FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ACUMULAÇÃO — FUNDAÇÃO

— É incompatível o cargo de membro do Ministério Público com o de advogado de fundação, já que uma das funções do Ministério é velar pelas fundações e, ademais, a lei proíbe o promotor de advogar (voto médio).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado do Rio de Janeiro *versus* Luiz Antonio Ferreira de Araújo
Recurso Extraordinário nº 101.127 — Relator: Sr. Ministro
OSCAR CORRÊA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 30 de março de 1984. — *Soares Muñoz*, Presidente. *Oscar Corrêa*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Oscar Corrêa: 1. O acórdão de fls. 65 e segs. historia a hipótese nestes termos:

"Luiz Antonio Ferreira de Araújo impetra segurança contra ato complexo do Sr. Governador do Estado e da Assembléia Legislativa estadual com reflexos cautelares contra eventuais atos do Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça, e Ilmo. Sr. Presidente da Fundação Estadual de Educação do Menor, visando seja considerado inexistente o comando inserto no art. 2º § 3º da Lei nº 410, de 12 de março de 1981 e que não seja o impetrante obrigado a optar por qualquer das funções que exerce, reconhecido o seu direito de exercê-las cumulativamente.

À inicial acosta os documentos de fls. 16-7.

Dirimido o incidente de revogação da liminar pelo acórdão de fls. 28-9, presta informações o douto representante da Assembléia Legislativa às fls. 33-46 e digna Chefia do Executivo às fls. 47-55, sustentando-se em ambas, a legalidade do art. 2º, § 3º, da Lei nº 410/81.

A douta Procuradoria-Geral do Estado oficia às fls. 57, pedindo a denegação do *mandamus*.

Sustenta o impetrante ser promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, cumulativamente, advogado da Fundação Estadual de Educação do Menor, funções que vem exercendo, sem qualquer óbice, nos termos do disposto no art. 99, § 2º, da Carta Federal (reproduzido no art. 92, § 2º, da Constituição estadual) e da Legislação estadual.

Que, a norma constitucional federal é taxativa e exaustiva, não estendendo a proibição da cumulatividade aos empregos em fundações, instituídas pelo poder público, citando em seu abono, parecer da Consultoria-Geral da República e citações de ilustres juristas. Que, assim, não poderia a lei estadual ampliar os casos de proibição cumulativa previstos na Carta Federal.

Sustenta o Estado 'criador da fundação que pode estabelecer, por via de lei, ou alteração estatutária, o sistema de dedicação exclusiva de seus servidores e a incompatibilidade do emprego na fundação com o exercício de outra atividade laborativa, impedindo o exercício cumulativo de cargos e funções'.

2. A segurança foi concedida, por maioria de votos, recebendo o aresto esta ementa (fls. 65):

"Fundação. Acumulação de cargos públicos. Não pode a lei ordinária regular matéria versada na Constituição por forma diversa. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei nº 410/81 e do decreto regulamentar."

3. O Estado, vencido, interpôs recurso extraordinário, pela letra *a* (fls. 108-13), alegando contrariedade aos arts. 99, § 2º e 13, § 1º, da Constituição Federal.

4. O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 129-33. E nesta instância, a Procuradoria-Geral da República opinou no sentido de que "o recurso extraordinário está prejudicado, pelo advento do art. 24, II, da Lei Complementar nº 40, de 1981; se não, que o mesmo não merece conhecimento (fls. 160-2).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Oscar Corrêa (Relator): 1. O recurso extraordinário, pela letra *a*, alega violação dos arts. 99, § 2º e 13, § 1º, da Constituição Federal, e se este não foi prequestionado, aquele é o núcleo da controvérsia estabelecida quanto à possibilidade de acumulação do cargo de promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com o de advogado da Fundação Estadual de Educação do Menor.

A Lei estadual nº 410/81, art. 2º, § 3º, vedou-a e o Tribunal de Justiça, pela maioria do seu órgão especial, declarou inconstitucional o artigo, concedendo a segurança e, conseqüentemente, deferindo a acumulação. Fundou-se o acórdão recorrido em que

"A inacumulabilidade de emprego em instituição privada não gera dúvidas e é praxe instituída até contratualmente no mercado empregador particular.

A dúvida estabeleceu-se infundadamente, contudo porque a Lei nº 410/81 impôs a proibição de acumular empregos e funções das fundações com cargos e empregos públicos.

Entende, ainda o Estado que a Constituição não veda a ampliação a nível de legislação ordinária das hipóteses de vedação de acumulação, a vedação está justamente nas restrições ou exceções ao sistema de acumulação. A douta Procuradoria da Justiça exalta que a própria Constituição alarga a vedação a entidades de direito privado, como o são as sociedades de economia mista e empresas públicas.

Estamos em que é lícito ao Estado dispor quanto ao regime jurídico dos servidores das fundações que mantém. Pode exigir-lhes dedicação exclusiva, com o que veda objetivamente qualquer acumulação de cargos públicos ou privados.

O que não pode, *data venia*, é dispor a nível ordinário sobre matéria constitucionalmente regulada. Realmente, se a Constituição veda a acumulação de cargos públicos e insere na vedação cargos em sociedades de economia mista e empresas públicas, que, tal como as fundações, são pessoas jurídicas de direito privado, e não incluiu na vedação, como podia fazê-lo, as fundações, é óbvio e claro que estas estão excluídas da vedação. Não cabe aqui examinar as razões de ordem administrativa, de conveniência pública, que ditaram a exclusão.

Ampliar a norma constitucional no aspecto, é restringir o direito individual assegurado pela mesma Constituição ao trabalho livre, ao livre exercício da profissão, só a nível constitucional seria lícito fazê-lo.

Por isso, acolheu-se a argüição de inconstitucionalidade."

2. O artigo estigmatizado no acórdão, dispõe o seguinte:

"Fica extensiva às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, devendo as situações funcionais abrangidas ser regularizadas, mediante opção, no prazo de 60 dias."

3. Vale analisar a disposição constitucional do art. 99, § 2º, para concluir a respeito de seu alcance. O objetivo da Constituição foi proibir as acumulações, cujos males vêm explicitados nos comentaristas (por exemplo, Pontes de Miranda, *Comentários*, tomo III, p. 484 e segs.). A regra geral, pois, é a inacumulabilidade; as exceções, as que se contém no art. 99, e, ainda assim,

sujeitas à norma do § 1º. O § 3º autorizou a fixação, em lei complementar de iniciativa exclusiva do presidente da República, de outras exceções à proibição de acumular, mas, ainda assim, *restritas* às "atividades de natureza técnica ou científica, ou de magistério, exigidas, em qualquer caso, correlação de matérias e compatibilidade de horários" (art. 99, § 3º).

Com isso, praticamente se impossibilitou a ampliação, que não se fez.

4. Entendeu, porém, o acórdão recorrido:

I — que não incluída na vedação constitucional a acumulação de cargo de promotor com o de advogado de fundação estadual de direito privado;

II — que a lei ordinária estadual não pode ampliar as proibições da Constituição, art. 99, § 2º;

III — e que entre elas não se encontra a fundação estadual de direito privado.

5. Vejamos esses argumentos, que podem ser conjuntamente debatidos. Desde logo, estabeleça-se uma afirmação básica, premissa maior do raciocínio: a Constituição procurou proibir as acumulações, só excepcionando juiz, professor e médico, e, ainda assim, nas circunstâncias especiais que previu. Assim, não incluiu *promotor*, o que, desde logo, constitui primeiro obstáculo; nem *advogado*, segundo obstáculo. Bastaria essa conclusão inicial para invalidar a tese central da qual surgiu o acórdão.

Nem poderia a Constituição especificar todas as vedações, pelo que usou a norma geral do art. 99, explicitando as exceções dos incisos I a IV, e sujeitas ao § 1º.

6. Mas, foi mais longe na sua preocupação antiacumulação, ao dispor, no § 2º, que se estendia a proibição a *cargos, funções ou empregos* — não há mais nada! — em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A preocupação evidente da Constituição foi não ensejar brechas à proibição, ao fazer essa enumeração.

Equivale ela a dizer que, em se tratando de prestação de serviços a *ente público* (União, estado, município) a qualquer título, só se autorizam as exceções expressas. Nem teria para que dizer: fundações de direito público ou de direito privado, se aquela enumeração — *cargos, funções ou empregos* — tudo abrange, e se a outra — *autarquia, empresas públicas e sociedade de economia mista* — da mesma sorte, esgota os *gêneros* que adotam os entes públicos na criação de braços de sua atuação.

7. Não nos parece, pois, que a explicitação lógica e conseqüente da Lei estadual nº 410/81 padeça da eiva de inconstitucionalidade. Aliás, o § 2º do art. 4º do Decreto-lei nº 200/67, que a princípio, vigeu, sem que se lhe questionasse a adequação à regra maior, estabeleceu que "equiparam-se às empresas públicas, para os efeitos desta lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.

E se, depois, o Decreto-lei nº 900/69 o revogou, obedeceu à conveniência da administração federal, o que, contudo, não obriga às administrações estaduais.

Lícito, portanto, à legislação estadual estabelecer a norma, na linha da legislação federal ordinária e estritamente obediente à vedação constitucional.

8. Disseram-no, aliás, as informações do presidente da Assembléia Legislativa do Estado, acentuando (fls. 42-3):

"(...)

14. Ora, o § 3º, do art. 2º, da Lei nº 410, de 1981, do Estado do Rio de Janeiro (lei estadual), simplesmente tornou extensiva às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos.

A lei estadual, em causa, não atingiu quem estiver pela Constituição autorizado a acumular: médicos, professores e magistrados. Logo, esses continuarão a acumular.

Quem não pertencer às três referidas profissões, esse sim, ficou atingido pela lei estadual, como o requerente que é promotor e acumula com emprego como advogado em fundação instituída pelo poder público estadual. *Os empregos nas fundações instituídas ou mantidas pelo Estado é que foram abrangidos pela proibição.*

15. Não há como se justificar a manutenção do privilégio instituído em favor dos empregados das fundações públicas estaduais, pois estas são, desenganadamente, formas de administração indireta, quando, em alguns casos, pelo *jus imperii* que lhes comunica o estado, através de lei, prestam até serviço estatal imediato, mais adequado às autarquias, com as quais, nesses casos, têm íntimo parentesco, chegando alguns juristas a considerá-las verdadeiras 'autarquias potenciais' " (Cotrim Neto, *Direito administrativo da autarquia,* 1966, p. 168).

Não vemos, desta forma, em que consista a inconstitucionalidade do texto estadual, que se afina com as normas constitucionais a respeito, bem aplicando o art. 99, § 2º da Constituição Federal. Parece-nos, pois, cabível o recurso.

9. O parecer da Procuradoria-Geral da República disso discorda, considerando "razoável o entendimento de que a própria intrínseca excepcionalidade do dispositivo em causa — (art. 99, § 2º) — que estendeu aos cargos, funções e empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, a proibição geral de acumulação de cargos públicos — não permite que se lhe dê interpretação ampliativa, para considerar que também abrange as *fundações,* ainda que de direito público" (fls. 161).

Ora, como vimos, antes de tudo, o recorrido não entra em nenhuma das categorias nas quais se permite a acumulação — genericamente: juiz, professor e médico — que bastaria para desamparar-lhe o direito.

Afirma, ainda, dito parecer que a decisão desta Turma, no RE nº 94.407-RJ, relator o Exmo. Ministro Rafael Mayer "abona tal entendimento" e cita-lhe a ementa (fls. 162):

"A norma proibitiva do § 2º do art. 99 da Constituição tem aplicação necessária aos estados e é abrangente de qualquer espécie de vínculo empregatício, seja estatutário ou trabalhista, *compreendendo autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista*" (*DJ,* de 18.9.81, p. 9.160, grifamos).

Conferi-o na *RTJ,* 99/933 e verifiquei que a ementa espelha exatamente o decidido, nem mais, nem menos: não examinando hipóteses diversas, senão a dos autos, nem estendendo a norma além do conteúdo literal, não servindo, assim, *data venia,* à tese do recorrido. Antes, parecendo considerar *ampla* a vedação.

10. Lembra, contudo, o parecer, a edição da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual), cujo art. 24, II, vedou o exercício da advocacia aos membros do ministério público dos estados, em disposição de constitucionalidade já reconhecida por essa excelsa Corte:

"Membro do ministério público. Proibição do exercício da advocacia. Lei Complementar nº 40/81, art. 24, II. Alegação de afronta a direito adquirido. A garantia constitucional do direito adquirido não faz intangível o regime jurídico de um servidor do estado, sujeito a estatuto especial, ante a edição da lei complementar que o modifica" (RE nº 99.594-3-SE, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* de 9.12.83, p. 19.422).

Estranha que "tal aspecto jamais tenha sido abordado nos autos" (fls. 160). Parece-nos, contudo, explicável: não ventilada na inicial e nas informações — a ele anteriores —, acabou não sendo apreciado pelo Tribunal, quando do julgamento, pouco tempo depois.

No recurso extraordinário, cingiu-se o recorrente à questão constitucional e, não prequestionado, não seria cabível invocá-lo, senão como argumento de reforço.

11. E aqui, nossa estranheza: tanto quanto nos parece esse argumento reforçaria a tese do recorrente e não do recorrido. Não vemos, pois, como possa concluir o parecer no sentido de que "o recurso extraordinário está prejudicado, pelo advento do art. 24, II, da Lei Complementar nº 40, de 1981, se não, que o mesmo não merece conhecimento" — quando a conseqüência lógica seria a prevalecer a invocação da Lei Complementar nº 40/81 — precisamente a contrária: o acolhimento do recurso, invalidada a conclusão do acórdão recorrido. E tanto mais quanto incumbe ao ministério público, precisamente, fiscalizar as fundações (pelo menos desde o Código Civil, art. 26).

12. O fundamento do recurso, contudo, é a negativa de vigência do art. 99, § 2º da Constituição Federal (o outro, art. 13, § 1º, não foi prequestionado). Em nosso entender, procede a inconformidade, pelo que conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Sr. Presidente, concordo com o provimento do recurso, pela parte da fundamentação do eminente relator em que ele aduz a incompatibilidade preexistente para o exercício da função, pelo fato de o ministério público velar pelas fundações, como está no Código Civil, e pelo fato, ainda, de a lei complementar sobre a organização do ministério público, lei federal, dispor sobre a proibição de o promotor advogar. Acho o fundamento bastante para dar provimento ao recurso, embora entenda, *data venia*, que a interpretação dada pelo eminente relator ao preceito constitucional é ampliativa do seu alcance. A norma é exceptiva e, sendo exceptiva, não podemos ampliá-la. Se o artigo da Constituição enumera quais são as entidades e não inclui as fundações, as fundações não estão incluídas.

No meu entender, e na concepção dominante no direito administrativo, há a fundação de direito público e há a fundação de direito privado, instituídas pelo poder público. A fundação de direito público é equiparada em tudo a uma autarquia. Se se analisasse essa instituição do Estado do Rio de Janeiro e nela se identificasse uma fundação de direito público, ela seria equiparada a uma autarquia e estaria compreendida na proibição. Mas, se é uma fundação instituída pelo poder público, mas de direito privado, quer dizer, instituída como as demais fundações de direito privado, através de ato institucional, regido pelo direito privado, com uma escritura, com registro em títulos e documentos, seria uma fundação de direito privado que o poder público, como qualquer particular, pode instituir, e aí não estaria abrangida pela proibição.

Acompanho o eminente relator, com a ressalva quanto à interpretação do preceito constitucional.

VOTO

O Sr. Ministro Soares Muñoz (Presidente): Acompanho o eminente relator, principalmente pelo fundamento, que S. Exa. aduziu, da incompatibilidade do exercício do Ministério Público com a advocacia de fundação, já que uma das funções do Ministério Público é velar pelas fundações, nos termos do art. 26 do Código Civil.

EXTRATO DA ATA

RE nº 101.127-1-RJ — Rel.: Ministro Oscar Corrêa. Recte.: Estado do Rio de Janeiro (Adv.: Fernando Campos de Arruda). Recdo.: Luiz Antônio Ferreira de Araújo (Adv.: Osmar de Freitas Castro).

Decisão: conheceu-se do recurso e se lhe deu provimento. Decisão unânime. Primeira Turma, 30.3.84.

Presidência do Sr. Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Srs. Ministros Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

COMENTÁRIO

1. A Lei estadual fluminense nº 410, de 12 de março de 1981, estendeu, em seu art. 2º, § 3º, "às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual a legislação pertinente à acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos". Ainda mais, determinou, desde logo, que deveriam "as situações funcionais abrangidas ser regularizadas, mediante opção, no prazo de 60 dias".

Ulteriormente, através do Decreto nº 4.086, de 11 de maio de 1981, o Poder Executivo dispôs sobre a comunicação, à Secretaria de Estado de Administração, das opções a que se refere o art. 2º, § 3º, da Lei nº 410/81.

O impetrante do mandado de segurança, em cujo processo foi prolatado o acórdão ora comentado, é promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e advogado-empregado da Fundação Estadual de Educação do Menor, vinculada à administração pública do Estado.

Diante das normas antes citadas requereu a concessão de *writ* "contra ato complexo do Exmo. Sr. Governador do Estado e da Assembléia Legislativa estadual, com reflexos cautelares. contra eventuais atos do Sr. Procurador-Geral da Justiça e do Sr. Presidente da FEEM-RJ".

Sustentou a inconstitucionalidade das referidas regras, já que o art. 99, e seu § 2º, da Constituição Federal, "única competente para tratar da matéria", é "taxativa, só envolvendo na problemática da acumulação os cargos, empregos e funções da administração direta e indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), não estendendo a vedação de exercício cumulativo aos empregos em fundações instituídas pelo poder público, que não integram a administração pública, nos termos do disposto no art. 3º do Decreto-lei nº 900, de 9 de setembro de 1969, e no art. 262 da Lei RJ nº 287, de 4 de dezembro de 1979".

Argumentou, ainda, que mesmo que "se admitisse que, a nível de legislação ordinária, o poder público local pudesse estabelecer, como mera *proibição*, a seus futuros funcionários, e como condição de contrato de trabalho aos futuros servidores de suas fundações, a norma só teria aplicação aos empossados e designados a partir do início da vigência da norma proibitiva, pois que, do contrário, a regra da lei ordinária valeria tanto quanto a regra constitucional de acumulação de cargos. Pensar-se em incidência da norma ordinária aos que já são funcionários ou empregados é admitir-se uma ilegítima alteração do contrato de trabalho dos regidos pela CLT, e o indevido atingimento do direito adquirido do funcionário à subsistência do vínculo funcional. Ora, é inadmissível a alteração unilateral das condições do contrato de trabalho, gerador de direitos subjetivos adquiridos; e, se é certo que a situação jurídica funcional é nuclearmente objetiva, tem expressivas e relevantes cargas de subjetividade, sendo um dos aspectos dessa o direito à manutenção da própria situação funcional".

2. Observe-se, desde logo, que o mandado foi requerido contra dispositivos normativos, mas caracterizados como auto-executáveis, que acarretavam por si mesmos prejuízo. Argüiu o impetrante o fato de que, diante do prazo estabelecido, se não fosse feita nesse a opção ordenada, sua situação se tornaria irregular, com todas as conseqüências danosas ao servidor. Tais dispositivos teriam, portanto, ostensivo conteúdo administrativo, eis que formalizadores de uma ordem, com destinatários certos e com prazo prefixado para seu cumprimento.

Matéria controvertida, enquadrada na questão relativa ao cabimento do mandado de segurança contra a norma jurídica em tese, foi ela equacionada com acerto pelo impetrante, tanto que admitido o pedido sem discussão pelo órgão especial do Tribunal de Justiça local e pelo Supremo Tribunal Federal.

Posicionou-se corretamente o impetrante também quanto à identificação das autoridades coatoras: "tratando-se de ato formalmente legislativo (ato complexo típico, porquanto, para a sua *existência*, há o concurso de várias expressões de vontade), devem ser chamados ao feito, como coatores, em litisconsórcio passivo necessário, os poderes que participaram do aperfeiçoamento do ato; o Executivo, representado por seu chefe, e o Legislativo, por seu presidente".

3. A Corte de Justiça estadual decretou a inconstitucionalidade dos dispositivos alvejados, sob o fundamento de que não pode a legislação ordinária dispor, a seu nível, "sobre matéria constitucionalmente regulada. Realmente, se a Constituição veda a acumulação de cargos em sociedades de economia mista e empresas públicas, que, tal como as fundações, são pessoas jurídicas de direito privado, e não incluiu na vedação, como podia fazê-lo, as fundações, é óbvio e claro que estas estão excluídas da vedação (...) Ampliar a norma constitucional,

no aspecto, é restringir o direito individual assegurado pela mesma Constituição ao trabalho livre, ao livre exercício da profissão, o que só a nível constitucional seria lícito fazê-lo".

O eminente relator do recurso extraordinário, na Primeira Turma do Excelso Pretório, Ministro Oscar Corrêa, considerou que não é inconstitucional o art. 2º, § 3º, da Lei nº 410/81 do Estado do Rio de Janeiro, afirmando que tal disposição "se afina com as normas constitucionais a respeito, bem aplicando o art. 99, § 2º, da Constituição Federal".

O Ministro Rafael Mayer divergiu do relator, entendendo que a interpretação por ele dada "ao preceito constitucional é ampliativa do seu alcance. A norma é exceptiva e, sendo exceptiva, não podemos ampliá-la. Se o artigo da Constituição enumera quais são as entidades e não inclui as fundações, as fundações não estão incluídas".

O Ministro Soares Muñoz, ao fundamentar seu voto, não tratou da questão.

Consideramos que, efetivamente, o instituto da *acumulação de cargos* é de natureza constitucional, sendo certo que o § 3º do art. 99 da CF prevê é que lei complementar federal, de iniciativa privativa do presidente da República, possa vir a estabelecer novas exceções à proibição de acumular, e não estender a outras hipóteses a vedação cumulativa.

É de lembrar-se que a Consultoria-Geral da República (Parecer I-032, de 23 de abril de 1970, aprovado pelo Sr. Presidente da República (*DOU* de 4.5.70, p. 3.196-8) reconheceu que "às fundações supervisionadas não se aplicam as normas sobre acumulação de cargos", salientando que "ampliar o texto constitucional que trata da espécie é defeso, máxime em matéria de acumulação, cuja rigidez das regras constitucionais deve ser observada em todos os sentidos" (cf., no mesmo sentido, Tácito, Caio, *Boletim UEG*, maio 1968, p. 38 e segs.).

Em embargos de divergência opostos ao acórdão comentado citou o impetrante acórdão da Segunda Turma do mesmo Supremo Tribunal Federal (relator: Ministro Orozimbo Nonato; *DJU* de 13.4.53, p. 1.085-7), que, quanto às normas constitucionais sobre acumulação de cargos, decidiu que "não há como dar ao preceito vedativo extensão maior da marca". Aduziu, ainda, referência a dois acórdãos em que se reconheceu a existência de direito adquirido à manutenção de emprego ocupado desde antes do surgimento da vedação da acumulação com outra função (*RTJ*, 33/339-340 e 45/214-218).

4. Como razão de decidir, embora se tratasse de matéria não pré-questionada, foi invocado o entendimento de que o impetrante não podia acumular o cargo de promotor de Justiça com o emprego de advogado de fundação paradministrativa, "pelo fato de o Ministério Público velar pelas fundações, como está no Código Civil".

Em embargos de declaração oferecidos pelo impetrante ao acórdão em foco, aquele salientou que "a fundamentação invocada é contraditória com o *decisum*, eis que, no Estado do Rio de Janeiro, as fundações instituídas pelo poder público e sujeitas à supervisão administrativa, como é o caso da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, em que trabalha o embargante, não são fiscalizadas pelo Ministério Público estadual, nos termos explícitos do § 2º do art. 32 da Lei Complementar RJ nº 28, de 21 de maio de 1982 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual). Trata-se de fundação sob a supervisão da Secretaria de Estado de Educação".

A argumentação do impetrante é correta, sendo de gizar-se que essa orientação sempre foi uma constante do Ministério Público local (cf. art. 33, § 2º, da Lei Complementar RJ nº 5, de 6 de outubro de 1976). Mas, ainda que se tratasse de fundação sob a provedoria do MP estadual, a incompatibilidade seria circunscrita à atuação, no exercício da Curadoria de Fundações ou outro órgão de execução do *Parquet*, ao processo ou procedimento referente à entidade fundacional de que o membro do *Parquet* seja empregado. Os embargos declaratórios, em sessão da Primeira Turma, de 5.6.84, foram, no entanto, rejeitados.

5. Argumento levantado pela Procuradoria-Geral da República, em seu parecer no recurso extraordinário, foi o de que o art.

24, II, da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabeleceu normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, vedou o exercício da advocacia aos membros do Ministério Público dos estados.

Em seu voto, o Ministro Relator gizou que o argumento não fora prequestionado, razão pela qual "não seria cabível invocá-lo, senão como argumento de reforço", sendo o fundamento do recurso "a negativa de vigência do art. 99, § 2º, da Constituição Federal". A alusão ao não-prequestionamento foi de novo realçada pelo relator no julgamento dos embargos de declaração, quando referiu que os dispositivos acerca da proibição de o membro do MP advogar são posteriores ao próprio julgamento da causa, no tribunal recorrido.

6. Em verdade, apenas o Ministro Rafael Mayer encampou, em seu voto no recurso extraordinário, juntamente com o fundamento da incompatibilidade decorrente do "fato de o Ministério Público velar pelas fundações, como está no Código Civil", o "de a lei complementar sobre a organização do Ministério Público, lei federal, dispor sobre a proibição de o promotor advogar".

Tal ponto merece considerações especiais.

O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, art. 10, II, alterado pelo art. 1º, nº 2, do Decreto nº 22.039, de 1º de novembro de 1932, consolidação aprovada pelo Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, art. II, IV), ainda eficaz para muitos membros do MP, por força do disposto no art. 149 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que aprovou o atual estatuto, e esse próprio (art. 84, IV) fazem compatíveis a inscrição como advogado e o exercício profissional com a situação de membro do Ministério Público da União, dos estados ou do Distrito Federal e dos territórios. Por seu turno, a legislação dos antigos Distrito Federal e Estados da Guanabara e do Rio e a do novo estado resultante da fusão dos dois últimos nunca erigiram como proibição disciplinar funcional a vedação ao exercício da profissão de advogado pelos membros de seu Ministério Público (cf. art. 88, I, parágrafo único, da Lei nº 3.434, de 20 de julho de 1958; Lei Complementar nº 5, de 6 de outubro de 1976).

Muito pelo contrário, há perfeita harmonia entre as duas situações jurídicas — a profissional e a funcional — com o estabelecimento dos impedimentos adequados.

Essa, a situação do impetrante, quando, já advogado inscrito na OAB, ingressou nos quadros do *Parquet*, e a que a lei nova citada, posterior a esses dois fatos, a Lei Complementar federal nº 40, de 14 de dezembro de 1981 (art. 24, II), veio encontrar.

Diante da edição da Lei Complementar nº 40/81, advogados inscritos na Seccional da OAB no Rio de Janeiro, membros do Ministério Público daquele estado, requereram àquela seção a expedição de ato declaratório que lhes reconhecesse o direito de continuar integrando o quadro de advogados, com os impedimentos estabelecidos à época das respectivas inscrições.

A seção fluminense, em reunião de 16 de dezembro de 1981, acompanhou, por unanimidade, o voto do relator, Conselheiro Hélio Saboya Ribeiro dos Santos, cujas conclusões são traduzidas na ementa do acórdão, vazada nos seguintes termos: "Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Incompatibilidade para o exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério Público dos estados. Só atinge aqueles que ingressaram na carreira após a edição do diploma legal que impôs a proibição. A lei que regula as condições de capacidade para o livre exercício de trabalho ou profissão (CF, art. 153, § 23) é aquela vigente à época da licença, só alterável em virtude de modificações fáticas supervenientes. Direito adquirido dos membros do *Parquet* ao exercício da profissão de advogado, com os impedimentos que prevaleciam à época do seu ingresso no Ministério Público e de conformidade com o que se declare nas respectivas inscrições."

O voto do eminente relator do caso na Seccional, que embasou o pronunciamento dessa, destaca a natureza vinculada do ato administrativo de concessão da *licença* para advogar, ato praticado sob a égide do direito público subjetivo da *liberdade de pro-*

fissão, garantida pelo § 23 do art. 153 da Constituição Federal.

Por outro lado, lembra que "a Constituição Federal, no § 3º, do art. 153, consagra a preservação dos atos jurídicos nos planos da *existência*, da *validade* e da *eficácia*, contemplando, expressamente, os institutos do *ato jurídico perfeito e do direito adquirido*". Conclui, com acerto, que, em conseqüência, "as licenças para advogar, outorgadas com base no art. 153, § 23, da Constituição Federal, são, portanto, imunes às mudanças legais e irrevogáveis.

Sua cassação, sua modificação individual somente são legítimas, se praticado ilícito por seu titular, ou em razão da ocorrência de alterações fáticas na situação do mesmo".

Recorda, ainda, que o disposto no art. 149 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, "é o reconhecimento desse direito adquirido", que, se vulnerado, geraria o caos na área do exercício profissional. Daí, acentuar: "Em verdade, se admitíssemos que a *lei* a que se refere o § 23 do art. 153 da Constituição Federal, não é a do instante da inscrição, estaríamos abrindo as portas para que, ilegitimamente, todos nós estivéssemos à mercê das mudanças legislativas, com o desfazimento de inscrições, a desqualificação, a inabilitação, o surgimento de limitações e restrições de toda a sorte, num clima de insegurança só compatível com o estado de polícia."

Sublinha, ademais, os desdobramentos nefastos que, em cascata, se operariam, se desrespeitado o direito adquirido profissional: "Finalmente, é de ser marcado que o desfazimento da situação jurídica dos requerentes não atingiria, ilegalmente, apenas o seu direito público subjetivo, e, assim, adquirido, ao exercício profissional, especificamente considerado, mas outras situações jurídicas conexas e conseqüentes, também consolidadas, com insuportáveis e indevidos prejuízos de ordem jurídica e econômico-financeira.

Basta lembrar as situações jurídicas dos requerentes, relativas à Previdência Social; aos contratos de trabalho seus com empresas ou aos dos empregados de seus escritórios; aos mandatos que lhes foram conferidos, inclusive sob o aspecto de honorários já recebidos; às fundações de previdência complementar mantidas pelas empresas a que estejam vinculados, e assim por diante, num desdobramento caótico e insustentável de lesões de direito e de fato, que a Constituição não permite e que, por isso, jamais poderiam resultar da letra ou do espírito de qualquer norma legal.

Seria como que estabelecer uma injurídica punição para quem tem exercido, com exação e competência, o Ministério Público e o ministério privado da advocacia, para quem fez, protegido pela Constituição, uma opção legítima de vida."

7. O parecer da Procuradoria-Geral da República, citado no voto do Ministro Relator, alude a acórdão de nossa Suprema Corte (*DJ* de 9.12.83, p. 19.422, relator: Ministro Francisco Rezek), que vendo a questão sob o ângulo da situação funcional, concluiu que "a garantia constitucional do direito adquirido não faz intangível o regime jurídico de um servidor do estado, sujeito a estatuto especial, ante a edição da lei complementar que o modifica".

Em seu voto, o Conselheiro Hélio Saboya, já destacara, em 16.12.81: "Não se invoque, para se sustentar efeitos retrooperantes à lei nova, o argumento de que a relação funcionário/serviço público está submetida ao regime estatutário, segundo o qual, a administração pode, a qualquer tempo, alterar, unilateralmente, as regras que regem o vínculo funcional. Se é certo que, realmente, o direito administrativo brasileiro, no que concerne à matéria de pessoal adota o sistema de estatuto, não é menos certo que, mesmo se considerem os membros do Ministério Público funcionários no sentido específico do termo (note-se que a Constituição trata do órgão e de seus membros em título próprio do capítulo relativo ao Poder Executivo, na seção VII, distinto do que se refere aos Funcionários públicos, indicados na seção VIII), ainda assim não se pode deixar de reconhecer aos servidores, nessa qualidade, direitos suscetíveis de integrarem seu patrimônio, de tal modo que não possam ser vulnerados por lei nova."

8. Com efeito, a Lei Complementar nº 40/81, como lei complementar, não pode contratriar a Constituição Federal.

Destarte, se olharmos a vedação da advocacia aos membros do Ministério Público como norma relativa ao exercício profissional, ela só poderá dirigir-se, conforme exposto, às inscrições ulteriores, sendo, de qualquer modo, de duvidar-se da constitucionalidade do dispositivo como regra de exercício profissional, porque discriminatória, já que não veda a advocacia aos membros dos Ministérios Públicos da União, não havendo *ratio* legítima para o *discrimen*.

Se a ótica for a da situação funcional do membro do Ministério Público, a conclusão é de que ela somente atinge aos que ingressaram na carreira posteriormente, sempre ressalvada a discriminação antes indicada.

Dispõe o art. 96 da Constituição Federal que o Ministério Público dos estados é organizado por *lei estadual*, competindo à lei complementar federal, tão-somente, estabelecer "normas gerais a serem adotadas em sua organização". Tais "normas gerais", dirigem-se, portanto, ao legislador estadual, seu destinatário, e não diretamente aos membros do *Parquet*.

Nesse sentido, a vedação em pauta, adotada na legislação local, tem o cunho de *proibição*, que só atinge aos que ingressam na carreira funcional, após seu estabelecimento. Efetivamente, como se trata de vedação que repercute sobre atividade profissional garantida pela Constituição Federal, não poderá ela impor-se aos que já sejam funcionários, porquanto não se limita à situação funcional desses, mas à atuação profissional dos mesmos, fora da função. Do contrário, estaríamos admitindo que o legislador estadual pudesse dispor — no caso, para proibir — sobre o exercício da advocacia.

9. Foi dentro dessa linha que, o Conselho Federal da OAB, em sessão de 1º.4.82, na deliberação sobre o Processo nº 2.595/82 (relator: Conselheiro Sérgio Ferraz), expediu o seguinte provimento:

"Provimento nº 53/1982

Processo CP nº 2.595/82

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe confere o art. 18, III, *d*, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, e tendo em vista o decidido no Processo CP nº 2.595/82.

Resolve baixar o seguinte provimento:

Art. 1º A vedação estabelecida pelo art. 24, II, da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, não atinge os advogados integrantes do Ministério Público, já inscritos em seção da Ordem dos Advogados do Brasil em 15 de dezembro de 1981, data em que entrou em vigor a citada lei.

Art. 2º O exercício da advocacia, pelo advogado a que se refere o artigo anterior, continuará sujeito aos impedimentos declarados nas respectivas inscrições, consideradas, em cada caso, as peculiaridades da lei local, anterior à citada data de 15 de dezembro de 1981.

Sala das sessões, 1º de abril de 1982. — *J. Bernardo Cabral*, Presidente. *Sérgio Ferraz*, Relator."

E, finalmente, a Lei Complementar RJ nº 28/82, reconheceu, expressamente, em seu art. 159, VII, que a vedação ao exercício da advocacia não atinge os membros do Ministério Público "que já estavam inscritos na seção da Ordem dos Advogados do Brasil em 15 de dezembro de 1981", data do início da vigência da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.

Essa, a regra que prevalece na matéria.

10. Finalmente, uma observação sobre a dissociação das duas últimas razões de decidir antes analisadas em relação à *causa petendi* e ao *pedido*. Essa questão se vincula com o aspecto do não-prequestionamento, antes assinalado, dos fundamentos da incompatibilidade do cargo de membro do MP com o de advogado de fundação e da vedação da advocacia por aqueles.

Os atos impugnados eram as disposições legais e regulamentares, e os correspondentes atos de execução, que obrigavam o impetrante a optar por uma das duas situações funcionais.

A decisão do tribunal local considerou inconstitucional a disposição legal e, em conseqüência, ilegítimos os demais atos, o que envolvia a ordem (trata-se de sentença man-

damental) à administração pública local para não impor a opção por problema de extensão da vedação de acumulação de cargos, nem praticar quaisquer outros atos decorrentes. Tendo havido o recurso extraordinário, o tribunal *ad quem* só poderia, no mérito, ou confirmar a decisão recorrida ou reformá-la, para considerar constitucional o dispositivo legal, e, assim, manter a imposição da opção decorrente daquele dispositivo. Qualquer outro óbice à manutenção, concomitantemente, pelo interessado, dos dois vínculos só poderia ser tratado em ação própria.

Impor ao impetrante, no julgamento do recurso, uma desincompatibilização por outra razão que não as decorrentes dos atos alvejados no pedido de concessão do *writ*, é decisão *extra petita*: seria o mesmo que, numa ação de separação judicial, em que se invocara o adultério, fosse aquela decretada por abandono do lar.

11. Cabe anotar que a Lei nº 410/81, na parte em questão, produto de fatores políticos e pessoais momentâneos, nunca foi executada.

Mais recentemente, o Projeto de lei nº 197/83, de autoria do Deputado Flores da Cunha, revogava os dispositivos em questão.

O Sr. Governador do Estado vetou o projeto (*DO* de 20.11.83, parte 2, p. 3), por entender que seria hipótese de iniciativa privativa do governador do estado, já que o objeto era o regime jurídico dos servidores estaduais.

Ressalvou, porém, de modo expresso, as situações preexistentes, ao explicitar que "o grande alcance do projeto", o de "preservar situações já constituídas" seria "atingido na aplicação da lei pela administração do estado, que levará em consideração tais motivações".

Sergio de Andréa Ferreira, professor de direito administrativo no Rio de Janeiro.