

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Secretaria de Fiscalização de Pessoal
Divisão de Acompanhamento

Servidor: HERCILIA JUSTINO DOS SANTOS
CPF: 084.739.781-53 - **Matrícula:** 119772X
Tipo de Ato: APOSENTADORIA - **Processo:** 270000721/2011
Cargo: Auxiliar de Saúde - Classe Única - Padrão XX
Número do Ato: 000306-8
Órgão de Origem: Sec. de Estado de Saúde (SES)

Senhor Diretor,

Cuida-se do exame de legalidade de ato de aposentadoria da servidora em epígrafe, publicado no DODF de 01.09.2011, sendo que, na fase atual, analisa-se o mérito de razões de defesa.

2. Na apreciação inicial da concessão, verificou-se que a interessada encontrava-se também aposentada, desde 22.09.1997, no cargo de Técnico de Laboratório, do Quadro de Pessoal do Hospital das Forças Armadas (HFA), autarquia vinculada ao Ministério da Defesa (MD).

3. Em razão de diligência acerca da acumulação de cargos/proventos observada, veio a conhecimento parecer do Núcleo de Análise de Acumulação de Cargos e Quintos da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (NUAACQ-SES/DF), datado de 21.10.2015, em que, embora reconhecendo não encontrar a hipótese amparo na vigente Constituição Federal, por não se tratar de profissão regulamentada por lei o “cargo” de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD/Patologia Clínica (do atual cargo de Auxiliar de Saúde), ocupado na SES/DF, manifestou-se pela “REGULARIDADE” do acúmulo, ao argumento de se ter operado o instituto jurídico da decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99 para eventual anulação ou persecução de atos administrativos não questionados após 5 (cinco) anos de sua ocorrência.

4. Nesse quadro, ao passo de afastar, em sede preliminar, a incidência do referido instituto no caso, esta e. Corte determinara à jurisdicionada que notificasse a ex-servidora “**para apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da notificação, as devidas razões de justificativa, em atenção aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório ou efetuar a opção pelo recebimento dos proventos de um dos cargos públicos, ante a possibilidade de a acumulação de proventos ser considerada ilegal (...)**” (grifos nossos), a teor da Decisão nº 5.156/2016 (e-DOC FCE9B475-e), reiterada pela Decisão nº 2.141/2017 (e-DOC D99E8190-e), ambas proferidas no bojo do Processo nº 15150/2016-e.

5. Representada legalmente, a servidora inativa apresentou tempestivas razões

de justificativa (e-DOC 838C6C24-c), postulando, em apertada síntese: *(i)* preliminarmente, o reconhecimento da consumação da decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei federal nº 9.784/99 no tocante à prerrogativa de a Administração Pública declarar irregular a hipótese de acumulação em que incorre, ainda que supostamente eivada de vício; e *(ii)* no mérito, o afastamento da determinação para efetuar opção por um dos proventos percebidos, sob o argumento de que estaria o acúmulo em questão albergado tanto pelo art. 17, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que assegurou o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estivessem sendo exercidos na administração pública direta ou indireta à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, quanto pelo art. 37, inciso XVI, alínea “c”, desta Carta (c/ redação pós EC nº 34/01).

6. Mercê da peça de nº 20 acostada ao citado Processo nº 15150/2016-e (e-DOC ACAD7D88-e), este órgão instrutivo incumbiu-se da análise de mérito dos sobreditos argumentos defensivos, tendo, de plano, afastado (uma vez mais) a preliminar de decadência suscitada, por insubsistente nesta seara de controle, e, ao final, no mérito, concluído por sua improcedência.

7. O cerne da questão posta a desate residiria em saber se o “cargo” distrital ocupado pela defendente, de **Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – Patologia Clínica**, enquadrar-se-ia (ou não) como privativo de profissional de saúde, de sorte a se admitir como lícita sua cumulação com outro de mesma natureza (no caso, o de Técnico de Laboratório[1], exercido junto ao HFA/MD), consoante o disposto na Constituição Federal de 1988.

8. Assim sendo, compreendeu-se que a solução da controvérsia deveria, necessariamente, perpassar pela análise objetiva da subsunção dos cargos acumulados pela defendente ao conceito estrito da expressão “**privativo de profissionais de saúde**” insculpida tanto no art. 17, §2º, do ADCT, como no art. 37, XVI, “c”, da Carta Magna, após redação conferida pela EC nº 34/01.

9. Nesse passo, cabendo ao intérprete, antes de mais nada, tentar determinar o real alcance daquela expressão - insuscetível de ser ampliada aleatoriamente, uma vez que as hipóteses de acumulação são restritivas, não comportando, como exceções, interpretação extensiva e a utilização de instrumentos destinados a tangenciar o regramento geral -, asseverou-se que o conceito de **profissional de saúde** seria diferente do conceito de **profissional da área da saúde**.

10. “Profissionais da área da saúde” seriam todos aqueles que trabalhassem onde o serviço de saúde é prestado, o que incluiria os servidores da área administrativa, bem como aqueles no exercício de funções auxiliares ou de suporte, **a exemplo dos ocupantes da especialidade AOSD, aqui em comento**. Já “profissional de saúde” seria um conceito mais estrito, referindo-se, tão somente, àqueles que titularizam

cargos/empregos cujas atribuições são prestar atividade de saúde propriamente dita, exigindo, para tanto, qualificações e conhecimentos específicos[2].

11. Sublinhou-se ser necessária tal distinção, pois o que a norma do artigo 37, XVI, “c”, da Constituição Federal (sob a redação da EC nº 34/01) visaria afastar seria, precisamente, a ocupação laboral inespecífica, mantendo na excepcional permissão de exercício cumulativo de cargos públicos a profissão regulamentada da área da saúde.

12. Nesse contexto, para que se configure a exceção constitucional prevista, acentuou-se que não basta que o cargo/emprego acumulado seja exercido na área de saúde, pura e simplesmente, mas, sim, que se trate de profissão regulamentada como atividade privativa de quem tenha habilitação específica para seu exercício naquela área de atuação profissional e que seja assim reconhecida por ato de autoridade competente.

13. Posta a questão desse modo, incursionou-se na análise do arcabouço jurídico afeto ao indigitado “cargo” distrital de AOSD/Patologia Clínica[3], tendo-se verificado, por importante, que, como requisito de investidura e exercício, não se exigia (e ainda não se exige) qualquer tipo de qualificação/formação profissional específica na área de saúde, sendo necessário apenas o certificado de conclusão do ensino fundamental. Ou seja, conquanto o agente investido nesse cargo cumpra suas atribuições no âmbito de unidades de saúde pública local, prescindiria na execução das atividades operacionais próprias de aplicar conhecimentos/habilidades técnico-científicos exclusivos daquela área profissional.

14. Logo, como também não se trata de atividade profissional regulamentada, o referido “cargo” não guarda condições de ser concebido como espécie do gênero “profissional de saúde”, na estrita acepção da norma constitucional que excepciona a acumulação de cargos públicos privativos de profissionais de saúde.

15. Para corroborar tal conclusão, ressaltou-se na oportunidade farta e sedimentada jurisprudência[4] do e. TJDF no sentido de classificar o ofício de AOSD/Patologia Clínica como **não privativo de profissional de saúde**, exatamente pela desnecessidade de conhecimentos específicos próprios de cargos técnicos.

16. Por conseguinte, restando configurado, pela ótica deste órgão instrutivo, acúmulo de cargos em desacordo com o ordenamento constitucional vigente, seja em face da leitura que deflui da norma transitória do art. 17, §2º, do ADCT, seja, com maior ênfase, em ponderação à disciplina do art. 37, inc. XVI, alínea “c”, da CF/88, c/ a redação dada pela EC 34/01, finalizou-se a instrução no sentido de submeter ao crivo do e. Plenário as seguintes sugestões, devidamente endossadas pelas autoridades competentes da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefipe):

“Ante o exposto, sugere-se ao e. Plenário:

I – ter por cumprida a Decisão nº 5.156/2016, reiterada pela de nº 2.141/2017;

II – tomar conhecimento das razões de justificativa apresentadas pela servidora aposentada Hercília Justino dos Santos, por meio de seu representante legal, para, no mérito, considerá-las improcedentes;

*III – considerar ilícita a acumulação de proventos em que incorre a nominada servidora, uma vez que a especialidade de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD/Patologia Clínica (atualmente, do cargo Auxiliar de Saúde), por ela ocupada na Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, em acúmulo com o cargo de Técnico de Laboratório, do Quadro de Pessoal do Hospital das Forças Armadas, **não é privativa de profissional de saúde**, haja vista que, como requisito de ingresso e exercício, prescinde de formação técnica, certificado de especialização ou conhecimento exclusivo da área de saúde, e, portanto, não se insere na previsão constitucional que admite a acumulação de cargos dessa natureza (art. 17, §2º, do ADCT e art. 37, XVI, “c”, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 34/2001); e*

IV – autorizar a devolução do ato eletrônico em apreço à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, assinando-lhe prazo de 60 (sessenta) dias, para adoção das seguintes providências:

- 1) notificar a nominada servidora para que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da notificação, efetue opção entre a aposentadoria distrital aqui examinada ou aquela concedida pela União (HFA – Ministério da Defesa);*
- 2) caso a interessada não apresente, no prazo assinado, a opção mencionada no item anterior, suspender os pagamentos referentes à presente concessão; e*
- 3) juntar, na aba “Anexos e Observações” do SIRAC, documentação comprobatória do atendimento aos itens anteriores.”*

17. Posteriormente, oficiando no feito pelo d. Ministério Público de Contas[5], o ilustre Procurador Demóstenes Albuquerque opinou contrariamente à instrução, considerando parcialmente procedente a defesa da servidora inativa; lícita a acumulação de proventos em que incorre; e legal, para fins de registro, a concessão da aposentadoria aqui tratada.

18. O d. órgão ministerial julgou cabível ponderar a vertente hipótese de acumulação à luz dos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé, associados a critérios de justiça, em detrimento da legalidade estrita, sopesando questões históricas e nuances que a revestem, as atividades supostamente desempenhas pela interessada na área de saúde, a despeito da natureza básica do “cargo” então ocupado (AOSD), além do fato de que a situação de acúmulo em que incorria sujeitara-se a

procedimento administrativo próprio de avaliação efetivamente instaurado há mais de quinze anos (em 2002), restando avalizada pela Administração (considerada lícita), com respectiva publicidade oficial (em DODF) observada.

19. Ademais, diferentemente deste corpo instrutivo, o *Parquet* entende que se possa atribuir à vertente hipótese, por analogia, o tratamento conferido pela e. Corte nos precedentes invocados pelo patrono da interessada (Decisões nº 1.869/2017 e nº 3.313/2017, respectivamente, no bojo dos Processos nº 34916/2008 e nº 5498/2016), em que houve o acolhimento parcial das defesas então apresentadas para considerar lícitas, sob amparo das disposições do §2º do art. 17 do ADCT/CRFB, acumulações envolvendo cargos distritais privativos de profissionais de saúde com o de AOSD exercido na esfera federal[6], cujas atividades elementares/auxiliares originalmente desenvolvidas na área de atendimento básico de saúde conceberam-se análogas às desempenhadas por profissionais de saúde de nível médio lotados na mesma área especializada.

20. Encaminhado o feito ao ilustre relator, houve por bem Sua Excelência, antes de se manifestar quanto ao mérito das razões de justificativa em apreço, e para melhor aclarar a questão posta nos autos, determinar nova diligência, nos termos do Despacho Singular nº 349/2018-GC/PT[7], assim declinada:

“Pelo exposto, DETERMINO à SES/DF que, no prazo de 30 (trinta) dias, adote estas providências:

1) informar, de forma circunstanciada, quais eram as atividades então exercidas pela servidora no cargo de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD/Patologia Clínica, quando em atividade, juntando, se possível, a respectiva documentação comprobatória;

2) notificar a servidora para, querendo, apresentar ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da notificação, esclarecimentos acerca das atividades de fato exercidas por ela no cargo de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD/Patologia Clínica, sem prejuízo de trazer aos autos, se possível, as provas do alegado.”

21. Em resposta, consoante verificado no SIRAC, aba “Anexos e Observações” (referente ao ato eletrônico de aposentadoria da interessada, de nº 0306-8), a SES/DF informou o seguinte:

“Em atenção ao Despacho Singular nº349/2018 - GC/PT, adotamos as seguintes providências:

I - Solicitamos informações ao setor no qual a servidora era lotada para esclarecimentos quanto às atividades desempenhadas. O responsável pela chefia do Núcleo de Patologia do HBDF informou que não poderia prestar tais esclarecimentos uma vez que o exercício da servidora não coincidiu com a sua chefia atual. O Núcleo de Cessões Especiais

(responsável pelos servidores da SES agora cedidos ao Instituto do Hospital de Base) informa que não tem competência para relatar as atividades desempenhadas pela servidora aposentada, porquanto o dever de supervisionar os trabalhos rotineiramente repousa sobre a chefia imediata. Considerando as sugestões destes setores pela busca de informação através de pasta funcional, esta Gerência solicitou o seu desarquivamento, no entanto, não encontramos nenhum documento em sua pasta funcional que trate das atividades desempenhadas por ela.

II - Notificamos a servidora para, querendo, apresente ao Tribunal, esclarecimentos acerca das atividades de fato exercidas por ela.

Em anexo, processo do SEI que solicitou esclarecimentos às áreas técnicas, comprovante do telegrama e ainda, as atribuições do cargo que foram estabelecidas na Portaria Conjunta SGA/SES nº 08, de 18/07/2006, publicada no DODF nº 137, de 19/07/2006.”

22. A jurisdicionada também anexou àquela mesma aba do SIRAC excerto de publicação[8] veiculada no DODF de 19.07.2006, em que se destacam as atribuições, competências e requisitos de provimento correspondentes ao cargo Auxiliar de Saúde, especialidade AOSD/Patologia Clínica, o que, ao nosso sentir, não atende ao que fora diligenciado.

23. Por sua vez, o patrono da servidora aposentada voltou a se manifestar nos autos, nos termos do e-DOC A0CD4FC7-c (peça nº 36 acostada ao Processo nº 15150/2016-e), apresentando esclarecimentos acerca das atividades supostamente exercidas por ela no aludido “cargo”, em atenção ao item 2 do Despacho Singular nº 349/2018-GC/PT.

24. Nesse novo documento, após reforço de alguns pontos do já referido parecer ministerial e se discorrer sobre as condições, requisitos e regulamentação previstos quando do ingresso da servidora no “cargo” em questão (em 1982), assinala-se que a contratação inicial da servidora pela extinta Fundação Hospitalar do DF, sob o regime celetista, ocorreu na categoria funcional de AOSD, “**área paramédica**”, passando, logo depois, ainda naquela função, a ser na “**área de enfermagem, isto é, todas afetas à(sic) áreas privativas de profissional da saúde.**” (grifos originais) Registros do contrato de trabalho na CTPS da interessada, presentes na peça aditiva, atestam os fatos relatados (mas não a conclusão sublinhada).

25. Acrescenta-se que, atuando desde 1977 como Técnica de Laboratório do Quadro de Pessoal do HFA, “*resta evidente dispor ela das atribuições necessárias ao exercício do cargo/função de profissional da área de saúde.*”

26. Aduz-se que, no ano de ingresso na ex-FHDF, essa entidade “*conferiu Certificado à servidora na qualidade de A.O.S.D., **área de Laboratório no HRT**, o que*

demonstra que sua atuação se deu nessa área". Prova documental disso também se apresenta juntada à peça aditiva.

27. Especificamente sobre as atividades de fato desenvolvidas pela servidora, anota-se que, a partir do ingresso no "cargo", "**fora de coleta e realização de exames, entre eles, exames de sangue**", o que teria perdurado até janeiro/98, quando, por motivo de acidente em serviço, ficou afastada das atividades até 2001, passando desde então a desempenhá-las como readaptada "*... no setor de atendimento **do laboratório** ..., não, nitidamente, atreladas à função da área de saúde ...*". Argumenta-se que esse fato modificativo da condição funcional, alheio à vontade da servidora, não poderia retirar "*a natureza da função para o cargo que inicialmente foi contratada*".

28. Em conclusão sobre a questão diligenciada, assevera-se "**que de fato e de direito a servidora aposentada exercia funções precípuas de profissionais da área de saúde**, *tanto que a própria administração pública para qual a servidora trabalhava na época lhe concedeu certificado com habilitação para serviços correlatos à área de laboratório, que são serviços prestados (privativamente) por profissionais da área de saúde.*"

29. Por fim, reitera-se pedido para que "*sejam acolhidas as argumentações apresentadas pela defesa para considerar lícita, legal e constitucional a acumulação de cargos examinada nos autos, com fundamento no art. 17, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e no art. 37, inciso XVI, alínea "c", da Constituição Federal.*"

30. Da parte deste órgão instrutivo, a despeito do que vem de ser informado pela jurisdicionada e acrescido pela defendente em resposta à questão suscitada pelo nobre relator do feito, **reiteram-se as razões pelas quais não devem prosperar os argumentos de defesa ora sob exame**, afirmando-se, uma vez mais, que as hipóteses de acumulação espreiadas pelo texto constitucional, incluindo o ADCT, têm natureza restritiva, não comportando, pois, como exceções, interpretação extensiva e a utilização de instrumentos destinados a tangenciar o regramento geral.

31. No caso do acúmulo em questão, **do ponto de vista estritamente jurídico**, reputa-se incontroverso que as atribuições/competências da função pública distrital de AOSD/Patologia Clínica - sejam as originariamente previstas ou as estabelecidas atualmente, de natureza repetitiva, envolvendo execução (procedimento operacional padrão) de atividades de nível elementar, sob supervisão e orientação superior, e para cujo exercício impõe-se apenas a conclusão do ensino fundamental -, não são reveladoras de que lhe são ínsitos conhecimentos especializados de natureza técnica ou científica na área de saúde, podendo ser exercida por profissional não habilitado nessa área do saber.

32. Cumpre ilustrar tal assertiva à vista das singelas atribuições do então cargo de Assistente Básico de Saúde – especialidade: Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – área Patologia Clínica, da Carreira Assistência Pública à Saúde do DF (criada pela

conhecida Lei distrital nº 87/89), extraídas de edital[9] de concurso público lançado em maio/1993, supostamente, as mesmas exercidas à época pela servidora ora defendente, assim descritas:

“(…) 3.2. ASSISTENTE BÁSICO DE SAÚDE:

3.2.1. Especialidade III (Auxiliar Operacional de Serviços Diversos área Patologia Clínica):

- manipular equipamentos, aparelhos e reagentes na execução de exames de laboratório, sob supervisão.

Receber, colher e preparar material para exames; limpar e esterilizar instrumentos de vidro e demais utensílios de laboratório; conservar e manter limpas os aparelhos e o material de uso do laboratório; zelar pela guarda, conservação e manutenção de materiais; observar medidas de segurança, contra acidentes de trabalho.”

33. Confira-se, ademais, a descrição detalhada das atribuições do atual cargo de Auxiliar de Saúde (especialidade AOSD – Patologia Clínica), da Carreira Assistência Pública à Saúde do DF, estabelecidas na Portaria Conjunta SGA/SES nº 08, de 18.07.2006 (publicada no DODF de 19.07.2006), em atenção ao previsto no §único do art. 2º da Lei nº 3.320/04, *verbis*:

“ESPECIALIDADE – 16 - AUXILIAR OPERACIONAL DE SERVIÇOS DIVERSOS - PATOLOGIA CLÍNICA – CÓDIGO: 8073. ÁREA DE COMPETÊNCIA: Assistencial. DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Executar atividades de nível básico referente à sua atribuição profissional relacionadas a execução na área de laboratório clínico (análises clínicas e/ou patologia clínica) DESCRIÇÃO DETALHADA: realizar sob supervisão superior, atividades de complexidade compatível com sua formação em análises clínicas/patologia clínica das diversas especialidades de bioquímica, hematologia, hormônios, imunologia, microbiologia, citologia/citopatologia, biologia molecular, urinálises, parasitologia, em amostras biológicas diversas; executar colheita de amostras clínicas para análises, sob supervisão superior; atuar sob supervisão superior em atividades de vigilância à saúde e meio-ambiente; organizar, manter, limpar e conservar equipamentos, bancadas e instrumentos de apoio como geladeiras, estufas, centrífugas; manter limpos e organizados os setores de coleta, triagem, lavagem e esterilização; organizar geladeiras, amostras, reagentes, protocolos e o ambiente laboral; orientar o pessoal de limpeza quanto os cuidados e transporte de resíduos do laboratório; auxiliar no preparo de amostras, técnicas e realizar limpeza em cursos de formação e capacitação; observar as normas de higiene e segurança do trabalho; observar medidas de segurança contra acidente de trabalho; zelar pela guarda, conservação e manutenção de materiais e equipamentos; zelar pelos bens patrimoniais da instituição; executar outras atividades de mesma natureza e nível de complexidade. COMPETÊNCIAS PESSOAIS: prestar assistência humanizada; agir com ética profissional; saber ouvir; demonstrar flexibilidade, organização e auto-controle; observar com atenção e critério;

demonstrar destreza manual; trabalhar em equipe interdisciplinar. FORMA DE PROVIMENTO: Concurso Público. REQUISITOS: Certificado, devidamente registrado, de conclusão de curso de ensino fundamental, expedido por instituição educacional reconhecida pelo órgão próprio dos sistemas de ensino e registro no Conselho de classe.” (g.n.)

34. Oportuno nesse ponto trazer à colação entendimento consagrado no voto condutor de acórdão[10] exarado pela 5ª Turma Cível do TJDF, em face do cotejo das sobreditas competências perante o caráter de privatividade dos cargos de profissionais de saúde exigido constitucionalmente, *verbis*:

“Lidar com as competências acima detalhadas no dever diário não significa ser um profissional da saúde conforme exigido pela norma constitucional (art. 37, inciso XVI, letra “c”) para que se permita a cumulação de cargos.

Os cargos cumulados mencionados na Constituição da República devem ser aqueles destinados para provimento de profissionais habilitados por profissões regulamentadas e não somente ser capaz de executar tarefas relacionadas ao ambiente hospitalar e laboratorial. Se assim fosse, o cidadão civil que trabalha na administração de repartições militares seria considerado um militar tão somente por executar tarefas atinentes à área militar, mesmo que lhe tenha sido exigido tão somente o ensino fundamental para provimento no cargo.

O que define o profissional não são suas competências diárias, mas a sua formação educacional especializada, voltada para área específica.” (g.n.)

35. Nesse diapasão, resta inconcebível atribuir ao indigitado “cargo” de AOSD (independente da especialidade ou área de atuação que se considere) a qualificação de “**privativo de profissional de saúde**”, à luz da estrita acepção dessa expressão, o que, por si só, afasta o pretense enquadramento na hipótese permissiva de acumulação do art. 17, §2º, do ADCT, muito menos na do art. 37, XVI, “c”, da CRFB/88 (c/ redação da EC 34/01), tornando inócuas quaisquer considerações a esse propósito.

36. No entanto, a par da linha interpretativa alternativa enunciada no alhures citado parecer ministerial como solução do caso concreto, cabe-nos oferecer algumas considerações adicionais em contraponto às razões que a consubstanciam.

37. Sinaliza-se nesta fase processual discutir o enquadramento constitucional do acúmulo em questão sob a natureza das “*atividades então exercidas pela servidora no cargo de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD/Patologia Clínica, quando em atividade*”, consoante diligenciado.

38. Com as mais respeitosas vênias, mesmo tendo a servidora ora aposentada,

enquanto investida no sobredito “cargo”, porventura desempenhado atividades/funções em qualquer área da saúde (seja de patologia clínica, laboratório ou mesmo paramédica, como descrito na peça aditiva de defesa) que lhe tivessem exigido algum tipo de conhecimento técnico específico de profissional habilitado na mesma área de atuação - o que não se encontra efetivamente demonstrado nos autos -, ou possuísse escolaridade superior à exigida para o cargo ocupado, ou, ainda, que tivesse formação especializada naquela área do saber, tais fatos não teriam o condão de legitimar o acúmulo em tela, pois o que a vigente Constituição Federal ampara é a acumulação de cargos ou empregos, e não de funções.

39. E, conforme já frisado, requer-se na hipótese ponderar se os cargos acumulados ostentam o caráter de privatividade (de profissional de saúde) previsto na respectiva norma constitucional permissiva do acúmulo (art. 17, §2º, do ADCT ou art. 37, XVI, “c”, da CF/88, c/ redação da EC 34/01). E o ofício de AOSD/Patologia Clínica, à toda evidência, não se enquadra como profissão especializada no atendimento à saúde.

40. Noutro giro, pretender atribuir primazia às supostas atividades exercidas pela servidora na área da saúde, que porventura não estivessem ao alcance do ocupante do “cargo” de AOSD/Patologia Clínica (em face de suas reais atribuições, competências e requisitos de ingresso), no afã de o caracterizar como privativo de profissional de saúde, seria correspondente a buscar conferir validade jurídica a irregular desvio de função, este, evidenciado pelo suposto desempenho de atividades impróprias do cargo efetivo ocupado.

41. Assinale-se por oportuno que, no âmbito do e. STJ, é pacífica a jurisprudência segundo a qual o desvio de função não outorga direito a reenquadramento funcional, mas, tão-somente, direito ao recebimento de eventuais diferenças remuneratórias relativas ao período, mesmo assim somente em estrita observância ao princípio que veda o enriquecimento ilícito (REsp nº 543.937-MG, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma do STJ, DJU de 29.03.2004, p. 268). Não é em outro sentido a orientação dos demais tribunais:

“1. O desvio de função não gera direito a enquadramento em cargo diverso daquele em que o servidor ingressou, em razão da vedação constitucional que só autoriza provimento em cargo público mediante prévia aprovação em concurso público (art. 37, inc.II, da CF/88).” (Apelação Cível 95.01.20093-0-DF, rel. Juiz Federal Antonio Cláudio Macedo da Silva, 1ª Turma Suplementar do TRF 1ª Região, DJU de 04.12.2003, p. 92).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. TRANSPOSIÇÃO DE CARGO. AUXILIAR OPERACIONAL DE PERITO CRIMINAL. PERITO CRIMINAL.

Nos termos da Constituição, a transposição de uma carreira para outra há de ser feita mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

O servidor desviado de suas funções não tem direito a reenquadramento.

Apelação improvida.” (Apelação Cível nº 1997.01.00.016023-4-RO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 2ª Turma do TRF 1ª Região, DJU de 28.10.2003, p. 59).

42. Destarte, mesmo se a servidora, no tocante à função pública de AOSD/Patologia Clínica, estivesse de fato exercendo, em nível especializado, atribuições próprias de cargo diverso na área de saúde, o que aqui se admite exclusivamente para fins argumentativos, tal fato não serviria para obtenção automática de reenquadramento com eventual repercussão na análise do acúmulo ora em discussão.

43. Por último, também se entende que não merece prosperar a tese consistente em atribuir à vertente hipótese, por analogia, o tratamento conferido pela e. Corte nos precedentes invocados pelo patrono da interessada (Decisões nº 1.869/2017 e nº 3.313/2017, respectivamente, no bojo dos Processos nº 34916/2008 e nº 5498/2016), em que houve o acolhimento parcial das defesas então apresentadas para considerar lícitas, sob amparo das disposições do §2º do art. 17 do ADCT/CRFB, acumulações envolvendo cargos distritais privativos de profissionais de saúde com o de AOSD exercido na esfera federal, cujas atividades elementares/auxiliares originalmente desenvolvidas na área de atendimento básico de saúde conceberam-se análogas às desempenhadas por profissionais de saúde de nível médio lotados na mesma área especializada.

44. Isso porque as discussões travadas naqueles feitos, frisa-se, divergem do caso ora analisado, visto que em ambos autorizou-se a equiparação de AOSD-Enfermagem da área federal com cargos de Auxiliar de Enfermagem exercidos no DF, tendo em vista o disposto no art. 23 da Lei federal nº 7.498/86. Não existe essa equiparação para os AOSD distritais.

45. A propósito, ressalte-se que a mesma pretensão de buscar amparo, por analogia, naqueles precedentes, também a pretexto de se tratar de cargos cujas atividades eram de fato inerentes à área de saúde, foi suscitada nos autos do Processo TCDF nº 29891/2013, em que se examinou a possibilidade de acumulação de proventos decorrentes dos cargos de Auxiliar de Saúde (antigo AOSD – Enfermagem) na SES/DF com o de Agente Analista de Sistema, Gráficos, Físicos e de Suporte (especialidade: Auxiliar de Enfermagem) na Imprensa Nacional, esclarecendo-se que a admissão em ambos os cargos também precedera a vigência da Constituição Federal de 1988, como no presente caso.

46. Submetido o feito a julgamento, houve por bem o e. Plenário, à unanimidade, acolher o voto do relator, Conselheiro Manoel de Andrade, no sentido de considerar improcedente a defesa então apresentada, eis que não comprovado que os aludidos cargos eram privativos de profissionais de saúde, na linha de outros precedentes nesta Corte[11], **conforme a Decisão nº 5.680/2018[12].**

47. Por tais razões, carece de plausibilidade jurídica invocar, *in casu*, a extensão dos entendimentos consubstanciados nas Decisões nº 1.869/2017 e nº 3.313/2017, salientando-se, uma vez mais, a tradicional regra de hermenêutica de que não se pode dar interpretação ampliativa a normas que constituem exceção no ordenamento jurídico, como são as restrições constitucionais à acumulação de cargos, empregos e funções públicas.

48. À guisa de fecho, oportuno reproduzir considerações externadas por este órgão técnico na informação pretérita (peça de nº 20 acostada ao Processo nº 15150/2016-e, sob o e-DOC ACAD7D88-e), realçando-se a necessidade de adoção de entendimento uniforme por este Tribunal no enfrentamento de situações de acúmulo de cargos/proventos que se afigurarem em desconformidade com o texto constitucional, *verbis*:

“Oportuno ainda asseverar que não convém ponderar a presente hipótese de acumulação com esteio em determinados julgados que aparentam correspondência fática, pelo simples motivo de que, no âmbito de controle desta c. Corte, sem muito esforço, verificam-se outros casos semelhantes (envolvendo o acúmulo de cargo típico de profissional de saúde com a especialidade de AOSD, atrelada a cargo distrital integrante da Carreira Assistência Pública à Saúde) decididos de forma diametralmente oposta ao aduzido pela defendente^[13]. Afora tantos outros mais que não chegaram a se consolidar, seja pela atuação dos órgãos de controle, seja pela adequada intervenção das jurisdicionadas, tendo-se por premissa que o ofício de AOSD distrital prescinde de conhecimentos técnico-científicos relacionados à área de saúde, não se revestindo, assim, como cargo de natureza técnica, não é privativo de profissional de saúde, tampouco se trata de profissão regulamentada, motivos que, em conjunto, conduzem à compreensão de que sua acumulação com qualquer outro não encontra amparo nas exceções previstas no art. 37, XVI, da Constituição Federal.

Seria de bom alvitre, então, ponderar sobre a adoção de entendimento uniforme no enfrentamento de situações de acúmulo de cargos/proventos que se afigurarem em desconformidade com o texto constitucional, visando proporcionar a necessária segurança jurídica tanto à clientela jurisdicionada diretamente envolvida/afetada, como aos operadores do direito, mormente quando esse tipo de abordagem sobrevém ao ensejo da apreciação dos atos de aposentadoria, pensão ou reforma militar, invariavelmente distanciados da origem das situações de acúmulo. Do contrário, haverá sério risco de se promover, nesta seara de controle, significativo comprometimento ao princípio da igualdade, um dos principais alicerces da Carta Política de 1988.

É inequívoco que a Corte de Contas, à medida em que se disponha a proporcionar, momentaneamente, desigualdade de tratamento para situações jurídicas idênticas, estará se afastando de seu papel orientador, pedagógico e uniformizador, estabelecendo, com isso, forte instabilidade jurídica.” (grifos ausentes no original)

49. Forte nessas considerações, restando configurado na vertente hipótese, na visão deste órgão instrutivo, acúmulo de cargos em desacordo com o ordenamento constitucional vigente, seja em face da leitura que deflui da norma transitória do art. 17, §2º, do ADCT, seja, com maior ênfase, em ponderação à disciplina do art. 37, inc. XVI, alínea “c”, da CF/88, c/ a redação dada pela EC 34/01, **somos por ratificar as sugestões esposadas na instrução anterior, isto é, pelo conhecimento das razões de justificativa (e sua peça**

aditiva) apresentadas pela servidora aposentada Hercília Justino dos Santos, por meio de seu representante legal, para, no mérito, considerá-las improcedentes, com devolução do ato eletrônico em apreço à SES/DF para adoção das providências legais cabíveis, no sentido de a interessada realizar opção entre a aposentadoria distrital aqui examinada ou aquela concedida pela União (HFA – Ministério da Defesa).

50. Ante o exposto, sugere-se ao e. Plenário:

- I) ter por cumprida a Decisão nº 5.156/2016, reiterada pela de nº 2.141/2017, bem como o Despacho Singular nº 349/2018 – GC/PT;
- II) tomar conhecimento das razões de justificativa apresentadas pela servidora aposentada Hercília Justino dos Santos, por meio de seu representante legal, para, no mérito, considerá-las improcedentes;
- III) considerar ilícita a acumulação de proventos em que incorre a nominada servidora, uma vez que a especialidade de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD/Patologia Clínica (atualmente, do cargo Auxiliar de Saúde), por ela ocupada na Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, em acúmulo com o cargo de Técnico de Laboratório, do Quadro de Pessoal do Hospital das Forças Armadas, **não é privativa de profissional de saúde**, haja vista que, como requisito de ingresso e exercício, prescinde de formação técnica, certificado de especialização ou conhecimento exclusivo da área de saúde, e, portanto, não se insere na previsão constitucional que admite a acumulação de cargos dessa natureza (art. 17, §2º, do ADCT e art. 37, XVI, “c”, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 34/2001);
- IV) autorizar a devolução do ato eletrônico em apreço à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, assinando-lhe prazo de 60 (sessenta) dias, para adoção das seguintes providências:
 - a) notificar a nominada servidora para que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da notificação, efetue opção entre a aposentadoria distrital aqui examinada ou aquela concedida pela União (HFA – Ministério da Defesa);
 - b) caso a interessada não apresente, no prazo assinado, a opção mencionada na alínea anterior, suspender os pagamentos referentes à presente concessão;
 - c) juntar, na aba “Anexos e Observações” do SIRAC, documentação comprobatória do atendimento aos itens anteriores; e
- V) autorizar que seja dada ciência ao representante legal da servidora aposentada da decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal.

À consideração superior.

[1] Anote-se que a profissão de Técnico em Laboratório é devidamente regulamentada pela Lei nº 3.820/60, que cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia e dá outras providências, e considerada **privativa** de profissionais da área da saúde, conforme estabelecido na Resolução nº 4, de 8 dezembro de 1999, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, ato normativo editado no exercício de competência estabelecida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96).

[2] Secundando-se, ademais, em doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 8º Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 581), *verbis*: “**Note-se, porém, que o novo mandamento se referiu a profissionais de saúde, ou seja, àqueles profissionais que exercem atividades técnicas diretamente ligadas ao serviço de saúde, como médicos, odontólogos, enfermeiros, etc.** Entretanto, se o cargo é de direção ou de assessoria e apenas profissionais de saúde podem provê-lo, será viável a cumulação; é que, embora de natureza administrativa, tem o cargo o caráter de privatividade, o que é previsto na norma.” (grifo nosso)

[3] No caso em análise, a servidora ingressara, como celetista, na Tabela de Pessoal da extinta Fundação Hospitalar do Distrito Federal na categoria funcional de Auxiliar Operacional de Serviços Diversos – AOSD, área de Patologia Clínica, posteriormente enquadrada na Carreira Assistência Pública à Saúde do DF, criada pela Lei nº 87/89, no antigo emprego (logo depois, cargo) de Assistente Básico de Saúde (desde então como especialidade AOSD/Patologia Clínica). Por reestruturação operada pela Lei nº 740/94, tal especialidade (entre outras) restou enquadrada no cargo de Assistente Intermediário de Saúde I (art. 3º), de nível médio de escolaridade de ingresso. Por último, em nova reestruturação da citada carreira promovida pela Lei nº 3.320/04, os cargos (e especialidades) de AIS I e ABS foram enquadrados no então criado (e atual) cargo de Auxiliar de Saúde, cuja escolaridade exigida para investidura é o certificado de conclusão de ensino fundamental – até a 8ª série.

[4] Acórdãos nº 1055143 (20140110821549APO, Relator: FERNANDO HABIBE 4ª TURMA CÍVEL, Julg.: 30.08.2017, Publ. DJE: 23.10.2017); nº 981386 (20140111202247APC, Relator: ANGELO PASSARELI, 5ª TURMA CÍVEL, Julg.: 16.11.2016, Publ. DJE: 16.12.2016); nº 971942 (20140111558499APC, Relator: CRUZ MACEDO, 4ª TURMA CÍVEL, Julg.: 29.09.2016, Publ. DJE: 18.10.2016); nº 968993 (20140111188979APC, Relator: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, Julg.: 28.09.2016, Publ. DJE: 05.10.2016); nº 748281 (20110112357306APO, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª TURMA CÍVEL, Julg.: 08.01.2014, Publ. DJE: 14.01.2014); nº 546856 (20090111416268APO, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: LÉCIO RESENDE, 1ª Turma Cível, Julg.: 03.11.2011, Publ. DJE: 21.11.2011).

[5] Peça nº 27 (e-DOC 56C1585B-e).

[6] Lá, fruto de transformação do antigo cargo de Atendente de Enfermagem (nível básico).

[7] Peça nº 28 (e-DOC DFBDF88F-e).

[8] Trata-se da Portaria Conjunta SGA/SES nº 08, de 18 de julho de 2006, regulamentando

as atribuições das especialidades dos cargos da Carreira Assistência Pública à Saúde do DF, em atenção ao previsto no §único do art. 2º da Lei nº 3.320/04, que reestruturou aquela carreira.

[9] Publicado no DODF de 26.05.1993.

[10] “APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. TS-TÉCNICO EM SAÚDE, ESPECIALIDADE AUXILIAR DE ENFERMAGEM. AOSD - AUXILIAR OPERACIONAL DE SERVIÇOS DIVERSOS, PATOLOGIA CLÍNICA. CARGO NÃO PRIVATIVO DE PROFISSIONAL DA SAÚDE. CUMULAÇÃO DE CARGOS INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. “A Constituição Federal em seu artigo 37, inc. XVI, alínea b, autoriza a acumulação remunerada de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, quando houver compatibilidade de horário e desde que seja respeitado o teto constitucional. Ainda que o cargo auxiliar operacional de serviços diversos - patologia clínica, seja exercido no âmbito da saúde, os requisitos para ingresso não exigem conhecimentos profissionais especializados ou a realização de cursos técnicos, sendo necessário apenas o certificado de conclusão do ensino fundamental. Não sendo considerado o referido cargo como privativo de profissionais da saúde, revela-se ilegal a acumulação com o de Técnico de Laboratório.” (Acórdão n.881983, 20140111144136APO, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/07/2015, Publicado no DJE: 31/07/2015. Pág.: 144).

2. Correta a sentença que considera acumulação indevida de cargos públicos o provimento de servidor como auxiliar de enfermagem (profissional da saúde) e auxiliar operacional de serviços diversos (profissional técnico não especializado em saúde).

3. Apelação conhecida e não provida.”

(Acórdão n. 968993, 20140111188979APC, Relator: MARIA IVATÔNIA 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28.09.2016, Publicado no DJE: 05.10.2016. Pág.: 243/252)

[11] De se observar que, no r. voto condutor da decisão, aparecem listados os acúmulos ilícitos verificados nos Processos nº 26073/2005 (Assistente Intermediário de Saúde I-AOSD-Enfermagem na SES/DF x Auxiliar de Administração Pública na SGA/DF); nº 4904/1995 (Assistente Básico de Saúde na SES/DF x Agente de Educação/Vigilância na ex-FEDF); e nº 7162/1996 (AIS I-AOSD na SES/DF x Auxiliar de Administração Pública).

[12] “O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – ter por cumprida a Decisão n.º 111/18; II – tomar conhecimento da defesa apresentada pela Sra. Reginete de Lima em atenção à Decisão n.º 111/18, para, no mérito, considerá-la improcedente; III – determinar à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal que, no prazo de 30 (trinta) dias: a) notifique a servidora indicada no item anterior para que, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, conforme art. 48 da LC n.º 840/11, faça a opção entre as aposentadorias da esfera federal e da SES/DF, alertando-a de que, na falta dessa opção, poderá ter seu pagamento suspenso; b) após decorrido o prazo estipulado na alínea anterior, caso não seja feita a opção, suspenda o pagamento à servidora; c) informe o Tribunal sobre as medidas adotadas; IV – retornar o feito à Unidade Técnica, para os devidos fins.”

[13] Cite-se, a título de exemplo: Decisão nº 4.473/2014 – Processo nº 22131/2014

(envolvendo os cargos de Auxiliar de Saúde - especialidade AOSD/Ortopedia e Gesso e de Fisioterapeuta, ambos exercidos na SES/DF); Dec. nº 2.824/2013 – Proc. nº 4410/2013 (dois casos envolvendo Auxiliar de Saúde-AOSD/Ortopedia e Gesso com os cargos de Técnico de Enfermagem e de Auxiliar de Enfermagem); Dec. nº 2.124/2006 – Proc. nº 3681/2005 (cargos de então Assistente Intermediário de Saúde, um na especialidade Auxiliar de Enfermagem, e o outro na especialidade AOSD – Limpeza e Conservação).

Brasília, 15 de Fevereiro de 2019

CLÁUDIO ROBERTO PINTO RIBEIRO - Mat. nº 4171

SIRAC - Sistema de Registro de Admissões e Concessões - 11:52:28 - 07/03/2019