

Parecer APESJF – S.Sind. nº 03/2017.

Referência: Professor do Magistério da Educação Básica, Técnica e Tecnológica – Regime de Dedicção Exclusiva – Adicional Noturno.

Em reunião realizada no *Campus Muriaé* do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais, professores registraram os embaraços que têm sido criados, com base em normas administrativas, para o pagamento do adicional noturno àqueles que, estando submetidos ao regime de trabalho de dedicação exclusiva, lecionam em horários que avançam para além das 22 (vinte e duas) horas.

Solicitaram uma análise jurídica do tema.

De início, é válido registrar que o direito dos servidores ao adicional noturno encontra-se sufragado na Constituição da República, que assim pontifica em seu artigo 39, § 3º, c/c artigo 7º, inciso IX:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

Por sua vez, coube à Lei nº 8.112/90 normatizar a matéria em destaque, o que o fez através do seu artigo 75:

Art. 75. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte, terá o valor-hora acrescido de 25% (vinte e cinco por cento), computando-se cada hora como cinqüenta e dois minutos e trinta segundos.

Parágrafo único. Em se tratando de serviço extraordinário, o acréscimo de que trata este artigo incidirá sobre a remuneração prevista no art. 73.

Pois bem, partindo dos preceptivos acima transcritos, é válido registrar que o adicional noturno é direito social dos servidores, referendado constitucionalmente e que se consubstancia no recebimento de um *plus* remuneratório em razão do desenvolvimento das suas atribuições, ou parte delas, no período da noite.

Trata-se de gratificação destinada a compensar aqueles que exercem as suas funções em circunstâncias tipicamente mais gravosas, conforme anotado por ESTÊVÃO MALLET e MARCOS FAVA¹:

Do início do processo de desenvolvimento da indústria, que remonta ao final do século XVIII, é a intenção da mantença da produção ininterrupta. A máquina não se cansa e, por isso, pode produzir ilimitadamente, dia e noite, sem interrupções, a bem do resultado econômico da atividade empresarial. Organizou-se, desde então, o trabalho em turnos, reservando-se o período da noite para um deles. Quase tão antiga quanto essa prática, no entanto, é a conclusão de que o trabalho noturno é mais desgastante, por violar o ciclo natural do organismo, ou, pelo menos, socialmente desagregador. As normas protetivas do trabalhador, desde as primeiras, encarregaram-se de criar reduções para o trabalho à noite, como, também, acréscimo de remuneração, para compensação do maior esforço do trabalhador.

Diga-se, então, que, a despeito da sua relevância como direito social, o adicional noturno, como de resto todos os direitos fundamentais, não possui um caráter absoluto e, portanto, intangível.

Na dicção de KILDARE GONÇALVES CARVALHO²:

¹ J.J. Gomes Canotilho e outros. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, 1ª edição, p. 571.

² Kildare Gonçalves Carvalho. *Direito Constitucional*. 13ª edição, Del Rey, p. 582/583.

Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as suas conseqüências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc, resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade.

A idéia de restrição, como assinala Gilmar Ferreira Mendes, é quase trivial no âmbito dos direitos individuais. Além do princípio geral da reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção).

[...]

Tais normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restrita contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.

[...]

Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento na própria Constituição (restrição mediata).

Com efeito, como qualquer garantia fundamental, o direito em destaque pode ser conformado, seja por decorrência imediata da constituição, seja pela atuação do legislador ordinário.

Todavia, e isso deve ser destacado, qualquer limitação imposta ao adicional noturno deverá, sempre, respeitar o seu núcleo essencial.

Com efeito, todo direito fundamental possui uma célula mínima que o caracteriza, que determina a sua essência. Mexer nessa célula é esvaziar o próprio conteúdo do direito fundamental, impondo-lhe restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais.

Dita célula, que nada mais é do que núcleo essencial do direito, figura, na verdade, como verdadeira unidade substancial autônoma, que, independentemente de qualquer situação concreta, há de estar a salvo de decisões legislativas.

No caso, deve-se ter presente que em todo direito fundamental há um espaço passível de limitação por parte do legislador e outro insusceptível de restrições. Exatamente esse último espaço constitui o núcleo essencial desse direito, sendo que qualquer ação legislativa que macule esse âmago e afete o objeto por ele protegido peca por sua inconstitucionalidade material³.

Conforme ponderado por KONRAD HESSE⁴:

Na discussão sobre a interpretação indicada do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, é sustentada tanto a concepção, que a prescrição proíbe limitações desproporcionais como esta, que a determinação subtrai o "núcleo essencial absoluto" dos direitos fundamentais da disposição do legislador. A partir do ponto de vista aqui defendido, a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do "núcleo essencial" dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que Proporcionalidade seja entendida não no sentido de uma mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado. Desse modo, são evitadas as debilidades de ambas as concepções, ou seja, por um lado, uma relativização do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, por outro, o abandono dos direitos fundamentais, que estão sob reserva legal, à disposição discricional do legislador, que só não deve violar o "núcleo essencial absoluto" a ser determinado não facilmente.

Nesse contexto, importa então registrar que o adicional noturno é a concretização imediata do direito social previsto no artigo 7º, inciso IX, da CR/88. Na verdade, o pagamento do indigitado adicional constitui-se na única e autêntica manifestação do direito assegurado pela Carta da República.

³ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª edição, Brasília Jurídica, p. 243/244.

⁴ Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 267-8.

Desse modo, negar o adicional em destaque não implica, apenas, em limitar o âmbito de proteção do direito fundamental analisado. Mas, pelo contrário, importa na sua própria negação.

Não por outra razão, assim pontificou o Supremo Tribunal Federal no verbete das suas vetustas súmulas nº 313 e 402:

Súmula 313/STF:

*Provada a identidade entre o trabalho diurno e o noturno, é devido o adicional, quanto a este, sem a limitação do art. 73, § 3º, da C.L.T., **independentemente da natureza da atividade do empregador.***

Súmula 402/STF:

Vigia noturno tem direito a salário adicional.

Ora, se não é dado ao legislador ordinário, ao pressuposto de conformar o direito em exame, negar o pagamento do adicional noturno àqueles que desempenham as suas atribuições no período da noite, por maior razão não pode fazê-lo o administrador, via regulamentação.

E isso por uma singela razão: no ordenamento pátrio, o poder regulamentar conferido à Administração é subjacente à lei e pressupõe a existência desta.

Assim, não cabe ao regulamento superar a lei, sob pena de ser invalidado. Ele somente pode operar segundo a lei, é dizer, em conformidade com o seu conteúdo e nos limites que ela impuser. De consequência, não podem os regulamentos criar direitos ou impor obrigações não consagrados legalmente.

“Se o regulamento cria direitos e obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se implícita. Nem ordenar o que a lei não ordena [...]. Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que

indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica. Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico”⁵.

Tal raciocínio, aliás, ganha especial relevo se, ao invés de regulamentos, estivermos tratando de atos normativos inferiores, tal como o Despacho s/nº/2007/SRH/MP, invocado pelo IF Sudeste MG para negar o adicional noturno aos professores submetidos ao regime de dedicação exclusiva.

É que, aqui, tratando-se de atos subalternos, não pode a Administração, por via deles, exprimir poder mais dilatado que os expressos através do próprio regulamento. Mas, ao revés, *“sempre que um órgão administrativo expede uma portaria sobre matéria já disciplinada em texto anterior (lei, decreto ou regulamento), cumpre indagar a respeito de sua adequação perfeita ao texto básico anterior, porque, sendo aqueles atos administrativos uma particularização ou desenvolvimento de um dispositivo legal em vigor, serão ilegais, e portanto inaplicáveis quando conflitarem com o comando a que se reportem”⁶.*

E não se diga, aliás, nesse ponto, como comumente sustentado pela Administração, que a simples adoção da dedicação exclusiva importaria, de antemão, na exclusão do adicional noturno, por ser esse regime de trabalho caracterizado pela dedicação integral ao serviço.

Isso porque, além de arrostar a Carta da República, a tese acima destacada não encontra ressonância na legislação dedicada ao magistério federal.

De fato, ao estruturar as carreiras do magistério federal e, por conseguinte, disciplinar os regimes de trabalho a que estão sujeitos os docentes da rede federal ensino, a Lei nº 12.772/12 foi clara ao fixar, como único consectário da dedicação exclusiva, a proibição do exercício concomitante de outra atividade remunerada, pública ou privada.

⁵ Pontes de Miranda apud Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”. 11ª edição, Malheiros, p. 250.

⁶ José Cretella Júnior. Enciclopédia Saraiva de Direito, nº 59, p. 340.

Nas letras do diploma destacado:

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.

[...]

§ 2º O regime de 40 (quarenta) horas com dedicação exclusiva implica o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, com as exceções previstas nesta Lei.

Art. 21. No regime de dedicação exclusiva, será admitida, observadas as condições da regulamentação própria de cada IFE, a percepção de:

I - remuneração de cargos de direção ou funções de confiança;

II - retribuição por participação em comissões julgadoras ou verificadoras relacionadas ao ensino, pesquisa ou extensão, quando for o caso;

III - bolsa de ensino, pesquisa, extensão ou estímulo à inovação paga por agência oficial de fomento, por fundação de apoio devidamente credenciada por IFE ou por organismo internacional amparado por ato, tratado ou convenção internacional; (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

IV - bolsa pelo desempenho de atividades de formação de professores da educação básica, no âmbito da Universidade Aberta do Brasil ou de outros programas oficiais de formação de professores;

V - bolsa para qualificação docente, paga por agências oficiais de fomento ou organismos nacionais e internacionais congêneres;

VI - direitos autorais ou direitos de propriedade intelectual, nos termos da legislação própria, e ganhos econômicos resultantes de projetos de inovação tecnológica, nos termos do art. 13 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004;

VII - outras hipóteses de bolsas de ensino, pesquisa e extensão, pagas pelas IFE, nos termos de regulamentação de seus órgãos colegiados superiores;

VIII - retribuição pecuniária, na forma de pro labore ou cachê pago diretamente ao docente por ente distinto da IFE, pela participação esporádica em palestras, conferências, atividades artísticas e culturais relacionadas à área de atuação do docente;

IX - Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei no 8.112, de 1990;

X - Função Comissionada de Coordenação de Curso - FCC, de que trata o art. 7º da Lei nº 12.677, de 25 de junho de 2012;

XI - retribuição pecuniária, em caráter eventual, por trabalho prestado no âmbito de projetos institucionais de ensino, pesquisa e extensão, na forma da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994; e
XII - retribuição pecuniária por colaboração esporádica de natureza científica ou tecnológica em assuntos de especialidade do docente, inclusive em polos de inovação tecnológica, devidamente autorizada pela IFE de acordo com suas regras.

§ 1º Considera-se esporádica a participação remunerada nas atividades descritas no inciso VIII do caput, autorizada pela IFE, que, no total, não exceda 30 (trinta) horas anuais.

§ 2º Os limites de valor e condições de pagamento das bolsas e remunerações referidas neste artigo, na ausência de disposição específica na legislação própria, serão fixados em normas da IFE.

§ 3º O pagamento da retribuição pecuniária de que trata o inciso XI do caput será divulgado na forma do art. 4º-A da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

§ 4º As atividades de que tratam os incisos XI e XII do caput não excederão, computadas isoladamente ou em conjunto, a 8 (oito) horas semanais ou a 416 (quatrocentas e dezesseis) horas anuais.

Nesse contexto, intuir que a opção pelo regime de dedicação exclusiva representa, nas carreiras do magistério federal, em abdicação prévia e voluntária ao adicional noturno é, quando pouco, tergiversar com os preceptivos acima transcritos. É a eles atribuir um resultado que, nem mesmo a mais permissiva interpretação, poderia extrair do seu texto.

Aliás, nesse passo, não é ocioso lembrar a lição sempre atual de FRANCESCO FERRARA⁷, para quem "a interpretação deve ser objetiva, equilibrada, sem paixão, arrojada por vezes, mas não revolucionária, aguda, mas sempre respeitadora da lei. [...] Cumpre evitar os excessos: duma parte o daqueles que por timidez ou inexperiência estão estritamente agarrados ao texto da lei, para não perderem o caminho (e muitas vezes toda uma era doutrinal é marcada por esta tendência, assim acontecendo com a época dos comentadores que se segue imediatamente à publicação dum código); por outro lado, o perigo ainda mais grave de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias e princípios que são antes o fruto das suas lucubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais."

Em suma, deve sempre o exegeta investigar o verdadeiro sentido do texto interpretado, extraindo da norma tudo o que nela contém. Não

⁷ Francesco Ferrara. Como Aplicar e Interpretar as Leis, Líder, p. 128.

pode, todavia, emendar a lei ao pressuposto de interpretá-la, desvirtuando, assim, o seu significado.

Em conclusão, impende que a Administração pague, aos professores submetidos ao regime de dedicação exclusiva, o respectivo adicional noturno em virtude das atividades eventualmente desenvolvidas entre 22 (vinte e duas) horas de um dia e 5 (cinco) horas do dia seguinte.

É o que nos parece.

Juiz de Fora, 06 de setembro de 2017.

Ricardo de Castro Pereira
OAB/MG 93.253

Leonardo de Castro Pereira
OAB/MG 92.697