— É inconstitucional a limitação de carga horária de professores em regime de acumulação de cargos.

PARECER

Apresentou-me a Associação dos Docentes da Universidade do Pará (Adufpa) a seguinte

CONSULTA

O Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) expediu a Orientação Normativa nº 71, cuja ementa é a seguinte:

"*Acumulação.* A carga horária semanal dos servidores em regime de acumulação não pode ultrapassar 60 horas (Parecer de 15.7.79, no Processo nº 13.0071/79)."

Posteriormente, provocado pelo Magnífico Reitor da Universidade Federal do Pará, voltou a manifestar-se sobre o assunto o Dasp, nos termos do Parecer nº 631/86, aprovado pelo Sr. Secretário do Pessoal Civil daquele órgão. Em aludido parecer encontram-se as afirmações de que a matéria de fixação de carga horária podia ser disciplinada no âmbito regulamentar, como o foi, e de que incumbe ao Dasp expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos que integram o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal.

A limitação da carga horária semanal em 60 horas atinge principalmente os professores que acumulam, com as suas funções docentes, em regime de trabalho de 40 horas, funções outras, de emprego público, em regra em regime de 30 horas semanais.

Indaga-se:

a) cumpridas as hipóteses constitucionais previstas no art. 99 da Constituição Federal, é possível ao professor acumular outra função pública, havendo correlação de matérias e plena compatibilidade de horários?

b) é constitucional o ato administrativo consubstanciado na Orientação Normativa nº 71, do Dasp, que fixa em 60 horas semanais o limite de carga horária, para efeito da acumulação constitucionalmente permitida?

PARECER

1. A Orientação Normativa nº 71, do Dasp, comporta evidente restrição ao direito, dos servidores públicos, de acumular, remuneradamente, cargos e funções públicas, se cumpridas as hipóteses previstas no art. 99 da Constituição Federal e

havendo correlação de matérias e plena compatibilidade de horários.

2. A acumulação de cargos e funções públicas recebeu tratamentos diversos, em distintas ocasiões, pelo direito positivo brasileiro.

Vedaram-na os Decretos imperiais de 13 de fevereiro e de 18 de junho de 1891, art. 73 — enfatizando porém que o coibido eram as "acumulações remuneradas" — ainda que as Leis n.os 28, de 8 de janeiro de 1892, e 44-B, de 2 de junho do mesmo ano, vetadas pelo presidente da República, mas com veto recusado pelo Congresso Nacional, tenham excepcionado a vedação. (Ver: Barbalho, João. *Constituição Federal brasileira — comentários*, 2. ed. Rio de Janeiro, Briguiet, 1924. p. 460-1; Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira.* Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 759-60. Sobreveio o Decreto nº 7.503, de 12 de agosto de 1909, pretendendo restaurar a eficácia do texto constitucional!)

O princípio da vedação foi excepcionado pelos Decretos n.os 19.576 e 19.949, de 8 de janeiro e 2 de maio, respectivamente, de 1931, e a Constituição de 1934, no seu art. 172, também o excepcionou. Retornou a Carta de 1937, art. 159, ao regime de vedação absoluta das acumulações remuneradas, da Constituição de 1891.

Já a Constituição de 1946, embora não referindo mais "acumulação remunerada", porém a "acumulação de quaisquer cargos", tornou a excepcionar o princípio.

A Constituição de 1967, art. 97, e sua versão da Emenda Constitucional nº 1/69, art 99, voltando a referir "acumulação remunerada", mantiveram excepcionado o princípio.

3. Dispõe o art. 99 do vigente texto constitucional:

"É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, *exceto:*" (grifo nosso).

Daí se extrai a verificação de que *dois preceitos* são consagrados pelo referido art. 99: um, que veda a acumulação remunerada de cargos e funções públicas; outro que *confere o direito à acumulação remunerada de cargos e funções públicas.*

Confere, assim, a Constituição, ao servidor público, o direito de acumular, remuneradamente,

- um cargo de juiz com um cargo de professor;
- dois cargos de professor;
- um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- dois cargos privativos de médico (art. 99).

Além disso, lei complementar, de iniciativa do presidente da República, poderá estabelecer, no interesse do serviço público, outras exceções à proibição de acumular, restritas a atividades de natureza técnica ou científica ou de magistério (§ 3º do art. 99 do vigente texto constitucional).

Em qualquer caso, contudo, o direito à acumulação remunerada somente se instalará quando houver correlação de matérias e compatibilidade de horários (§§ 1º e 3º, *in fine,* do art. 99 do vigente texto constitucional).

4. Daí a solução que preconizo para o primeiro quesito contido na consulta: cumpridas as hipóteses previstas no art. 99 da Constituição Federal — tipo de acumulação excepcionada — e havendo correlação de matérias e plena compatibilidade de horários, não apenas ao professor é possível acumular outra função ou cargo público, mas também o professor é titular do *direito de acumulá-la.*

5. Afirmei, inicialmente, que a Orientação Normativa nº 71, do Dasp, comporta evidente restrição ao direito dos servidores públicos — logo também dos professores — de acumular, remuneradamente, cargos e funções públicas, se cumpridas as hipóteses previstas no art. 99 da Constituição Federal e havendo correlação de matérias e plena compatibilidade de horários.

Afirmei-o porque a mencionada "orientação normativa" limita e restringe direito conferido ao servidor público pelo texto constitucional.

Observe-se desde logo que tal "orientação normativa" não está voltada à ordenação de *compatibilidade de horários*, que se verifica quando se torna possível o exercício de dois cargos ou funções públicas em horários diversos, sem prejuízo da quantidade de trabalho desenvolvido em cada um deles. (Neste sentido: Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* Forense, 1974. v. 2 p. 467.)

A Orientação Normativa nº 71, do Dasp — insisto neste ponto — não respeita à ordenação da ou à explicitação do que signifique *compatibilidade de horários.* O Parecer nº 631/86 enfatiza que a fixação da carga horária semanal em 60 horas pressupõe prevenção da fadiga físico-mental dos docentes, em consonância com o que dispõe o art. 66 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Essa observação, inscrita no Parecer nº 631/86, chega a ser irônica — para que não se afirme trágica — em um país como o nosso, no qual o subemprego é regra e as funções docentes são parcamente remuneradas.

Saliente-se, porém, por um lado, que o art. 66 da Consolidação das Leis do Trabalho respeita ao intervalo interjornadas, *em uma mesma relação de emprego,* razão pela qual não tem aplicação às situações de acumulação de cargos e funções — ou empregos — diversas.

Por outro lado, considere-se que é socialmente insustentável a prevenção da fadiga, quando isso importe em violação de direito assegurado pelo texto constitucional e comprometa aspiração maior do indivíduo, a viver em regime de dignidade econômica, só alcançável mediante a exaustão de sua força de trabalho.

De resto, a "orientação normativa" instala uma injustificável situação de desigualdade, na medida em que, sem que ordene o requisito da compatibilidade de horários, discrimina contra o servidor público que pretenda exercer o direito que lhe assegura o texto constitucional. Acumulasse ele o seu cargo com o exercício de outro qualquer no setor privado, ou mesmo mais de um, para que pudesse sobreviver com dignidade — como inúmeras vezes ocorre — tal não sensibilizaria o Estado.

Insista-se em que a Constituição, no seu art. 99, antes de prover a defesa da moralidade, atribui ao servidor público um direito, que se não lhe pode sonegar senão quando não-ocorrentes as condições e requisitos nele e no seu § 1º estipulados.

6. É fora de dúvida, pois, que a Orientação Normativa nº 71, do Dasp, além de incompatível com o princípio da igualdade e de ferir obliquamente a garantia de livre acesso aos cargos públicos — art. 97 da vigente Constituição Federal — importa em indevida restrição e limitação do direito à acumulação remunerada de cargos e funções públicas assegurado a nível constitucional.

Tanto mais grave é essa indevida restrição e limitação, ademais, quanto se observe que muitos dos docentes por ela alcançados, que trabalhavam em regime de 22 ou 24 horas semanais — Decreto nº 64.086, de 11 de fevereiro de 1969 e Decreto nº 66.258, de 25 de fevereiro de 1970 — tiveram de ofício seu regime de trabalho estendido para 40 horas, *ex vi* do disposto no Decreto nº 85.487, de 11 de dezembro de 1980: como se não lhes podia reduzir a jornada semanal de trabalho, tal extensão verificou-se de modo automático.

Além de tudo o mais, por isso também é que, a admitir-se, para argumentar, coubesse ao Dasp restringir e limitar o direito constitucionalmente atribuído aos docentes, à redução das suas jornadas globais semanais para 60 horas não poderia corresponder redução salarial.

Os docentes alcançados pela "orientação normativa" são contratados pelo regime trabalhista e têm comprometidas, em regime, 70 horas semanais de trabalho remunerado em cargos ou funções públicas. Assim — e também, mas não exclusivamente, porque seus regimes de trabalho docente foram alterados em razão do disposto no Decreto nº 85.487/80 (de 22 e 24 horas semanais para 40 horas semanais)

— ainda que se a admitisse como forçosa, à redução de suas jornadas semanais de docência para 20 horas não poderá jamais corresponder, repita-se, redução salarial.

7. Estou em condições, destarte, de dar solução ao segundo quesito contido na consulta.

Cumpre-me anteriormente a isso, entretanto, observar ainda que o seu enunciado refere "o ato administrativo consubstanciado na Orientação Normativa nº 71, do Dasp".

Devo indagar, pois, se se trata, efetivamente, a aludida "orientação normativa", de *ato administrativo*. Note-se que o subscritor do Parecer nº 631/86 enfatiza que "o art. 116, item III, parte final, do Decreto-lei nº 200, de 1967, preceitua que incumbe ao Departamento Administrativo do Serviço Público, (sic) expedir *normas gerais obrigatórias* para todos os órgãos que integram o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal".

Entendo que, na hipótese, estamos diante do exercício, por aquele órgão da administração federal, de *função normativa* — e não de função administrativa (ver meu *Direito urbano*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 139-43). Assim, *materialmente*, a "orientação normativa" do Dasp, expedida com esteio no art. 116, III, do Decreto-lei nº 200/67, há de ser tida como *ato normativo*, de caráter regulamentar, e não como *ato administrativo*.

Não obstante, é certo e inquestionável que tais *normas gerais* não podem impor aos servidores públicos restrição ou limitação de quaisquer direitos seus. O que o Decreto-lei nº 200/67 atribui ao Dasp é poder regulamentar para o efeito de vincular exclusivamente os procedimentos dos órgãos que integram o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal. Ainda que se admita possa o Poder Legislativo — ou o Executivo, fazendo-lhes as vezes, no exercício de *função legislativa* (não *normativa*, note-se; através de decreto-lei ou de lei delegada, portanto) — atribuir ao Executivo o poder de imposição, aos particulares, de fazer ou não fazer, no que se estaria a prestar acatamento ao princípio da legalidade em sentido amplo (cláusula "em virtude de lei", art. 153, § 2º, do texto constitucional) — ver meu *Direito urbano*. cit. p. 142 — não recebeu tal atribuição, no Decreto-lei nº 200/67, o Dasp.

E, de resto, mesmo que isso tivesse ocorrido, não poderia jamais ele — o Dasp — nem o próprio Poder Legislativo, ainda que para tanto expedisse lei em sentido formal (ou mesmo lei complementar) e o fizesse exercendo a competência que a Constituição, em seu art. 8º, XVII, *a*, confere à União, nem o próprio Poder Legislativo, dizia eu, poderia restringir e limitar direito do servidor público, que lhe outorgou a Constituição.

Admiti-lo — mesmo ao Poder Legislativo, quem dirá a órgão do Executivo — equivaleria a estarmos a subverter a hierarquia das normas jurídicas e a transferirmos poder constituinte (função constituinte) para o Legislativo. A admissão de que essa transferência se desse em favor do Executivo alcançaria as raias do absurdo.

O máximo que competiria, mesmo ao Poder Legislativo, seria dispor no sentido de obviar o cumprimento da Constituição, no caso ordenando e explicitando as condições que concorreriam para a verificação da *compatibilidade de horários* a que fazem alusão os §§ 1º e 3º do art. 99 dela, Constituição Federal. Jamais poderia contudo, ao fazê-lo, limitar jornada semanal de trabalho, especificamente para os servidores que acumulam remuneradamente cargos ou funções públicas. Insista-se em que a Constituição, observadas as hipóteses definidas no seu art. 99, assegura aos servidores públicos o direito à acumulação remunerada de cargos ou funções públicas, ainda que, para que atendam ao requisito da compatibilidade de horários, tenham de trabalhar, por semana, 70 ou mais de 70 horas.

Não se argumente com a afirmação de que, sendo assim, não poderá o servidor cumprir adequadamente os seus deveres — embora possível a acumulação, sem prejuí-

zo da quantidade de trabalho desenvolvido em cada um dos cargos ou funções acumuladas. Se e quando tal vier a ocorrer, usará a administração das medidas disciplinares ao seu dispor, aplicáveis a situações como tais, inclusive a de exoneração ou despedida do servidor. O que se não pode explicar e justificar é que, a pretexto sustentado sobre aquela afirmação, a Constituição seja violentada.

8. Dou, portanto, ao segundo quesito contido na consulta, a seguinte solução: a Orientação Normativa nº 71, do Dasp, que fixa em 60 horas semanais o limite de carga horária, para efeito da acumulação constitucional permitida, importa em violação do art. 99 da Emenda Constitucional nº 1/69; é inconstitucional.

9. Em conclusão, os quesitos propostos merecem as seguintes soluções:

a) *sim;* cumpridas as hipóteses previstas no art. 99 da Constituição Federal — tipo de acumulação excepcionada — e havendo correlação de matérias e plena compatibilidade de horários, não apenas ao professor é possível acumular outra função ou cargo público, mas também o professor é titular do *direito de acumulá-la;*

b) *não;* a Orientação Normativa nº 71, do Dasp, que fixa em 60 horas semanais o limite de carga horária, para efeito da acumulação constitucional permitida, importa em violação do art. 99 da Emenda Constitucional nº 1/69; é inconstitucional.

É o que me parece.

São Paulo, 10 de setembro de 1986. — *Eros Roberto Grau,* professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.