



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 3209/2020/CGUNE/CRG

PROCESSO Nº 00190.109228/2020-26

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTOS

1. ASSUNTO

1.1. Questionamentos acerca de assunto relacionado à incompatibilidade do exercício de atividade pública e privada. Consequências disciplinares.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- 2.2. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.
- 2.3. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.
- 2.4. *Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017.*
- 2.5. Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19 de setembro de 2013.
- 2.6. Instrução Normativa nº 17, de 20 de dezembro de 2019.
- 2.7. Portaria CGU nº 3.553, de 12 de novembro de 2019.
- 2.8. LOURENÇO, Messias José; (<https://jus.com.br/artigos/86184/o-exercicio-de-atividade-remunerada-durante-o-gozo-de-licenca-medica-no-estatuto-dos-funcionarios-publicos-civis-do-estado-de-sao-paulo>)
- 2.9. TEIXEIRA, Marcos Salles; Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar, Brasília 13 de agosto de 2020.
- 2.10. Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU, Brasília,, setembro de 2020.

3. SUMÁRIO EXECUTIVO

3.1. Trata-se de consulta da Corregedoria do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA - (SEI nº 1713737), dirigida a esta Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos - CGUNE/CRG/CGU -, com vistas a dirimir dúvida quanto à forma de processamento disciplinar em relação à situação em concreto

4. ANÁLISE

4.1. Conforme dispõe o art. 49, inciso VI, da Portaria CGU nº 3.553/2019, compete a esta CGUNE responder às consultas relacionadas à matéria correcional:

art. 49. À Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos - CGUNE compete:

[...]

VI - responder a consultas relacionadas a matéria correcional.

4.2. No entanto, cabe esclarecer que as consultas encaminhadas para análise a esta CGUNE devem tratar de questionamentos sobre situações em tese.

4.3. Assim, embora a situação relatada envolva dúvida acerca de caso em

concreto, que será exposto como exemplo, a resposta desta Coordenação será norteada para uma apresentação de solução a partir de uma análise em tese, de modo a evitar futuros questionamentos correlatos sobre o tema.

4.4. Segundo constam das informações encaminhadas pelo IPEA, no início de 2019: *“o sistema e-pessoal do TCU, detectou possível inconformidade em situação funcional de servidor deste Instituto, a saber: “... situação individual em possível desacordo com a compatibilidade de horários e com possível prejuízo às atribuições funcionais dos cargos. No caso de Jurisdicionados do Poder Executivo, adotar como critério a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017, com a redação atualizada por meio de Despacho do Presidente da República, publicado em 12 de abril de 2019...”*

4.5. Esclareça-se, por oportuno, que a situação apresentada envolve servidor afastado do referido instituto para tratamento de saúde, sendo detectado, posteriormente, que ele se encontrava empregado na iniciativa privada durante o período de afastamento. Tal fato gerou dúvida na Corregedoria do órgão quanto à aplicação da referida Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, bem como das correspondentes consequências disciplinares.

4.6. Na sequência, informaram que neste mesmo ano: *“... a área de pessoal deste Instituto (Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas - CGPES/IPEA) enviou correspondência ao servidor, então afastado do trabalho por motivos de saúde, para que este apresentasse justificativas acompanhadas de documentação comprobatória. Ainda, conforme apontado, não houve êxito na obtenção de resposta satisfatória do servidor que justificasse a referida situação de conflito e incompatibilidade.*

4.7. E continuam relatando que, no início de 2020, a CGPES/IPEA intentou levantar informações acerca do vínculo e da situação do servidor junto à empresa privada empregadora, sem, no entanto, obter êxito na resposta. Após, em setembro do mesmo ano, em diligência à Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia-ST/ME, foram informados de que, desde 2017, o servidor se encontrava efetivamente empregado na empresa apontada pelo sistema do TCU em regime de 40 horas semanais.

4.8. Em setembro de 2020, a Auditoria Interna do órgão encaminhou o caso para apreciação da unidade seccional de correição – COREG/IPEA – para apuração e adoção de eventuais providências cabíveis, onde foi promovida a abertura de investigação preliminar com vistas a subsidiar o exame de admissibilidade de instauração ou não de procedimento acusatório contra o servidor.

4.9. Segundo informações da Corregedoria Seccional do órgão – COREG – o levantamento não concluído da CGPES evidenciou que: *“...o somatório dos atestados apresentados pelo servidor indica que este **se encontra regularmente afastado por licença para tratamento de saúde desde a data em que firmou contrato de trabalho com a empresa privada, com atestados sendo reiteradamente convalidados pela Administração;**”* (grifou-se)

4.10. Ao final, o documento encaminhado pelo IPEA expõe os principais elementos relacionados às dúvidas existentes, os quais podem ser verificados nos seus itens 2.3 e 2.4, bem como, no seu fecho, que especifica os pontos de questionamentos existentes, que ora são transcritos:

2.3 - Assim, se for realmente confirmada essa hipótese pela CGPES (caracterizada pelo afastamento prolongado do servidor de seu local de trabalho por motivos de saúde abrangendo todo o período em que este se encontra em vínculo contratual junto a empresa privada), poder-se-ia chegar a conclusão de que ainda não se pode afirmar que o servidor descumpra sua jornada de trabalho

na Administração, já que este, em tese, não se encontra em efetivo exercício no Instituto, ainda que durante esse período, estivesse prestando serviços na condição de empregado da empresa privada objeto dessa matéria;

2.4 - Portanto, considerando essa hipótese, até o presente momento, e consoante o disposto na Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, o que se poderia, em tese, cogitar é que o servidor deixou de atender ao disposto na legislação no tocante à necessidade de consultar e comunicar previamente a Administração a celebração de outro contrato de trabalho concorrente com o lpea, conduta essa que poderia se consistir em inobservância aos deveres do servidor consignados nos incisos II e III do art. 116 da Lei no 8.112/1990 - com penalidade passível de advertência, bem como infringência ao art 117, inciso XVIII - este último caso punível com suspensão de acordo com o disposto no art. 130 desse mesmo diploma legal, consoante demonstrado na seguinte matriz de responsabilização.

[...]

III - Dúvidas suscitadas no exame da matéria

Isto posto, desde que a CGPES venha a confirmar a hipótese aventada no tópico anterior (afastamento regular do servidor de seu local de trabalho por motivos de saúde por todo o período em que este se encontra com vínculo empregatício privado), encaminhamos as seguintes indagações, para que essa CGUNE possa se pronunciar em abstrato, na forma disposta no Inciso VI do art. 49 do Anexo à Portaria CGU nº 3.553/2019, com vistas a orientar a esta Unidade Correcional no desfecho mais adequado para essa demanda (se propositura de TAC ou abertura de processo acusatório):

3.1 - O fato de o servidor se encontrar afastado para tratamento de saúde o afasta da suspeita de cometimento de conflito de interesses ou mesmo de descumprimento de jornada de trabalho junto à Administração em virtude de estar vinculado a outro empregador?

3.2 - Para efeito de observância ao disposto na Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, o fato de se encontrar afastado para tratamento de saúde não o exime da obrigação de consultar e informar a Administração acerca de sua situação empregacia junto a terceiros?

3.3 - Considerando que a licença saúde não o desobriga de cumprir o disposto no referido normativo, é cabível a propositura de TAC a esse caso, já que, em princípio, sua conduta poderia se enquadrar no disposto nos incisos II e III do art. 116 da Lei no 8.112/1990, passível de penalização por advertência?

3.4 - Sendo cabível a proposta de TAC, poder-se-ia estabelecer como obrigação assumida por parte do servidor, o compromisso de este vir a comprovar junto a Administração de que a sua jornada de trabalho em outro emprego não prejudica a Administração (§2º do art. 6º da IN CRG nº 17/2019)?

3.5 - No âmbito do TAC, além de outras obrigações, uma declaração do servidor formalmente assinada junto à Administração fazendo menção a referida Orientação Normativa, nos moldes da declaração de não acumulação de cargos públicos, resguardaria a Administração contra problemas futuros advindos dessa situação?

3.6 - Caso não seja possível a celebração de TAC, restando, por conseguinte, a abertura de procedimento acusatório, como a Comissão Processante poderia solicitar informações acerca da jornada e da natureza do trabalho prestado pelo servidor junto à empresa privada?

4.11. Neste ponto, passa-se à análise em tese da matéria trazida a exame.

4.12. Preliminarmente, importa verificar o teor da Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017, aprovada pela Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos (em sessão plenária realizada no dia 29 de março de 2017), a qual trata da **compatibilidade de horários e da acumulação de cargos e empregos públicos**, tornando superado anterior entendimento constante no Parecer GQ-145 (https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/71298798/do1-2019-04-12-despachos-do-presidente-da-republica-71298486):

“A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da

*Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, **a acumulação de cargos ou empregos públicos** que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades **exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos**".*

(grifou-se)

4.13. De forma clara, à vista do conteúdo da própria orientação, não resta dúvida de que a sua aplicação se refere tão somente à acumulação de atividades relacionadas a cargos ou empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal, conforme preceito inscrito no inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, não se tratando, portanto, de hipótese de acúmulo de cargo ou emprego público concomitantemente com emprego de natureza privativa, o que afasta a sua aplicação ao caso.

4.14. Sem adentrar no mérito da questão *in concreto*, é sabido que, de forma excepcional e geral, o exercício de atividade privada é admitido ao servidor público quando tais atribuições sejam compatíveis com o exercício do cargo/emprego público e sua função, com o horário de trabalho, o senso ético e não causem conflito de interesses ou obtenção de benefícios particulares ante informações privilegiadas

4.15. Oportuno ressaltar que a atividade privada é vedada àquele servidor ou empregado público que por força de lei esteja subordinado ao regime de dedicação exclusiva, sendo, de outro lado, considerada como inapropriada qualquer interpretação de exigência absoluta de dedicação exclusiva em relação aos ocupantes de cargos e empregos públicos no plano federal, além daqueles previstos pelo legislador.

4.16. Veja-se que as condições acima devem ser utilizadas para a aferição da possibilidade de que servidores e empregados públicos, nesta condição, possam trabalhar como empregado com vínculo privado em períodos nos quais não estejam subordinados ao exercício de atividade ou serviço público para o seu órgão ou entidade.

4.17. Nossa Constituição Federal se ocupou em regular e restringir a acumulação de cargos e empregos na área pública, ou seja, internamente à Administração Pública Federal, conforme definido no inciso XVI do seu art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

[...]

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.

4.18. No que diz respeito às restrições observadas no estatuto dos servidores públicos civis da União, incumbe apontar que o inciso XVIII, do artigo 117, veda ao servidor o desempenho de quaisquer atividades incompatíveis com o exercício do cargo e com o horário de trabalho, incluindo-se, dentre elas, o exercício de emprego privado, remunerado ou não, que possa afetar o interesse e o bem jurídico nele tutelado, em especial o fiel desempenho das atribuições legais do cargo ou emprego

que ocupa e, como instância última, a adequação ao interesse público.

art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

4.19. Nesse sentido, importante colacionar trecho do Manual de Processo Administrativo da Disciplinar da CGU, no qual são abordados os aspectos acima relatados, especialmente em referência ao mencionado inciso VIII, do art. 117, da Lei nº 8.112/90 – o qual, esclareça-se, não se insere dentre as hipóteses de penalidade de demissão constantes no art. 132 do estatuto, especialmente por não figurarem dentre os casos de transgressão especificados nos incisos IX ao XVI do art. 117, constantes no inciso XIII do referido artigo (pgs. 254/255):

O dispositivo proíbe o exercício do cargo com a prática de atividades privadas que possam de forma concreta ou potencial causar conflitos de interesses, comprometendo a imparcialidade do servidor, ou, ainda, que sejam incompatíveis com o horário de trabalho.

Forçoso observar que a presente proibição não se confunde com a vedação de acumulação de cargos públicos (art. 132, XII), uma vez que o dispositivo em tela visa ao conflito entre cargo público e atividade privada; ressaltando-se a limitação do entendimento aqui esposado às disposições contidas na Lei nº 8.112/90.

Importante delimitar os limites do conflito, haja vista o fato de que o acúmulo ilegal de cargos, empregos ou funções públicas requer procedimento sumário, com restrita instrução processual; diferentemente do rito ordinário, requerido no caso da hipótese de incompatibilidade descrita nesse inciso.

Dito isto, em regra, os atos da vida privada do servidor não se desdobram em responsabilidade disciplinar na seara administrativa, desde que não tenham qualquer vinculação com o cargo público por ele exercido. **Todavia, a prática de atos privados fora do ambiente da repartição pública pode ser responsabilizada administrativamente sob a égide deste dispositivo.**

Ora, a parte final do artigo 148207 informa a necessidade de apuração de responsabilidade de servidor por infração que tenha relação com as atribuições do cargo, isto é, admite a submissão de atos privados ao poder punitivo do Estado quando estes forem praticados em detrimento da função pública.

De outro lado, a comissão deve analisar a gravidade do ato praticado, cotejando os eventuais prejuízos causados e/ou possíveis benefícios recebidos em detrimento da função pública (financeiros ou não), a fim de analisar a real ofensividade do ato infracional. Tal medida se impõe por força da proporcionalidade exigida na mensuração da reprimenda disciplinar, porquanto um único ato em conflito com o interesse público pode acarretar consequências de grande monta, tal como a prática reiterada de atos incompatíveis.

Da mesma forma, a sanção máxima prevista para este delito (suspensão de noventa dias) não é compatível na hipótese da prática singular de ato incompatível, de baixa lesividade ao interesse público. Para esses casos, a Lei nº 8.112/90 arrola enquadramentos mais adequados e proporcionais, tais como: art. 117, I (ausência injustificada); art. 116, III (descumprimento de norma legal), entre outros.

A interpretação literal do inciso em questão demonstra a subsunção de duas condutas distintas à hipótese legal, quais sejam:

a) a proibição de exercício de atividade privada incompatível com as atribuições inerentes ao cargo ou função, que visa proteger a imparcialidade do servidor; e

b) a vedação de exercício de atividade privada incompatível com o horário de trabalho, que tutela a dedicação do servidor ao serviço público.

(grifou-se)

4.20. Em adição, as inferências de Marcos Salles acerca do tema (pg. 1.345):

[...] o inciso visa a **vedar a prática de qualquer atividade privada que**

ponha ou possa pôr em risco a dedicação à jornada de trabalho, tutelando o comprometimento do servidor com sua carga horária. Além disto, de forma mais proeminente, porém requeredora de uma leitura mais cautelosa e aprofundada - a que aqui não se tem pretensão de atingir apenas com as sintéticas palavras que se seguem -, o inciso também visa a vedar a prática de qualquer atividade privada que configure ou possa configurar incompatibilidade material com a natureza do cargo, nos sentidos de que seja ou possa ser favorecida ou beneficiada, no momento de sua execução, em razão de seu executante possuir a qualidade especial de ser servidor; ou que esta execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar, em qualquer momento, o imparcial e impessoal desempenho das atividades do cargo ou prejudique ou possa prejudicar o interesse público

É de se perceber que, nem na tutela da preservação da jornada de trabalho e nem mesmo na tutela da incompatibilidade das naturezas pública e privada das atividades concomitantes, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, se volta para a existência ou não de remuneração de ordem financeira ou de qualquer outra forma de contraprestação, seja de que natureza for, porventura obtida pelo agente público na empreitada pessoal. Embora se saiba que, em regra, a natureza do termo "atividade" que causa maior preocupação ao legislador e faz merecer mais forte tutela legal relaciona-se mais especificamente com atividades remuneradas ou retribuídas com alguma espécie de contraprestação, nada impede que se estenda sua aplicação também para práticas que, ainda que sem nenhum tipo de retribuição financeira ou de qualquer espécie, se mostrem de alguma forma incompatíveis com o interesse público. Afinal, não se pode desprezar a possibilidade de o servidor praticar gratuitamente determinada atividade em favor de terceiro com a intenção de auferir vantagem futura ou de compensar vantagem já obtida em outro tipo qualquer de contato, negociação ou relação. E, nos casos em que há contraprestação financeira ou outra qualquer, a ação verbal do presente enquadramento é o exercício de atividade incompatível e não o eventual recebimento de alguma forma de retribuição maculada por qualquer outra conduta ilícita (que merece tutela em outro enquadramento mais específico).

[...]

O dispositivo legal [inciso XVIII, art. 117] testabelece uma questão de comprometimento, de responsabilização, de atribuição de supremacia do interesse público em comparação a qualquer atividade ainda que não materialmente incompatível mas que sua prática exponha ao descaso a prioridade que deve ser dada à função pública.

(grifou-se)

4.21. Destarte, como regra geral, a admissão da coexistência de atuação na área pública e privada deve estar condicionada a não prejudicialidade da atividade privada do servidor ao interesse público, especialmente em relação à comprovação da compatibilidade de horários e duração do trabalho, à inexistência de conflito de interesses, bem como ao respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição (como exemplos de incompatibilidade podem ser citadas a admissão de um servidor de uma agência reguladora como empregado de uma empresa regulada - por incompatibilidade pela natureza da atividade - ou de um servidor com jornada de trabalho de 40 horas semanais em cargo público e que também passe a cumprir uma jornada de trabalho de 40 hora semanais em empresa privada de forma concomitante - por suposta incompatibilidade temporal).

4.22. Na verdade, são situações que repercutem direta ou indiretamente na qualidade e na quantidade do serviço público prestado, podendo afetar, inclusive, aspectos relacionados à isenção e à impessoalidade, com consequências sobre desempenho do agente público e, em última instância, sobre o interesse público.

4.23. Normalmente, dentro dos parâmetros expostos, durante a licença para tratamento de saúde do servidor este continua recebendo a sua remuneração de modo integral, não podendo, por incompatibilidade, exercer outra atividade remunerada. Nestes casos, por lógica, deve-se suspender a licença e proceder à

devida apuração de responsabilidade pelo ato cometido. O fundamento desta forma de proceder tem por base o fato de que os servidores públicos devem atuar com imparcialidade, moralidade e eficiência na gestão da coisa pública e no atendimento ao interesse público, primando, especialmente, pela regularidade e continuidade da prestação do serviço público funcional.

4.24. Embora no plano estadual, Messias José Lourenço, em estudo analítico sobre o exercício de atividade remunerada durante o gozo de licença médica no estatuto dos funcionários públicos civis do estado de São Paulo, traz uma clara contextualização desta situação de conflito a qual interessa a transcrição:

É consabido que o serviço público, dada sua natureza e particular relevância, não pode sofrer interrupções, devendo se manter regular e constante, razão pela qual acentuava Marcello Caetano que o primeiro dever do funcionário no exercício do cargo consiste na permanência e assiduidade no serviço.^[1]

Nesse contexto, no qual a presença do servidor público em seu local de trabalho está ligada intimamente ao indene desenvolvimento de suas atividades, a concessão de licenças enseja detida reflexão.

A propósito, de acordo com o magistério de Odete Medauar, as licenças, também denominadas afastamentos, são períodos em que o servidor deixa de exercer atribuições de seu cargo, função ou emprego, por razões apontadas na lei. ^[2]

Ressalta a mencionada autora que algumas licenças configuram direitos do servidor, ^[3] enquanto outras a concessão dependerá de apreciação de mérito pela autoridade administrativa. ^[4]

Especificamente dentre aquelas que ensejam a análise de mérito encontra-se a licença-saúde, prevista no Estatuto Paulista, em seu artigo 191 e seguintes e que dependerá, em regra, de prévia inspeção médica oficial.

Depreende-se, portanto, que a concessão de licenças, a despeito do respaldo legal, caracterizará sempre uma situação excepcional que autorizará o servidor público a se afastar de suas atividades, consoante o escólio de Edmir Netto de Araújo; *in verbis*:

[...] As licenças funcionais, agasalhadas de maneira similar (mas não idêntica) pelos estatutos, têm nítido caráter de exceção, além de serem 'intuitu personae', geralmente concedidas mediante requerimento do servidor, a qualquer tempo em que se verifiquem os pressupostos legais [...]

Nesse terreno de exceção, a licença-saúde, segundo o escólio do aludido autor será concedida:

[...] sem prejuízo da remuneração, ao servidor impossibilitado por motivo de saúde a exercer normalmente seu cargo, concedida a pedido ou 'ex officio', submetendo-se a inspeção oficial ... e ao tratamento previsto por essa inspeção [...]

Evidencia-se, destarte, que a concessão da aludida licença médica estará condicionada a uma prévia análise de mérito, na qual o órgão oficial concluirá ou não, se o motivo de saúde alegado se mostra suficiente para justificar o afastamento.

Os objetivos da excepcional concessão seriam: (i) o repouso e reconstituição da saúde e (ii) a realização do tratamento indicado.^[6]

Por consequência, a princípio, o descumprimento desses objetivos, máxime no tocante ao exercício de outra atividade remunerada implicaria numa deslealdade para com a Administração.

4.25. Portanto, não deve se admitir que um servidor que esteja afastado por licença da Administração, justamente para tratamento do seu estado de saúde, uma vez que impossibilitado de executar fielmente as suas atividades e atribuições, venha a trabalhar na iniciativa privada. Qualquer permissão nesse sentido vai de encontro com a moralidade administrativa e com a devida lealdade à Administração, com a mácula ainda de outros princípios administrativos, bem como, muitas das vezes, de

outras normas especiais internas de regência do servidor. Note-se que, além ludibriar a Administração quanto ao seu real estado de saúde, passando a perceber remuneração do Estado e da iniciativa privada simultaneamente, sua ação traz como consequência uma redução na força de trabalho no seu órgão de lotação, prejudicando, assim, a prestação e a efetividade do serviço público.

4.26. Vale frisar ainda que, mesmo que o servidor esteja de férias, licença ou sob outras formas de afastamentos, a sua função pública cria um vínculo inafastável de comprometimento com a moralidade, a impor deveres cujo descumprimento afeta diretamente este bem tutelado pelo Estado-Administração, devendo, nesse sentido, quando inobservados, serem objeto de apuração de responsabilidade.

4.27. Cuida advertir que, apesar da inexistência de um artigo específico, a tratar da necessidade de apuração de responsabilidade para tratamento do caso anteriormente citado, o arcabouço jurídico administrativo normativo existente apresenta soluções tanto em relação à necessidade de responsabilização disciplinar, como também para a legitimação de sua base jurídica para a aplicação de penalidades.

4.28. Nestas situações, em vista da possibilidade de aplicação do inciso XVIII do art. 117, da lei de improbidade, como de outras normas e normativos especiais aplicáveis à entidades e órgãos públicos, resta claro que, conforme o caso apresentado, tais meios de adequação à legalidade estrita e ao próprio princípio da legalidade, que norteiam o administrador, são instrumentos legais aptos a exigir uma correspondente resposta estatal, especialmente sob o aspecto disciplinar.

4.29. No caso exposto pelo IPEA existe uma evidente situação de conflito de incompatibilidade, haja vista que um servidor afastado do seu serviço para tratar de sua saúde, sem perda de sua remuneração, vinculou-se em relação de emprego privado, sem qualquer comunicação ao seu órgão de lotação ou a órgão de controle federal.

4.30. Veja-se que, a situação concreta relatada pelo IPEA não traz maiores detalhes, especialmente quanto à natureza das funções exercidas no órgão e na entidade privada, o que poderia acarretar em um possível conflito de interesses na forma da Lei nº 12.813/2013, a partir da caracterização de que a atividade exercida privativamente possa ter natureza e interesses correlatos àquela relacionada às suas atividades públicas. Como referência, vale a transcrição dos artigos 1º a 5º da mencionada norma:

Art. 1º As situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, os requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses regulam-se pelo disposto nesta Lei.

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

I - de ministro de Estado;

II - de natureza especial ou equivalentes;

III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e

IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.

Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.

Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e

II - informação privilegiada: a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público.

Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.

§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei.

§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

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

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

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

IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

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

VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.

4.31. Ainda em relação ao tema anterior, cumpre consignar que atualmente os órgãos e empresas públicas podem ter acesso ao Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses – SeCI-, desenvolvido pela CGU, que permite ao servidor ou empregado público federal fazer consultas e pedir autorização para exercer atividade privada, bem como acompanhar as solicitações em andamento e interpor recursos contra as decisões emitidas. A competência de solução para tais questionamentos é atribuída à respectiva Comissão de Ética Pública Seccional e, especialmente, à Controladoria-Geral da União (CGU), por força da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, de forma que tais unidades, quando provocadas, esclareçam as dúvidas quanto à compatibilidade ou não de determinada atividade em concreto com o cargo do consulente. Como exemplo, vale citar a apresentação de tal via de consulta a qual consta no próprio site do IPEA, órgão este que deu origem à presente análise, conforme se vê ([ipea conflito de interesses](#)):

Conflito de Interesse é a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública.

Nesse contexto, em 1º de julho de 2013, entrou em vigor no Brasil a [Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013](#), conhecida como Lei de Conflito de Interesses. Ela define as situações que configuram esse tipo de conflito durante e após o exercício de cargo ou emprego no Poder Executivo Federal.

Com o objetivo de definir os procedimentos para o envio de dúvidas pelos agentes públicos que estão sob sua esfera de atuação, a CGU, em conjunto com o Ministério Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a [Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013](#), regulamentou dois importantes instrumentos de prevenção: a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada.

Para agilizar a comunicação entre o agente público e o Governo Federal no âmbito da nova lei, a Controladoria-Geral da União (CGU) desenvolveu o [SeCI - Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses](#). O sistema permite ao servidor ou empregado público federal fazer consultas e pedir autorização para exercer atividade privada, bem como acompanhar as solicitações em andamento e interpor recursos contra as decisões emitidas, tudo de forma simples e rápida.

4.32. Seguindo o exame, cabe trazer à análise um bom exemplo de caso ocorrido dentro de circunstâncias semelhantes às relatadas pelo IPEA – embora na esfera estadual –, tratando-se da Operação Licença Médica ([notícia operação licença médica](#)), desenvolvida pela Corregedoria Geral do Estado da Bahia (CGR/Saeb) no ano de 2016. Nela vários dos servidores investigados, afastados para tratamento de saúde, trabalhavam em empresas privadas. Vale salientar, contudo, que, de forma diversa da Lei nº 8.112/90, o Estatuto do Servidor Público do Estado da Bahia (Lei Estadual 6.677/1994) especifica expressamente a necessidade de apuração disciplinar, nos termos do seu art. 153: *“A licença para tratamento de saúde será concedida sem prejuízo da remuneração, sendo vedado ao servidor o exercício de qualquer atividade remunerada, sob pena de cassação da licença, sem prejuízo da apuração da sua responsabilidade funcional”*. Conforme informação constante no link de matéria jornalística da época acima: *“Os servidores flagrados na operação vão responder a Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e a Processo de Ressarcimento ao erário, no âmbito das corregedorias do Estado. Após a conclusão dos processos, observando o princípio do contraditório e da ampla defesa, os servidores considerados culpados podem ser demitidos do serviço público e terão que reembolsar o Estado pelos valores recebidos irregularmente no período em que estavam de licença médica. No caso de servidores que já se aposentaram, ficando comprovado que obtiveram licença médica de forma irregular, poderão ter o benefício cassado”*.

4.33. Outrossim, vale citar como exemplo na esfera federal, o caso de algumas Institutos e Universidades Federais que nas suas regulações internas apresentam expressamente que o servidor afastado para tratamento de saúde não pode exercer atividade remunerada, sob pena de responsabilização disciplinar e suspensão da licença, conforme se vê:

- Universidade Federal de Santa Maria – UFMS – “4. Durante a licença para tratamento da saúde, o servidor receberá a remuneração integral, não podendo exercer outra atividade remunerada. Se o fizer, será suspensa a licença e apurada sua responsabilidade funcional”.

- Instituto federal do Paraná – IFPR – “Durante a licença para tratamento da saúde, o servidor recebe a remuneração integral, não podendo exercer outra atividade remunerada. Se o fizer, suspende-

se a licença e apura-se a sua responsabilidade funcional”.

- Universidade Federal do Espírito Santo – UFES –“10. Durante a licença o servidor recebe remuneração integral, não podendo exercer outra atividade remunerada”.

4.34. De se ver ainda, por interessar ao exame, o exemplo de impedimento do exercício de atividade remunerada, durante o período de afastamento para tratamento de saúde, encontrado no artigo 169 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais (Lei nº 869 de 05/07/1952):

Art. 169 - O funcionário licenciado para tratamento de saúde não poderá dedicar-se a qualquer atividade remunerada

4.35. Destarte, o servidor ou empregado público afastado para tratamento de saúde, pelo fato de receber sua remuneração sem a contrapartida do seu trabalho, tem o dever moral e ético de comunicar à Administração quaisquer novas condições que influenciem diretamente, ou mesmo indiretamente, nesta permissão exclusiva concedida para o seu restabelecimento e retorno ao serviço e função; no caso de ser impossível o retorno, resta à Administração conceder a sua aposentadoria por invalidez (veja-se que as atividades privadas remuneradas, e, com maior razão, o vínculo contratual empregatício privado, são condições, que, pela maior probabilidade de caracterização de possível prejuízo ou incompatibilidade com a atividade pública, denotam uma necessidade mais intensa de conhecimento destes fatos pela Administração).

4.36. Uma vez expostas as considerações anteriores, dentro de uma perspectiva mais abrangente, no que diz respeito às proibições e penalidades passíveis de aplicação relacionadas às situações de exercício de atividade privada em concomitância com a atividade pública, pode-se aduzir que:

I - Em relação ao Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, esclareça-se que a proibição de quaisquer atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho, constante no inciso VIII da Lei nº 8.112/90 do art. 117, não se insere dentre as hipóteses de aplicação da penalidade de demissão fixadas no art. 132 do estatuto, ficando de fora dos incisos I a XIII deste dispositivo, mais especialmente, no que tange aos casos de transgressão especificados no último inciso do artigo, XIII, o qual expõe que a penalidade de demissão será aplicada somente em relação aos casos que incidam nos incisos IX ao XVI do art. 117. Assim, no campo da lei nº 8.112/90, resta como consequência do descumprimento da proibição em tela, e por exclusão, de um lado, a aplicação da penalidade de advertência, conforme o artigo 129 do estatuto (por *“violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”*) e de outro a suspensão (na forma do artigo 130, por violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão –incisos XVII e VIII do art. 117 e demais infrações de menor gravidade):

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de **inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma**

interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

II - Em relação à possível prática de ato de improbidade – que também pode levar a demissão, conforme inciso IV, do art. 132 da Lei nº 8.112/90 –, retirada a simples caracterização de violação a um princípio constitucional para sua adequação ao caput do art. 11 da lei nº 8.429/92 (diga-se, de rol não taxativo), vale explicitar que as atividades privadas, quando incompatíveis com a atividade pública, podem violar os princípios da administração pública pela afetação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, trazendo, com isso, a incidência do referido artigo.

Note-se, contudo, que, para a aplicação do *caput* do artigo 11, de grande abertura e abstração, e sustentar a caracterização da conduta ilícita em questão como um ato de improbidade, necessário se faz demonstrar e comprovar objetivamente que o ato objeto de apuração emergiu de ação dolosa e grave, no sentido de que o agente tinha consciência de sua ilicitude, ou mesmo, em casos mais extremos, consciência do uso de meios para simular uma ação lícita, com o fito de ludibriar a Administração e manter a situação proibida.

Além disso, há de se ressaltar que, de um modo geral, apesar de não exigido o prejuízo ao Erário para a tipificação no art. 11 da LIA, a própria comprovação de existência de incompatibilidade entre a atividade pública e a privada remunerada traz consigo, de uma forma geral, esta consequência. Tenha-se como exemplo a situação relatada pelo IPEA, quando, por motivos afastamento de saúde, há continuidade do pagamento da remuneração do servidor sem a devida contrapartida do serviço prestado, ao mesmo tempo em que se comprova que, apesar do seu estado e da sua condição de licença para tratamento, o agente vem a atuar como empregado junto à iniciativa privada no período de convalescença.

De todo modo, conforme comentado em linhas anteriores, nestas situações, além da possibilidade de prejuízo ao Erário, a ilegalidade (também considerada como ato imoral) somente adquire a condição de improbidade quando, de acordo com as circunstâncias objetivas do caso concreto: atente contra os princípios da Administração Pública; seja evidenciado elemento subjetivo do dolo *lato sensu* ou genérico; seja altamente reprovável; e se constate que a conduta que enseja a caracterização do ato ímprobo tenha o ânimo de favorecer ao próprio servidor ou empregado em detrimento do interesse público. Tais aferições devem observância ao fato de que o agente público, seja qual for a função ou cargo que ocupa, tem que atuar na medida das competências e **limitações** estabelecidas em lei.

Segundo a jurisprudência de nossa Corte Superior, esta aplicação deve ocorrer sob o entendimento de que, na verdade, a improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, de forma que sempre deve haver a comprovação da sua intenção de fraudar a Administração, permitindo, assim, a sua tipificação como ato de improbidade, a partir da comprovação do dolo ou ao menos da culpa grave (STJ - *“indispensável para a caracterização da improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11º da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10-AIA n. 30 AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011*).

LIA

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:

Lei nº 8.112/90

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

Observa-se que as questões tratadas representam maior gravidade e estão distanciadas do simples descumprimento de um dever legal, conforme, por exemplo, os deveres estabelecidos nos incisos II e II do art 116 da lei nº 8.112/90:

Art. 116. São deveres do servidor:

[...]

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares

III - Em relação à possível ato que represente conflito de interesses, pode-se aduzir que existe a possibilidade de subsunção de uma conduta por oposição de interesses públicos e privados aos dispositivos da Lei nº 12.813/2013, mais especificamente em relação àqueles estabelecidos no seu art. 5.

IV - Em relação à demissão por motivo do inciso I, do artigo 132 da Lei 8.112/90, temos ainda que o exercício ilegal de atividades incompatíveis ou em conflito com a atividade pública pode estar alicerçado na prática de crimes contra a administração, como por exemplo no uso de documento falso e na falsidade ideológica para acobertar o ilícito (respectivamente, arts. 297 e 299, do Código Penal), que também pode ensejar um ato demissional.

4.37. De se lembrar que o ressarcimento de quantias pagas pela Administração em situação de ilegalidade, por incompatibilidade ou conflito de atividades pública e privadas, deve ser exigido e providenciado pelo Estado em desfavor do agente, uma vez que ocorre uma disfunção no serviço público, ao Erário, e, de maneira geral

ao interesse público.

4.38. Por certo o exercício de atividade remunerada no interregno de fruição de licença médica, embora evidentemente seja incongruente com o plano da legalidade, pode, de acordo com os limites legais e com as próprias circunstâncias do fato ocorrido, não implicar em adequações típicas e punições de maior gravidade, tendo-se em vista o respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, dentro de uma concepção de reconhecimento da irregularidade que pode ser exigido de um "servidor médio". Existem casos em que, a vista de outra atividade exercida em relação à função do cargo ou emprego de origem pública e das consequências do seu exercício, haja uma relativização da incompatibilidade, não se exigindo uma reprimenda mais rigorosa por parte da Administração. Na verdade, a caracterização da má-fé que vincula a ação estatal de aplicação de uma reprimenda de maior rigor, inclusive com a sua consideração como ato de improbidade quando os fatos revelem uma ação de gravidade elevada e cara à moralidade e à lealdade administrativa.

4.39. Dessa forma, a partir da avaliação das circunstâncias do caso concreto, persiste a idéia de que a adequação da conduta imputada a um tipo administrativo deve estar sincronizada com critérios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade em relação ao fato dela decorrente, podendo, assim, resultar em uma simples sindicância – em casos de descumprimento de dever, ou até mesmo de faltas graves, a depender das circunstâncias – ou de PAD – onde se identificar que moralidade e a lealdade administrativa foram inegável e fortemente abaladas.

4.40. Resta esclarecer que, nada impede que, diante das circunstâncias materiais de incompatibilidade, e da verificação de um grau mínimo de deslealdade ou afetação da moralidade administrativa, um caso de incompatibilidade seja compreendido como infração disciplinar de menor potencial ofensivo, permitindo ao servidor ou empregado público firmar o compromisso de um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC -- na forma do §1º do art. 1º e §2º do art. 6º da IN CRG/CGU nº 17/2019.

4.41. Embora a presente análise seja exposta em tese, convém observar que no caso específico de comprovação de atividade privada, entende-se que a responsabilidade pela comprovação das solicitações de informações relacionadas ao vínculo empregatício recaem sobre o servidor ou empregado público que, desde de o ato de sua posse tem o dever de prestar informações sobre questões que possam interferir na regularidade das funções públicas para as quais foi investido, especialmente após a disponibilização do Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses – SeCI. Assim, com a notificação do servidor para a prestação de informações, caso não sejam apresentadas no prazo oportunizado, deve-se dar prosseguimento à investigação ou apuração (garantida a ampla-defesa e o contraditório quando a natureza do processo o exija), levando em consideração as informações colhidas pela Administração (em relação ao vínculo privado, geralmente por meio do sistema Relação Anual de Informações Sociais - RAIS). A insuficiência na prestação de informações deve ser comunicada ao servidor, com a identificação das informações necessárias, devendo ser concedido novo prazo para a apresentação de resposta.

4.42. Por derradeiro, e como informação final, cumpre sinalizar que a inassiduidade habitual (art. 132 III, da lei nº8.112/90), a revelar o não cumprimento de jornada de trabalho, serve como primeiro indicador de possíveis incompatibilidades de atividades públicas concomitantes às privadas, o mesmo não se podendo dizer quanto às questões relacionadas à incompatibilidade ligadas à natureza da atividade ou ao sigilo de informações, em razão da diferença dos fatores em conflito.

5. CONCLUSÃO

5.1. Diante de todo o exposto, submete-se a presente Nota à aprovação da Sra. Coordenadora-Geral de Uniformização de Entendimentos (CGUNE), com proposta de encaminhamento de resposta à unidade consulente, bem como, caso entenda oportuno, de disponibilização da presente nota na base de conhecimento da CRG/CGU para orientação às unidades seccionais em matéria correlata.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANO REGIS COSTA PIRES, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 23/11/2020, às 15:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1729420 e o código CRC DA2217A7



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CGUNE

1. Estou de acordo com a Nota Técnica nº 3209/2020/CGUNE/CRG, que trata de análise, sob a ótica correccional, acerca do exercício de atividade privada por servidor público afastado de suas atividades laborais em razão de licença para tratamento de saúde.
2. Assim, encaminho a referida Nota Técnica à apreciação do Senhor Corregedor-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por **CARLA RODRIGUES COTTA, Coordenador-Geral de Uniformização de Entendimentos**, em 27/11/2020, às 09:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1737554 e o código CRC 07B10A07



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

Aprovo a Nota Técnica nº 3209/2020/CGUNE/CRG, conforme Despacho CGUNE 1737554.

À COPIS para dar ciência do entendimento desta CRG ao IPEA.



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO WALLER JUNIOR, Corregedor-Geral da União**, em 03/12/2020, às 14:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1737809 e o código CRC 5CEF5407