Um estudo de caso de hermenêutica jurídica: a antinomia entre a previsão constitucional de acúmulo e a vedação imposta pelo regime de "dedicação exclusiva" de professores federais

Vinicius Valentin Raduan Miguel*

Resumo

O estudo versa sobre a antinomia entre a autorização constitucional de acúmulo de cargos e o regime de dedicação exclusiva, estabelecido por regulação infraconstitucional. Diante da colisão de normas, o texto faz um estudo de caso apresentando os critérios de hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Direito Administrativo e Constitucional; Hermenêutica Jurídica; Solução de Antinomias; Acúmulo de Cargos Públicos.

Abstract

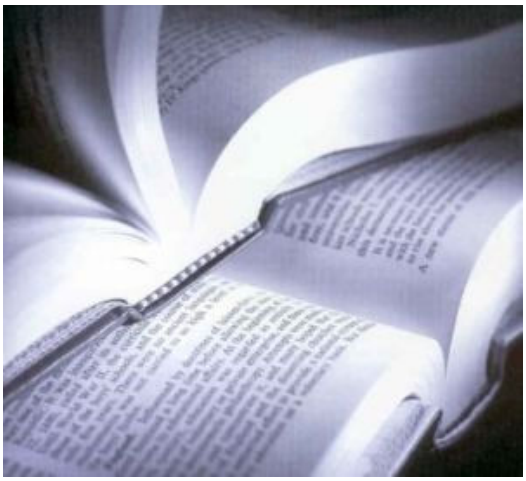
The study argues about the antinomy between the constitutional authorization to accumulate two positions in the civil service and its ban stipulated by infra-constitutional laws. Facing the collision of norms, the text makes a case study presenting the legal hermeneutics criteria.

Key words: Administrative Law; Constitutional Law; Legal Hermeneutics; Solution of Antinomies; Accumulation of Positions in the Civil Service.

* **VINICIUS VALENTIN RADUAN MIGUEL** é bacharel em Ciências Jurídicas (Faculdade de Rondônia) e bacharel e licenciado em Ciências Sociais (Universidade Federal de Rondônia). É mestre em Direitos Humanos e Política Internacional (Universidade de Glasgow). Advogado. Professor efetivo de Sociologia do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia (IFRO).

1. Introdução

A atividade de interpretação da norma nunca é atividade abstrata. Embora expoentes da literatura jurídica postulem que a hermenêutica tenha por objeto a construção de modelos e metas-regra para a interpretação do fenômeno normativo e seja distinta da interpretação (como BASTOS, 1999), em nosso texto utilizamos "hermenêutica" e "interpretação" como intercambiáveis. Com tal operação, entendemos a atividade do jurisperito em apresentar um conjunto de argumentos e entendimentos para o fenômeno jurídico, ofertando, dentre muitas possíveis, algumas explicações e ponderações sobre as conseqüências de tal procedimento.



O ultra-realismo jurídico alega que toda atividade interpretativa é criativa: toda interpretação (da lei/do Direito) é, concomitantemente, criação jurídica, inserindo através desse procedimento, a até então conjectura legal (hipótese de incidência meramente jurídica), na realidade concreta (o evento/fato concreto). Não pactuamos integralmente com essa posição, mas ela merece realce por indicar a importância da atividade de interpretação do Direito – um dos mais impactantes temas do acervo doutrinário.

Este trabalho é o emprego das técnicas de hermenêutica jurídica a um caso: a antinomia entre a previsão constitucional de acúmulo e a vedação imposta pelo regime de "dedicação exclusiva" de professores federais, sejam da carreira de "Magistério Superior" ou de "Ensino Básico, Técnico e Tecnológico". Pretende-se, com isso, repisar o debate já clássico sobre o ordenamento jurídico e formas de interpretação e, ademais, elucidá-lo com o caso prático.

O objeto estudado não foi uma escolha arbitrária. Intenta-se explicitar as tensões sobre uma questão pouco apreciada, a despeito de sua relevância social e jurídica. A questão do acúmulo de cargos públicos ganha proeminência para (i) assegurar o direito ao acúmulo aos servidores públicos e (ii) à Administração Pública de ver-se aparelhada com a contribuição dos melhores dentre seus cidadãos, assim como para coibir as práticas de acúmulo ilícito, prevenindo o dispêndio de recursos públicos.

Portanto, o texto intenta ofertar uma revisão bibliográfica, situando o estado da arte da hermenêutica jurídica para a solução de antinomias, notadamente com fulcro em Hans Kelsen (1998a; 1998b) e Norberto Bobbio (1995; 2001), e aplicar esse esquema jurídico-analítico ao já versado caso, suprindo a relativa lacuna bibliográfica.

2. Ordenamento jurídico e as aparentes antinomias: quem tem medo da interpretação constitucional?

O ordenamento jurídico é dotado de elementos típicos fundamentais para sua própria mantença e estabilidade. São eles a unidade, a coerência e a completude. Esse ordenamento jurídico é complexo, formado por um conjunto

de normas prolatadas por diferentes fontes legislativas, em um *continuum* espacial e temporal. Mas o enredamento normativo não exclui a existência de unidade. Para dar conta da integralidade do sistema e da unidade do ordenamento, é produzido o escalonamento das regras. No ápice hierárquico das regras, está a norma fundamental, conferindo validade, unidade e coerência a todas as demais (BOBBIO, 1995).

Portanto, as normas não existem em um único plano, mas em uma hierarquia. Dito de outra forma, o fundamento supremo para o entrelaçamento e coesão dessas normas é a norma fundamental, que estipula preceitos de como as diversas normas surgirão e obterão validade. Em caso de afronta à norma fundamental, a outra norma é fulminada, tendo sua existência exinanida de vigência e eficácia (KELSEN, 1998). Essa exigência é oriunda da pressuposição, mais político-simbólica do que jurídica, de que o núcleo essencial da vontade societária, substancializada em uma Constituição, é intocável, não podendo ser desfigurado tanto por regras posteriores como por normas conflitantes (BARROSO, 2004).

A vigência concomitante de normas incompatíveis/contraditórias (as antinomias) é intolerável em um ordenamento jurídico que tem justamente, como precitado, a unidade e a coerência como peculiaridades. Destarte, incongruências entre normas serão sempre aparentes, cabendo ao intérprete dar-lhes um arranjo adequado, seja pela exclusão de uma das regras colidentes, seja pela sua integração ao ordenamento por alguma outra operação exegética. Os critérios para depurar o ordenamento jurídico são três: o cronológico (impondo a revogação de lei mais antiga e dando vigência àquela mais recente), o específico (a lei que trate a matéria de forma mais específica oblitera a regra genérica) e o hierárquico (conferindo primazia à norma fundamental, a super-norma que confere validade às demais) (BOBBIO, 1995).

Diante da insuficiência desses sobrerreferidos critérios, ou seja, diante de normas em mesmo nível hierárquico, validade temporal e ambas gerais ou ambas específicas, em situação de aparente colisão, deve-se utilizar outras formas de interpretação. Essas formas auxiliares de solução de antinomias prescrevem alguns cânones: (i) na antijuridicidade entre uma norma proibitiva/restritiva e outra permissiva/concessiva, há que prevalecer a última, (BOBBIO, 1995) (ii) na incidência de aceitável aproveitamento de ambas, deve-se promover o ajustamento, sopesando os metaprincípios da razoabilidade e proporcionalidade (BONAVIDES, 2008).

3. Caracterização do regime de "dedicação exclusiva" do magistério no atinente às vedações de acúmulo

Existem três regimes de trabalho para a carreira de magistério: (1) em função de horas de trabalho, podendo ser de (1.1) vinte horas ou (1.2) quarenta horas e o de (2) "dedicação exclusiva". Portanto, a "dedicação exclusiva" é um regime de trabalho estipulado tanto para a carreira de "Magistério Superior" como a de "Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico" (regradas pela Lei 4.881-A/1965, alterada pela Lei 5.539/1968 e Lei 11.784/2008, respectivamente).

Esse sobremencionado regime de trabalho, independente da carreira (seja de professor de Magistério Superior ou

de Magistério de Ensino Básico, seja de Técnico e Tecnológico), impõe óbice ao acúmulo de outros cargos, públicos ou privados, bem como o exercício de atividades remuneradas ou a título gratuito. O rol restritivo de exceções para a carreira de Magistério Superior são as que seguem:

> Art. 18. (...)
>
> I - o exercício em órgãos de deliberação coletiva, desde que relacionado com o cargo ou função;
>
> II - as atividades de natureza cultural ou científica exercidas eventualmente (*sic*) sem prejuízo dos encargos de ensino e pesquisa (Lei 5.539/1968).

No tocante à carreira de Magistério de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico:

> Art. 112. (...)
>
> Parágrafo único. Aos docentes aos quais se aplique o regime de dedicação exclusiva permitir-se-á:
>
> I - participação em órgãos de deliberação coletiva relacionada com as funções de Magistério;
>
> II - participação em comissões julgadoras ou verificadoras relacionadas com o ensino ou a pesquisa;
>
> III - percepção de direitos autorais ou correlatos; e
>
> IV - colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade e devidamente autorizada pela Instituição Federal de Ensino para cada situação específica, observado o disposto em regulamento (Lei 11.784/2008).

Portanto, o regime de dedicação exclusiva aceita, dentro das poucas hipóteses delineadas anteriormente, algumas outras atividades, desde que não tenham o caráter de perenidade. As permissões são imperativamente eventuais/esporádicas.

É nesse ponto que reside a antinomia inconstitucional. As leis infraconstitucionais obstam o acúmulo, colidindo com a previsão de duplo exercício de cargos públicos da Constituição Federal (art. 37, XVI, "a" e/ou "b").

Passo a discorrer.

4. Acúmulo de cargos públicos no(s) Estatuto(s) Magno(s)

Sem delongar o tema, a história jurídica do instituto da acumulação de cargos públicos se inicia com um Decreto da Regência, promulgado em 18.06.1822, por José Bonifácio objetivando impedir a dual percepção de vencimentos sem a exigida contraprestação de serviços, pela provável incompatibilidade de horários entre os postos (MEIRELLES, 2010). Com força de norma fundamental, apareceu pela primeira vez na Constituição de 1891, que prescrevia a vedação de acúmulos (art. 73, Constituição de 1891, "Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas"). A vedação se estendia inclusive aos Ministros de Estado (art. 50, da Constituição de 1891).

A Carta de 1937 apresentava, em seu art. 159, a interdição geral: "É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios", e promoveu-se a demissão daqueles em condição de acúmulo. Foi a carta de 1946 que avançou no entendimento e permitiu o acúmulo entre cargos técnicos ou científicos e um de magistério, exigindo, todavia, além da compatibilidade de horários, a "correlação de matérias" (art. 185, da Constituição de 1946). Com a nova

regra, autorizando o acúmulo, a Constituição de 1946 permitiu a readmissão daqueles que haviam sido exonerados com o advento da Carta de 1937.

Já a narrativa constitucional de 1967, sob o título "dos Funcionários Públicos", vedou a acumulação e estipulou exceções. Mantido o requisito de "correlação de matérias e compatibilidade de horários", as ressalvas eram: (i) a de Juiz e um cargo de Professor; (ii) a de dois cargos de Professor; (iii) a de um cargo de Professor com outro técnico ou científico; e (iv) a de dois cargos privativos de Médico (art. 97, inc. I-IV).

A atual Constituição Federal, repisando previsões das ordens constitucionais precedentes, inseriu cláusulas definidoras do acúmulo de cargos. O versículo constitucional determinou que a regra é a impossibilidade de acúmulo remunerado de cargos no poder público[1]. Todavia, as previsões de exceções ao comando do não-acúmulo são as trazidas abaixo:

> 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;

A menção da Constituição é clara, havendo apenas três ressalvas ao regramento restritivo ao acúmulo. O cuidado do constituinte foi o de, tal qual estatuído no primeiro regimento constitucional brasileiro, evitar o acúmulo de cargos com dupla remuneração sem a eventual contraprestação da atividade laboral. Embora essa seja a regra, o preceito admitiu a exceção por razões extrajurídicas: (i) ausência de profissionais em alguns setores da economia, notadamente entre os profissionais da educação e da saúde, apesar da crescente demanda e a (ii) necessidade de disseminação dos conhecimentos, perpetuando o ciclo de produção e reprodução de saberes, por meio do feixe atividade técnica ou científica e a seqüente ensino dessas capacidades/habilidades. Note que não é mais demandada a correlação de disciplinas ou áreas de conhecimento entre o cargo técnico ou científico e o de magistério.

Desses preceitos constitucionais advém (1) o direito ao acúmulo por parte do administrado, (2) o direito coletivo de ser atendido pelo mais apto, e (3) o dever de aceitar o acúmulo por parte do administrador. Aquele que acumula (ou pretende acumular) cargos públicos nas hipóteses previstas na Constituição Federal não é um criminoso, como muitas vezes se quer fazer crer.

[1] Empregamos o termo poder público por ser mais amplo que cada uma das partes da Administração Pública Direta ou Indireta. Por ele, pretendemos contemplar as hipóteses de vedação ao acúmulo, a despeito do caráter ou taxonomia do ente da Administração Pública. A saber, "a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público" (Art. 37, XVII, CF) e, em idêntico sentido, "A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios" (art. 118, § 1o, da Lei 8.112/1990).

O direito ao acúmulo é pormenorizado por Celso A. B. de Mello:

> "as possibilidade que a Constituição abre em favor de hipóteses de acumulação de cargos não são para benefício do servidor, mas da coletividade. Seu pressuposto, no caso dos professores, é o de que servidores que ocupam cargos exigentes de preparo técnico especializado disseminariam proveitosamente seus conhecimentos na atividade docente, para benefício do corpo social" (MELLO, 2010, p. 277).

E, afim, arremata, "se a Constituição permite a acumulação, está é um direito do servidor; (...). Assim, por ser a acumulação um direito (nas hipóteses permitidas), há de se concluir que o servidor não pode ser impedido de acumular" (MELLO, 2010, p. 288). Além de ser um direito individual, a dupla aprovação em certames/processos seletivos, ao contrário do apresentado pelo senso comum (inclusive de certos administradores públicos), é uma mostra de admirável competência técnica.

Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, é o mandamento constitucional que reconhece "a conveniência de melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais" e abre exceções à regra de não acumulação (MEIRELLES, 2010, p. 471). O aceite, por parte do gestor público, daquele que obtém a dúplice admissão no serviço público não é discricionária/optativa, mas acolhe o interesse público em ver-se aparelhado pelos melhores dentre as opções disponíveis. Ademais, "[a] proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente" (*id., ibd.*, p. 471). Trata-se, assim, de observar o princípio da eficiência e da boa gestão da coisa pública.

Discorreremos sobre a antinomia entre as hipóteses de acúmulo da CF e o regime de dedicação exclusiva.

5. Antinomia entre a Constituição Federal (art. 37, XVI, "a" e/ou "b") e o regime de dedicação exclusiva conforme disposição das Leis 5.5339/1968 e/ou 11.784/2008: ponderações hermenêuticas

Restou evidente que há uma contradição entre o disposto na Constituição Federal (art. 37, XVI, "a" e/ou "b"- norma permissiva, facultando o acúmulo, na taxonomia de Bobbio, 2001) e o regramento dado nas Leis 5.5339/1968 e/ou 11.784/2008 (norma imperativa-proibitiva, com o comando categórico de não-permissão, conforme apostilou BOBBIO, *id.*). É que o regime de dedicação exclusiva eliminou, *a priori*, e a despeito da incidência das hipóteses resguardadas de acúmulo (dois cargos de professor ou de professor e de um técnico/científico) e compatibilidade de horários, a possibilidade de acúmulo.

Assim, a normativa infraconstitucional foi limitativa, proibindo o acúmulo a partir de uma hipotética incompatibilidade entre os cargos. Como solucionar a questão?

Temos, portanto, duas possibilidades: uma é imputar a inconstitucionalidade à norma infraconstitucional (interpretação ab-rogante, com eliminação da norma incongruente), alternativamente, é possível dar uma interpretação conforme a Constituição (interpretação corretiva da incompatibilidade).

Ao se aceitar a inconstitucionalidade da norma, temos uma forma de solução drástica, expurgando do ordenamento a regra antinômica por colisão com a Norma Fundamental. Portanto, diante de aparente conflito entre leis, há que se

observar a hierarquia das normas, dando-se primazia à Constituição. Nesse caso, não é aceitável que lei infraconstitucional restrinja a eficácia de norma constitucional e impeça o direito ao acúmulo.

Em sentido contrário, acolhendo a constitucionalidade do regime de dedicação exclusiva, temos um problema. Como recebê-lo ante ao embaraço ao acúmulo? A doutrina vem apostilando que a integração das regras colidentes deve ser feita de forma com uma interpretação conforme a Constituição, sopesando de forma a preservar a máxima eficácia dos princípios em choque. Como versou o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, "[a] solução, pois, é conciliar estas idéias [em contradição], com a cautela de não extrair delas [as regras em antinomia] nada além do indispensável à integral aplicação de ambos os comandos" (MELLO, 2010, p. 288).

Assim sendo, vê-se a ausência de discricionariedade por parte dos gestores que se depararem com a questão abordada no trabalho. Ademais, consentir tamanha liberalidade, sem as restrições do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição seria menoscabar o Texto Maior.

6. Subsídios para o processo decisório-interpretativo e para a correta aplicação ao instituto da acumulação de cargos públicos

Diante dos apontamentos feitos, temos alguns comentários finais. O administrador público, ao se deparar com a situação em apreço, terá que, necessariamente, interpretar as leis em colisão, situá-las no ordenamento jurídico e tomar uma decisão aplicando a sua interpretação ao caso.

Nessas situações, perfilhamos o entendimento de que:

> (1) A exigência, em instrumento editalício de concurso público, de dedicação exclusiva como regime inicial de contratação ou regime obrigatória será ilegal por (i) obstar a ampla e irrestrita concorrência de interessados e a impessoalidade, motivo nuclear da exigência de concurso público, uma vez que diversos candidatos serão impedidos de participarem do certame;
>
> (2) Se acolhida a tese de que o regime de dedicação exclusiva é constitucional, ele deverá ser sempre optativo ao invés de obrigatório, por colidir com autorização de acúmulo;
>
> (3) Se o gestor se deparar com a situação de acúmulo, em obediência ao princípio da proporcionalidade e objetivando obter máxima eficácia da norma constitucional, deverá abster-se de impedir o acúmulo seja pelo indeferimento da alteração de carga horária, seja por meio da criação deliberada de incompatibilidade de horários. Não se quer dizer com isso que o administrador público precisará permitir acomodação de horários inviáveis para tornar os horários compatíveis, mas, em sendo possível um rearranjo da distribuição da jornada de trabalho, deverá fazê-lo. Nesse caso, a ponderação de valores indica que é preferível a adaptação de horários a obstar o direito ao acúmulo e o dever da Administração em ter o mais apropriado servidor, sob pena de negar vigência à regra constitucional.

Temos a convicção de que o trabalho é uma dentre as variadas alternativas para o gestor decidir. Ao espírito de Peter Haberle (2002), pretendemos apenas que a visão aqui esposada seja apenas mais uma das disponíveis entre as plurais possibilidades, devendo ser cotejada com outras concepções, objetivando uma decisão de consenso democrático, ao invés da deliberação que ignore o contexto social e as disposições constitucionais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Santos. Brasília: Editora UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967**.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**.

_____. **Lei n. 4.881-A, de 6 de dezembro de 1965**.

_____. **Lei n. 5.539, de 27 de novembro de 1968**.

_____. **Lei n. 11.784, de 22 de setembro de 2008**.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª Ed. Atual. Eurico A. Azevedo, Délcio B. Aleixo e José E. Burle Filho. São Paulo, Editora Malheiros, 2010.