensão das idiossincrasias comuns aos ramos específicos do direito. Desta forma, considerando a mitigação para fins meramente didáticos, vê-se que, se não houver previsão legal, logo, há impossibilidade de atuação.

Hodiernamente, prevalece o entendimento de que a submissão apenas a lei não é o suficiente para a adequação do agir ao que determina a Constituição. Prevalece o entendimento de que, para além da lei estrita, o agente público deve compatibilizar essa atuação com um arcabouço mais abrangente, envolvendo uma análise mais ampla do Direito, o denominado bloco de legalidade.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, indica a preocupação do constituinte com a atuação administrativa imparcial, não podendo ser utilizada nem em benefício, nem em detrimento de ninguém.

Deve o agente público se manter em uma posição impar, que não lhe permita utilizar o aparato do qual dispõe para privilegiar pessoas próximas ou até mesmo prejudicar seus desafetos políticos.

No que se refere a ideia de moralidade, teve a Constituição a intenção de indicar ao agente público a necessidade de agir de maneira proba, integra, sempre pautando o seu agir de acordo com os preceitos de boa-fé.

Esse princípio, ainda de cumprimento um tanto relutante por determinada parcela dos agentes púbicos brasileiros, objetiva coadunar a atuação desses com a ideia de dar aos valores públicos a correta destinação, dissociando o agir da velha prática, de corriqueira verificação, pertinente aos históricos de corrupção, mal uso do dinheiro público, dentre outras coisas.

De certo que a inserção do princípio da moralidade trouxe consigo formas de combater as imoralidades, quando verificadas, dentre as quais, pode-se citar como mais marcante a Lei

de Improbidade Administrativa, que prevê uma ação para atacar atos que atentem contra a moralidade administrativa em um sentido amplo[3].

Em atenção à publicidade, em apertada síntese, subsiste a ideia de que os atos administrativos devem ser publicizados, isto é, tornado públicos, para que seja possível que a população exerça controle e tome conhecimento de tudo que a administração pública realiza.

Por outro lado, é com a publicidade dos atos que eles passam a ter validade perante o ordenamento jurídico, sendo esse um requisito fundamental para a prática dos atos administrativos. Aqueles não publicados, não tem eficácia.

O último princípio previsto no artigo 37, é o principio da moralidade. Ele foi inserido por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/98, objetivando garantir uma prestação do serviço público de forma célere, ou, como prenuncia o próprio nome atribuído ao princípio, de forma eficiente.

A intenção preconizada por intermédio da inserção da eficiência no rol de princípios contidos no artigo 37 era a de romper com um Estado letárgico, obsoleto, em que os servidores públicos não prestavam serviço público de qualidade para a população.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 115-116):

> Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da *administração pública* gerencial, que revelam grande influencia do pragmatismo do direito público, anglo-saxonico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam *aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados,* o atendendo apenas ao conceito clássico de *eficácia*. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais *qualidades intrínsecas de excelência*, de modo a possibilitarem *o melhor atendimento possível* das *finalidades* para ele previstas em lei. (...) Entendida, assim, a *eficiência administrativa*, como a melhor realização possível da gestão de interesses públicos, posta em termos de *plena satisfação* dos administrados com os *menores custos* para *a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de *resultados,* e, coroando a relação, como uma *característica jurídica exigível*, de *boa administração* dos interesses públicos. (grifos próprio)

Desta maneira, a preocupação foi a de dar a eficiência o denominado *status constitucional*, devendo ela ser observada por toda a administração pública, prestando um serviço público eficaz.

Mas por qual razão se estabeleceu a exposição acima? Justamente pelo fato de se verificar na doutrina o tratamento moderno atribuído aos princípios, tratamento esse que se dissocia da *simples ideia* de que seriam eles apenas valores que guiariam o legislador na elaboração das Constituições, Leis e demais figuras normativas.

[3] Os artigos 9, 10, 10-A e 11, da Lei nº 8.429/92, enumeram as condutas que se enquadram no grande grupo denominado "atos de improbidade administrativa".

É lapidar a lição proferida (MOREIRA NETO, 2014, p. 75), cuja transcrição se faz obrigatoriamente necessárias, nos seguintes termos:

> O *positivismo jurídico*, que havia levado o *formalismo* e o *dogmatismo* jurídico a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na *aplicação* do Direito, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la dos *valores* que haviam orientado sua formação e desenvolvimento desde as suas remotas origens. Foram suas próprias contradições e seus erros históricos que, após mais de um século de catástrofes e de abusos do ser humano, acabaram despertando a consciência dos povos para a necessidade de reinfundir os valores perdidos pelo Direito, esvaziado pela fria lógica dominadora do Estado-potência, possibilitando o auspicioso *ressurgimento dos princípios*, já não apenas como meros *elementos informativos dos legisladores e dos intérpretes*, apenas tolerados no fastígio da dogmática positivista, mas como portadores de eficácia própria, por expressar *valores, finalidades e interesses capitais e indisponíveis* da natureza humana, assim entendidos como as próprias *vigas mestras da convivência social* e, por isso, do Direito, passando a se refletir nos textos legislativos e, de modo especial, nas Constituições pós-modernas, como, destacadamente, o foi na Carta Política brasileira de 1988. (grifos próprio)

Ao longo da história se verificou que a excessiva observância aos ditames positivistas culminou no seu descrédito, notadamente após a derrocada do regime nazista, notadamente elevado após praticar atos de extrema barbárie "pautados na lei". Foi com base na observância da lei que se pautaram as justificativas para o cometimento de atos em período tão obscuro da história mundial.

É o pós-positivismo que permite uma releitura da ideologia até então vigente, privilegiando, por ora, uma nova hermenêutica constitucional, com a relação entre valores, princípios e regras, além da valorização de uma denominada teoria dos direitos fundamentais, fundada, principalmente, no ideário da dignidade da pessoa humana.

Com esse cenário como pano de fundo, os princípios no direito administrativo acabam ganhando destaque, propiciando uma forma de interpretação aberta de todas as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico administrativo.

Tamanha é a importância atribuída aos princípios que Bandeira de Mello (1999, p. 620), assim definiu:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Tem-se plena consciência (e convicção) de que os princípios possuem sim força normativa, notadamente aqueles acima mencionados e que, dessa força normativa decorrem duas necessárias consequências, conforme ressalta Barcellos (2000, p. 173):

> A eficácia interpretativa significa que os princípios constitucionais vão orientar a interpretação das regras em geral (não apenas as constitucionais, é bem de ver), de modo que o intérprete encontra-se obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses da regra, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. Essa espécie de conseqüência jurídica característica do princípio tem desempenhado relevante papel (...) A eficácia negativa, por sua vez, associa ao princípio a conseqüência pela qual serão considerados inválidos - ou revogados, caso anteriores à promulgação da Constituição - todas as normas ou atos que o contravenham. Os dois aspectos se complementam nos casos extremos, uma vez que, se não é possível interpretar o ato ou a norma de forma a compatibilizá-los com o princípio constitucional, passa a operar a eficácia negativa para excluí-los do mundo jurídico.

Conforme fora demonstrado alhures, a Lei de Improbidade Administrativa preconiza que, dentre os atos de improbidade administrativa, há um que se refere especificamente à inobservância dos princípios[4].

É por esta razão afirma-se que, peremptoriamente, que de forma pacificada na doutrina pátria, assim como também na jurisprudência brasileira, que os princípios são norma de observação obrigatória, podendo, inclusive, resultar no sancionamento daqueles que o inobservam, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa.

Com tais considerações, é conveniente discutir agora de que forma há de se compatibilizar o princípio da eficiência com normas infralegais que concedem horário espacial de trabalho para os servidores deficientes (ou que possuem dependente deficiente).

---

[4] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
IV - negar publicidade aos atos oficiais;
V - frustrar a licitude de concurso público;
VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.
VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.
IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.
X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

4. DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL DE TRABALHO PRATICADO PELO SERVIDOR PÚBLICO PELA ÉGIDE DA EFICIÊNCIA

O princípio constitucional da eficiência tem um viés econômico que permite que sua interpretação, quando aplicado aos casos concretos, se dê de forma a perquirir em cada situação como as soluções podem ser aplicadas às demandas de forma a garantir que o resultado produzido represente um ganho, um crescimento coletivo, a todos os envolvidos.

A eficiência pode ser compreendida pelo Ótimo de Pareto ou pelo critério de Kaldor-Hicks. De acordo com a primeira teoria, a eficiência será alcançada somente quando for possível verificar que a situação de um agente econômico foi melhorada sem que a de outro tenha sido prejudicada; a segunda teoria, por sua vez, aceita que a eficiência seja alcançada quando a melhora na situação de um agente econômico lhe permite, hipoteticamente, compensar aqueles que ficam pior, atingindo, por via transversa, o Ótimo de Pareto, muito embora a compensação não precise de facto ocorrer e, assim, a eficiência por Kaldor-Hicks pode, na verdade, acabar por deixar algumas pessoas em pior situação.

Segundo a teoria do ótimo de Pareto, o que é produzido numa economia deve ser distribuído de forma eficiente pelos agentes econômicos, tornando desnecessárias mais trocas, evitando a chamada taxa marginal de substituição.

Assim, quando for possível produzir mais de um tipo de bem sem reduzir a produção de outros, será encontrada a curva de possibilidade de produção eficiente; para tanto, os bens produzidos numa economia precisam refletir as preferências dos agentes econômicos, para que se alcance um sistema de concorrência perfeito.

Ou seja, uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se for possível melhorar a situação de um agente sem degradar a situação de qualquer outro agente econômico. Acredita-se que tal critério, não obstante ter seu valor teórico e científico, se encontra em patamar de difícil alcance prático, dada a quantidade de variáveis que se precisa enfrentar em cada segmento, o que, paradoxalmente, o torna pouco eficiente.

As ponderações sobre eficiência de Kaldor-Hicks nos parecem mais palpáveis, posto que, um resultado poderá ser considerado mais eficiente se alcançar uma compensação suficientemente razoável para aqueles que ficaram em uma posição eventualmente menos agradável, permitindo que outros fiquem também eventualmente em situação mais agradável e desde que se evite que todos acabem numa situação pior do que a anterior.

Neste sentido o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão analisou o art. 98, §3º da Lei nº 8.112/90, restringindo a amplitude do direito ao horário especial ao Servidor

Público deficiente ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência comprovada por junta médica, nos termos da Nota Técnica Conjunta nº 113 emitida pelo referido Ministério, tal direito só deve ser concedido aos agentes que se dediquem exclusivamente ao serviço público.

Trata-se de isonomia na aplicação da norma legal e moralidade na sua interpretação, haja vista que o agente que se dedica a mais de uma atividade laboral, sendo uma de natureza pública e outra de natureza privada não ter razão de ver redução de sua jornada de trabalho sem redução dos vencimentos apenas em relação às atividades públicas, posto que perceberia uma vantagem injustificável perante seus pares, além de obter locupletamento ilícito.

A restrição do direito assegurado no Estatuto do Servidor Público não se dá em detrimento do deficiente, seja ele o Servidor Público ou seu dependente, mas em razão da necessidade de se promover a aplicação da lei de forma isonômica e dentro de padrões morais social e economicamente aceitáveis, como se verifica em normativos institucionais específicos e jurisprudência atual que servem de exemplo do raciocínio construído.

Observa-se que a função do sistema legal, do direito propriamente dito, é trabalhar para impedir o pior cenário.

No caso atinente ao objeto de estudo posto, o pior cenário seria conceder um direito abstrato de forma irrestrita, à agentes diferentes em condições semelhantes, onde um obteria vantagem maior do que outro dado a sua característica distintiva, o que acarretaria em lesão à isonomia e, consequentemente, em ineficiência, tanto no ato de conceder o direito quanto na continuidade da prestação do serviço público em si. "Por ser o Direito parte da estrutura social e condição necessária para que o jogo normativo se opere com regras claras." (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 166).

A interpretação da norma especial (Lei nº 8.112/90) a respeito do direito ao horário especial de trabalho destinado ao servidor público portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência precisa se dar com base no princípio da supremacia do interesse público, embora o direito em tela seja direcionado a um agente público, o exercício deste não pode mitigar o interesse dos cidadãos, consumidores dos serviços públicos.

> [...] a supremacia do interesse público é ponto de partida de um Estado que se quer minimamente democrático e que, pelo mesmo motivo, não tem a pretensão de aniquilar espaços onde a realização de interesses particulares é possível sem que haja reflexos negativos à coletividade. (DI PIETRO e RIBEIRO, 2010, p. 126)

Não é uma questão de ponderar entre o direito objetivo do portador de deficiência, este representa uma questão circunstancial ao direito posto. A questão passa por uma análise da

forma pela qual se exerce o direito em tela, uma forma que deve ser pautada pela ética para que o direito de um não se sobreponha ao do outro.

> Se a justiça consiste em sua essência, como ressaltaram os antigos, em reconhecer a todos e a cada um dos homens o que lhes era devido, esse princípio traduz-se, logicamente, no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que, sendo comum a todos os humanos, distingue-se radicalmente das demais espécies de seres vivos: a sua transcendente dignidade.
> Os direitos humanos em sua totalidade – não só os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda o de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direito no plano mundial – representam a cristalização do supremo princípio da dignidade humana. (COMPARATO, 2006, p. 622)

Sob esse prisma, da dignidade da pessoa humana, que a interpretação do artigo 98, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.112/90 deve ser feito, em conjunto aos termos da Nota Técnica Conjunta nº 113, MP, ao conceder o horário especial de trabalho ao servidor público que, a despeito de sua deficiência ou de ter cônjuge, filho ou dependente deficiente, é servidor público.

Da mesma forma deve ser dar a interpretação da lei, pelo viés da dignidade da pessoa humana, quando o servidor público desenvolver, em paralelo e concomitantemente, outra atividade profissional e laboral de natureza privada, situação na qual resta mitigado por completo o direito em abstrato estabelecido no estatuto do servidor público federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme debatido ao longo das linhas que sucederam essa necessária (e derradeira) intervenção, o sistema jurídico brasileiro encontra-se amparado em uma série de valores, elevados a categoria de princípios, responsáveis por orientar toda a aplicação de um determinado ramo do Direito.

Desta feita, há que se considerar que os princípios, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 passaram a ter papel de relevante importância no ordenamento brasileiro, em especial no que se refere ao objeto de estudo da presente explanação, o direito administrativo.

Para esse ramo, pode-se afirmar que os princípios ganharam importância ainda mais preponderante, posto que a própria legislação infraconstitucional atribui a eles importância ímpar, já que, uma vez inobservados por determinado agente, tal fato poderá ensejar na propositura da respectiva ação civil, como o objetivo da responsabilização pessoal do Servidor Público.

Nessa linha, também se viu que o termo servidor público é apenas uma espécie dentro de um gênero mais abrangente, o agente público (que abarca ainda os servidores temporários e

os particulares em colaboração com o Estado), e tal espécie encontra sua regulamentação própria, conforme determina a Lei nº 8.112/90 (afastados, nesse caso, os empregados públicos, regidos pela CLT).

É justamente a esses Servidores, regulamentados pela Lei nº 8.112/90, que se aplica a redução legal de carga horária, desde que se trate de servidor com deficiência, o que possua esposa, filho ou dependente com algum tipo de deficiência.

De certo que a mera redação legal não permite afirmar, com convicção, em quais casos os servidores fazem jus à redução prevista, cabendo a uma nota técnica a responsabilidade pela explicitação do tema, inclusive, com a projeção de cenários viáveis para a sua aplicação.

O grande cerne do problema suscitado diz respeito a eventual possibilidade de redução da carga horária do servidor público que não desenvolva apenas esta função, ou seja, que desenvolva concomitantemente outra atividade laboral de natureza privada, fato que pode vir a prejudicar a preservação, ou o respeito, ao princípio da eficiência, que exige do servidor a prestação exemplar do serviço para toda a sociedade, em conformidade com o dispositivo inserido no artigo 37 da Constituição Federal por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/98.

Conforme visto, a aludida Nota Técnica estabeleceu critérios para concessão do horário especial, desde que respeitadas algumas condições lá estabelecidas, parecendo claro afirmar, contudo, que tal redução não seria de concessão apropriada quando o servidor, de forma concomitante com o serviço público, também desempenhe atividades na esfera privada, ou seja, não esteja categorizado como servidor em dedicação exclusiva.

A Nota Técnica teve sua edição em lapso temporal não muito estendido, o que demonstra ainda a precocidade em tecer afirmações categóricas acerca da sua interpretação ou aplicação. Por óbvio que o tema requer maiores aprofundamentos teóricos e somente o decurso natural do tempo poderá afirmar se a redação contida na referida nota técnica sofrerá maturação e concretização, ou se, por outro lado, será passível de revisão e alteração nos termos lá constantes.

Certo é que, desde já, a preocupação constante na mencionada nota técnica parece recair sobre a importância de ser observado o princípio da eficiência, afirmando de forma peremptória, que tal redução de carga horária deverá ser compatibilizada com a regular prestação do serviço público.

Como mencionado, o debate é fecundo e demandará ainda maiores reflexões sobre o tema, sendo certo, contudo, que as primeiras linhas para esse debate já se encontram traçadas. É esse o papel que se pretendia ao longo do presente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo 221. p. 159-188. Jul./set. 2000.

BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 10 de mar. de 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo, Atlas, 2010.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Nota Técnica Conjunta nº 113. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/24625068/MPDG+-+NOTA+T%C3%89CNICA+CONJUNTA+N%C2%BA+113_2018-MP%2C+DE+31.8.2018/efbfcff9-7e76-9b63-326b-8014360802ac?version=1.0>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.* Rio de Janeiro, Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Anibal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010,

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.