

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

BRUNA ALICE MOREIRA DIAS

**(IN) SEGURANÇA JURÍDICA NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS COM
DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO MAGISTÉRIO SUPERIOR:
Interpretação do Art. 37, XVI, 'a', da Constituição Federal de 1988 para a
Formação de um Precedente Judicial**

UBERLÂNDIA
2017
BRUNA ALICE MOREIRA DIAS

**(IN) SEGURANÇA JURÍDICA NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS COM
DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO MAGISTÉRIO SUPERIOR:
Interpretação do Art. 37, XVI, 'a', da Constituição Federal de 1988 para a
Formação de um Precedente Judicial**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da
Universidade Federal de Uberlândia como requisito
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

UBERLÂNDIA
2017
BRUNA ALICE MOREIRA DIAS

**(IN) SEGURANÇA JURÍDICA NA ACUMULAÇÃO DE CARGOS COM
DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO MAGISTÉRIO SUPERIOR:
Interpretação do Art. 37, XVI, 'a', da Constituição Federal de 1988 para a
Formação de um Precedente Judicial**

Monografia apresentada na Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo – Orientador

Prof^ª. Dr^ª. Cândice Lisboa Alves - Examinadora

Mestranda - UFU - Marcela Cecília Siqueira Santos - Examinadora

UBERLÂNDIA
2017

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, aos meus pais por acreditarem em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foi que me deram a esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada. E a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, responsável pela realização deste trabalho.

RESUMO

O artigo 37, XVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adota como medida excepcional a possibilidade de acumulação de cargos públicos para professores, delimitando-a no aspecto de compatibilidade horária entre os cargos acumuláveis. De um lado, professores sob o regime de dedicação exclusiva acumulam o cargo na docência pautada no permissivo constitucional. De outro lado, o Decreto n. 9.464/87 e a Lei n. 12.772/12 vedam a acumulação de cargos aos professores que optam pelo regime de dedicação exclusiva. Conseqüência disso, a Administração Pública pune os agentes públicos que acumulam dois cargos de professores sendo um deles vinculados ao regime de trabalho de dedicação exclusiva. Sobre o objeto da discussão, o tema chegou ao Poder Judiciário para direcionar a possibilidade ou não de acúmulo de cargos quando o docente registra a dedicação exclusiva. Assim, há entre os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais divergências de entendimentos gerando assim, instabilidade da segurança jurídica no magistério do ensino superior. Objetiva-se, portanto, construir argumentos que legitimam a acumulação de cargos no magistério superior para os professores inseridos no regime de dedicação exclusiva, pautado no pensamento doutrinário, nos julgados e na interpretação conforme a Constituição, a fim de manter íntegra, uniforme e estável os precedentes judiciais.

Palavras-chave: Acumulação de cargos; Magistério no Ensino Superior; Regime de Dedicação Exclusiva; Precedentes Judiciais; Princípio da Segurança Jurídica.

ABSTRACT

Article 37, XVI, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, adopts as an exceptional measure the possibility of accumulating public positions for teachers, delimiting it in the aspect of hourly compatibility between the cumulative posts. On the one hand, teachers under the regime of exclusive dedication accumulate the position in the teaching based on the permissive constitutional. On the other hand, Decree n. 9,464 / 87 and Law no. 12,772 / 12 prohibit the accumulation of positions for teachers who opt for the exclusive dedication regime, as a result, the Public Administration punishes the public agents who accumulate two positions of teachers and one of them is bound to the work regime of exclusive dedication. Regarding the subject of the discussion, the theme reached the Judiciary to direct the possibility or not of accumulation of positions when the teacher registers the exclusive dedication. Thus, among the High Courts, the Courts of Justice and the Federal Regional Courts, there are differences of understanding, thus creating instability of legal security in the teaching of higher education. It is therefore intended to construct arguments that legitimize the accumulation of positions in the higher teaching for teachers included in the regime of exclusive dedication, based on doctrinal thinking, judgments and interpretation according to the Constitution, in order to maintain intact, uniform and stable Judicial precedents.

Keywords: Accumulation of charges; Teaching in Higher Education; Exclusive Dedication Regime; Judicial Precedents; Principle of Legal Security.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. COMPREENSÃO DE AGENTES PÚBLICOS, CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS.....	10
2.1. AGENTES PÚBLICOS	11
2.2. CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS	12
2.3. FUNÇÕES PÚBLICAS	13
3. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS	14
3.1. HISTÓRICO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS NO MAGISTÉRIO	15
3.2. VEDAÇÕES A ACUMULAÇÃO.....	18
3.3. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NO MAGISTÉRIO.....	21
4. O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO MAGISTÉRIO E SUAS VARIANTES.....	25
4.1. O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA	25
4.2. REFLEXÕES SOBRE A LEGALIDADE CEGA	36
4.3. PRINCÍPIOS E REGRAS APLICÁVEIS	44
4.4. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	53
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

1. INTRODUÇÃO

Destina-se, o presente trabalho, a analisar a possibilidade de os professores que ministram aulas no ensino superior e optam dentre os regimes de trabalhos, o de dedicação exclusiva, de acumularem os cargos com outra de magistério ou atividades afins, com especial destaque na interpretação que os tribunais superiores e os doutrinadores tecem à luz do artigo 37, XVI, 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil, o que será feito focando a segurança jurídica dos educadores.

A Carta Magna é clara e objetiva ao excepcionar os cargos públicos que poderão ser acumulados, se observado os requisitos exigidos. No magistério, independentemente do plano de carreira escolhido ou do grau de escolaridade em que é disciplinada a docência, está contemplado pela possibilidade de acumulação de dois cargos de professor.

Essa temática, ainda que pautado no permissivo constitucional, tem acarretado grande divergência no pensamento jurídico contemporâneo, e como consequência disto, propicia insegurança aos educadores inseridos no regime de dedicação exclusiva, por temerem às diversas sanções administrativas. Na hipótese de evitar as implicações de cunho punitivo e a sensação de insegurança jurídica, estar-se-á diante do recente instituto processual denominado precedente judicial prevista no artigo 926 do Código de Processo Civil de modo a viabilizar a estabilidade das relações jurídicas.

Utilizando o método dedutivo, as diretrizes do trabalho transcendem as linhas teóricas dos livros de modo a analisar particularmente a *leading case* dos tribunais, ou seja, a decisão dos conflitos processuais que integram o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, os Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Verificar-se-á da leitura do texto que as decisões pesquisadas do Poder Judiciário e da Administração das instituições de ensino superior têm se posicionado desfavorável a acumulação de cargos de professor quando um deles está no regime de dedicação exclusiva. Postura plenamente contrária aos fundamentos defendidos neste trabalho, que elucidam as vantagens extraídas da acumulação de cargos no magistério superior de índole social, econômica, educacional e, sobretudo, pelo respeito da interpretação conforme a constituição.

Nesse sentido, o trabalho está desenvolvido em quatro capítulos que abrangem desde as linhas históricas da acumulação de cargos previstas nas constituições brasileiras pretéritas até necessidade de repensar a estabilidade das relações jurídicas no âmbito das decisões dos tribunais superiores para os professores que lecionam nas instituições de ensino superior na qualidade de regime de dedicação exclusiva.

Assim, no primeiro capítulo busca-se compreender a concepção de agentes públicos e as distinções entre cargos, empregos e funções públicas, pois, sabendo que a o inciso, XVI, caput, da CF/88, adota apenas a expressão “cargos públicos” é importante destacar se a possibilidade de acumulação de cargos também abrange os profissionais vinculados ao emprego e funções públicas.

Demonstrar-se-á no segundo capítulo o contexto histórico das Constituições do Brasil que já permitiam a acumulação de cargos, em especial, duas de professores, a Constituição Federal precursora e quais as condições estabelecidas em cada uma delas para o docente satisfazer da garantia constitucional.

Ainda no segundo capítulo, verificam-se a corrente teórica e jurisprudencial que refutam a acumulação de cargos com afincos nos princípios da moralidade pública e da eficiência, ambos com previsão expressa no art. 37, caput, da CF/88. Para essa corrente a qualidade da prestação de serviços dos agentes públicos estaria comprometida pelo alto nível de desgaste físico e psicológico. Ainda neste capítulo, observa a relação do princípio da eficiência com a acumulação de cargos e seu destaque especial com o advento da emenda constitucional 19/98 quando obteve a expressão contida no artigo 37, da CF/88. Verifica-se também que no tocante ao acúmulo de cargos de professores não há, por si, discussões teóricas, exceto quanto um dos cargos é exercido no regime de dedicação exclusiva, eixo central do trabalho.

Estreita-se o objeto de estudo, especificamente, na mera acumulação de cargo de professor sem o regime de dedicação exclusiva, visando a análise constitucional do poder constituinte originário. Far-se-á ainda, análise de julgados que declararam inconstitucionais normas que impediram professores de acumularem quando compatíveis os horários de trabalho.

Por sua vez, no terceiro capítulo, faz-se a análise do propósito normativo previsto no artigo 205, da CF/88, pois na seção exclusiva do direito a educação será verificado como o Estado cumpre na prática o plano de carreira de magistério no ensino superior, a valorização dos profissionais da educação escolar e o piso salarial. Na mesma seção, os estudos têm o propósito de compreender os regimes de trabalho inseridos no magistério superior, detectando a diferença salarial, as respectivas cargas horárias e os aspectos legais disciplinados na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Em seguida, consagra a força normativa da Constituição aduzida no papel do legislador ao criar a norma e do poder executivo por meio da Advocacia Geral da União ao editar pareceres em observação a Carta Magna. Ainda, analisa-se, a construção do direito no

período jusnaturalista, positivista e neoconstitucionalista, e qual a relação dessas etapas jusfilosóficas com o conteúdo das decisões dos Tribunais Superiores ao aplicarem o Decreto n. 9.464/87 e a Lei n. 12.772/12 em face do artigo 37, XVI, 'a', da CF/88.

Por fim, retrata-se o princípio da segurança jurídica como consequência das decisões judiciais e o fortalecimento dos precedentes judiciais para a consolidação da acumulação de cargos para os professores que lecionam nas instituições de ensino superior, sendo um dos cargos qualificados no regime de dedicação exclusiva.

Nesse sentido, o presente estudo tem o objetivo de investigar quais os fundamentos dos Tribunais Superiores de rejeitarem a tese de acumulação de cargos quando um deles reside na dedicação exclusiva, eis que há uma medida constitucional que permite a acumulação de cargos sem estabelecer restrições alinhadas no regime de trabalho escolhido pelo professor.

O olhar crítico do trabalho visa valorizar a aplicação uniforme da Constituição Federal através dos precedentes judiciais para viabilizar os caminhos da estabilidade das relações jurídicas, sem modificar as exceções constitucionais por esta exaradas. Assim, defende-se rigorosamente a acumulação de dois cargos de professores, ainda que um deles esteja enquadrado na dedicação exclusiva.

2. COMPREENSÃO DE AGENTES PÚBLICOS, CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

O Estado para manter a ordem pública e desempenhar adequadamente funções que lhe são inerentes edita diversos atos administrativos para a consecução do interesse público. A propulsão dessa ação é manifestada através de pessoas qualificadas, assim, qualquer indivíduo enquanto exercer atividade pertinente à Administração Pública ou atuar em nome do Estado, independente do vínculo jurídico, ainda que transitório e sem remuneração, será agente público¹. A lei 8.429/92 define agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

¹ Nesse sentido, “O agente público é, necessariamente, uma pessoa física, o que exclui as pessoas jurídicas.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. 2006, p. 580.

Para a Administração Pública funcionar de forma irretocável é extremamente necessária pessoas com perfis específicos e habilidades peculiares no âmbito de uma estrutura hierarquizada e o regime jurídico que os sujeitos se submeterão. Celso Antônio Bandeira de Mello concebe a posição de agentes públicos em três grupos: “os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com a administração”².

2.1. AGENTES PÚBLICOS

Agentes políticos são espécies de agentes públicos que participam diretamente da vida política do Estado e praticam atos ligados à soberania, seja por eleição ou nomeado por comissão, assim tem-se os prefeitos, vereadores, governadores, deputados, presidente da república, respectivos auxiliares e assessores.

Os particulares em colaboração com a administração são espécies de agentes em situações excepcionais coopera com o Estado para executar uma função pública, nesta hipótese são designados os mesários para o dia das eleições e os jurados para compor o conselho do júri, bem como a delegação do Estado ao particular para a prestação de serviços públicos. Porém, o maior número de agentes políticos atuando na administração pública centra-se nos servidores públicos.

Os servidores públicos também são denominados de agentes administrativos, seus atributos perfazem-se por critérios subsidiários e para isso requer que o indivíduo possua vínculo com o Estado, desempenha a função pública profissional e habitual com a administração pública direta ou indireta, mas que não esteja consubstanciado na natureza de agente político ou particular em colaboração com a administração. Fernanda Marinella acrescenta que, “para esses servidores, a relação de trabalho é de natureza profissional e de caráter não eventual, sob vínculo de dependência com as pessoas jurídicas de direito público, integradas em cargos ou empregos públicos”³. No que tange ao cargo, emprego e função, estes atributos distinguem-se pelo vínculo jurídico que o servidor terá com a Administração Pública.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987, p. 7-9.

³ MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 759.

2.2. CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS

Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica que os empregos públicos “são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob a relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962 de 22.2.2000”.⁴

Nos empregos públicos incidem o regime trabalhista de natureza contratual, liame objetivo que vincula o agente público na Administração Pública, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), todavia, há uma mitigação da relação de trabalho derivada da Constituição Federal quando comparada com o direito privado, recaindo no direito público prerrogativas e condições que não se aplicam às empresas particulares, v.g. conforme dispõe o artigo 61, §1º, II, “a” da CF/88 a criação de empregos públicos deve ser feita mediante lei e, pelo princípio da simetria das formas, exige-se esta mesma regra para sua extinção, além disso, é imprescindível a exigência de concurso para a contratação, os empregados sofrem limitações salariais e é vedada a acumulação de empregos com cargos e funções públicas.

Por sua vez, no magistério do professor José dos Santos Carvalho Filho, cargo público “é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente”⁵. Esses agentes são vinculados ao Estado através do regime estatutário, exercido por funcionário público ou para a Administração Federal, servidor público, nomenclaturas que não lhes retiram a essência e finalidade quanto a relação jurídica do indivíduo com a administração. Diferente do emprego público a peculiaridade que distingue o funcionário público dos demais agentes é a titularidade de um cargo criado por lei, iniciado por meio de um ato administrativo unilateral do Estado, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da entidade estatal em cuja estrutura se enquadre.

Cada Poder estruturará a criação do cargo, por lei, conforme sua estrutura organizacional, fazendo desta atribuição o acesso ao cargo via concurso público de provas ou provas e títulos e a definição da forma de extinção. O artigo 48, X da CF/88 prevê a necessidade de lei para a criação, transformação e extinção de cargos, estabelece, ainda, a denominação e a remuneração correlata a cada cargo. Consoante expressa a ordem constitucional as unidades integrantes do poder são responsáveis para editar a criação dos cargos, ao Presidente da República incumbe à iniciativa de lei para criar ou extinguir cargos

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26^a ed. 2009.

⁵ O art. 3º da Lei n. 8.112/90 também conceitua cargo público: “Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 615.

do Poder Executivo. Do mesmo modo, compete à Câmara dos Deputados, artigo 51, IV, CF/88, “dispor sobre a criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias”⁶.

2.3. FUNÇÕES PÚBLICAS

A Constituição Federal qualificou no artigo 37, V, apenas uma espécie de função pública denominando-a de função de confiança, destinada a atribuição de direção, chefia e assessoramento, *in verbis*:

As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.⁷

Assim, a função pública⁸ pressupõe a existência de emprego ou cargo público ocupado e desempenhado por um servidor cuja criação e extinção devem ser estabelecidas na lei, não existindo a titularidade da função isoladamente, sendo indispensável, prévia aprovação em concurso público.

Nas lições de Carvalho Filho, função de confiança, “é uma função isolada dentro da estrutura do serviço público e por não estar atribuída a um cargo específico, somente pode ser exercida por alguém que esteja investido no cargo efetivo.”⁹ Em homenagem ao regime democrático, que é o das liberdades públicas e da igualdade perante a Administração, evidencia-se que o direito de acesso aos cargos ou empregos públicos depende de prévia aprovação em concurso público pautado na lei.

Ao tratar do tema a CF/88, criou um capítulo exclusivo para a Administração Pública, precisamente nos artigos 37 a 43, onde regem os princípios essenciais da Administração

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁷ Ibid. CF/88.

⁸ Função pública consiste no conjunto de atribuições e responsabilidades assinaladas a um servidor; é a atividade em si mesma, ou seja, corresponde às inúmeras tarefas que devem ser desenvolvidas por um servidor. A criação e a extinção dessas funções também devem ser feitas por meio de lei. MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 775.

⁹ Carvalho diferencia função de confiança de cargo em comissão (ou cargo de confiança), de modo que é cargo cuja função que lhe foi atribuída corresponde a uma atividade de direção, chefia, e assessoramento. Sendo um cargo e não somente uma função, pode ser exercido por quem não possua cargo efetivo, trata-se do comissionado. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 617.

Pública, as remunerações e os subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos e a proibição de acumulação remunerada dos cargos, empregos e funções abrangendo autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, direta ou indiretamente. Excepcionalmente, o artigo 37, XVI, da Carta Constitucional criou a possibilidade de conjugar a remuneração de dois cargos de professores, a de um cargo de professor com outro técnico ou científico e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Destaca-se que a expressão cargo inserido no inciso XVI, do art. 37 da CF/88, possui um alcance hermenêutico amplo que incorpora a função pública e o emprego público, conforme já decidiu o STF: “É possível a acumulação de um cargo de professor com um emprego (celetista) de professor”¹⁰.

Quando a pauta temática reside na acumulação de cargos *lato sensu*, aumenta-se a margem para discussão e divergências espelhadas nas jurisprudências e nas doutrinas, corroboradas pelas especificidades experimentadas por cada Administração.

Como é óbvio, o direito administrativo é um ramo estrutural do ordenamento jurídico do Estado extremamente amplo, sobretudo, passando à análise dos agentes públicos e a lotação nos seus respectivos cargos, tem-se que o direito ao trabalho é uma conquista indissociável aos direitos fundamentais, pois através da estabilidade, protege o servidor na execução do trabalho livre de qualquer intolerância de cunho social, cultural, político, moral e religiosa dos seus superiores hierárquicos, a fim de atender os interesses públicos com cordialidade e eficiência. Por isso, os estudos deste trabalho delineiam a verificar a possibilidade da acumulação de cargos no magistério superior, sobretudo, quando o professor assume o cargo de dedicação exclusiva.

3. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A acumulação de cargos é uma medida excepcional, que permite o funcionário público exercer simultaneamente dois serviços remunerados e com compatibilidade de horário.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 169.807, 2ª. T., rel. Min. Carlos Velloso, v.u., julg. 24.06.1996, DJU, Seção 1, de 08.11.1996, p. 944.

3.1. HISTÓRICO DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS NO MAGISTÉRIO

Na história das Constituições regidas no Brasil, a primeira, Constituição Imperial, de 1824, foi omissa ao tratar de acúmulo ou proibição de agentes públicos na administração pública. Mas a Constituição de 1891 foi pioneira ao proibir expressamente o acúmulo de cargos públicos junto a Administração, sem conter ressalvas, preconizava o artigo 73: “Os cargos públicos ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.¹¹

A constituição de 1934, começou a flexibilizar, ainda que, uma medida excepcional, a possibilidade de acumulação de cargos de magistérios e técnico-científico observando a gerência das cargas horárias, assim era a previsão do artigo 172, “É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios. §1º Excetuam-se os cargos de magistério e técnico-científico, que poderão ser exercidos cumulativamente, ainda que por funcionário administrativo, desde que haja compatibilidade dos horários de serviço”¹². Através desta leitura autoriza-se extrair a permissão para o professor e para o técnico-científico, independentemente de qual esfera administrativa esteja inserido ou qual o grau de ensino lecionava de atrair para si, outro cargo de professor ou técnico-científico. Embora, o parágrafo constitucional não tenha especificado na conjunção aditiva “e”, compreende-se favorável o acúmulo de dois cargos de professores, ou dois cargos técnico-científicos, ou uma de professor com outro de técnico-científico. À margem de uma interpretação estrita dever-se-ia conter a preposição “com”, de maneira que seria uma de professor com uma de técnico-científico, raciocínio inviável.

Não obstante, a Constituição de 1937, artigo 159, vedou a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios. No período de elaboração da Constituição de 1946 surgiram várias divergências a respeito de mitigar expressamente a vedação de acumulação de cargos para algumas áreas. José Cretella Junior leciona que três correntes formaram-se a respeito.

A primeira, contrária ao acúmulo de cargo público, fortalecia o entendimento da Constituição de 1937, ou seja, para cada pessoa um ofício:

Não obstante antigo, é sem dúvida alguma dos mais palpitantes capítulos do direito público, inscrevendo-se, no Brasil, entre os que maior atenção têm despertado da parte dos tratadistas pelo enorme interesse prático de que se reveste. A primeira

¹¹BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, DF, 1891.

¹² BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1934

tomou posição contrária à possibilidade de acumular cargos públicos. É conhecido o antigo e sistemático combate que lhe moveram, em Portugal e no Brasil, legisladores, estadistas, escritores, merecendo ser citadas as autoridades do orador sacro Padre Antônio Vieira e por José Bonifácio de Andrada e Silva. José Bonifácio na mesma linha afirmava: “... pelos quais se proíbe que seja reunido em uma só pessoa mais de um ofício ou emprego e vença mais de um ordenado” Decreto de 18.6.1822, trecho referendado por José Bonifácio.¹³

A segunda corrente, defendida por Rui Barbosa era favorável a acumulação de cargos remunerados, sem ressalvas, sustentava em sua tese a remuneração vil dos funcionários públicos e como consequência a falta de estímulo para o exercício da função com qualidade:

Num país de vida caríssima, em que o Estado não pode remunerar os seus funcionários de acordo com as condições do mercado de trabalho, é absurdo vedar as acumulações remuneradas pelo orçamento público, somente porque são remuneradas. Donde resulta que o Estado ou tem funcionários mal pagos, que se atrofiam na função e ficam impossibilitados de tentar outro meio de vida, ou dá azo, pelo menos, a que muito deles apenas finjam cumprir o dever funcional e realmente dediquem a maior parte do tempo a profissões liberais lucrativas. Num país de escassas aptidões técnicas, semelhante proibição é uma porta aberta às incompetências.¹⁴

O terceiro posicionamento adota uma visão ponderada entre as correntes anteriores, defendendo a acumulação de dois cargos, funções ou empregos públicos, desde que respeitados algumas limitações, “o motivo reside em que, tratando-se de país novo, com poucos técnicos em certas especialidades, há maior conveniência para o bem público que se permita a acumulação”¹⁵. Com amparo nestes argumentos adveio o artigo 185 da Constituição de 1946, que, nos estudos de Corsíndio Monteiro da Silva,

[...] conscientizou-se de que havia necessidade de se permitir que o funcionário público capaz, de real mérito, pudesse ser aproveitado no exercício de cargo ou função de magistério, à vista da carência de pessoas aptas para darem aulas, ministrarem conhecimentos às crianças, aos jovens em todo este imenso território nacional.¹⁶

A denominação “acumulação de cargos” foi aprimorada na Constituição de 1946 e influenciou as Constituições Federativas sucessivas, que dispôs no artigo 185, “é vedada a acumulação de quaisquer cargos, exceto a prevista no art. 96, I, e a de dois cargos de

¹³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 146-387. Apud, Alaim de Almeida Carneiro, ‘A acumulação de cargos públicos’, in RDA 10:353 e Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, p. 226.

¹⁴ CAVALCANTE, Joubert de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Empregado Público**. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014, 144.

¹⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 211.

¹⁶ SILVA, Corsíndio Monteiro da. **Das razões de se acumularem cargos públicos**. Brasília: Regional, 1989, p. 15.

magistério ou a de um deles com outro técnico ou científico, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horários”¹⁷.

Abrangeu, portanto, a acumulação de dois cargos de professores, ou um de professor com um cargo técnico, ou um de professor com outro científico, mas o constituinte condicionou dois critérios objetivos, quais sejam, a correlação de matérias e a compatibilidades de horários. Ademais, não viabilizou a acumulação de dois cargos de técnico, ou dois cargos de científico, ou um cargo de técnico com um cargo de científico.

A regra da não acumulação de cargos remunerados permaneceu na Constituição de 1967, mas a exceção ganhou novos contornos, autorizando desta vez, a conjugação de um cargo de juiz e um de professor, e no mesmo diapasão, consentiu a acumulação remunerada de dois cargos privativos de médicos. Sendo reiterada na Emenda Constitucional de 1969, aludida no artigo 99, “é vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto: I – a de juiz com um cargo de professor; II – a de dois cargos de professor; III – a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou IV – a de dois cargos privativos de médico”.¹⁸ Em qualquer das exceções que possibilitavam o acúmulo de cargos elencadas nos referidos incisos estavam condicionadas às compatibilidades de horários e correlação de matérias.

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgado em 1988, aos cuidados do art. 37, XVI, veda a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários: 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 saúde com profissão regulamentada. Ainda, o artigo 95, parágrafo único, veda ao juiz exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério. O artigo 128, §5º, II, reitera a exceção para o ministério público.

A nova ordem constitucional incluiu no inciso, XVII, do artigo 37, um rol de entidades administrativas descentralizadas¹⁹, antes utilizadas pelos funcionários para burlar o sistema de vedações de acumulação de cargos, agora ampliando as mesmas condições às autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

¹⁷BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1946.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁹ É inconstitucional a acumulação de emprego em duas empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou em uma sociedade de economia mista e uma empresa pública. Vide: ADI 1.770-DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, em 11.10.2006 (Informativo STF nº 444, out. 2006).

3.2. VEDAÇÕES A ACUMULAÇÃO

A regra da inacumulabilidade encontra sua força argumentativa nos princípios da eficiência e da moralidade dos agentes que atuam na administração pública. Cristina Fortini e Edimur Ferreira de Faria, asseveram que:

A despeito de a regra contra a acumulação remontar a período da história política brasileira em que não se reconhecia a importância que hoje recobre o princípio da eficiência, é indiscutível que àquela época já se observava a impossibilidade, como regra, de conciliar a boa atividade com a assunção de várias funções. Era o germe do princípio da eficiência, da boa administração, que se delineava.²⁰

As principais condutas praticadas com a falta de regulamentação das acumulações deliberadas de cargos decorrem do abuso predisposto dos funcionários atuarem em dois lugares ao ‘mesmo tempo’, tornando-os onipresentes, permitindo também a troca de favores entre os servidores através de cabide de empregos, fomentar-se-ia, ainda, a ideia de falsa eficiência da administração pública. Ao revés, refletiriam em inúmeros encargos negativos para a administração pública, seus funcionários e o interesse da coletividade que dependem direta ou indiretamente da prestação de serviços.

Nesse lastro, teríamos uma potencial probabilidade de violar a moralidade pública, porque o dever de probidade e imparcialidade do administrador público enfraqueceria diante da qualidade na prestação de serviço ao administrado, como se sabe o acúmulo de atividades em determinados setores aumenta profundamente o nível de estresse do trabalhador, seja pelo cansaço físico, seja pelo desgaste psicológico. Outra consequência consiste na possibilidade de esquecimento do princípio da eficiência, por este, o Estado deve produzir bem, com qualidade e com menos gastos, “deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas”²¹.

Uma prestação eficiente é aquela realizada de forma ligeira e econômica, mas com um olhar atento no melhor desempenho funcional exercido e o resultado desencadeado no âmbito estrutural da administração e dos seus administrados. A observação da eficiência demonstrou nas últimas décadas uma força imprescindível para a Administração Pública que se tornou um princípio expresso na CF/88 com o advento da EC 19/98, ao incluí-la no artigo 37, caput, “A

²⁰ FARIA, Edimur Ferreira de; FORTINI, Cristiana. Acumulação de cargos remunerados, de cargo e proventos, de cargo e pensão e de proventos e pensão. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2 ed. ver. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 73-91 e p. 74.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 31.

administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de (...) eficiência”.²² Mesmo antes da inclusão deste princípio na CF/88, o artigo 6º, §1º, da lei já definia que a eficiência era preceito essencial para que a prestação de serviços públicos fosse considerada adequada.

Antes da emenda constitucional n. 19/98 ressaltar categoricamente a eficiência na Administração Pública direta ou indireta a doutrina fazia alusão ao princípio de ordem implícita na prestação funcional do Estado, cuja obtenção da atividade administrativa deve ser dirigida com a máxima qualidade e o mínimo custo. À guisa desse entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro consigna que:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.²³

Para a devida evolução do termo a Constituição Federal delineou a aplicação concreta do princípio da eficiência. v.g. o artigo 37, §3º, da CF/88, define que:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: as relações relativas à prestação dos serviços público em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação interna e externa da qualidade do serviço.²⁴

A Lei 12.527/11, denominada de lei de acesso à informação, viabiliza ao usuário à fiscalizar a prestação de serviço realizada pelo Estado de forma que a ocorrência de eventuais vícios e erros propagados poderão ser amenizados pela Administração. Outrossim, quando os usuários do serviço tecem avaliações negativas em relação a ineficiência da prestação da atividade administrativa, poderá ensejar na responsabilidade civil do Estado, pois a execução de um serviço sem qualidade torna-o inóspito e sem utilidade.

Outra colaboração com a inclusão da EC 19/98 está na alteração do artigo 41 da Carta Magna, instituindo a avaliação periódica de desempenho dos seus servidores, mesmo depois da aquisição da estabilidade, efetivando a aplicação do princípio da eficiência. Com efeito, o funcionário público além de galgar uma aprovação em todas as etapas do concurso público,

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

terá que obter êxito também em uma avaliação especial de desempenho, para que a inclinação do princípio da eficiência não seja apenas uma ideologia no plano teórico.

Em suma, o serviço ineficaz atrai para a Administração Pública um quadro de indenizações sob a ótica da responsabilidade civil do Estado em razão da má prestação de serviços, obstrui a regular prestação ininterrupta da atividade administrativa e ofusca a satisfação das necessidades coletivas.

Na cátedra do eminente administrativista professor José dos Santos Carvalho Filho²⁵, “o fundamento da proibição é impedir que o acúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência. O Constituinte quis também impedir a acumulação de ganhos em detrimento da boa execução das tarefas públicas.”

Nessa toada, a ínclita Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Cármen Lúcia, tem se mantida convicta da tese da aplicabilidade da regra da inacumulação de cargos remunerados insculpida no artigo 37, XVI, da CF/88 em harmonia com o princípio da eficiência:

Tem-se afirmado ser a inacumulatividade de cargos e empregos públicos um princípio que informa o regime jurídico dos servidores público. Princípios parecem ser o da igualdade jurídica dos administrados e o da moralidade, além de se ter como critério de avaliação do pleno atendimento do interesse público o da eficiência, agora posto, expressamente, como determinante da Administração (art. 37, caput, da Constituição da República, com a norma introduzida pela Emenda nº. 19/98). Aqueles princípios são desdobrados e postos à concretização pela regra da inacumulabilidade.²⁶

Aliás, diga-se, em tempo, que neste julgado a Ministra Cármen Lúcia tece fundamentos ao princípio da igualdade de acessibilidade aos cargos públicos:

A inacumulabilidade parece-me, portanto, ser regra a tornar concretos os princípios da acessibilidade de todos os habilitados e interessados em particular da gestão da coisa pública e da igualdade de oportunidade de todos em ascender os cargos que compõem os quadros da Administração. Ademais, pela inacumulabilidade, o interesse público de ter o serviço bem prestado e a moralidade na escolha e desempenho dos servidores públicos são mais bem atendidos.²⁷

A regra que proíbe a acumulação de cargos remunerados contempla o princípio da igualdade que integra o Estado Democrático de Direito, permitindo o acesso qualificado de funcionários nos cargos, funções e empregos públicos, e credencia novas habilidades técnicas

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 669.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁷ O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se trata de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, à luz do que preconizam os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição (STF, RDA, 199:121).

com pessoas diferentes nos quadros da administração. Quanto maior for o número de cidadãos participando da administração melhor para o serviço público e para a sociedade pelo fato de concorrer com mais pessoas na condução da coisa pública²⁸. Mas, a regra deve ser ponderada quanto a alguns cargos aptos a acumulação em razão da natureza do trabalho que os profissionais desempenham na sociedade e da necessidade de determinada qualificação profissional para o cargo ocupado, como a carreira de magistério nas instituições de ensino superior, claro, desde que observada a compatibilidade de horário para o exercício dos dois cargos independentemente da correlação de matérias.

3.3. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NO MAGISTÉRIO

No âmbito educacional a Carta Magna autoriza expressamente no artigo 37, XI, 'a', a acumulação de dois cargos de professores, condicionando esta exceção à compatibilidade de carga horária. Trata-se de norma constitucional de eficácia plena e de aplicação imediata, sem possibilidade de restrição de qualquer outra norma de caráter infraconstitucional, sobretudo, pareceres, decretos ou regulamentos, vale dizer, se o comando constitucional impôs restrições tão somente à compatibilidade da carga horária qualquer outro impedimento será eivado de inconstitucionalidade.

Notem-se as ementas selecionadas, em ordem cronológica, cuja *ratio decidendi* implica na simples acumulação de cargos de magistério sem o regime de dedicação exclusiva e com compatibilidade de horários.

No início da década de 1980, mais precisamente no dia 18 de dezembro de 1981, o plenário do Superior Tribunal de Justiça na lavra do relator Ministro Cunha Peixoto encerrou a polêmica concernente ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 26, §3º da lei 4.881-A/65, que permita a um professor exercer dois magistérios em universidades diferentes e o proíba no mesmo estabelecimento:

EMENTA: Magistério superior. Acumulação de dois cargos de magistério na mesma universidade ou estabelecimento isolado. Lei 4.881-A, art. 26, §3. Inconstitucionalidade. Constituição Federal/46, art. 185. – A norma constitucional de 1946, art. 185, então vigente, não distinguia entre acumulação no mesmo ou em estabelecimentos diversos, **não sendo lícito ao legislador ordinário restringir essa**

²⁸ FARIA, Edimur Ferreira de; FORTINI, Cristiana. Acumulação de cargos remunerados, de cargo e proventos, de cargo e pensão e de proventos e pensão. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2, ed. ver. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 73-91 e p. 75.

disposição. Inconstitucionalidade do art. 26, §3º da Lei 4. 881-A/65. Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifo nosso).²⁹

Na época, com brilhantismo e dedicação, o relator Cunha Peixoto realizou um estudo sistemático do ordenamento jurídico para apreciar o elevado grau de inconstitucionalidade do texto de lei, quando frisou que a Constituição Federal regida naquele período, não poderia sofrer limitações por lei infraconstitucional, pois as únicas restrições no tocante a acumulação remunerada de dois cargos de professor, advinham da própria Constituição, quais sejam, correlação de matérias e compatibilidade de horário.

Nessa esteira, o fundamento do reluzente voto do relator mobilizou a maioria dos ministros que compunham a sessão do Supremo Tribunal Federal, porque não permitiram que a Constituição autorizasse a um professor exercer dois magistérios em universidades diferentes e o proíba no mesmo estabelecimento, vez que segundo o ministro, esta interpretação vai “contra a lógica e o bom senso, motivos bastantes para não ser acolhida a interpretação restrita que entrave a realização do objetivo visado pelo texto, e o § 3º, do art. 26 da Lei nº 4.881-A/65, sobre ter esta falha, vai de encontro à letra e ao espírito da Constituição³⁰.”

Em 1996 o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de acúmulo dos cargos de professor estatutário com um emprego de professor celetista:

A possibilidade de acúmulo dos cargos de professor não impõe o exercício de emprego celetista de professor, tal como já decidiu o STF: “Constitucional. Servidor público. Acumulação: cargos e empregos. CF, art. 37, XVI e XVII. I. - **É possível a acumulação de um cargo de professor com um emprego (celetista) de professor.** Interpretação harmônica dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal. II. RE não conhecido. (grifo nosso).³¹

A propósito, em 2008, o Tribunal de Justiça de Minas Gérias, ainda aplicou corretamente a interpretação do artigo 37, XVI, ‘a’, da CF/88, ao decidir que não configura abusividade a função do magistério público acumulada com o cargo de vice direção de escola estadual, desde que compatível a carga horária das atividades desempenhadas:

EMENTA: Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Funções de Professor e de Vice-diretor de escola estadual. Exercício em turnos diferentes.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 77.725-3- RJ – Rel. Min. Cunha Peixoto. Recl. Walter do Couto Pfeil. Recdo: UFRJ, j. 18/12/1981.

³⁰ Idem; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RE. 77.725-3- RJ.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 169.807, 2ª. T., rel. Min. Carlos Velloso, v.u., julg. 24.06.1996, DJU, Seção 1, de 08.11.1996, p. 944.

Compatibilidade de horários. O art. 3º da Lei Estadual nº 7.109/77, o art. 4º, I, "a", da Lei Estadual 9.381/86 e o art. 2º da Lei Estadual nº 9.938/89 incluem como função do magistério público, específica do cargo de professor, a Vice-Direção de escolas do Estado de Minas Gerais. A Resolução nº 841/2006, da Secretaria de Estado de Educação (f. 28/38-TJ), que dispõe sobre a designação para o exercício de funções públicas na rede estadual de ensino, não veda o desempenho das funções de um cargo de professor e o exercício de Vice-direção, quando haja compatibilidade de honorários, uma vez que impõe dedicação integral e exclusiva somente ao servidor designado para a função de Diretor de escola (art. 44). **O instituto da vedação da acumulação de cargos públicos é moralizador. Veio para impedir abusos, mas não para afastar os mais qualificados, que tenham condições de cumprir dois turnos e dois cargos.** Confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (grifo nosso).³²

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de relatoria da Desembargadora Ângela Catão considerou que a atividade de orientador de aprendizagem, desempenha atribuições correlatas com a de professor:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFESSOR E ORIENTADOR DE APRENDIZAGEM. CF, ART. 37, XVI, LETRA "B". COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ACUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA (8) 1. Não há que se falar em inadequação da via eleita por suposta ausência de prova pré-constituída sobre as atividades atinentes ao cargo de orientador de aprendizagem, o que, alegadamente, impediria a análise da demanda se, nas próprias informações prestadas, a Autoridade descreve minuciosamente as atividades do cargo público. Preliminar rejeitada. 2. A Constituição Federal veda a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos, permitindo, contudo, quando houver compatibilidade de horários, a cumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI, "b"), ou de dois cargos de professor (art. 37, XVI, "a"). **3. Cargo técnico ou científico, para o qual é permitida a acumulação com um cargo de professor, é aquele para cujo exercício seja indispensável e predomine a aplicação de conhecimentos científicos ou artísticos de nível superior de ensino.** 4. **Independentemente do ângulo que se analise, seja por ser equiparável ao cargo de professor, seja por ser cargo técnico, é constitucional a acumulação de cargos de professor e de orientador de aprendizagem, no caso, haja vista a compatibilidade de horários.** 5. Apelação e remessa oficial não provida. (grifo nosso).³³

No entanto, a regra de acumulação de cargos no magistério superior no regime de dedicação exclusiva, tornou-se pauta de divergências nos tribunais superiores, o que gera instabilidade e insegurança jurídica para o corpo docente das instituições de ensino superior.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível / Reexame Necessário Nº 1.0702.07.403165-0/001- Comarca De Uberlândia - Remetente: Jd1 V Faz Publ autarquias Comarca Uberlândia - Apelante(S): Estado Minas Gerais – Apelado (A)(S): Ricardo Luiz Silvério – Autoridade coatora: Diretor Escola Estadual Bueno Brandão, Supte Reg Ensino Uberlândia - Relator: Exmo. Sr. Des. Almeida melo. Julg. 24/07/2008; Data Da Publicação: 05/08/2008.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Ac 00050335120064013700, Rel. Desª. Ângela Catão, TRF1 - Primeira Turma, E-Djfl Data: 07/07/2014, p. 58.

Na Universidade Federal de Uberlândia um professor que trabalhou 16 anos no regime de dedicação exclusiva por haver exercido a advocacia em 08 causas judiciais sofreu uma sanção de improbidade administrativa com aplicação de perda, em definitivo, da gratificação em razão do exercício da dedicação exclusiva e multa civil arbitrada em R\$ 3.000,00. Após anos de angústia, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar os fatos, considerou sob a ótica da razoabilidade, que a conduta do servidor não acarretou prejuízo ao erário público, vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA PROBATÓRIA. ÔNUS DO AUTOR. ART. 333 DO CPC. CONDUTA ÍMPROBA NÃO CONFIGURADA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ATIPICIDADE. IMPUTAÇÃO SUJEITA A MEDIDAS E/OU SANÇÕES NA SEARA ADMINISTRATIVA. RECURSO PROVIDO. 1. Hipótese em que o recorrente, professor universitário em regime de dedicação exclusiva, patrocinou 8 causas judiciais em 16 anos de magistério. O acórdão recorrido, mesmo reconhecendo não haver prova da contraprestação pecuniária pelo patrocínio das ações, entendeu que o ônus de provar a ausência de remuneração competia ao réu. **Também restou consignado no acórdão que a conduta do recorrente não implicou prejuízo para a instituição pública, tendo em vista que cumpria integralmente sua jornada de trabalho e era dedicado à instituição federal de ensino. 2.** Incumbe ao autor da ação de improbidade o ônus da prova sobre os fatos imputados ao suposto agente ímprobo. **3.** Ainda que superada a ausência de prova da infração ao preceito normativo que veda o exercício de outra atividade remunerada, o exame das normas que tratam do regime de dedicação exclusiva e da cumulação de cargos públicos conduzem à compreensão de que o fato imputado ao recorrente constitui infração administrativa sujeita a medidas e sanções na seara administrativa, mas não ato de improbidade. **4.** O art. 133, § 5º, da Lei 8.112/90, constitui critério de interpretação para desqualificar a conduta atribuída ao recorrente como ímproba. **5.** Embora a conduta atribuída ao recorrente seja irregular, pois não precedida de autorização, o permissivo normativo conduz à compreensão de não ser razoável qualificá-la como ato de improbidade por ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei 8.429/92). **6.** Recurso provido para reformar o acórdão recorrido e, em consequência, julgar improcedentes os pedidos formulados na ação de improbidade.³⁴

Como se notou, o insigne julgador, inclinou-se propício apenas à inexistência de ato de improbidade administrativa³⁵ do professor universitário, mas desfavorável ao acúmulo de cargo de magistério com dedicação exclusiva. Provavelmente, nesta testilha, o professor universitário ficou aliviado por evitar a perda do cargo, no entanto, não pôde comemorar o *ratio decidendi* do acórdão.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.314.122 - MG (2012/0055889-0).

³⁵ Em situação semelhante o TRF da 4ª Região proveu apelação interposta por servidor demitido em caso de acumulação de boa-fé, decidindo que “a só existência de processo administrativo para a apuração de acumulação indevida de cargos não autoriza a demissão do funcionário, fazendo parte da garantia legal o direito de opção por um dentre os vínculos”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. Ap. em MS nº 90.04. 2 1 522-0-SC, 1 Turma, Rel. Ari Pargendler, DJ de 23.10.1991.

4. O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA NO MAGISTÉRIO E SUAS VARIANTES

Para concretizar as diretrizes do artigo 250 da Constituição Federal, que tutela a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho³⁶, será importante valorizar a carreira dos profissionais que dedicam suas vocações, ensinar, sem restringir suas conquistas.

4.1. O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

Na evolução intelectual, o ensino superior é a etapa mais próxima entre a sala de aula e a qualificação do estudante para o mercado de trabalho. A figura da sala de aula retrata o cenário de uma clássica orquestra filarmônica, o professor no papel de maestro e os alunos, seus regidos. Aliás, a arte de educar ultrapassa os limites reservados à mera teoria que será abordada em sala de aula, pois os discentes veem no professor uma personalidade múltipla, além de educador, um amigo, um irmão, um apoio emocional, corroborando, portanto, ao pleno desenvolvimento dos discentes.

A nobre vocação de educador encontra alguns dos seus desafios na má remuneração da hora-aula, péssimas estruturas físicas das salas de aula e até mesmo na indisciplina de alguns discentes. Para amenizar esse paradoxo e efetivar o artigo 250, da CF/88, foram criados planos de incentivos sócio-econômicos para a carreira de magistério no ensino superior, como o regime de dedicação parcial, o regime de dedicação exclusiva e o regime de dedicação integral, gratificando o docente de acordo com o vínculo estabelecido na instituição de ensino superior.

A legislação não é clara e categórica no que tange a distinção entre os regimes de trabalho de educador, salvo a carga horária de trabalho. Por isso, a Administração Pública esforça-se para nortear as atribuições associadas a cada regime optado pelo professor. Ao definir o regime de dedicação exclusiva, a Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) o fez no seguinte teor: “A dedicação exclusiva nada mais é do que um regime de trabalho; assim, quando se fala em regime de dedicação

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

exclusiva, não se está referindo a nenhum outro cargo público específico, mas a um regime de trabalho inerente ao cargo de professor, previsto em legislação específica”³⁷.

Ressalte-se que nos pareceres da Advocacia Geral da União há cotejos em relação a limitação da carga horária distribuída aos servidores públicos, sem distinguir o regime de trabalho dedicado ao magistério. Acerca do assunto, o parecer normativo nº. 145 estabelece o limite de 60 horas semanais de carga horária, incluindo neste período laboral, os servidores públicos que perfazem o acúmulo de cargos.

No entanto, a jurisprudência tem assegurado a aplicação imediata do artigo, 37, XVI, da CF/88, ao afastar a imposição da carga horária de trabalho dos servidores públicos através de pareceres considerados, segundo entendimento dos precedentes judiciais³⁸, faltarem respaldo jurídico o entendimento que considera ilícita a acumulação de cargos apenas por totalizarem um trabalho superior a sessenta horas de trabalho. Posto que, comprovada a compatibilidade de horários, não é suscetível limitar a jornada de trabalho, sob pena de incorrer na criação de outro requisito para acumulação de cargos sem previsão constitucional. Observe a jurisprudência:

³⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Processo nº 04500.000276/2005-21, datado de 14.05.2005 e aprovado pelo Secretário de Recursos Humanos do MPOG.

³⁸ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. ÁREA DE SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 37, XVI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. COMPROVAÇÃO. PARECER GQ-145 DA AGU. IMPOSIÇÃO DE LIMITE DE CARGA HORÁRIA SEMANAL DE 60 HORAS. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I – O art. 17, § 2º, do ADCT, bem como o art. 37, XVI, c, da Constituição Federal, alterado pela EC nº 34/2001, permitem a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas, desde que haja compatibilidade de horários. II Falta respaldo jurídico ao entendimento que considera ilícita a acumulação de cargos apenas por totalizarem uma jornada de trabalho superior a sessenta horas semanais. Ora, tanto a Constituição Federal, em seu art. 37, XVI, como a Lei 8.112/90, em seu art. 118, § 2º, condicionam a acumulação à compatibilidade de horários, não fazendo qualquer referência à carga horária. **Nestes termos, desde que comprovada a compatibilidade de horários, como de fato ocorreu no caso em análise, não há que se falar em limitação da jornada de trabalho, sendo que entendimento contrário implicaria, sem respaldo legal, criar outro requisito para cumulação de cargos.** O Parecer GQ-145 da AGU, de 30.08.98, não tem força normativa que possa preponderar sobre a garantia constitucional. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais. (TRF - PRIMEIRA REGIÃO, Processo: 200332000000039, PRIMEIRA TURMA, Fonte: e-DJF1 DATA: 24/6/2008, PÁGINA: 25. Relator. DES. FED. ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES). III – Não se vislumbra a incompatibilidade de horários, visto que o impetrante exerce no PAM RODOLPHO ROCCO o cargo de enfermeiro desde 07/07/80, cumprindo carga horária de 30 horas, em escala 12x60, das 7 às 19h; e no Hospital Universitário Clementino Fraga Filho/UFRJ foi admitido como enfermeiro em 11/05/1978 e cumpre carga horária de 40 horas semanais, em escala de 12x60 (das 19 às 7h). As declarações juntadas aos autos, embora digam respeito a apenas um mês específico (maio/2007), revelam que a alternância de datas e de turnos possibilitam que os horários nos dois cargos não se sobreponham, viabilizando a cumulação de cargos. Ressalva-se, contudo, a possibilidade de exigência de comprovação de compatibilidade de horários das respectivas jornadas de trabalho. IV – **O impetrante vem acumulando os dois cargos e desempenhando as mesmas funções há muitos anos, não havendo notícia, nos autos, de desídia no cumprimento de suas atribuições ou de qualquer prejuízo para a Administração Pública.** V – Apelação e remessa necessária improvidas.

É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. **Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo Constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma.** O Tribunal *a quo*, ao afastar o limite de horas semanais estabelecido no citado decreto, não ofendeu qualquer dispositivo constitucional, razão por que conheço do recurso e nego-lhe provimento (grifo nosso).³⁹

Não descurando sobre os regimes de trabalho do magistério, é apropriada a distinção advertida por Hely Lopes Meirelles:

A diferença entre o regime de tempo integral e o de dedicação plena está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste **(regime de dedicação plena)**, o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, **mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena.** No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em **regime de dedicação plena só poderá exercer a advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra, para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares.** (grifo nosso).⁴⁰

Depreende-se do acima exposto que o professor de instituição de ensino superior que se dedica ao regime exclusivo tem a prerrogativa de exercer outra atividade de magistério na mesma instituição ou outra de ensino, se compatíveis os horários, conforme a interpretação que se faz do artigo 37, XVI, da Carta Magna. Nesse pensamento, afasta-se a ideia de proibir o professor de acumular outro cargo, emprego ou função pública de magistério. Exclui-se também, a possibilidade do educador ficar adstrito à instituição de ensino superior a ele vinculada, ainda que ultrapasse a carga horária atribuída ao regime dedicado.

Em suma, a Universidade ou Faculdade que o professor leciona, sob o regime de dedicação exclusiva, poderá exigir, tão somente, o cumprimento do horário limite previsto para o desempenho do cargo.

Antes de a atual Constituição Federal vigorar foi editado em 23 de Junho de 1987 o Decreto nº 94.664, regra infraconstitucional que proíbe o professor submetido ao regime de

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 351.905, 2ª T, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 24.5.2005, Dj 01.07.2005.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 401- 403.

dedicação exclusiva exercer, simultaneamente, outra atividade remunerada, seja ela pública ou privada. Está, assim, demarcada no artigo 14, I, do Decreto 94.664/87, *in verbis*:

Art. 14. O Professor de carreira do Magistério será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I – dedicação exclusiva, com obrigação de prestar 40 (quarenta) horas semanais de trabalho em 2 (dois) turnos diários, completos e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada;

II - tempo parcial de vinte horas semanais de trabalho.⁴¹

Décadas depois a Lei 12.772, de 28 de dezembro de 2012, dispôs sobre a estruturação do Plano de Carreiras e cargos de Magistério Federal, e sem qualquer força expressiva, reitera *ipsis litteris* o conteúdo normativo do Decreto 94.664/87, que aqui se reputa pertinente revelar:

Art. 20. O Professor das IFE, ocupante de cargo efetivo do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I - 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, com dedicação exclusiva às atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão institucional; ou

II - tempo parcial de 20 (vinte) horas semanais de trabalho.⁴²

Desta forma, não figurando o desempenho de outro cargo de professor dentre as hipóteses elencadas legalmente, como no regime de tempo parcial, é vedada a acumulação, independentemente da flexibilidade da carga horária do agente público. Segundo parcela dos tribunais⁴³, a operabilidade deste decreto, é uma opção do funcionário público, que recebe gratificação adicional ao salário base como recompensa pela exclusividade, denota-se que aderir ao regime de dedicação exclusiva não é uma imposição da Administração Pública, mas uma escolha espontânea feita pelo professor. Para ilustrar, exemplificam-se os argumentos expendidos nos tribunais:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. DECRETO Nº 94.664/87. ACUMULAÇÃO DE

⁴¹ BRASIL, **Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987**. Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D94664.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2016.

⁴² BRASIL. **Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987**. Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D94664.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2016.

⁴³ Acrescenta-se o entendimento: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXERCÍCIO DE CARGO DE PROFESSOR, SOB O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA COM OUTRO CARGO DE MAGISTÉRIO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ. Possibilidade de reposição ao Erário dos valores indevidamente percebidos, no montante de cinquenta e quatro mil, duzentos e quarenta e dois reais e catorze centavos, percebido na Autarquia impetrada. BRASIL. Tribunal Regional Federal. Ap. Proc. n. 200681000190327 UF-CE, Órgão Julgador: Terceira Turma: Rel. Des. Vladimir Carvalho.

CARGOS. IMPOSSIBILIDADE. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. BOA-FÉ NÃO CARACTERIZADA. COMUNICAÇÃO PRÉVIA. EXISTÊNCIA.

1. O impetrante exercia o cargo de professor do 1º e 2º graus do CEFET em regime de dedicação exclusiva, sendo vedada sua acumulação com qualquer outro cargo, independentemente da compatibilidade de horários, nos termos do art. 15, I, do Decreto no 94.664/87. 2. A dedicação exclusiva regulamentada pelo Decreto no 94.664/87 não afronta o disposto no art. 37 da Constituição Federal, por apresentar-se como opção a ser feita pelo professor, que recebe, inclusive, gratificação pela exclusividade. 3. Não deve ser reconhecida a boa-fé do impetrante para isentá-lo de repor ao erário os valores percebidos a título de dedicação exclusiva durante o período de acumulação indevida, porquanto a opção feita pelo servidor demonstra o conhecimento da vedação imposta pelo já referido Decreto. (grifos nosso).⁴⁴

Ainda, na Universidade Federal de Uberlândia, um professor sob o regime de dedicação exclusiva que exerceu a atividade de magistério concomitantemente com outra particular, teve que restituir ao erário público a percepção das gratificações, observe a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PARTICULAR CONCOMITANTE. INCOMPATIBILIDADE. ART. 31, §5º, "A", DA LEI 8.429/92.

I - O exercício de atividade pública em regime de dedicação exclusiva, previsto no art. 31, § 5º, da Lei 8.429/92, atente ao interesse público gerando direito ao pagamento de gratificação.

II - O desenvolvimento concomitante de atividades particulares pelo agravante que já exerce o cargo público de **Professor Universitário da UFU "com dedicação exclusiva"** indica a ilegitimidade do recebimento da respectiva gratificação. (Lei 8.429/92).

III - Agravo de instrumento desprovido. (grifos nosso).⁴⁵

De outra banda, o aspecto curioso é que, há uma parcela de julgadores que se opõem às medidas restritivas que proíbem a acumulação de cargos quando o professor está inserido no regime de dedicação exclusiva. Esse posicionamento corresponde ao preceito constitucional intencionada pelo poder constituinte originário, assim que, excepcionou aos educadores, a possibilidade de desempenhar sua atividade concomitantemente com outro cargo público. Assevera que:

[...] exercia, lícitamente, as funções no cargo de professora da Universidade Federal Fluminense – UFF [...] Carta Federal de 1988, prevê em seu artigo 37, inciso XVI, letra ‘a’ ser legítima a acumulação de dois cargos de professor, respeitada a compatibilidade de horários (fl. 56). [...] a pretensão que parece emanar do que foi decidido no processo administrativo de que a Legislação Federal além da questão da

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo. Processo: 200781000080885 UF: CE Órgão Julgador: Primeira Turma.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. AG 2006.01.00.036034-5/MG, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, DJ p.44 de 10/08/2007.

carga horária plena de 40 horas, impediria qualquer outra atividade do professor, esbarra no permissivo constitucional citado, o que caracteriza não ter havido recepção pela Norma Maior, que só menciona o respeito à compatibilidade de horários (fl. 56). [...] **o Supremo Tribunal Federal apreciando caso semelhante ao que aqui se examina, mas em hipótese mais radical, considerou não haver ilicitude no fato de um professor no regime de dedicação exclusiva exercer função gratificada.** (fls. 56-57).⁴⁶

Com maior rigor, Luiz Vicente Cernicchiaro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em voto pioneiro trouxe uma visão segundo o qual deve prevalecer a supremacia da constituição, *in casu*, o inciso XVI, 'a', da CF/88, em detrimento de norma infraconstitucional de cunho restritivo.

RESP. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. CARGO. CUMULAÇÃO. A HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS AFASTA A VIGÊNCIA DE LEI QUANDO CONTRASTAR COM A CARTA POLÍTICA. ESTA ADMITE A CUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR, QUANDO HOVER COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS (CF/1988, ART. 37, XV, "A"). **O ATUAL REGIME DE TRABALHO (DEDICAÇÃO EXCLUSIVA), POR SI SÓ, NÃO É OBSTÁCULO.** EVIDENTE, DEVERÁ CONFERIR A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀS DUAS DISCIPLINAS NO TOCANTE AO HORÁRIO. (grifos nosso).⁴⁷

Nessa oportunidade, foi analisado pela sexta turma do STJ, de Relatoria do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, o recurso nº 97.551 interposto pela Universidade Federal de Pernambuco o qual alude que o recorrido, professor universitário, ocupa cargo de magistério com dedicação exclusiva, no sentido que o impediria de exercer outro cargo ou emprego e contrariar o disposto no artigo 14, do Decreto n. 94.664/67. Assim, o relator com sábia parcimônia, houve por bem em acenar a valorização da função constitucional, concebendo a ideia de que, “a hierarquia das normas jurídicas afasta a vigência da lei em contrastar com a carta Política. Esta, evidente, visou suprir a notória falta de professores, em parte, consequência do lamentável abandono da educação, no Brasil⁴⁸”. Urge destacar que o mesmo raciocínio vale para o §2º, art. 20, da Lei 12.772/12, ao impedir o professor submetido no regime de dedicação exclusiva de exercer outra atividade remunerada, pública ou privada.

O espírito da Lei de diretrizes e bases da educação nacional⁴⁹, no capítulo específico

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 203.066, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ 7.5.1999.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Previsão disposta na 6ª. Turma do Eg. STJ, quando do julgamento do RESP nº. 97.551-PE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, dec. Un. Pub. DJU 25.8.1997, p. 39.411.

⁴⁸Comentário do voto Min, do STJ, Relator Luiz Vicente Cernicchiaro do Resp nº. 97.551-PE. Pub. DJU 25.8.1997, p. 39.411.

⁴⁹ Segundo a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996: “**Art. 43.** A educação superior tem por finalidade: **I** - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; **II** - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a

da educação superior, contrasta com o Decreto n. 94.664/67 e a lei 12.772/12, que estabelece o estímulo do desenvolvimento da ciência e do pensamento reflexivo e a divulgação de conhecimentos culturais e científicos. Os postulados consolidados na Lei 9.394/96 coadunam com a realidade da educação brasileira, já ressaltada por Rui Barbosa, ao aderir na década de 1940 a acumulação de um cargo de professor com outro de emprego ou funções pública na docência, e mais recentemente, na lavra do Ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro, por decidir em defesa da acumulação de cargos no magistério superior, sendo um deles ministrado no regime de dedicação exclusiva.

Cumpre registrar que as instituições de ensino superior, segundo a o artigo 52 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional exigem uma quantidade mínima de professores com títulos acadêmicos de mestrado e doutorado:

As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral. Parágrafo único.⁵⁰

Ora, novamente as normas infraconstitucionais se contrapõem, pois punir o professor que empenha sua profissão no regime de dedicação exclusiva de ser remunerado porque leciona para outra instituição, exclui o caráter intransponível das instituições pluridisciplinares no que toca a formação dos quadros profissionais, dado que indispensável, no mínimo, um terço do corpo docente compor-se de mestres ou doutores, bem como um terço do corpo docente se dedicar ao tempo integral. Esse contexto, afeta tanto as cidades consideradas universitárias, quanto àquelas que têm apenas uma ou poucas instituições de ensino superior.

participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua; **III** - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive; **IV** - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação; **V** - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração; **VI** - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade; **VII** - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição; **Art. 52.** As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: **I** - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional; **II** - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; **III** - um terço do corpo docente em regime de tempo integral. **Parágrafo único.** É facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber.”

⁵⁰ BRASIL, **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2016.

Universidades, faculdades ou centros universitários localizados na mesma cidade, comumente, deparam-nas com a dificuldade de preencherem o quadro mínimo de especialistas *stricto sensu*, pois, alguns docentes que titulam mestrado ou doutorado, além de ocuparem determinada carga horária em outra IES, desenvolvem atividades extra-universitárias. Da mesma forma, educadores que dedicam a atividade na docência com exclusividade sentem-se proibidos, por norma infraconstitucional, de estender o magistério para outras IES, o que inviabiliza o crescimento multidisciplinar prosperado pelo Ministério da Educação.

No outro prisma, as cidades que comportam apenas uma instituição de ensino superior e aquelas mais afastadas das capitais também enfrentam o reduzido fluxo de mestres e doutores. No Brasil, as regiões norte e centro-oeste assolam um déficit de doutores, segundo o pró-reitor da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), “como as condições trabalhistas são iguais no Brasil inteiro não existe uma política que dê um diferencial mais sedutor ao Norte, aqui nunca é a primeira opção”.⁵¹

Observando o problema enfrentado pelas IES a Administração Pública tem mecanismos de índole constitucional para amenizar o problema eternizado na carência de mestres e doutores caso compreendessem a finalidade do acúmulo de cargos de magistério previsto no artigo 37, XVI, da Constituição Federal.

O histórico das titulações acadêmicas ainda não corresponde às estatísticas idealizadas pelo Ministério da Educação e da Cultura (MEC), pois os dados mais recentes⁵² do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), registra a existência de 2.368 instituições de ensino superior no Brasil, levando em consideração as universidades,

⁵¹A carência é maior nas Regiões Norte e Centro-Oeste. Apenas neste ano, as federais de Rondônia (Unir), Pará (UFPA) e Amazonas (Ufam) tiveram de reabrir concursos públicos para docentes por falta de inscritos qualificados. Não há dados nacionais sobre o tamanho do déficit de doutores e mestres, mas, para suprir a demanda, a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes) lançou em dezembro de 2008 um plano de estímulo a novos programas de pós-graduação. Uma comissão com representantes dos Ministérios da Educação, do Desenvolvimento e da Ciência e Tecnologia foi formada em julho de 2009 para implantar o Programa de Apoio à Pós-Graduação (PAPG), mas, até agora, poucas ações concretas foram tomadas. "Por causa do Reuni (programa do governo federal de expansão das universidades, lançado em 2003) foram abertas entre 10 mil e 12 mil vagas para professores. E nós queremos que todos sejam doutores", afirmou Ana Deyse Dorea, vice-presidente da Andifes. "O País não estava preparado e, em especial, os campus localizados no interior têm enfrentado dificuldades para preencher todas as vagas com doutores." Concorrência. Para universidades da Região Norte, a dificuldade na contratação de doutores piorou com a grande oferta de vagas em outras partes do País. "A gente enfrenta uma concorrência desleal. Como as condições trabalhistas (como salário) são iguais no Brasil inteiro e não existe uma política que dê um diferencial mais sedutor ao Norte, aqui nunca é a primeira opção", afirmou o pró-reitor de gestão da Ufam, Albertino Carvalho. Reportagem realizada por Luciana Alvarez, O Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,expansao-de-universidades-federais-amplia-deficit-de-professores-qualificados-imp-,547049>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

⁵²A última publicação do Censo da Educação Superior foi realizada no ano de 2014, disponível em: <http://portal.inep.gov.br/superior-censosuperior-sinopse>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

as faculdades, os centros universitários e institutos federais como o Centro Federal de Educação Tecnológica (Cefet), sendo 845 localizadas nas capitais e 1523 distribuídas no interior. Deste resultado, são 298 instituições públicas, 97 estruturadas nas capitais e 201 sediadas no interior. Quanto às privadas, há um número mais elevado de 2070 instituições de ensino superior, 748 delas estão nas capitais e 1322 situadas no interior, acompanhe a tabela:

Nº de Instituições de Ensino Superior - IES – 2014 (atualizado – 03/02/2016)			
	Total Geral	Capital	Interior
IES	2368	845	1523
IES Pública	298	97	201
IES Pública Federal	107	64	43
IES Pública Estadual	118	33	85
IES Pública Municipal	73	—	73
IES Privada	2.070	748	1322

O INEP apurou o número de abrangência nacional de docentes (em exercício e afastados) por organização acadêmica e grau de formação, assim obteve os respectivos resultados:

Nº de Docentes em Exercício e Afastados por Organização Acadêmica e Grau de Formação						
	Total	Sem Graduação	Graduação	Especialização	Mestrado	Doutorado
Brasil	396.595	14	8.654	93.471	156.902	137.554
IES Pública	171.182	9	7.660	19.148	51.099	93.266
IES Privada	225.413	5	994	74.323	105.803	44.288

No mesmo período o Censo da Educação Superior constatou o regime de trabalho exercido pelos docentes das instituições de ensino superior do Brasil:

Nº de Total de Docentes em Exercício, por Regime de Trabalho				
	Total	Tempo Integral	Tempo Parcial	Horista
Brasil	383.386	188.863	107.631	86.892
IES Pública	163.113	135.213	18.649	9.251

IES Privada	220.273	53.650	88.982	77.641
-------------	---------	--------	--------	--------

Verifica-se que na comparação das três tabelas é possível analisar que 87,41% (oitenta e sete vírgula quarenta e um por cento) das Instituições de Ensino Superior são da rede privada e apenas 12, 59% do setor público. Infere-se que, de 2368 IES apenas 39% dos docentes possuem mestrado, desta fração, 32,5% mestres lecionam na instituição pública e 67,5% no setor privado. E mais, o número de professores com título acadêmico em doutorado nas IES perfaz 34% do total geral de docentes, no entanto, sofrem um declínio no âmbito privado e uma ascensão na esfera pública, isto é, 63,80% ministram suas aulas nas IES públicas e 32,20% nas instituições particulares. Embora a pesquisa não revele o percentual de docentes com título de mestrado e doutorado que desempenham suas funções no regime de dedicação exclusiva, é possível deduzir algumas conclusões:

Primeiro, a lei 9.394/96 ao disciplinar as diretrizes da educação nacional obriga que um terço do corpo docente das IES sejam ocupados, no mínimo, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado. Como cediço, é uma forma de valorizar o grau de desempenho dos educadores e do investimento científico da pesquisa, veja que o subsídio do corpo docente varia gradativamente conforme a titulação acadêmica. Mas, a conjunção alternativa (mestres ou doutores) descrito no texto de lei não impede as IES de contratarem o núcleo maior de mestres em relação aos doutores, principalmente, as instituições educacionais particulares. Isso explica, porque as IES no âmbito privado contratam o número mínimo de docentes exigidos na lei e ao mesmo tempo reduzem os gastos com o quadro de professores, principalmente, com os doutores que possuem o salário-base maior⁵³ na escala de títulos

⁵³ Nesse sentido, a Lei nº 13.325, de 2016 estabelece: “**Valores do Vencimento Básico do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal.**” Efeitos financeiros a partir de 1º de agosto de 2016: **CLASSE E – PROFESSOR TITULAR** – nível 1- Regime de Trabalho: 20 horas (R\$3.185,18); 40 horas (R\$ 4.595,36); Dedicação Exclusiva (R\$7.051,62). **CLASSE D – PROFESSOR ASSOCIADO** – nível 4 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$3.060,24); 40 horas (R\$4.437,72); Dedicação Exclusiva (R\$6.809,52). Classe D – professor associado – nível 3 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$3.999,00); 40 horas (R\$4.361,23); Dedicação Exclusiva (R\$6.691,44). Classe D – professor associado – nível 2 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.938,95); 40 horas (R\$4.286,94); Dedicação Exclusiva (R\$6.574,92). Classe D – professor associado – nível 1 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.880,08); 40 horas (R\$4.278,94); Dedicação Exclusiva (R\$6.564,84). **CLASSE C – PROFESSOR ADJUNTO** – nível 4 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.628,02); 40 horas (R\$3.757,11); Dedicação Exclusiva (R\$5.385,45); Classe C – professor adjunto – nível 3 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.602,00); 40 horas (R\$3.720,43); Dedicação Exclusiva (R\$5.332,13); Classe C – professor adjunto – nível 2 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.576,24); 40 horas (R\$3.631,36); Dedicação Exclusiva (R\$5.279,34); Classe C – professor adjunto – nível 1 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.476,88); 40 horas (R\$3.458,26); Dedicação Exclusiva (R\$5.227,06). **CLASSE B – PROFESSOR ASSISTENTE** – nível 2 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.318,85); 40 horas (R\$3.336,02); Dedicação Exclusiva (R\$4.751,88); Classe B – professor Assistente – nível 2 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.295,88); 40 horas (R\$3.236,19); Dedicação Exclusiva (R\$4.704,83). **CLASSE A – professor Adjunto (se Doutor), Assistente-A (se Mestre); Auxiliar (se Graduado ou Especialista)** – nível 2 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.174,21); 40 horas (R\$3.066,97);

acadêmicos.

Segundo, a escassa quantidade de doutores inseridos nas universidades privadas desprestigia os núcleos de pesquisas acadêmicas e enfraquecem o aspecto pluridisciplinar impulsionado pelo MEC.

A terceira conclusão reside na reduzida diferença salarial entre o docente agregado ao sistema de dedicação exclusiva que possui o limite de 40 horas de trabalho semanal e o professor que cumpre o regime de trabalho de 40 horas semanais, porém, sem a dedicação exclusiva. Segundo dados da Lei nº 13.325, de 2016 que estabelece os Valores do Vencimento Básico do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, v. g. um professor com os seguintes atributos acadêmicos: Classe: D; Denominação: Associado (doutor); Nível: 4, caso esteja no Regime de Trabalho de 40 horas semanais o vencimento básico será de R\$4.437,72; por outro lado, se permanecer no regime de dedicação exclusiva auferirá R\$6.809,52, ou seja, valorizam-se 35% os vencimentos salariais dos educadores que nutrem o sistema de dedicação exclusiva desempenhada no magistério federal.

Na prática, as circunstâncias dos catedráticos disporem o vínculo acadêmico semanal no período máximo de 40 horas, recebendo os vencimentos salariais, aproximadamente 35%, a maior, daqueles que terão a liberdade de acumular outro cargo ou função de professor sem restrição da administração pública ou por uma parcela dos magistrados, fora as péssimas condições de trabalho pela ausência de investimento governamental e o sentimento de desvalorização salarial, propulsionará a migração dos docentes na dedicação exclusiva para outras instituições de ensino superior, observando o axioma reservado no artigo 37, XVI, da Constituição Federal, que estabelece, excepcionalmente, a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas a duas de professores, se compatíveis os horários.

Ainda, é crível acreditar que, na mesma proporção, aumentará a quantidade de processos nos tribunais de justiça provenientes da Administração Pública para inibirem os professores, disciplinados no regime de dedicação exclusiva, acumular seus cargos com outro de magistério, assim como, punir aqueles que exercem simultaneamente o magistério de forma a restituírem ao erário público as gratificações decorrentes do sistema adotado com outra espécie de sanção, por exemplo, a demissão.

Nessa dinâmica, vem à tona a insegurança jurídica dos catedráticos, posto que nos tribunais, incluem-se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, sempre

Dedicação Exclusiva (R\$4.277,12). Classe A – professor Adjunto (se Doutor), Assistente-A (se Mestre); Auxiliar (se Graduado ou Especialista) – nível 1 – Regime de Trabalho: 20 horas (R\$2.129,80); 40 horas (R\$2.968,78); Dedicação Exclusiva (R\$4.234,77)”(grifo nosso).

subsistiram controvérsias a respeito dos argumentos favoráveis e desfavoráveis consecutórios da possibilidade de os educadores acumularem os cargos quando exercem um de dedicação exclusiva.

4.2. REFLEXÕES SOBRE A LEGALIDADE CEGA

A construção do direito e sua expansão pela compreensão da norma como objeto de aplicabilidade pelo magistrado decorrem de um procedimento harmônico com outras esferas do poder, legislativo e executivo. No entanto, os textos normativos quando elaborados pelo Legislativo ou Administrativo, sem observância mínima à força normativa da Constituição Federal, culmina para o poder judiciário o esforço hermenêutico de promover a estabilização das seguranças jurídicas, não só para os cidadãos que a ele jurisdiciona sua pretensão, mas para todo o sistema integrante do poder judiciário, como advogados, juristas, magistrados e promotores.

A importância desta seriedade ao direito passa muitas vezes despercebida aos olhos dos operadores do direito, o que se aplica às várias classes, os legisladores ao elaborarem o projeto de lei sem amparo constitucional, não percebem os impactos que a norma fará ao reger as relações sociais e a forma que eventuais conflitos sociais poderão ser resolvidos pelos magistrados, sobretudo, os possíveis conflitos normativos em razão da complexidade das leis, o que compromete a coerência das decisões judiciais e enfraquece a estabilidade das relações jurídicas.

A migração literal do artigo 14 do Decreto 94.664/87 para o art. 20 da Lei 12.772/12 que estrutura o Plano de Carreira e Cargos de Magistério Federal, é destacada na agressiva inércia dos legisladores no que se refere a função que o texto legal refletirá na carreira dos professores. Esse deslocamento de regras não supriu as divergências no campo do regime de dedicação exclusiva do docente vinculado na instituição de ensino superior, muito menos observou a clareza do inciso, XVI, do art. 37, da CF/88, que sendo norma de eficácia plena, não recepciona a previsão do decreto 94.664/87, pois conflita imediatamente com a supremacia constitucional. Agora, o resgate da legalidade estrita pautada no art. 20 da Lei 12.772/12, ofusca novamente o brilho constitucional, permitindo o ativismo judicial como parâmetro para a resolução dos conflitos e possibilitando o resgate à cegueira da legalidade estrita.

Do mesmo modo, ocorrem com os agentes públicos que ocupam o escalão máximo da administração pública, estes por sua vez, editam normas efêmeras para melhor cumprirem o

plano de trabalho político. A Consultoria-Geral da República, contrariando a norma de eficácia plena prevista no inciso, XVI, do art. 39 da CF/88, em parecer do consultor da União Wilson Teles⁵⁴, estabeleceu a regulamentação das horas de trabalho dos servidores públicos da União, de modo a não contemplar a carga de 80 horas semanais, sob o pretexto de fraco desempenho na execução do trabalho, prática que refletiu aos servidores públicos dos estados e municípios. Essa escala limitativa da Administração Pública criou uma condição esdrúxula de trabalho inexistente na Carta Magna. Ressurgindo, assim, contornos hermenêuticos desproporcionais para a clareza do texto constitucional, de forma que, a mera descrição da lei ou as derivadas normas administrativas sejam, por si, válidas e imperativas nas relações dos servidores com a administração pública.

Nos bancos da graduação a efetiva preocupação, adstrita ao texto taxativo da norma, afasta significativamente o estímulo dos alunos para a compreensão dos sistemas jurídicos e seus reflexos na aplicabilidade categórica do direito que não se resume na lei.

A imposição da lei como papel determinante da legitimidade estatal ascendeu nos países de origem *civil law* como sua principal fonte jurídica para combater arbitrariedades cometidas pelo Estado contra seus cidadãos. Na idade moderna, período predecessor ao positivismo jurídico, predominou o “jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximava a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do direito”⁵⁵. Neste momento histórico o jusnaturalismo não estava aliado a nenhuma invocação positiva do direito, mas ao sentido crítico avaliativo do subjetivismo posto em nome de padrões morais e a fixação do ideal de justiça.

Afinal, a base de uma concepção de justiça está acompanhada de um elevado grau de subjetividade que ocorre em determinada relação jurídica, pois as circunstâncias fáticas de cada relação composta pelos indivíduos, independentemente da vontade humana, exigem no mínimo, saber quando ocorreu, para quem e para qual relação jurídica a norma será aplicada? Quais sujeitos participaram do conflito à mercê de um julgamento? Qual a profissão, religião, porte econômico e ideologia política dos protagonistas aos quais recairão os juízos de valor? E mais, quem fará o juízo de valor? Qual o grau de envolvimento com os litigantes e semelhanças de experiência de vida entre eles? Ainda, qual o sentido da *mens legis*⁵⁶ e o

⁵⁴ Parecer da AGU, sob a lavra do consultor da União Wilson Teles de Macedo, aprovado pelo Presidente da República em 30/03/1998 nos Processos de Sindicâncias: nº. 46215.008040/97-54 e 46215.008041/97-17. Origem no Ministério do Trabalho. Assunto: Exame de casos de acumulação de cargos.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2006, p. 05.

⁵⁶ *Mens legis* significa o espírito ou finalidade da lei.

tempo da sua criação? Pois bem, vários são os teóricos que versam sobre o período jusnaturalista⁵⁷ dentre eles Maria Helena Diniz explica:

A lei natural é imutável em seus princípios. O direito natural, imanente à natureza humana, independe do legislador humano. As demais normas, construídas pelos legisladores, são aplicações dos princípios naturais às contingências da vida, mas não são naturais, embora derivem do direito natural. v.g: do princípio de direito natural de que “o homem deve conservar a si próprio” decorre que “não é permitido matar”, “são proibidos a eutanásia e o aborto” etc., e mais remotamente ter-se-á a proteção à saúde dos trabalhadores em local insalubre. Para a concepção aristotélico-tomista o direito natural abrange todas as normas de moralidade, inclusive as normas jurídico-positivas, enquanto aceitáveis ou toleráveis pela moral.⁵⁸

Nítida é a observação de Machado Neto⁵⁹ “o jusnaturalismo, longe de ser ciência, era uma ideologia, tolerável num tempo em que os instrumentos teóricos da filosofia eram insuficientes, hoje superada pela fundamentação da axiologia jurídica”. Isso se explica porque não existia uma racionalização normativa que assegurava o comportamento dos cidadãos frente ao Estado e aos próprios cidadãos. A ausência do rigorismo da lei e a distorção da concepção de justo e do correto afetava diretamente a população do Estado Monárquico, promotor de grandes arbitrariedades, suas decisões geravam constantes inseguranças nas relações jurídicas.

As incertezas jurídicas eram corroboradas pela forte intervenção estatal influenciada pelos interesses pessoais de quem dominava e administrava o poder. Diante dessas inconveniências o pensamento liberal iluminista modificou a forma de pensar a estrutura do Estado, enfraquecendo de vez a era absolutista, esse novo modelo de reger a organização do Estado, agora liberal, diminuiu radicalmente a intervenção do estado na esfera privada pautado na máxima, “se a lei não proibia prevalecia a permissividade”⁶⁰. A conotação de justiça e legalidade modificou seu rumo, Kelsen⁶¹ explica que “essa mudança de significado do conceito de justiça caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de

⁵⁷ Desde as representações primitivas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural de Stammler e Del Vecchio, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, ilustrados e racionalistas dos séculos XVII e XVIII, a longa tradição do jusnaturalismo se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as idéias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 37.

⁵⁸ Ibid., p. 37.

⁵⁹ MACHADO NETO, A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 85-86.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 138.

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 20.

uma ordem jurídica determinada”. A sensação de que um comportamento é certo ou errado independe das intenções e dos sentimentos do sujeito que julga, devendo o julgador analisar o caso específico de modo objetivo.

O positivismo jurídico tenta reacender a esperança e promover a estabilidade das decisões do estado, pois segundo Binembojm⁶², “a lei, produto da razão, daí a denominada racionalização normativa, é vista como uma derivação dos representantes da sociedade e capaz de regular todo e qualquer assunto relevante para o Estado liberal”. Nesse momento, o Estado de Direito canalizava suas ações na robustez da lei, inclusive a compreensão do justo ou injusto advinha da lei, pois predominava a preocupação do magistrado valorar os julgamentos recaindo no profundo estado de arbitrariedade e insegurança jurídica.

Os governantes, do mesmo modo que os governados, também eram submetidos ao império da lei, de modo a estabelecer a hegemonia da ordem, da propriedade privada, da liberdade e da limitação do poder. Essa ideia foi irradiada por uma combinação de fatores fortalecidos pela submissão do Estado à vontade geral do povo que escolhia seus representantes para criar a lei, por isso a ideia de que o poder emana do povo. Por sua vez, o poder legislativo acarretava um inchaço de normatização para concretizar a ideia de vinculação administrativa ao laço da legalidade, com suporte no “fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei”.

Os países como o Brasil que adotam o sistema *civil law* interessaram rapidamente nesse modelo dogmático para ser a principal fonte de direito do ordenamento, aos magistrados caberiam o mero juízo técnico de subsunção normativa, ou seja, para cada fato, uma norma apta a indicar um julgamento objetivo.

Hugo Chacra⁶³ orienta que no século XVIII, os franceses determinaram que os juízes devessem decidir pura e simplesmente com base na lei. “Os revolucionários temiam que a magistratura continuasse ligada ao *ancien régime*, por isso colocaram a lei em um pedestal, tentando impedir o retorno da monarquia e os seus desmandos”.

Por sua vez, num primeiro momento, o poder Executivo assumiu a feição de vinculação negativa à lei, de maneira que, primando pelo interesse público, poderia regulamentar a lei no âmbito da discricionariedade administrativa e fazer tudo o que a lei não proíbe. No entanto, com o positivismo normativista, a fim de aprimorar a compreensão de legalidade administrativa e conter a atuação discricionária do administrador na

⁶² Ob. Cit., p 138.

⁶³ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. **A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes**. In: Coleção Grandes Temas do novo CPC, v. 3. Salvador: juspodium. Cap. 3, p. 86-97, 2015, p. 86.

regulamentação da norma, entende que a Administração pública, assim como o judiciário não poderia atuar sem ter a lei por fundamento, Binenbojm ensina:

Está assente, portanto, que a idéia de vinculação negativa à lei só se revela adequada para reger a vida dos particulares, uma vez que, para estes, a autonomia (expressão de sua dignidade) deve ser a regra geral da sua conduta, apenas limitada externamente pela legalidade. Para o Estado, contudo, tal idéia se mostra inadequada, já que aquele não existe como um fim e si mesmo, mas como um instrumento erigido democraticamente, por intermédio do direito, para realizar as finalidades que lhe forem ditadas pela sociedade política. Neste sentido é que se afirma a subordinação do Estado ao ordenamento jurídico.⁶⁴

A legalidade, base do Estado de Direito, tem como escopo o Estado como uma pessoa jurídica de direito público responsável por criar o direito, e ao mesmo tempo, submissa ao ordenamento jurídico. Assim, há duas acepções, a primeira expressa pela internalização da ideia de legalidade em relação à Administração Pública no sentido que, para esta a legalidade significa: fazer apenas o que a lei permite, premissa da vinculação positiva. Ao passo que, para os particulares predomina outra ideia da legalidade: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei”, aqui, referindo-se a qualquer espécie normativa, diante da autonomia da vontade.

A posição da legalidade na Administração reside na restrição ao poder de inovação do sistema jurídico por mero ato administrativo, de modo que não podem conceder direitos ou instituir deveres, sem a previsão legal.

De fato, consoante o positivismo, há dentro do ordenamento jurídico uma graduação de normas jurídicas (constituição, leis infraconstitucionais e normas infralegais com os decretos regulamentares), e dentre as etapas de produção jurídica, o aplicador das normas poderá se deparar com a indeterminação das palavras, esta ampliação pode ensejar vários caminhos para aplicação, mas sempre tendo a lei por fundamento como base para efetiva legitimação. Seguindo a concepção Kelseniana⁶⁵, “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.

Observa-se que no período denominado racionalismo jurídico, os teóricos do movimento restrito à legalidade, concebem-na uma forma de assegurar a estabilidade das

⁶⁴BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 141.

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 366.

relações jurídicas, pois o Estado, de uma só vez, é autor da lei e receptor da vinculação normativa, fazendo-o conforme determinação legal. E mais, estende-se a estabilidade das relações diante da ampla autonomia de vontade conferida ao particular.

Destarte, o sistema da *common law* não foge à regra do racionalismo jurídico. As normas gerais criadas por decisões judiciais podem ter força obrigatória não apenas para um caso analisado especificadamente, mas poderá se estender também para casos semelhantes que o tribunal tenha que apreciar e decidir. Kelsen explica que:

A função criadora de Direito dos tribunais é especialmente manifesta quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral. Onde os tribunais estão autorizados não apenas a aplicar Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar Direito novo para casos concretos, existe uma compreensível tendência de se dar a essas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo. Os tribunais são criadores de normas jurídicas gerais.⁶⁶

Neste sentido, o positivismo jurídico também reconhece a força do precedente judicial como fonte criadora de uma norma geral, pois nem sempre haverá um direito substantivo preexistente à decisão judicial. O órgão judicante, nas palavras de Kelsen⁶⁷ “para individualizar uma norma geral por ele aplicada terá que verificar se, no caso litigioso que deve dirimir, estão presente *in concreto* os pressupostos da consequência do ilícito determinados *in abstracto* pela norma geral.” Atento a isto, podemos concluir que a decisão judicial cria uma norma individual que deve ser considerada válida, claro, em conformidade com a graduação das normas jurídicas e sem migrar para o subjetivismo da aplicabilidade normativa.

Como pilar do Estado de Direito, o axioma da legalidade, brilhou com a efetivação da teoria de Montesquieu, a separação dos três poderes, e ainda, a segurança dos cidadãos frente à ordem arbitrária do Estado através de emanações legais vinculadas ao cumprimento pelo Estado. Em razão de alavancar o espírito da legalidade puramente formal e difundi-lo com o caráter de legitimidade, o Estado, de um lado, consagra o caráter técnico da norma, mas de outro, distanciou-se severamente da concepção da função do direito no seu nascedouro como uma fonte do direito até a sua aplicabilidade diante de uma circunstância concreta.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 216.

⁶⁷KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, cit., v.2, 1962, p. 85.

Na lição de Medauar,⁶⁸ “a concepção positivista e a própria sacralização da legalidade levaram ao legalismo, ao formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre a realidade dinâmica da vida.” Embora a estrita vinculação positiva à lei coopere, momentaneamente, com o sistema jurídico, o Administrador, ancorado na estrita legalidade, cria manobras para o cometimento de barbáries contra a humanidade, como ocorreu na eclosão da Segunda Guerra Mundial.

Esse período é sacramentado simultaneamente por dois vértices. No primeiro, consubstanciado no declínio do positivismo jurídico em razão da crise da legalidade, sua decadência, segundo Barroso⁶⁹ “é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”. Nesse contexto, através dos permissivos legais o homem era torturado e até mesmo assassinado por adotar determinados segmentos religiosos e filosóficos, por ser homossexual ou por portar determinada doença congênita, foi assim que exterminaram milhares de judeus, retratado mundialmente pela nossa história.

No segundo vértice, ao término da Segunda Guerra Mundial, os jusfilósofos repensaram o direito como ciência jurídica e a dimensão que os aspectos puramente normativos proporcionaram negativamente à humanidade. Neste descompasso, as graves violações dos direitos humanos mudaram completamente a forma de pensar a função que o direito realmente tem e deve ser vista pelo Estado para propiciar melhores condições ao desenvolvimento do mínimo existencial do ser humano.

Assim, Barroso⁷⁰ destaca que, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”. O direito como ciência jurídica agrega nessa nova fase a ascensão do movimento denominado pós-positivista ou neoconstitucionalismo, elevando a constituição do Estado como a principal norma do ordenamento.

Nas palavras de Walber de Moura Agra⁷¹, “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implementação de um Estado Democrático Social de Direito”.

⁶⁸MEDAUAR, Odete. **O direito Administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 146.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2006, p. 05.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2006, p. 06.

⁷¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 31.

As reflexões humanistas verificaram que não é razoável pensar o direito sem a ética, sem a concepção de justiça e o isolamento da moral, os campos das ciências não devem ser analisados separadamente, pois nem só a ideologia de cunho puramente filosófico jusnaturalista, muito menos o endurecimento do Estado unido aos rigores da lei como ocorreu no desastre político positivista. A nova dimensão do Direito, pós-positivista, é a associação e o equilíbrio do jusnaturalismo moderno e do positivismo jurídico, aproximando-o da ética, moral e justiça.

Dessa maneira, a partir da segunda metade do século XX, passa a desenvolver uma teoria sobre os valores do direito constitucional e seu exercício sobre os demais institutos colimados no ordenamento jurídico. Para Eduardo Cambi⁷² as características marcantes do neoconstitucionalismo centram-se “na teoria dos direitos fundamentais, da valorização dos princípios como espécies normativas, o reconhecimento de força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a hermenêutica constitucional”.

Observa-se assim, que até 1945 o documento jurídico com força normativa era regido por leis, predominava a supremacia do poder legislativo nos dois sistemas, no *common law* tínhamos a soberania do parlamento, enquanto no sistema *civil law*, a lei como fonte da vontade popular. Por sua vez, a constituição era limitada “funcionando como uma convocação à atuação dos poderes públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador”⁷³. Isto é, a constituição era compreendida apenas como uma carta política, exercendo o papel de estabelecer diretrizes de convivência entre o Estado e as pessoas, além disso, sem o viés normativo, era despido de aplicabilidade de mandamento legais.

O Poder judiciário ganhou espaço como guardião da constituição com a incumbência de apreciar em última instância a validade das decisões emanadas dos tribunais inferiores e fazer o controle de constitucionalidade em relação às normas criadas pelos poderes, legislativo e executivo, maculadas de vícios que confrontam com os preceitos de índole constitucional.

Essas transformações regidas no segmento pós-positivista averba Walber de Moura⁷⁴, “o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. A

⁷² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Vitória: Panópica. Ano 1, n. 6, , p. 1-44, fev. 2007, p. 06. Disponível em <http://www.panoptica.org>. Acessado em: 18 de agosto de 2016.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**, in: A nova interpretação constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

⁷⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 31.

‘Constituição como valor em si’. O caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”.

Do ponto de vista axiológico houve naturalmente uma flexibilização das leis, compreendida como uma espécie normativa dentro das várias inseridas no ordenamento jurídico, para a ampliação do direito, sob o viés da constitucionalização. Nesse diapasão, provocou para a administração pública uma redução da discricionariedade administrativa e um alargamento do chamado mérito do ato administrativo que, nas palavras de Di Pietro ⁷⁵ “anteriormente vista como liberdade de opção da Administração Pública limitada pela lei, passou a ser vista como liberdade de opção limitada não só pela lei, mas pelo direito, expressão que abrange todos os valores e princípios.” Assinala a autora, a expressão axiológica como a razoabilidade, a moralidade, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a confiança jurídica, sob pena de invalidade passível de correção pelo Poder Judiciário.

O tema sobre os caminhos da norma jurídica nas suas espécies, princípios e regras, também foi retomado, pelo professor Gustavo Binbenbojm⁷⁶ ao elucidar que “a ideia de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.” À vista disso, vislumbra-se a importância dos princípios na nova consagração dos direitos fundamentais.

Nessa transição: jusnaturalista-positivista-neoconstitucional percebe-se que, sem recair no anacronismo, cada fase tem por escopo, no seu modo e tempo, assegurar a estabilidade das relações jurídicas. No período contemporâneo neoconstitucionalista não permite que normas de caráter infraconstitucional desequilibrem a força suprema da constituição de modo que obstrua direitos fundamentais como a regular acumulação de cargos pelos professores.

4.3. PRINCÍPIOS E REGRAS APLICÁVEIS

A interpretação da norma jurídica como um guia para a consecução dos direitos fundamentais transita pela compreensão que os sujeitos-intérpretes fazem do texto da norma para efetivar seus interesses em questão. Assim, é possível observar que do texto normativo

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Princípios do processo administrativo no novo Código de Processo Civil**. Revista eletrônica: Consultor jurídico. 2015, p. 29. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-29/interesse-publico-principios-processo-administrativo-cpc>. Acessado em: 27 de março de 2016.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 142.

podem ser extraídos diversos entendimentos, sobretudo, quando se constata a presença de uma palavra indeterminada, exigindo uma análise subjetiva de cada intérprete.

Eros Roberto Grau⁷⁷ na obra “Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito”, ensina que “o que em verdade se interpreta são os textos normativos (dispositivos), da interpretação dos textos dispositivos resultam norma”. Ainda completa dizendo que “texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo/dispositivo”. Nessa perspectiva, o sentido que se depreende da análise do significado das palavras contidas nos textos normativos dependerá precisamente da época da sua criação, das alterações hermenêuticas em razão do tempo e espaço à luz dos estudos doutrinários e das decisões dos tribunais para o melhor consenso do direito na efetivação da justiça.

Essas considerações levaram à compreensão do significado do gênero, norma jurídica, contemplando duas espécies: As regras e os princípios. Na primeira abordagem histórica a necessidade de interpretar sistematicamente o texto normativo era restringida pelo pensamento racionalista, assim, na linha positivista a “Escola da Exegese impõe o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra”⁷⁸. Tais premissas desenvolvidas na norma-regra traduzem a ideia de subsunção, cabendo ao juiz empregar a adequação dos fatos na norma abstrata, produzindo uma decisão. Com efeito, exerce apenas um juízo técnico livre de valorações.

A aplicação de uma regra se realiza na forma extrema do tudo ou nada, vale dizer, ou o texto normativo disciplina o conteúdo da matéria em sua integralidade ou será efetivamente descumprida. Além disso, no conflito entre regras, apenas uma valerá no ordenamento jurídico, pois o comportamento já está previsto pela norma, em respeito ao critério de prevalência, Barroso clarifica:

Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.⁷⁹

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 23.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**, in: A nova interpretação constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

⁷⁹ Ibid, p. 32.

Nesse prisma, embora a técnica de solução de antinomia entre as regras valeria apenas com a declaração de invalidade de uma das regras em conflito, havia uma instabilidade para as partes na disputa processual quando a técnica legislativa utilizava de conceitos indeterminados, como boa-fé, urgência, dano moral, justa indenização, interesse social. Diante desse obstáculo, plenamente inviável de conceber a solução mediante o exercício das regras, o aplicador do direito “passou a exercer uma função claramente integradora da norma, complementando-a com sua própria valoração”⁸⁰. Corroborando, também, para a adoção de um novo sistema, os princípios, integrado na flexibilização da aplicação normativa.

Em homenagem à consagração dos princípios como espécie de norma jurídica, Humberto Ávila⁸¹, recorrendo a uma plêiade de autores⁸² menciona o jusfilósofo Ronald Dworkin, “foi na criação anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição”. Dworkin contribuiu teoricamente para a expansão dos estudos da decisão judicial com ênfase na relevância das normas-princípios combatendo pontualmente a fragilidade do positivismo.

Segundo Dworkin⁸³, “o positivismo, ao entender o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para os quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável”. Isso se explica porque as regras contêm uma descrição objetiva voltada para uma situação específica, enquanto os princípios possuem um alto grau de abstração, não especifica o comportamento a ser executado e está apto a ser aplicado por várias vezes em situações diferentes.

É que no dizer do catedrático Paulo Bonavides⁸⁴, as “regras vigem, os princípios valem”, os valores a este inseridos, exprimem-se também em graus distintos. Acrescenta o constitucionalista, “os princípios, enquanto valores fundamentais governam a constituição. Não são apenas as leis, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”

Para simplificar, sob o ângulo comportamental, as regras descrevem ações, enquanto os princípios estabelecem estados ideais, diretrizes a serem alcançadas. Quanto ao aspecto teleológico, cada segmento normativo, está apto a produzir os respectivos efeitos, as regras,

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. nº 1, jan/jul, 2005, p. 300.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36.

⁸² Alexy, Dworkin, entre outros.

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.

refletem efeitos específicos e determinados, com os modais deônticos⁸⁵. *V.g.* o artigo 14 do Decreto 94.664/87, é uma regra que descreve os regimes de trabalho do magistério superior, sendo o de dedicação exclusiva, cumprido em 40 horas semanais e com o impedimento de exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada.

A criação do Decreto 94.664/87 surgiu sob a égide da Constituição Federal de 1967, oportunidade que assegurava a acumulação de dois cargos de professores, condicionados apenas às compatibilidades de horários e correlação de matérias. Veja que esse decreto iniciou sua vigência no ano anterior a publicação da CF/88, considerada, assim, tempo escasso para extirpá-la do ordenamento. Em seguida, a CF/88, art. 37, XVI, 'a', manteve o caráter excepcional da acumulação de cargos para os docentes, restringindo, somente, a compatibilidade de horários. Assim, a Carta Magna diminuiu as condições estabelecidas na constituição pretérita, e na mesma oportunidade, implicitamente, proibiu qualquer atentado restritivo no que tange a acumulação de cargos.

Para Mazuolli⁸⁶ A Lei 12. 772/12 inspirada no Decreto 94.664/87, “De fato, o que dispõe a Lei, que disciplina o regime de dedicação exclusiva no magistério federal – não pode ser tomada de maneira absoluta, sem qualquer tipo de reflexão.” Isso se deve ao manto principiológico que reveste a acumulação de cargos permitida na Constituição Federal. Pois, os princípios, diversamente das regras, contêm efeitos de expressões gerais, abertos e indeterminados com valores ou metas políticas, ou seja, quando a Constituição admite, excepcionalmente, a acumulação do exercício do magistério, mais do que uma regra, prevalece o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Com efeito, esses princípios estabelecem mandamentos de justiça a serem seguidos, sem explicitarem comportamentos, pois o ideal da CF/88 de possibilitar apenas determinadas carreiras profissionais de servidores públicos para ampliarem suas atividades laborais contemplam o princípio da ética e o princípio da segurança jurídica.

A propósito, pautado no princípio da eficiência, a Constituição rechaça automaticamente qualquer norma infraconstitucional que visa limitar a acumulação de atividades, ora admitida, já que concebe a cláusula geral de ‘compatibilidade da carga horária’, para preservar a lisura da administração pública. Consagrando, a admissibilidade da acumulação no regime de dedicação exclusiva quando preservada a compatibilidade de horas no desempenho de duas atividades docentes.

⁸⁵Modais deônticos consistem na classificação quanto ao modo em que a norma atua na ordem jurídica: permissiva, proibitiva ou obrigatória.

⁸⁶ ALVES, Waldir; MAZZUOLI, Valério. Acumulação de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

Em virtude de vários princípios convergirem para a mesma faceta, tais como, moralidade, eficiência, interpretação conforme a Constituição e da estabilidade das relações jurídicas, os princípios convivem gradualmente sem a necessidade da prevalência de um princípio específico com peso maior, eliminar o outro, diante do critério de ponderação, em seu saber Dworkin argumenta que:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido.⁸⁷

Destarte, os princípios, ao se conflitarem, demonstrando caminhos diversos, permearão a aplicação da ponderação dos valores e bens em debate para sopesamento dos intérpretes, no caso concreto. Na sistemática, dworkiana, ponderar sobre princípios, significa refletir sobre uma coisa que uma sociedade faz da sua história jurídica. Nessa linha, destaca-se ainda, a importância da consolidação de um modelo coerente de princípios e de regras inseridos nos tribunais, cuja consistência alcançada pelo resultado normativo de regras e de princípios capaz de nortear a aplicação dos demais casos que exigirem o esforço dos aplicadores do direito é apresentada como integridade.

Prova do que se acabou de dizer reflete nas decisões dos tribunais que oscilam quando o assunto versa sobre a aplicabilidade da norma constitucional, alguns julgadores se reservam na literalidade da lei, enquanto o razoável está no sopesamento dos valores normativos extraídos da constituição. A ausência de fundamentação conforme a constituição é notável nas respectivas ementas exaradas, uma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, julga indevido a acumulação de cargos de Professor Universitário que opte pelo regime de dedicação exclusiva, o exercício de qualquer atividade remunerada (artigo 14, I, do Decreto nº 94.664/87, que regulamentou a Lei nº 7.596/87).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. Apelação interposta pela Universidade Federal de Alagoas -UFAL, em face da sentença que julgou procedente o pedido inicial, objetivando suspender qualquer desconto nos proventos do Autor, **a título de reposição ao erário, referente à gratificação por dedicação exclusiva, bem como reaver os valores descontados a tal título, em face da acumulação indevida de cargos.**2. Ao Professor Universitário que opte

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

pelo regime de dedicação exclusiva, é vedado o exercício de qualquer atividade remunerada (artigo 14, I, do Decreto nº 94.664/87, que regulamentou a Lei nº 7.596/87). 3. O Autor/Apelado exerceu, no período de 01-03-2004 e 28-06-2005, concomitantemente à sua atividade de professor em regime de dedicação exclusiva da UFAL, a atividade de professor em universidade privada, desrespeitando o disposto no referido decreto. 4. O regime de dedicação exclusiva é de opção do servidor que deve ser manifestada perante a Administração Pública, **não se podendo acolher, portanto, qualquer alegação de boa-fé para fins de obstar a restituição ao erário da gratificação referente à exclusividade, dado que ao fazer tal opção, o servidor tem ciência da impossibilidade de exercer outra atividade remunerada.** (grifo nosso).⁸⁸

Na outra extremidade, temos alguns posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça fazendo referência ao art. 37, XVI, CF/88:

Não há, ressalte-se qualquer restrição quanto ao número total de horas diárias ou semanais a serem suportados pelo profissional, até porque a redação do retrocitado dispositivo segue a regra do art. 37, inciso XVI, da Constituição da República de 1988.⁸⁹

E ainda, sob a radiante interpretação conforme a Constituição, o Min. Arnaldo Esteves Lima Asseverou:

Comprovada a compatibilidade de horários e estando os cargos dentro do **rol taxativo previsto na Constituição Federal, não há se falar em ilegalidade na acumulação, sob pena de se criar um novo requisito para a concessão da acumulação de cargos públicos.** Exegese dos arts. 37, XVI, da CF e 118, §2º, da Lei 8.112/90. Agravo regimental improvido. (grifo nosso).⁹⁰

Nessa inconsistente visão jurisprudencial o direito enfraquece a finalidade de fomentar a concepção de justiça traduzida na segurança jurídica, eis que os tribunais não sintonizam o parâmetro de decisão fundamentado na norma matriz do Estado, a Constituição Federal. Como fator de integridade do direito na valorização das regras e dos princípios destinados

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal. TRF-5 - AC: 08024000920154058000 AL, Relator: Desembargador Federal Cid Marconi, Data de Julgamento: 27/01/2016, 3ª Turma.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg. no REsp. 1.198.868/RJ, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 03.02.2011, DJ 10.02.2011.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1.007.619/RJ, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25.08.2008. Ainda, sobre o tema o Supremo Tribunal Federal, considerou a compatibilidade de horários na acumulação de cargos: “Administrativo. Constitucional. Servidor Público. Acumulação de Cargos. Compatibilidade de Horários Reconhecida. Reexame do Conjunto Fático-Probatório. Impossibilidade. Precedentes. Regularidade Constitucional de Acumulação. Poder Regulamentar. Criação de Nova Regra. Impossibilidade. Agravo Improvido. I – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. Precedentes. II – Impossibilidade de se criar regra não prevista na Constituição Federal, a pretexto de regulamentar dispositivo constitucional. III – Agravo regimental improvido.” STF, RE 565.917 – AgRg, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2010.

para a efetivação da segurança jurídica, Dworkin, apresenta um capítulo destinado à “integridade no direito”, *in verbis*:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. **Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.** (grifo nosso).⁹¹

Aqui, o valor da integridade da decisão judicial é vista sob um patamar de garantia da estabilização das relações jurídicas, de forma que o tribunal mantenha a análise do novo em conexão com as decisões passadas, sem perder os fundamentos da história institucional ao ponderar sobre os princípios a graduação da norma que possuir maior peso, pois, ainda que os princípios tenham íntima ligação com os valores e as regras, há entre as espécies, um diálogo em comum destacados pelo status de norma jurídica, ausência de hierarquia e a função de auxiliarem a segurança jurídica.

A questão alusiva na flexibilização da legalidade pela ascensão dos princípios, tem uma nova oportunidade de retomar a ideia de segurança jurídica aos jurisdicionados através dos precedentes judiciais. Agora, o Estado Democrático de Direito, encontra-se respaldado de duas linhas normativas, regras e princípios, para a manutenção dos direitos fundamentais e a preservação da estabilidade das relações jurídicas através da observação à integridade das decisões judiciais.

Para Ana Paula de Barcellos⁹², “há um amplo consenso de que a ordem jurídica é função de dois valores principais: de um lado, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade das relações sociais e de outro, a justiça”. Mais do que a inserção entre a condução das normas-regras e normas-princípios no ordenamento, o equilíbrio normativo, contribuirá muito mais para a aproximação de dois valores: segurança e justiça, imprescindíveis para os docentes que optam em lecionarem em duas instituições de ensino superior. Pois, sabendo que a espinha dorsal das regras viabiliza o valor-segurança, e por sua vez, os princípios contribuem para o alcance do valor-justiça, a sobreposição irretocável de apenas um desses

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). **A nova interpretação constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 49-117, 2006, p. 78.

valores no ordenamento será um meio propício para a regeneração dos pontos negativos vivenciados no jusnaturalismo e no positivismo.

De um lado, a busca implacável do período jusnaturalista marcado pela concepção individualista do certo ou errado, do justo ou injusto, do bem ou do mal, conspirou contra a estabilidade das relações jurídicas entre governante e governados. O senso subjetivista quedou-se diante da forte intervenção estatal nas relações privadas levando ao grau máximo a arbitrariedade do Estado, de modo a deixar no esquecimento popular, a sensação de segurança jurídica.

De outro lado, impera no período positivista o racionalismo jurídico amparado na estrutura normativa do dever ser, por este modelo não haveria espaço para axiologia, aumentava o senso objetivista alcunhado no certo ou errado, conforme edição da lei. Agora, se o poder emana do povo, pois elegem os representantes para reger a vida política de Estado e para criar e executar as leis, a concepção de legitimação estava, equivocadamente, selada. Viu-se que o distanciamento dos valores morais, de justiça etc, violou profundamente os direitos humanos.

Afinal, a necessidade e o equilíbrio da convivência das regras e dos princípios proporcionaram a valorização do Estado Democrático de Direito, sob a vertente jurídica, como parâmetro estrutural das fontes do direito. Ana Paula Barcellos chama a atenção ao alertar que:

Quanto mais **normas-regras** houver no sistema, mais **seguro**, isto é, mais **previsível**, mais **estável** ele será; porém, mais dificilmente ele será capaz de adaptar-se a situações novas. Por outro lado, quanto mais **normas-princípios** houver no sistema, maior será o seu grau de **flexibilidade** e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. No mesmo passo, porém, também crescerão a insegurança, em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, e a **falta de uniformidade de tais soluções**, com prejuízos evidentes para a isonomia. Repete-se, portanto, o que parece bastante óbvio: uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá suficiente segurança e justiça. (grifo nosso).⁹³

Visivelmente, “pouco valeriam as decisões do poder legislativo se cada aplicação da norma se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as conveniências e interesses envolvidos na questão para, ao fim, definir o comportamento desejável”⁹⁴. Por isso, cabe aos operadores do direito estabelecerem

⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). A nova interpretação constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 49-117, 2006, p. 80.

⁹⁴Ibid, p. 80.

os mecanismos de execução próprios de cada espécie normativa, qual seja, a ponderação mínima com a utilização necessária sobre os princípios e a descrição pontual das regras ao traçar condutas.

Diante da utilização em larga escala dos princípios, nos últimos anos, o sistema judiciário carrega para a dialética jurídica uma forma de justificar suas decisões, tornando-a aos poucos uma propedêutica afastada da natureza jurídica que se espera dos fundamentos da decisão dos tribunais, isso é evidente no magistério do ensino superior, no enredo de permitir e proibir, os professores não se sentem seguros das inúmeras decisões acerca do incontroverso texto do artigo 37, XVI, 'a', da Carta Magna. Identificam-se, ainda, as divagações dos operadores do direito em relação à aplicação da norma com base nos princípios, fez destes, um berço do neologismo axiológico, ou melhor, um modelo tautológico⁹⁵ sem fim.

Nesse aspecto, há uma criação exacerbada de princípios motivados, às vezes, pela vaidade profissional de alguns juristas sob o pretexto de sustentar um posicionamento jurídico fortalecido por um nome “inovador” na fábrica de princípios, sem assegurar um mínimo de zelo com os reflexos que podem operar nos tribunais. Se há o criador dessa fábrica de “sonhos”, existe também o sujeito que propagará o equívoco em ascensão na seara forense, assim, teremos o que Helman define de farra principiológica, vejamo-nos:

É decretada a morte da farra principiológica. Normas de caráter genérico, destinadas a iluminar o caminho do aplicador do direito e a indicar os rumos a serem seguidos foram confundidas com portais de abertura para a discricionariedade, como se toda a vontade do julgador pudesse caber em um princípio e este pudesse ser o escudo utilizado para a defesa de tudo o que freqüentava a consciência daquele.⁹⁶

Esse discurso principiológico⁹⁷ está afetado na própria elaboração dos textos normativos, no apego doutrinário e nas decisões judiciais, observa-se que as discussões transcendem vários setores. Além desse inchaço especulativo dos princípios causado pelo alto grau de indeterminação da norma, passamos a conviver com os seus derivados, ou seja, uma espécie de subprincípio do direito. Aqui preciso mencionar um ponto importante que deve afastar qualquer falha na interpretação. Os princípios não decorrem apenas da formação da lei,

⁹⁵ A expressão tautologia significa “vício de linguagem caracterizado pela apresentação da mesma ideia sob formas diferentes” XIMENES. Dicionário da Língua Portuguesa, 2002, p. 895.

⁹⁶ HELLMAN, Renê Francisco. **Sobre como será difícil julgar com o Novo Código de Processo Civil** (PLC 8.046/2010). Do *prêt-à-porter* à alta costura decisória, in Revista de Processo, n. 239, São Paulo: RT, jan, p. 97-103, 2015, p. 101.

⁹⁷ Sundfeld, explica a existência de dois sentidos para “princípio” no Direito, são eles: o de norma inicial (da dicotomia princípio x fim) e o de norma principal (da dicotomia principal x secundário). O princípio quando tratado como norma principal não está querendo trabalhar a indeterminação ou a insuficiência da norma, mas sua importância. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 63.

há princípios escritos e não escritos ou implícitos, v.g temos os princípios da segurança pública, da interpretação conforme a constituição e para alguns autores a proporcionalidade⁹⁸.

Com brilhantismo Sundfeld⁹⁹, pondera que “um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema está na comodidade que podem oferecer para os espertos e preguiçosos”. Mais uma vez, a importância de destacar o equilíbrio entre os dois valores: segurança e justiça, pois o emprego extremo dos princípios pelos tribunais para ocultar a falha¹⁰⁰ de fundamentos de sua decisão e a utilização inadequada da regra sem observar sua correspondência com a constituição Federal, retratada na aplicação do artigo 14 do Decreto 94.664/87 e do art. 20, da Lei nº12.772/12 em detrimento do inciso, XVI, Art. 37, da CF/88, pode tornar iníquo a segurança jurídica dos professores.

4.4. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Uma das medidas adotadas no direito brasileiro para reprimir os abusos aleatórios das decisões hesitantes dos tribunais, está determinada no princípio da segurança jurídica potencializado na Constituição Federal e, agora, no Código de Processo Civil. A nova ideologia processual busca nas diretrizes constitucionais um amparo na valorização da segurança jurídica como elemento constitutivo do Estado Democrático:

A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente, a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade. (grifo nosso).¹⁰¹

Tratando-se das decisões dos tribunais é perceptível que o reconhecimento da acumulação de cargos no magistério superior amparado na Constituição Federal não possui um linear nos seus precedentes apta a estabilizar a relação jurídica dos docentes que desenvolvem suas atividades sob o regime de dedicação exclusiva. Embora sejam complexas

⁹⁸Autores como Humberto Ávila adotam a proporcionalidade como um postulado.

⁹⁹ SUNDFELD, op. cit., p. 70.

¹⁰⁰O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o princípio da obrigatoriedade dos contratos e negá-la. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Ibid., p. 70.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 90.

as distorções sobre o art. 37, XVI, 'a', CF/88, na doutrina nacional o tema não obteve destaque quando se trata de regime de dedicação exclusiva dos docentes, acredita-se que não há, notadamente, entre os teóricos, interpretação de regras esparsas no ordenamento jurídico que contraria os mandamentos constitucionais.

Apesar de não tratarem especificamente sobre o certame alguns administrativistas dirige o tema como uma bússola apta a indicar a melhor interpretação para a preponderância da acumulação de cargos independentemente do regime jurídico escolhido pelos educadores. Sobre a supremacia constitucional, no século XX, Carlos Maximiliano ao tecer comentário à Constituição Federal de 1946, preconizava com veemência que se a principal norma do país define as diretrizes de aplicação do direito para a sociedade não pode o legislador alterar a essência da norma para a qual foi criada.

Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, essa especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas, ou estender a outros casos a penalidade.¹⁰²

Atente-se que o caput do artigo 37, CF/88, impôs de forma severa a proibição dos servidores públicos acumularem cargos, porém excepcionou taxativamente a regra e, entre estas, prevê a de dois cargos de professores, condicionando-os apenas à compatibilidade de horário para efetivar simultaneamente as atividades no magistério. Até mesmo neste caso, a lei ordinária não poderia delimitar a carga horária, já que a Constituição assim não permitiu.

Em consonância com a norma de eficácia plena e imediata do art. 37 da Constituição Federal, Celso Antônio posiciona-se favorável as hipóteses de acumulação de cargos e o equilíbrio destas com as restrições expressamente impostas na própria CF/88, por exemplo, o respeito ao teto remuneratório.

A resposta à indagação há de ser norteadas por **duas ideias: uma, a de que, se a Constituição permite a acumulação, esta é um direito do servidor; outra, a de que o proibido, inclusive nos casos de acumulação, é a superação do teto.** A solução, pois, é conciliar estas ideias, com a cautela de não extrair delas nada além do indispensável à integral aplicação de ambos os comandos. Assim, por ser a acumulação um direito (nas hipóteses permitidas), há de se concluir que o servidor não pode ser impedido de acumular. (grifo nosso).¹⁰³

Na mesma corrente teórica, Diógenes Gasparini:

¹⁰² MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**. vol. I, pág. 139, n. 80.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 295.

Por fim, diga-se que **só mediante alteração constitucional federal poder-se-á aumentar ou diminuir o elenco de hipóteses em que a acumulação de cargo, emprego ou função é permitida**. As Constituições estaduais e a lei não podem dispor de modo diverso do regulado por essas regras. (grifo nosso).¹⁰⁴

Na mesma esteira, José Afonso da Silva¹⁰⁵, coaduna da posição pacificada da doutrina pátria, posto que existem três condições previstas para a acumulação de cargos, “observe-se, também, que em qualquer das hipóteses excepcionadas, a acumulação só será lícita em havendo compatibilidade de horário, notando-se que a Constituição não exige mais a correlação de matérias entre os cargos acumuláveis de professores”.

A primeira condição dentre as restrições para a acumulação de cargos contemplam as exceções do art. 37, XVI, alíneas ‘a’: a de dois cargos de professor; ‘b’: a de um cargo de professor com outro técnico ou científico e ‘c’: a dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

A segunda condição está no caput, do art. 37, da CF/88 quando estabelece a compatibilidade de horários entre os cargos acumuláveis.

A terceira restrição concentra-se nos limites da remuneração e do subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta ou indireta, dos membros de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, sublinhada no inciso XI, do art. 37, da CF/88¹⁰⁶.

Mesmo não sendo a proposta de estudo, urge destacar que, além das exceções taxativas no art. 37, XVI, da CF/88, o texto constitucional permite que os magistrados e os membros do ministério público acumulem com seus cargos vitalícios a uma de magistério.

Art. 95. Os **juízes** gozam das seguintes garantias:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

¹⁰⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 185.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 670.

¹⁰⁶ Nos termos do Art. 37, XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 41, de 19 dezembro de 2003.

Art. 128. § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada **Ministério Público**, observadas, relativamente a seus membros:

II - as seguintes vedações:

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

Nesses casos específicos de acumulação de cargo para os promotores e juízes com uma de professor a Constituição Federal não expressa as condições que esses agentes público se vinculam, se instituição pública ou privada, se do ensino médio, superior, pós graduação ou cursinhos preparatórios para concurso público, nem mesmo delimitou a carga horária do desempenho das atividades docentes.

Lúcia Valle Figueiredo¹⁰⁷, pontifica que o juiz “só pode exercer uma função de magistério, seja pública ou privada” e o promotor pode exercer “outra função pública de magistério, nenhuma restrição havendo quanto ao magistério particular”.

Sobre a temática, José dos Santos Carvalho Filho amplia as possibilidades de acumulação de cargo público em mais de uma instituição particular quando o juiz ou professor não estão vinculados à docência em estabelecimento público, claro, imprescindível a demonstração de compatibilidade de horários.

A restrição do texto constitucional (uma única função), mesmo para os juízes, se refere ao desempenho de atividades em instituições públicas, portanto, **“nada impede que, além do cargo de magistério nessas instituições, o magistrado tenha contato com instituições ou cursos do setor privado, desde que, obviamente, haja compatibilidade de horários com o exercício da judicatura”**. Além disso, defende que o juiz, não ocupando cargo em estabelecimento público, pode ter mais de um contrato de professor em instituições privadas. (grifo nosso).¹⁰⁸

Não é difícil perceber que o poder judiciário está abarrotado de processos, tanto que as expressões: princípio da celeridade processual e princípio da efetividade processual fazem parte do cotidiano processualista, boa parte disso, em razão da alta demanda processual para o reduzido número de magistrados em atividade. Esse contexto permite afirmar uma discrepância quando os Tribunais apreciam os processos cujo objeto da demanda reside na acumulação de cargos com o regime de dedicação exclusiva, pois que aludem incompatibilidade de carga horária e o melhor desempenho do professor.

Ora, a carga horária máxima para o docente que está sob o regime de dedicação exclusiva limita-se no período de 40 horas semanais. A carga horária de um juiz ou

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 603.

¹⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 672.

representante do ministério público revela um intervalo semanal semelhante, quiçá maior, e caracterizado com mais desgaste físico e psicológico. Esse desequilíbrio argumentativo afeta diretamente a isonomia das relações jurídicas que se espera das decisões dos tribunais, pois a função dessa comparação não visa a desconstrução do permissivo constitucional previsto nos artigos 95 e 128, da CF/88, mas aponta para uma reflexão dos pressupostos argumentativos traduzido na interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Por oportuno, importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o ônus da prova da insuficiência de desempenho por parte do servidor que estiver a acumular cargos é da Administração Pública, inclusive quando cada um dos cargos acumulados exija total de sessenta horas de jornada de trabalho”¹⁰⁹. Acertou o Min. Jorge Mussi no lastro de imputar o valor probatório de cunho subjetivo para a Administração Pública, pois arguições como falta de desempenho, cansaço ou conseqüência de baixo rendimento do docente em sala de aula depende de uma análise em concreto do conjunto de provas para direcionar a possibilidade de incompatibilidade de cargos, porquanto a Constituição Federal restringiu a presente situação com mecanismos objetivos.

Por derradeiro, Carvalho Filho eleva a necessidade da técnica hermenêutica para os juristas não incorrem em erro ao interpretarem a Carta Magna, exigindo o cuidado quanto a apreciação da exceção frisada no texto constitucional de modo que seja restrito sua incidência, adverte o mestre:

Outras situações de permissividade referem-se à possibilidade de juiz e de membro do Ministério Público acumularem seus cargos com outro de magistério (art. 95, parágrafo único, e art. 128, § 5º, II, "d", da CF) . **O que se deve ter como certo é que, tratando-se de hipóteses que refletem exceções ao sistema geral de vedação à acumulabilidade, devem elas ser interpretadas restritivamente, sendo incabível estendê-las a outras situações que não se enquadrem naquelas expressamente permitidas.** (grifo nosso).¹¹⁰

Submeter-se o professor com regime de dedicação exclusiva para desempenhar suas funções em uma única instituição de ensino superior, sob os argumentos de incompatibilidade de carga horária, o de deter maiores rendimentos que aqueles que se enquadram nos demais regimes de trabalho e o de encontrar respaldo jurídico em norma infraconstitucional como o Decreto nº 94.664/87 e a Lei 12.772/12, mas não buscar compreender a especialidade do tema destacado no principal espírito normativo de um Estado soberano e o contexto histórico da

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 27.921-MS, 5ª. Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, dec. un. pub. DJE 10.09.2013

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 672.

acumulação de cargos nas Constituições pretéritas, importará em manifesta ofensa ao princípio da supremacia constitucional, aos quais afetarão o interesse público e a estabilidade das relações jurídica.

Feitas da inexorável discussão é fácil perceber que embora não haja nas doutrinas um aprofundamento específico do tema, acumulação de cargos de magistério no regime de dedicação exclusiva, há uma linearidade no pensamento dos teóricos favoráveis a prevalência do art. 37, XVI, da CF/88, sem espaços para restrições deste texto constitucional. No entanto, o mesmo não reflete nas decisões dos tribunais, que na sua maioria, posicionam-se desfavoráveis a consolidação irretocável da interpretação conforme a Constituição.

Para os docentes, encontrar segurança nas decisões judiciais significa ter a sensação de tranquilidade e o mínimo de previsibilidade da postura do tribunal em relação às consequências jurídicas ligadas ao passado, presente e futuro das suas decisões. Esse triunfo axiológico denominado estabilidade das relações jurídicas, tem sua gênese na Alemanha¹¹¹, por construção jurisprudencial decorrente do direito administrativo e aos poucos expandiram sua necessidade aos demais institutos do direito, inclusive o processual.

Importante notar a supervalorização do tema que recebe tratamento de princípio constitucional, “sendo referido no direito alemão como princípio da proteção da confiança, no direito comunitário europeu como princípio da confiança legítima e, no direito anglo-saxônico, como princípio da proteção das expectativas legítimas”¹¹².

Nas lições de Almiro do Couto e Silva¹¹³, observa-se que, embora deva ser observado o princípio da legalidade, é importante vislumbrar “a inclusão da garantia da estabilidade das relações jurídicas através do princípio da segurança jurídica (aspecto objetivo) e do princípio da proteção à confiança (aspecto subjetivo)”.

¹¹¹Na Alemanha, onde o princípio da proteção à confiança nasceu, por construção jurisprudencial, pode-se dizer que este princípio prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa fé. O princípio da proteção à confiança começou a firmar-se a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956. COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, 2004, p. 275.

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 177.

¹¹³ COUTO E SILVA, op., cit, p. 272-273.

Pois, o princípio da segurança jurídica, no magistério de Judith Martins-Costa¹¹⁴, “denota a relação de inércia da administração em relação aos administrados, verdadeiro estado de inércia, cumprindo o papel de abstenção e passividade, de modo a desejar que haja a consumação do tempo para o administrado não ser surpreendido”. Tece exemplos como a prescrição, decadência, ato jurídico perfeito, direito adquirido etc. Ao passo que o princípio da confiança enseja “a atuação da administração articulada no jogo de ponderações a ser necessariamente procedido pelo intérprete com outros princípios avaliáveis na concretude das circunstâncias”¹¹⁵.

Em reforço a expansão do princípio da segurança jurídica¹¹⁶, redefinido a nomenclatura para Princípio da Confiança, Judith Martins-Costa¹¹⁷, explica que até agosto de 2003 o STF havia registrado 37 decisões com a expressão “segurança jurídica”, isso nos vários ramos do direito.

Nessa esteira, denota-se que há uma preocupação da suprema corte em tornar efetiva a estabilidade das relações jurídicas no ordenamento jurídico como expressão da preservação¹¹⁸ de outros princípios como o da própria legalidade a aplicabilidade do Art. 37, XVI, da CF/88, sem imposições limitativas por normas infraconstitucionais. Com efeito, aplica-se também esse desafio para o campo processual, dessa vez a missão foi imposta à comissão de juristas

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de Confiança**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 113.

¹¹⁵ Ibid., p. 113.

¹¹⁶ Quanto a esta questão, observa Canotilho: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de Confiança**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 112-113.

¹¹⁸ De ordinário, a **segurança jurídica** confunde-se com a legalidade (ou é por esta realizada), uma vez que é com o conhecimento e o respeito às prescrições legais que os particulares tornam-se aptos a prever conseqüências das suas condutas (e das demais pessoas) na vida de relação. Aliás, para ser mais explícito, a segurança jurídica é um dos valores informativos do próprio princípio da legalidade, que tem como uma de suas funções a criação de um ambiente social de previsibilidade e certeza, condição essencial para o exercício da autonomia individual. De fato, somente onde for possível aos cidadãos terem prévio conhecimento das normas de direito norteadoras da vida social é que poderão eles exercer plenamente a sua liberdade. Os princípios da segurança jurídica e da legalidade, em tais circunstâncias, aparecem como vetores de mesma direção e sentido, apontando para a mesma solução do caso concreto. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 180)

responsável pela elaboração de Anteprojeto do Código de Processo Civil. Recorro-me, aqui, aos motivos da comissão de processualista ao prestigiar o princípio da segurança jurídica:

Talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o **princípio da segurança jurídica**, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (grifos nosso).¹¹⁹

Nesse sentido, vários textos normativos previstos no Código de Processo Civil referem-se expressamente¹²⁰ ao termo segurança jurídica, mas, implicitamente, o dispositivo que assinala a necessidade de atender esse princípio para reger a estabilidade das decisões judiciais está assegurado no art. 926 do Código de Processo Civil¹²¹, quando disciplina, em síntese, a uniformização de jurisprudência pelos tribunais observando a manutenção da sua estabilidade, integridade e coerência em atenção às circunstâncias fáticas dos precedentes.

Juraci Mourão¹²² nos remete à compreensão dos precedentes judiciais aduzindo que eles emergem do sistema processual como “instrumento para solucionar problemas complexos do direito, como a busca de uniformidade na solução de casos, racionalização do trabalho jurisdicional e isonomia de tratamento das partes de forma que casos iguais devem ser decididos igualmente”. Como ponderamos, os tribunais, diferente dos doutrinadores de direito administrativo, desviam o ângulo unívoco da aplicação constitucional, prevista no seu

¹¹⁹ BRASIL. Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto do Código de Processo Civil, 2010, p. 19.

¹²⁰Em três oportunidades a expressão segurança jurídica se relaciona a modulação dos efeitos a decisão do STF ou tribunais superiores (art. 525, § 13; art. 535, § 6º e art. 927, §§ 3º e 4º). Nas outras três inseridas na suspensão dos processos que versem sobre a mesma questão objeto de IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976, II; art. 982, § 3º e art. 1029, § 4º). Exemplo: **Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:**I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;§ 3º **Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.**§ 4º **A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.**

¹²¹ **Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.**§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹²² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais.** In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Cap. 6, p. 147-174. 2015, p. 147.

artigo, 37, XVI, com decisões despidas de fundamentos técnicos o que acabam por registrar uma situação de acomodação nutrida por uma mera subsunção dos fatos ao texto de lei infraconstitucional.

Nos inúmeros julgados pesquisados nos endereços digitais do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça Estaduais, pouco se vê os fundamentos da *ratio decidendi* pautados na violação da restrição imposta na Constituição referente a incompatibilidade de horário no regime de dedicação exclusiva acumulada com outra de professor, este sim apto de rechaçar a acumulação dos cargos, não por integrar na dedicação exclusiva, mas por violar a compatibilidade horária exigida na Constituição Federal. Sobre o tema Diógenes Gasparini exemplifica:

Ademais, a acumulação é de, no máximo, dois cargos, funções ou empregos públicos ou de um cargo e um emprego, ou de um emprego e uma função ou de um cargo e uma função. Atente-se que, em qualquer hipótese, para a constitucionalidade dessas acumulações há de haver compatibilidade de horários, isto é, os horários nem em parte podem sobrepor-se. Como ocorre, por exemplo, nos períodos: diurno, das 8 às 18:30 horas, e noturno, das 20 às 23 horas, é professor municipal; de dia, das 8 às 18 horas, é professor da autarquia estadual) ou na mesma entidade (à noite, das 20 às 23 horas, é professor; durante o dia, das 9 às 18 horas, exerce o cargo técnico de Secretário Municipal de Educação). A compatibilidade de horários há de ser inquestionável.¹²³

Com a precisão do pensamento que lhe é peculiar, Di Pietro¹²⁴ ilustra que, “as exceções somente são possíveis quando haja compatibilidade de horário, tendo desaparecido a exigência de correlação de matérias constante da Constituição anterior.” Logo não será possível acumular três cargos, empregos ou funções públicas, pois se de um lado não admite restringir as condições de ordem Constitucional, do mesmo modo, não é cabível ampliá-la, por ausência de previsão.

Os deveres gerais do poder judiciário consubstanciam-se na manutenção da ordem dos precedentes e seus amplos reflexos na efetivação da segurança jurídica. Pois, manter a consistência da jurisprudência dos tribunais é permitir a integridade das decisões em obediência, não só ao livre convencimento dos magistrados, mas no respeito da integridade da unidade jurisdicional, ou seja, as decisões dos magistrados consideradas individualmente devem observar e se inserirem no contexto histórico do tribunal, para que seja possível ao

¹²³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 185.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. In: Administração Pública e Servidores Públicos. vol. 2. São Paulo: RT. 2004, p. 27.

professor antever os reflexos jurídicos que recairão no seu comportamento, na sua relação social, seja com a Administração Pública, seja na sua relação particular.

O pressuposto integridade vincula-se aos estudos de Ronald Dworkin, segundo o autor norte-americano de raízes *common law*, ensina:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que "lei é lei", bem como o cinismo do novo "realismo". Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.¹²⁵

Na mesma oportunidade complementa Dworkin:

Insiste em que o direito - os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção - contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.¹²⁶

Assim, o Direito pensado como uma unidade do sistema jurídico colabora para os juízes construírem seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, permite extrair do exemplo supracitado pelo professor Fredie Didier que, “se o magistrado observar o conjunto das normas nos ordenamento, rechaça a tentação da arbitrariedade”. Julgar um caso, esclarece Didier, “é essencialmente distingui-lo de outro, porém é indispensável que as distinções feitas pelos tribunais sejam conexas”, assim exemplifica o processualista:

Não há coerência na distinção que o STJ fez, na vigência do CPC-1973, entre núcleos de prática jurídica de instituições federais de ensino e núcleos de prática jurídica de instituições particulares de ensino, reconhecendo apenas aos primeiros o benefício da dobra de prazo – a incoerência dessa distinção é reforçada pela consagração da regra decorrente do §3º do art. 186 do CPC.¹²⁷

Por óbvio, nem tudo que constou no precedente deverá ser considerado pelo juiz ou tribunal, pois é certo que não estamos afirmando uma imutabilidade do direito, mas de

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1999, p. 274.

¹²⁶ Ibid, p. 273-274.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, v. 2, 2015, p. 480.

estabilidade das consequências da decisão judicial em homenagem às partes do processo, à estrutura das decisões anteriores do tribunal e à expectativa gerada para a sociedade. Pois, além de dialogar com os precedentes anteriores cumpre também o intérprete buscar um exaurimento discursivo da relação jurídica em questão, levando em consideração a todos os argumentos relevantes para a apreciação isonômica do caso.

O apoio do dever de manter a jurisprudência estável reside na observação que os juízes e os tribunais farão ao modificar o entendimento do precedente sem surpreender a lógica do ordenamento jurídico. Vale dizer, qualquer mudança de posicionamento deve ser justificada adequadamente em garantia do *statu quo*, fato que não ocorre entre os tribunais que prioriza aplicação de um Decreto em declínio do direito à acumulação de cargos de professor expressamente amparado na Constituição Federal.

A defesa de índole constitucional reside na acumulação de dois cargos de professores independente do regime de trabalho escolhido, nada mais. Não se propõe fomentar ao professor a acumulação com outras áreas, v.g, o professor de direito na dedicação exclusiva em exercício simultâneo com a advocacia, consultas ou pareceres, essa prática não tem amparo constitucional e por este trabalho não é defendido. Não obstante, verifica-se que muitos desses julgadores que não interpretam à luz da Constituição, exercem a docência no ensino superior, ministram palestras e também publicam artigos e obras similares, no entanto, não tem os seus cargos comprometidos por norma infraconstitucionais.

Assim, a consagração do precedente judicial aos passos de uma aplicação efetiva do inciso, XVI, 'a', do artigo 37 da Constituição Federal está no dever de estabilidade da acumulação de cargos de professores sob o regime de dedicação exclusiva, como caráter específico do princípio da segurança jurídica a fim de que convivam as regras e os princípios do ordenamento jurídico de acordo com a supremacia da Constituição, bem como a manutenção da jurisprudência íntegra e coerente estudada nos precedentes judiciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendeu-se, nesse estudo, a distinção entre cargos, empregos e funções públicas, cujos atributos distinguem-se pelo vínculo jurídico que o servidor terá com a Administração Pública de maneira que o caput do inciso, XVI, do art. 37, da CF/88 deve ser interpretado no sentido amplo, ou seja, a acumulação de cargos aplica-se também aos professores submetidos a empregos e funções públicas.

As Constituições brasileiras, via de regra, contemplaram a medida excepcional para a acumulação de cargos no magistério, salvo a Constituição Imperial de 1924 que nada expressou sobre o assunto e a Constituição de 1891 e 1937 vedaram a acumulação de cargos públicos. A Constituição de 1934 inaugurou a possibilidade da acumulação de dois cargos de professores, seguida pelas Constituições de 1946, 1967 e 1988, esta última, além de permitir a indigitada medida prevista no artigo 37, XVI, 'a', estabeleceu os requisitos de compatibilidade de carga horária e o limite do teto constitucional consignada no inciso XI, art. 37, da CF/88. Além disso, ampliou a acumulação de cargo para duas de professores, uma de professor com outro técnico ou científico, bem como uma de juiz com outra de professor nos termos do art. 95, parágrafo único, reiterado no artigo 128, §5º, II, aos representantes do ministério público.

Pôde-se registrar que a regra reside na proibição de acumulação de cargos público, cuja medida encontra seus fundamentos principais na moralidade pública e na eficiência da prestação de serviço administrativo. Esse perfil está diretamente relacionado com os princípios da eficiência e da moralidade pública, ambos elencados no art. 37, caput, da CF/88. O princípio da eficiência decorre da emenda 19/98, promovendo o significado de maior qualidade do serviço com menor gasto da Administração Pública.

Com efeito, os administrativistas ponderam que, na qualidade de prestador de serviços o agente público que acumula cargos ou funções, atrairá para si maior carga de estresse emocional, promoverá uma lentidão no atendimento ao público e gerará maiores gastos para a Administração Pública, pois faltaria atenção, cansaço e serviço realizado com morosidade. Por sua vez, violaria o princípio da moralidade administrativa que visa manter íntegra a probidade e imparcialidade do administrador público bem como, restaria afetado em razão do acúmulo interminável de funções. Além disso, através do implemento do princípio da eficiência o art. 41, da CF/88, criou a avaliação periódica de desempenho dos funcionários públicos, mesmo depois de cumprido o período de estabilidade do servidor público.

No entanto, quando a própria CF/88 prevê na sua literalidade a exceção à inacumulabilidade de cargos não afronta o caráter explícito dos princípios da eficiência e da moralidade pública, pois em razão da natureza da carreira de magistério e a importância a ela desempenhada na sociedade, havendo compatibilidade de horários, qualquer impedimento estará evitado de inconstitucionalidade. Isso porque, de um lado, o Estado tem o dever de estimular o desenvolvimento educacional em todos os níveis de ensino e divulgar o espírito científico indistintamente. De outro, é notório a falta de incentivo econômico para os

professores, impulsionando, assim, a necessidade de acumular o cargo em outra instituição de ensino em busca de melhoria salarial e, claro, concretizar o ensino multidisciplinar.

A legislação diferencia os regimes de trabalho escolhido pelo professor universitário somente para definir a carga horária e a remuneração salarial. No plano teórico, o estudo do direito fundamental a educação possui capítulo próprio na CF/88, de modo a promover o desenvolvimento da personalidade do cidadão, preparando-o para a qualificação no mercado de trabalho e o desenvolvimento científico do país. Além disso, assegura através dos seus princípios a valorização dos profissionais da educação escolar e a adequação do plano de carreira dos professores. No entanto, constata-se na prática, a ampliação quantitativa do número de alunos em sala de aula, somada a estrutura física das faculdades e salas de aula praticamente defasadas, salários dos professores incompatíveis com o grau de titularização. Contexto que fomenta a necessidade do docente acumular o cargo em outra instituição de ensino superior para complementar a renda financeira mensal.

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), revela que no Brasil totalizam até o ano de 2016, a existência de 2.368 Instituições de Ensino Superior, com 282.386 docentes em exercício. Deste número, 49% dos docentes encontram-se vinculados ao regime integral de trabalho, 28% no regime parcial e 22% são horistas. A Lei 9.394/96 obriga a composição do quadro de professores das universidades, faculdades ou centro universitários de no mínimo um terço de mestre ou doutores. Os professores vinculados ao regime de dedicação exclusiva recebem aproximadamente 35% a maior dos seus vencimentos em relação aos demais regimes de trabalho. Porém, além da carga horária ser bem maior, proíbe-se o acúmulo de cargo.

A lei 12.772/12 reitera literalmente o Decreto 94.664/87, ao dispor sobre a estruturação do Plano de carreiras e cargos de magistério federal, estabelecem dois regimes de trabalhos para o professor no âmbito das Instituições de Ensino Superior. O primeiro, de tempo parcial, é aquele vinculado a vinte horas semanais de trabalho, ao passo que, para o regime de dedicação exclusiva, o docente deverá obedecer a quarenta horas semanais de trabalho em tempo integral, destinado às atividades de ensino, pesquisa e extensão, sendo-lhe, porém, vedado exercer outra atividade remunerada.

Pautado na vedação insculpida no Decreto 94.664/87 e na Lei n. 12.772/12, quanto ao assunto consignado na acumulação de cargos para professores, os Tribunais Superiores passaram a divergirem, especificamente quando se trata do exercício docente no regime de dedicação exclusiva. Os precedentes judiciais elucidados alinham-se contra essa peculiar possibilidade de acumulação de cargos. A doutrina, por sua vez, não esclarece objetivamente

sobre o tema, mas deduz que a norma constitucional prevista no inciso, XVI, 'a', art. 37, prevalece sobre qualquer interesse de cunho infraconstitucional, isso em razão de seu comando constitucional ser passível de restrição apenas por outra norma inserida na CF/88.

O clássico julgado do STJ, lavrado em 1996, sob a relatoria do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, permitiu a convivência do art. 37, XVI, 'a', da CF/88 com o Decreto 94.664/87, decidindo que havendo compatibilidade horária o regime de trabalho de dedicação exclusiva, por si só, não é obstáculo para a acumulação de outro cargo de professor.

Apurou-se expressiva ausência de fundamentação dos julgados judiciais que apreciaram e decidiram desfavoravelmente a situação dos servidores que exercem dois cargos de professores e um deles na dedicação exclusiva, cujos julgados descrevem o mero dispositivo legal.

A legislação não pode ser aplicada a qualquer custo sem ao menos uma abordagem geral do ordenamento jurídico. Verificou-se que a aplicação da lei sem ponderações regenera-se na arbitrariedade, fase que marcou o declínio do positivismo jurídico. Na histórica tríade jusfilosófica do direito, passamos pelo período jusnaturalista, depois pelo direito positivo, e agora, vivencia-se o núcleo neoconstitucionalista. O magistrado que decide apenas delimitado na lei e ignora o sistema jurídico, alastra a cegueira jurídica nas suas decisões. Como visto, o surgimento neoconstitucional ascendeu a importância da carga axiológica do direito jusnaturalista somada as regras disciplinadas do positivismo jurídico. Assim, regras e princípios passaram a ser espécies do gênero norma jurídica.

Os princípios, contrapondo as regras, constituem-se de expressões indeterminadas, de preceitos gerais e abertos com valores políticos, vale dizer, quando a Constituição admite, excepcionalmente, a acumulação do exercício do magistério no art. 37, XVI, 'a', mais do que uma regra, prevalece o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Embora com fundamentações distintas, a segurança jurídica é o pilar que sustenta o marco jurídico dos três períodos deflagrados no direito. Atualmente, o período neoconstitucional rege a necessidade de estabilizar as relações jurídicas de modo que as decisões judiciais mantenham-se uniformes e cordiais com a Constituição Federal.

Nesse compasso, com a vigência do atual Código de Processo Civil, busca-se revigorar a sensação de equidade nas decisões no âmbito dos tribunais superiores, evitando, assim, decisões vulneráveis violadoras de direitos exaltados na Constituição Federal, *in casu*, a acumulação de cargos.

Assim, sob o prisma da ponderação de bens e valores, destacam-se dez premissas que auxiliam os magistrados a fundamentarem suas decisões com escopo na Constituição Federal

para proteger o direito constitucional de acumulação de dois cargos de professores no ensino superior, sendo um deles contemplados no regime de dedicação exclusiva.

Primeiro, a Constituição no art. 37, XVI, 'a', permite, taxativa e excepcionalmente, o professor acumular o cargo público com outro de professor, ou com outro de natureza técnica ou científica, ou com outro de juiz ou promotor de justiça.

Segundo, a Lei nº. 9.394/96 que rege as Diretrizes e Base da Educação Nacional ampara a educação superior com o estímulo ao desenvolvimento da ciência e do pensamento reflexivo e a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e interdisciplinares. Com efeito, as experiências adquiridas pelo professor em regime de dedicação exclusiva que leciona, simultaneamente, em dois locais distintos, enriquecerão o nível cultural e cognitivo dos alunos de ambas as instituições de ensino superior, bem como poderá colaborar com desempenho funcional da mesma.

Terceiro, a Carta Magna condiciona apenas a compatibilidade de carga horária entre os cargos acumuláveis e a observação da limitação do teto constitucional nos termos do art. 37, XI, CF/88.

Quarto, a expressão “cargo” contido no caput do inciso XVI, do art. 37, da CF/88, deve ser interpretada de forma ampla, estendendo-se às funções e empregos públicos.

Quinto, a permissão de acumulação de cargo foi criado pelo poder constituinte originário. Logo, insuscetível de mudanças de cunho restringível ou sua extirpação do ordenamento jurídico pelo poder constituinte derivado.

Sexto, a lei ordinária não pode limitar a carga horária para a acumulação de cargo, pois a Constituição assim não permitiu.

Sétimo, tratando-se de hipóteses que refletem exceções ao sistema geral de vedação à acumulabilidade, devem elas ser interpretadas restritivamente, sendo incabível estendê-las a outras situações que não se enquadrem naquelas expressamente permitidas. Portanto, inadmissível ignorar a acumulação de cargos pautado na mera opção de regime de trabalho pelo professor, no caso, dedicação exclusiva.

Oitavo, são inconcebíveis os tribunais superiores permitirem aos juízes e promotores de justiça lecionarem em duas instituições de ensino superior, em cursinhos direcionados para concursos públicos, em várias pós-graduações, e simultaneamente, vedar o acúmulo de dois cargos na docência para o professor vinculado ao regime de dedicação exclusiva.

Nono, o princípio da segurança jurídica é intrínseco a noção de Estado Democrático de Direito, que possui proteção no artigo 1º, caput, da CF/88, e o magistrado deve assegurá-la aos docentes, pois encontrar segurança nas decisões judiciais significa ter a sensação de

tranquilidade e o mínimo de previsibilidade da postura do tribunal em relação às consequências jurídicas ligadas ao passado, presente e futuro das suas decisões.

Décimo, denegar um direito restrito a mera descrição de norma infraconstitucional acarreta nulidade da decisão por ausência de fundamentação legal.

Nessa perspectiva, as dez reflexões corroboram para orientar os Tribunais Superiores a uniformizarem os precedentes judiciais e assegurar aos professores o direito conquistado de acumulação de cargos independente do regime de trabalho escolhido, mantendo, assim a interpretação conforme a Constituição do art. 37, XVI, que, aliás, há anos atribuídas nas Constituições pretéritas, a fim de invocar a estabilidade das relações jurídicas entre Estado e professores, e exclusivamente, para os professores, a sensação de exercer a profissão sem receio de arbitrariedade do Estado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVES, Waldir; MAZZUOLI, Valério. Acumulação de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. (org). **A nova interpretação constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 49-117, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**. In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. nº 1, jan/jul, 2005.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**, in: A nova interpretação constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Vitória: Panóptica. Ano 1, n. 6, , p. 1-44, fev. 2007, p. 06. Disponível em <http://www.panoptica.org>. Acessado em: 18 de agosto de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALCANTE, Joubert de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Empregado Público**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, 2004, p. 275.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 146-387. Apud, Alaim de Almeida Carneiro, 'A acumulação de cargos públicos', in RDA 10:353 e Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo**. In: Administração Pública e Servidores Públicos. vol. 2. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Princípios do processo administrativo no novo Código de Processo Civil**. Revista eletrônica: Consultor jurídico. 2015, p. 29. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-29/interesse-publico-principios-processo-administrativo-cpc>. Acessado em: 27 de março de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Edimur Ferreira de; FORTINI, Cristiana. Acumulação de cargos remunerados, de cargo e proventos, de cargo e pensão e de proventos e pensão. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 73-91.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

HELLMAN, Renê Francisco. **Sobre como será difícil julgar com o Novo Código de Processo Civil** (PLC 8.046/2010). Do *prêt-à-porter* à alta costura decisória, in Revista de Processo, n. 239, São Paulo: RT, jan, p. 97-103, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, cit., v.2, 1962.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais**. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Cap. 6, p. 147-174, 2015.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. **A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes**. In: Coleção Grandes Temas do novo CPC, v. 3. Salvador: juspodium. Cap. 3, p. 86-97, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de Confiança**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**. vol. I, p. 139, n. 80.

MEDAUAR, Odete. **O direito Administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, 16ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. São Paulo, revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Corsíndio Monteiro da. **Das razões de se acumularem cargos públicos**. Brasília: Regional, 1989.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SITE - ALVAREZ Luciana. Expansão de universidades federais amplia déficit de professores qualificados. O Estado de São Paulo, São Paulo, **dia mês ano**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,expansao-de-universidades-federais-amplia-deficit-de-professores-qualificados-imp-,547049>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

SITE - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). Publicação do Censo da Educação Superior. 2014. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/superior-censosuperior-sinopse>. Acesso em: 18 de agosto de 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para cééticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

XIMENES. Dicionário da Língua Portuguesa, 2002.