



## CONCERTO PARA CONSTITUIÇÃO E ORQUESTRA: MÚSICOS, ACUMULAÇÃO DE CARGOS E A NOÇÃO DE TÉCNICA NA FILOSOFIA

*Marcílio Toscano Franca Filho<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A partir de uma análise da natureza jurídica do cargo público de músico, o presente texto investiga a possibilidade de sua acumulação lícita com um cargo público de professor, nos estabelecimentos oficiais de ensino. Para chegar às suas conclusões, o artigo recorre a um exame da teoria geral das acumulações de cargos públicos, da filosofia da técnica e da natureza própria da música – situada algures entre arte, técnica e ciência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Direito Constitucional. Acumulação de Cargos. Músico. Cargo Técnico.

### §1. Prelúdio (Adágio)

Em 25 de junho de 1904, o então Procurador-Geral da República Epitácio Pessoa (que depois ainda viria a ser Presidente da República e juiz do Tribunal Internacional de Haia) oferece ao Supremo Tribunal Federal, nos autos da Apelação 971, um breve parecer sobre o caso de um professor jubilado da Faculdade de Direito de São Paulo (Largo de São Francisco), que fora nomeado para um emprego na Secretaria da Fazenda estadual e tivera a sua aposentadoria

<sup>1</sup> Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco, UFPE) e Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Pós-Doutor (*European University Institute*, Florença, 2008, *Calouste Gulbenkian Post-Doctoral Fellow*), Doutor (Universidade de Coimbra, 2006) e Mestre (UFPB, 1999) em Direito. Membro da *International Association of Constitutional Law*, da *International Society of Public Law*, do *Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* e Presidente do Ramo Brasileiro da *International Law Association*. Foi aluno (*Gasthörer*) da Universidade Livre de Berlim (Alemanha), estagiário-visitante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Luxemburgo), consultor jurídico (*Legal Advisor*) da Missão da ONU em Timor-Leste (UNOTIL) e do Banco Mundial (PFMCBP/Timor). Membro da lista de peritos do *UNDP Democratic Governance Roster of Experts in Anti-Corruption* (PNUD/ONU). Contato: mfilho@tce.pb.gov.br.

acadêmica suspensa, com base numa lei de 1888. Nos meses seguintes, em mais três oportunidades, Eptácio Pessoa voltaria a se pronunciar nos autos da mesma ação, na qualidade de *custos legis*, em sede de diferentes recursos sobre aquela acumulação.<sup>2</sup>

Passado mais de um século desde aquele parecer de Eptácio, em janeiro de 2013, o Tribunal de Contas da Paraíba – estado natal de Pessoa – concluiu um detalhado levantamento sobre a acumulação de cargos, empregos e funções públicas por servidores de 628 órgãos públicos federais, estaduais e municipais presentes na Paraíba. O cruzamento de dados permitiu detectar que mais de 38 mil servidores detinham pelo menos dois vínculos públicos, sendo que dois deles recebiam, abusivamente, salários de dez órgãos estatais! Embora estes dois registros estejam tão afastados no tempo, a sua aproximação neste instante permite concluir que as acumulações de cargos públicos, lícitas ou ilícitas, nem são uma circunstância recente nem tampouco irrelevante na estrutura administrativa brasileira; são, sim, um fato jurídico de grande repercussão constitucional, administrativa e financeira.

Há muitos outros episódios interessantes na história jurídica nacional a respeito das acumulações. Conta-nos o Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por exemplo, que *“em 1908, um aviso do ministro da Justiça suscitou manifestação da Consultoria-Geral da República, a propósito de eventual acumulação de cargos e de remunerações, por parte do dr. Oswaldo Cruz. Trata-se do renomado médico e sanitarista brasileiro, nascido em 1872, e que morreu em 1917, ainda jovem, aos 44 anos, quando era prefeito de Petrópolis. (...) O fato de Oswaldo Cruz ter ocupado simultaneamente os cargos de Diretor-Geral da Saúde Pública e de Diretor do Instituto de Manguinhos preocupou o Executivo. O Ministro da Justiça pediu manifestação do Consultor-Geral da República, quanto à possibilidade da acumulação: havia autorização constitucional para tal? À época a matéria era balizada pelo artigo 73 da Constituição de 1893, que dispunha que ‘os cargos públicos civis, ou militares são [eram] acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.’”*<sup>3</sup>

Delineado este panorama, o presente escrito pretende escrutinar uma situação relativamente comum nas várias esferas do serviço público nacional, mas que até o momento não havia recebido a devida atenção da doutrina ou da jurisprudência pátria: a natureza jurídica do cargo público de músico (em uma orquestra sinfônica pública ou em uma banda municipal, por exemplo) e a possibilidade de acumulação destes cargos com um cargo público de professor no mesmo (ou em outro) ente da federação. A importância desta questão nasce de uma dupla circunstância, qual seja: 1) o ensino de música voltou a ser obrigatório nas escolas desde o ano letivo de 2012, em todo território nacional, segundo a Lei Federal n. 11.769, de 18 de agosto de 2008; e 2) uma parte relevante da atividade orquestral no Brasil – que conta com mais de 40 orquestras sinfônicas além de outras formações menores – é formada por orquestras públicas,

2 PESSOA, Eptácio. *Pareceres e Consultas na Procuradoria Geral da República* (Vol. 4 das *Obras Completas de Eptácio Pessoa*). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Instituto Nacional do Livro, 1955, *passim*.

3 Revista *Consultor Jurídico*, 16 de junho de 2013, disponível em <http://goo.gl/rTEBr8>.

cujos musicistas são muitas vezes empregados ou servidores públicos, contratados mediante regular concurso público.

É de se registrar também que, no Direito Comparado, o cenário não é diferente e o instituto da “*cumul d’activités*” entre “*enseignant-musicien/musicien-enseignant*” também detém grande relevância prática, uma vez que em países como a França, a Bélgica ou o Canadá, por exemplo, o setor cultural também é um grande empregador público.<sup>4</sup> Isso para não falar nos músicos militares, presentes no exército, na marinha, na aeronáutica e nas polícias militares, que obedecem a um regime jurídico militar específico.<sup>5</sup>

Assim apresentada a questão, bem como a sua atualidade e legitimidade, passa-se, a seguir, a enfrentá-la na seara do Direito Constitucional pátrio.

## §2. Interlúdio (Allegro)

A acumulação lícita de cargos públicos tem regramento constitucional (e, em alguns casos, também legal, como, por exemplo, na Lei 8.112/90). Dispõe a atual Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XVI, como regra geral, que é vedada a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, admitindo, todavia, algumas exceções, *in verbis*:

Art.37. (...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários, observando em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;”

É, pois, lícita a acumulação excepcional de determinados cargos constitucionalmente indicados, dentre os quais o de docente com outro, técnico ou científico, quando houver compatibilidade de horários – segundo a referida norma constitucional que, para os Profs. Drs. Valerio Mazzuoli e Waldir Alves, “*detém eficácia plena e aplicabilidade imediata*”.<sup>6</sup>

4 TOUZEILI-DIVINA, Mathieu ; KOUBI, Geneviève (dir.). *Droit et Opéra*. Paris: JGDJ, 2008, *passim*.

5 Sobre a peculiar situação dos músicos militares, cumpre referir o acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MÚSICO MILITAR E CARGO DE MAGISTÉRIO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 142, INC. II, C/C O ART. 37, INC. XVI, ALÍNEA “C”, DA CF/88. 1. O ato impugnado consubstanciou-se no Parecer n. 010/2010/AC, acolhido pela Secretária de Estado da Administração e da Previdência, pelo qual se determinou ao requerente que optasse por um dos cargos públicos que ocupa, quais sejam, Professor da rede estadual de educação, na disciplina de Educação Artística (Música), com carga horária de 20 horas, ou o cargo de Músico do Exército Brasileiro, para os quais foi aprovado mediante concurso público. 2. A razão adotada pela autoridade impetrada consiste na determinação inserta no art. 142, inc. II, da CF/88, segundo o qual “o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inc. XVI, alínea ‘c’, será transferido para a reserva, nos termos da lei”. 3. A ressalva do art. 37, inc. XVI, alínea “c”, da CF/88 refere-se apenas aos profissionais de saúde, de modo que se mostra ilícita a acumulação dos cargos militares com os de magistério, conforme a jurisprudência: RMS 44.550/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/2/2014; RMS 28.059/RO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/10/2012. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AROMS 201200710750, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª. Turma, DJE 04/02/2015).*

6 MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

Para o deslinde da questão referente à (i)licitude da acumulação de um cargo público de músico com um cargo público no magistério, à luz do citado dispositivo da Carta Magna, preciso é, então, definir o conteúdo da expressão constitucional “cargo técnico”, para que se saiba se (e em que condições) o ocupante do cargo público de músico pode ou não ser também professor de música (ou instrutor musical) no serviço público.

Fato é que algumas daquelas excepcionalidades relativas às acumulações lícitas de cargos públicos, previstas na Magna Carta, justificam-se, no mais das vezes, pela relevante contribuição que o domínio técnico e científico pode trazer às instituições educacionais públicas, numa interatividade salutar entre a práxis e a teoria, a ser repassada em forma de conhecimento didático aos discentes. Essa é precisamente a hipótese em que a ordem jurídico-constitucional vigente permite o exercício cumulativo de um cargo de professor com o outro de natureza técnica ou científica, sempre que exista compatibilidade de jornada laboral. Nesse mesmo diapasão, Mazzuoli e Alves pontificam:

*“A primeira categoria de servidores públicos que a Constituição de 1988 privilegia com direito à acumulação remunerada de cargos é a dos professores. Tal faz parte da tradição constitucional brasileira, que, num primeiro momento, ao permitir a acumulação remunerada de dois cargos de professor (art. 37, XVI, a) pretendeu fomentar a educação no País, e, num segundo momento, ao autorizar a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI, b), visou salvaguardar a própria sobrevivência do docente, dado o baixo nível dos vencimentos (todos sabem) que os profissionais do magistério sempre auferiram no Brasil. O permissivo atual proveio da Constituição de 1946, que, segundo 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’. Daí a preocupação dos textos constitucionais posteriores em manterem o permissivo relativo aos professores. Ainda segundo Corsíndio: ‘O que se buscou, de modo geral, foi alterar o nível de ensino em todos os graus, ao mesmo tempo em que estimulava a prática de estudo sistemático entre funcionários públicos, dentro daquele princípio docendo discitur: ensinando é que se aprende.’”<sup>7</sup>*

Na trilha dessa mesma linha de raciocínio, caberia perguntar, em primeiro lugar: Se a acumulação de cargos é, tantas vezes, um meio útil para que o serviço público venha a obter talentos em seus quadros, é mesmo necessário um talento musical no serviço público? Para quê um músico ou um professor de música no quadro do Serviço Público? Há essa necessidade? Com tantas carências materiais no Poder Público, por que uma Prefeitura, por exemplo, ainda estaria preocupada com músicos e professores de música? Não haveria outras prioridades?

Ora, a legitimidade do investimento público em arte e cultura é reconhecida por uma

<sup>7</sup> MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, p. 91.

alargada maioria e, nesse viés, ao proteger e incentivar a produção artístico-musical, o Poder Público estimula quatro valores sociais de grande importância social: (1) um valor de criação; (2) um valor de mensagem; (3) um valor de pluralidade, e (4) um valor de formação.<sup>8</sup> Em um editorial recente, o jornal *O Globo*, do Rio de Janeiro, publicou – na sua edição de 05 de maio de 2013 – um juízo oportuno sobre a legitimidade do financiamento público das artes musicais. A propósito de defender um apoio financeiro municipal à Orquestra Sinfônica Brasileira, o diário carioca ponderou:

*“A orquestra é um indiscutível patrimônio do Rio de Janeiro, fundada em 1940, e já se apresentou com grandes maestros e instrumentistas. Mas afinal, para que serve uma orquestra sinfônica? Países de boa tradição cultural nunca tiveram dificuldade de responder a essa pergunta. (...) Mas, num país como o Brasil, com todas as suas deficiências e desigualdades, seria mesmo necessária uma orquestra grande? Não bastariam os conjuntos de choro, de rock, as gafeiras? Quem diz isso cai num raciocínio elitista segundo o qual “o povo” não precisa de certas coisas, que seriam “muito finas”, “eruditas”. “O povo”, como qualquer outra classe social, tem direito a todos os níveis da experiência humana. (...) O ser humano tem dentro dele o sonho do inatingível. Para que subir o Himalaia, se há tantas estradas e veredas que nos conduzem a lugares mais tranquilos? Por que querer quebrar o recorde dos 100 metros rasos, se tantos corredores já fizeram isso com resultados espetaculares? A música de concerto não é melhor do que outras formas de música. Mas ela nos leva longe na direção do infinito. Uma sinfonia de Beethoven ou de Mahler é uma construção grandiosa que, sobretudo no concerto ao vivo, alarga as fronteiras da percepção. São aventuras do espírito humano – assim como uma tela de Leonardo. Mas, no caso do concerto, é como se estivéssemos sentados ao lado de Leonardo enquanto ele maneja o seu pincel. No fundo, estamos falando de um ideal de superação que é o que dá sentido à vida de todos os dias. Somos um país simpático, repleto de qualidades humanas. Mas, às vezes, nos conformamos demais com a rotina. Uma boa orquestra sinfônica pode mostrar, melhor do que as palavras, por que é que o mais ou menos não é suficiente”.*

No Brasil contemporâneo, mais do que uma opção de um governo ou um gosto de um governante, é um dever fundamental do Estado não apenas garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, mas também apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais em geral – tudo conforme os termos art. 215 da Carta Magna de 1988. A arte (em todas as suas manifestações) é, no Brasil, segundo a Constituição Federal, uma necessidade pública e como tal também deve ser amparada mediante adequadas políticas governamentais. No âmbito desse quadro normativo constitucional, a Lei Federal nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010, que instituiu o Plano Nacional de Cultura (PNC), especifica que os tais deveres constitucionais do Estado no campo da cultura materiali-

<sup>8</sup> Rausell Koster *apud* BARRANCO VELA, Rafael. El Ámbito Jurídico-Administrativo del Derecho de la Cultura: una Reflexión sobre la Intervención de la Administración Pública en el Ámbito Cultural. In: BALAGUER CALLEJON, Francisco (coord.). *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 205.

zam-se em um conjunto complexo e diverso de instrumentos, atribuições e competências.

À vista do extenso rol de competências e atribuições estatais previstas na Lei nº 12.343/2010, é fácil inferir uma multiplicidade de relações possíveis entre o Estado e as artes (incluídas as artes musicais) – formulando, garantindo, fomentando, protegendo, promovendo, articulando, dinamizando, organizando, regulando, coordenando e incentivando condutas. Diante disso tudo, não apenas fica clara a legitimidade da despesa pública com músicos e professores de música, mas também fica sublinhada a pertinência e atualidade dos ensinamentos de Rui Barbosa, muito bem lembrado por Mazzuoli e Alves:

*“Note-se que, em certas circunstâncias e em certas matérias, a acumulação é o único meio de obter para o serviço público a concorrência de homens de mérito avantajado. Com os vencimentos de um só lugar, não se pode captar às vezes, os serviços de uma notabilidade científica e profissional.”<sup>9</sup>*

Assim postas a legitimidade e a juridicidade da despesa pública com músicos e orquestras, passe-se, agora, ao exame da própria ontologia do cargo público de músico.

Para o exercício do cargo público de músico são imprescindíveis os conhecimentos técnicos específicos da área musical. O ocupante daquele cargo – muito além de mero diletante ou amador da arte musical – é alguém que se profissionalizou nesse *métier* e, pois, detém especial perícia, habilidade e treinamento. O cargo público de músico exige que o seu ocupante ponha em prática métodos organizados e habilidades específicas, constantemente postos a prova, que se apóiam em conhecimentos técnicos, treinos e equipamentos adequados. Não se pode conceber o exercício (profissional) do cargo de músico sem que o seu ocupante possua familiaridade com a metodologia exigida pela natureza das funções a ele inerentes. O cargo em evidência, portanto, exige conhecimentos próprios e específicos, diferentemente de outros não considerados técnicos por se limitarem ao desempenho de atividades burocráticas, de natureza repetitiva e de pouca ou nenhuma criatividade.

Para além de ser uma arte e requerer o talento de seu cultor, a música exige também uma técnica e seu constante apuramento. Essa técnica musical transcende à mera aptidão fria e maquinal para a leitura da linguagem musical, para o conhecimento e execução de um instrumento ou para a compreensão de conceitos como tempo, ritmo, altura etc. Nesse sentido, a técnica musical pode bem ser entendida naqueles termos indicados pelo eminente filósofo alemão Martin Heidegger na sua instigante conferência *“A Questão da Técnica”* (*Die Frage nach der Technik*), proferida no dia 18 de novembro de 1953 no *Auditorium Maximum* da Escola Superior Técnica de Munique:

*“A técnica não é, portanto, meramente um meio. É um modo de desabrigar [a verdade]. Se atentarmos para isso, abrir-se-á para nós um âmbito totalmente*

9 Rui Barbosa apud MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, p. 114.

diferente para a essência da técnica. Trata-se do âmbito do desabrigamento, isto é, da verdade. Esta perspectiva é, para nós, estranha. Mas ela exatamente deve estranhar, e se possível por um bom tempo e de modo opressor, para que finalmente também tomemos a sério a simples questão do que diz, pois, o nome: “técnica”. A palavra provém da língua grega. Τεχνικόν designa aquilo que pertence à τέχνη. Em relação ao significado dessa palavra, devemos atentar para duas coisas. Por um lado, a τέχνη não é somente o nome para o fazer e poder manual, mas também para as artes superiores e belas artes. A τέχνη pertence ao produzir, à ποίησις; é algo poético <Poietisches>. A outra coisa que vale a pena ser pensada na palavra τέχνη é ainda mais importante. Desde os tempos mais antigos até os tempos de Platão, a palavra τέχνη segue de par com a palavra ἐπιδότημη. Ambas são nomes para o conhecer em sentido amplo. Significam ter um bom conhecimento de algo, ter uma boa compreensão de algo. O conhecer dá explicação e, enquanto tal, é um desabrigar. O decisivo na τέχνη, desse modo, não consiste no fazer e manejar, não consiste em empregar meios, mas no mencionado desabrigar; enquanto tal, mas não enquanto aprontar, a τέχνη é um levar à frente. Assim, pois, a referência ao que diz a palavra τέχνη e ao modo como os gregos determinam o denominado por meio dela nos conduz ao mesmo contexto que se impôs quando perseguíamos a questão do que é na verdade o instrumental enquanto tal. Técnica é um modo de desabrigar. A técnica se essencializa no âmbito onde acontece o desabrigar e o desocultamento, onde acontece a ἀληθεια [verdade].”<sup>10</sup>

Para Heidegger, portanto, a *techné* grega constitui a essência daquilo que hoje chamamos de técnica propriamente dita, mas também de tecnologia e arte. A *techné* abrigaria tanto o fazer e poder manuais como também as belas artes. Num sentido que não deixa de ser próximo dessa mesma definição de “técnica enquanto modo de desvelamento contínuo de uma verdade” – a verdade estética –, a cultura popular italiana costuma atribuir a São Francisco de Assis as seguintes distinções:

“Chi lavora con le mani è un operaio  
 Chi lavora con le mani e la testa è un artigiano  
 Chi lavora con le mani, la testa e il cuore è un artista”<sup>11</sup>

Um cargo técnico (e também o cargo científico, certamente), seria, segundo a tradição italiana (*avant la lettre!*), aquele em que, pelo menos, se “*lavora con le mani e la testa*” – tanto melhor se se “*lavora con le mani, la testa e il cuore*”! – à procura de uma verdade qualquer, estética ou não. No caso da música, em especial, não custa recordar também que, para os filósofos pitagóricos, ela seria uma espécie de matemática aplicada aos sons, sendo os números o fundamento e a base de toda a música. Arte e técnica se misturam nesse campo.

Além do mais, “cargo técnico”, para fins de hermenêutica constitucional das acumu-

10 HEIDEGGER, Martin. A Questão da Técnica. *Scientiae Studia*. v. 5, n. 3, p. 380, 2007.

11 O dito popular italiano pode ser traduzido como “*Quem trabalha com as mãos é um operário. Quem trabalha com as mãos e a cabeça é um artesão. Quem trabalha com as mãos, a cabeça e o coração é um artista*”.

lações lícitas, não requer nível superior de ensino<sup>12</sup>. Para o Superior Tribunal de Justiça, resta, nesse sentido, assentado no seu constructo doutrinário-jurisprudencial que cargo técnico é o que requer conhecimento específico e diferenciado na área de atuação do profissional, *in verbis*:

“Dessa forma, o que se deve observar não é o requisito de grau de escolaridade para o provimento do cargo público, mas sim a exigência de conhecimento específico na área de atuação do profissional. O que se deve examinar para esse fim, de acordo com a precisa lição de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, vol. VI, 316, ed. 1960), é se para o exercício do cargo é necessário por em prática métodos organizados, que se apóiam em conhecimentos científicos correspondentes. Ou, em outras palavras, se para o exercício do cargo é requerido “(...) familiaridade com a metodologia empregada no exercício do mister, a fim de demonstrar conhecimento específico em uma área artística ou do saber (...)” (STJ, RMS nº 7570/PB, 5ª T., rel. Min. GILSON DIPP, pub. no DJ de 22.11.1999, p. 163).

Este também é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, *in litteris*:

“Pedido de Rescisão. Prefeitura da Cidade do Recife. Aposentadoria. Cargo de Músico. Acumulação com Cargo de Professor. Possibilidade. O cargo de Músico, em conformidade com o entendimento adotado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, possui a natureza de cargo técnico ou científico, sendo indispensável, para o seu exercício, que o seu ocupante esteja familiarizado com a metodologia que deve ser empregada no exercício de tal mister, detendo conhecimentos específicos da área. Razão pela qual é permitida a concessão de aposentadoria pelo exercício do cargo de músico em acúmulo com a aposentadoria face ao desempenho do cargo de Professor”. (Acórdão TC nº 278/11.)

Nesse sentido, deve-se considerar que a **qualificação de “cargo técnico” não emerge da mera designação legal do cargo público, mas antes do seu próprio caráter ou conteúdo**. Em outras palavras, “*não importa a nomenclatura do cargo em análise, senão as funções desenvolvidas pelo servidor*”.<sup>13</sup> Ao afastar o puro e simples nominalismo, outra não é, nesse particular, a bela lição de Shakespeare, pela voz de sua Julieta nesse quanto a esse aspecto: “*What’s in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet*” (*Romeo and Juliet*, II, ii, 1-2)!

Enfim, é sempre temerário classificar um cargo como técnico ou científico apenas pela dicção fria da lei que o instituiu, pois tais conceitos extrapolam os limites da juridicidade,

12 “A conceituação de cargo técnico ou científico, para fins da acumulação permitida pelo texto constitucional, abrange os cargos de nível superior e os cargos de nível médio cujo provimento exige a habilitação específica para o exercício de determinada atividade profissional, a exemplo do técnico em enfermagem, do técnico em contabilidade, entre outros” (TCU, 1ª Câmara, Acórdão nº 408/2004, Relator Ministro Humberto Guimarães Souto, trecho do voto do relator). No mesmo sentido, MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, p. 117.

13 MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

devendo a configuração da natureza “técnica” ou “científica” do cargo público ser buscada na análise extrajurídica ou metajurídica. Nesse ponto, o administrativista Marçal Justen Filho – não obstante referir-se ao art. 13 da Lei Geral de Licitações – leciona esse desapego ao nominalismo mais radical na seara da Administração Pública:

*“A conceituação de um certo serviço como técnico importa uma investigação extranormativa. A Lei não pôde (nem o quis, no caso) definir o que seria ‘técnico’, pois somente as ciências poderiam fazê-lo. Seria improfícua e inconveniente a opção legislativa de substituir-se ao conhecimento científico, pretendendo definir exhaustivamente a natureza dos serviços técnicos. Não se trata, evidentemente, de remessa à escolha sobre o que seria um serviço ‘técnico’. Ao contrário, impõe-se examinar a natureza do serviço e comprovar se a hipótese se configura com tal perante as ciências.”<sup>14</sup>*

Quanto a um excesso de formalismo positivista, ademais, vale sempre a certa recomendação do catedrático sambista Candeia, em cuja canção “Filosofia do Samba”, ele ensina:

“Cego é quem vê só aonde a vista alcança  
Mandei meu dicionário às favas  
Mudo é quem só se comunica com palavras”<sup>15</sup>

A respeito do cargo público de músico, a ausência de bacharelado ou licenciatura em música não pode significar a exclusão da natureza técnica da atividade de músicos profissionais que, sem formação universitária, mas com formação em Escolas Técnicas de Música, demonstrem proficiência e apuro na técnica musical. Não é outro o entendimento de Corsíndio Monteiro da Silva, em obra clássica resgatada por Mazzuoli e Alves:

*“Na opinião comum, ‘técnica é um complexo de conhecimentos especializados indispensáveis ao desenvolvimento de certa atividade’. Diz respeito, necessariamente, a um ato ou a um conjunto de atos concretos, em sua realização prática, dentro de qualquer nível de conhecimento específico, enquanto que a ciência vive do abstrato e tende a explicação das coisas através de método próprio para a consecução do objeto de cada um de seus ramos. Cargo técnico seria, assim, aquele que exigisse, de seu ocupante, posse de conhecimentos específicos indispensáveis ao desempenho de certa atividade, enquanto que cargo científico seria o privativo do portador de diploma de curso superior ou de aplicação de conhecimentos de nível superior de ensino.”<sup>16</sup>*

As considerações aqui levantadas encontram eco em uma recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa diz o seguinte:

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Dialética, 2005, p. 129.

15 Uma interpretação do samba pode ser ouvida em <http://goo.gl/CHb92g>

16 Apud MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

*SERVIDOR PÚBLICO - Acumulação de cargos - Instrutor Musical e Músico Solista - Art. 37, inc. XVI, “b”, da Constituição Federal - Possibilidade de cumulação cargo de professor com outro técnico ou científico - Cargo de instrutor musical com atribuição pedagógica e cargo de músico solista com evidente natureza técnica e artística - Aplicabilidade - Compatibilidade de horários - Verificação na posse, haja vista a cumulação de cargos em municípios diversos - Indenização desde que obstada a posse - Descabimento - Sentença de procedência parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido - Somente após a aferição da compatibilidade de horários dos cargos de instrutor musical e músico solista terá o servidor o direito a posse e o exercício acumulado dos cargos.*<sup>17</sup>

De se registrar, todavia, que a Lei 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 62, fixa que a formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nos 5 (cinco) primeiros anos do ensino fundamental, a oferecida em nível médio na modalidade normal.

### §3. Poslúdio (Vivace)

Música e Direito irmanam-se em sua longeva culturalidade e, por conta desse parentesco, mantêm inúmeros aspectos comuns: a dimensão performática, a exigência hermenêutica, o apelo tecnológico, o espaço para o improvisado (ou ativismo) e a harmonia. Toda essa proximidade permitiu ao Prof. Dr. Günter Hirsch, então Presidente do *Bundesgerichtshof* alemão, dizer certa feita em um belo artigo:

“I giudici sono servitori del popolo, nel cui nome pronunciano sentenze. Essi servono il nostro Stato di diritto vivificando nella realtà giuridica la lettera morta della legge; essi aiutano il Sollen a diventare Sein. Cosa potrebbe desiderare di meglio il legislatore, che sia quello nazionale o quello europeo, se non che le sue leggi vengano interpretate con la stessa abilità con cui Horowitz e Rubinstein hanno interpretato Chopin? Non aveva già rilevato Savigny che l’interpretazione delle leggi è un’arte che – al pari di ogni arte – in fondo non si può imparare o trasmettere con delle regole? E non si adatta forse al giudice la descrizione del buon pianista dataci da Horowitz? ‘Suonare il piano richiede ragione, cuore e mezzi tecnici. Ogni componente dovrebbe svilupparsi in egual misura. Senza ragione sarà un fiasco, senza tecnica un amatore,

<sup>17</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Público, Voto N.º 21.252, Apelação n.º 0014276-87.2011.8.26.0604-Sumaré, Rel. Des. Luís Ganzerla, Registro: 2013.0000170987, de 26 de março de 2013.

senza cuore una macchina?”<sup>18</sup>

Qualquer pessoa pode golpear as teclas de um piano ou soprar uma flauta, mas nem todos possuem a técnica, a habilidade, a sensibilidade e/ou o conhecimento adequados para produzir uma música bem executada, à procura da tal verdade estética. Menos ainda são os que, profissionalmente, exercem essa atividade de músico, com quotidiana dedicação a ensaios, estudos, aperfeiçoamentos e apresentações. A favor destes, os profissionais (públicos ou privados), não é dado supor que não detenham uma técnica especialmente desenvolvida, daí a utilidade que a repassem a eventuais alunos, em instituições públicas de ensino – sempre mediante aprovação em regular concurso público, obedecidos todos os requisitos legais. Por tudo isso, torna-se evidente o enquadramento do cargo público de músico na categoria de “cargo técnico” nos termos constitucionais, e, conseqüentemente, é possível a sua acumulação lícita com um cargo público de professor, desde que haja compatibilidade de horários, nos termos do art. 37, inc. XVI, b, da Constituição Federal de 1988, além da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Uma nota final sobre a tal verdade estética é necessária. A tarefa do “hermenauta” contemporâneo, quer no direito quer em qualquer das searas do saber e mesmo da arte, é navegar constante e continuamente sobre uma densa rede de informações, revisando, apropriando, reapropriando, desviando, redescobrimdo, reduzindo, expandindo ou transpondo conteúdos. Com a *sagesse* própria dos grandes poetas, Fernando Pessoa bem resume a infinita constância dessa busca hermenêutica em seu poema “A Montanha por Achar”, de 1934:

A verdade, se ela existe,  
Ver-se-á que só consiste  
Na procura da verdade,  
Porque a vida é só metade.

#### §4. Bibliografia

BARRANCO VELA, Rafael. El Ámbito Jurídico-Administrativo del Derecho de la Cultura: una Reflexión sobre la Intervención de la Administración Pública en el Ámbito Cultural. In: BALAGUER CALLEJON, Francisco (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura: Estudios en Homenaje a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, 2004.

18 “Os juízes são servidores do povo, em cujo nome pronunciam sentenças. Eles servem ao nosso Estado de Direito vivificando na realidade jurídica a letra morta da lei; eles ajudam o Dever Ser a se tornar Ser. O que mais poderia desejar o legislador, seja o nacional ou o europeu, senão que suas leis fossem interpretadas com a mesma habilidade com que Horowitz e Rubinstein interpretaram Chopin? Savigny não já havia assinalado que a interpretação das leis é uma arte que - como toda a arte -, no fundo, não se pode aprender ou transmitir apenas com regras? E talvez não se adapte ao juiz a descrição do bom pianista feita por Horowitz? ‘Tocar piano requer razão, coração e meios técnicos. Cada componente deve desenvolver-se em igual medida. Sem razão, será um fiasco; sem técnica, um amador; sem coração, máquina.’” (HIRSCH, 2007, p. 120).

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Entrevista. *Alethes*. v. 6, n. 10, p. 180-190, jan./abr. 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Caso da Acumulação de Cargos de Oswaldo Cruz. In: **Revista Consultor Jurídico**, edição de 16 de junho de 2013. Disponível em: < <http://goo.gl/rTEBr8> >.

HEIDEGGER, Martin. A Questão da Técnica. **Scientiæ Studia**. v. 5, n. 3, 2007.

HIRSCH, Günter. Verso uno Stato dei Giudici? A Proposito del Rapporto tra Giudice e Legislatore nell'Attuale Momento Storico. **Criminalia - Annuario di Scienze Penalistiche**. 2007, p. 107-120.

IZZO, Valerio Nitrato. Interprétation, Musique, Droit: Performance Musicale et Exécution de Normes Juridiques. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*. v. 58, 2007/1, p. 99-127.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, J. M. Law, Music, and Other Performing Arts. *The University of Pennsylvania Law Review*. v. 139, 1991, p. 1597-1658.

MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Direito da Arte**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. **Acumulação de Cargos Públicos – uma Questão de Aplicação da Constituição**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

PESSOA, Epitácio. **Pareceres e Consultas na Procuradoria Geral da República**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Instituto Nacional do Livro, 1955.

PICHONERI, Dilma F. Marão. **Músicos de Orquestra: um Estudo sobre Educação e Trabalho no Campo das Artes**. Campinas: Dissertação de Mestrado, Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas/UNICAMP, 2006.

PICOZZA, Eugenio. L'Interpretazione Musicale e il Metronomo. *Ars Interpretandi*. v. 9, p. 327-366, 2014.

TOUZEILI-DIVINA, Mathieu ; KOUBI, Geneviève (dir.). **Droit et Opéra**. Paris: JGDJ, 2008.

WAGNER, Richard. Sur la Direction d'Orchestre. In: LIÉBERT, Georges. **L'Art du Chef d'Orchestre**. Paris : Pluriel, 2013.

WALTER, Bruno. De la Pratique Musicale. In: LIÉBERT, Georges. **L'Art du Chef d'Orchestre**. Paris: Pluriel, 2013.

**ABSTRACT:** From an analysis of the legal nature of the job as musician in the public service, this paper investigates the possibility of lawful accumulation with the job as teacher at a public teaching establishment. To reach the conclusions, the article draws on a survey of the general theory of accumulations in the civil service, investigates the philosophy of technique and research the very nature of music - located somewhere between art, technology and science.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Constitutional Law. Accumulation. Musician. Art.