— A partir da promulgação da Carta Política de 1988, não há direito adquirido, em tema de acumulação de cargos e empregos no setor público, que possa prevalecer à expressa vedação, contida no art. 37, incisos XVI e XVII, afora as ressalvas nela previstas.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria Geral da República
Parecer nº FC-14, de 16 de janeiro de 1990
"Aprovo. Em 17.1.90." (Processo nº 00400.000019/89-11, encaminhado ao Ministro de Estado Chefe do Gabinete Militar da Presidência da República.)

Processo nº 400-000.019/89

Origem: Aviso G. Militar 46/89, com EM/EMFA 2952/89.

Assunto: Acumulação de cargos e empregos públicos.

Ementa: Acumulação remunerada de cargos, empregos e funções no setor público. Fundações públicas, sua inclusão na abrangência da proibição constitucional. Art. 37, incisos XVI e XVII da Constituição. A partir da promulgação da Carta Política de 1988, não há direito adquirido, em tema de acumulação de cargos e empregos do setor público, que possa prevalecer à expressa vedação, contida no seu art. 37, incisos XVI e XVII, afora as ressalvas nela previstas.

PARECER Nº FC-14

Adoto, para os fins e efeitos do art. 24 do Decreto nº 92.889, de 7 de julho de 1986, o anexo Parecer do eminente Consultor da República, Dr. Francisco Antonio do Rego Barros Meira de Araújo.

Como resultou bem demonstrado, não há direito adquirido, em tema de acumulação, que possa prevalecer, diante da expressa vedação constitucional, afora as ressalvas previstas na própria Carta Magna.

Esta Consultoria Geral da República, aliás, já havia afirmado isto, ao ensejo de examinar questão conexa, conforme Parecer SR-91 (*In DOU* de 15.6.89).

O legislador constituinte, terminantemente, vedou a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções no setor púúblico, inclusive nas fundações, sem ressalvar a situação constituída antes dessa vedação.

Daí, pois, não poder prevalecer situação diferente, qual a do servidor civil, que se mantenha na ativa, detendo mais de dois cargos ou empregos públicos, privativos de médico.

Sub censura.

Brasília, 16 de janeiro de 1990. — *Clóvis Ferro Costa*, Consultor-Geral da República.

Brasília, 11 de janeiro de 1990.

NOTA Nº CR/FM-3/90 (Anexa ao Parecer CF-14, de 16.1.90)

1. Veio a esta Consultoria-Geral da República, para exame e parecer, consoante despacho presidencial exarado na Exposição de Motivos nº 02952-D1, de 27 de setembro de 1989, do Estado-Maior das Forças Armadas, encaminhado com o Aviso nº 046, de 4 de outubro de 1989, do Gabinete Militar

da Presidência da República, consulta sobre a acumulação de cargos de funcionários do Hospital das Forças Armadas (HFA).

2. A questão versa sobre inquérito administrativo que apurou a situação funcional de médicos que detêm dois cargos públicos e mais um emprego em Fundação mantida ou instituída pelo Poder Público.

3. Os indiciados evocaram em suas defesas o princípio dos direitos e garantias individuais e a questão de haverem ingressado no serviço público civil antes da vigência da Lei nº 7.596/87, motivo pelo qual, segundo os mesmos, teriam direito adquirido aos cargos que acumulam.

4. Em relatório circunstanciado, a comissão de inquérito entendeu que com o advento da nova Constituição, as formulações dos indiciados acima referidas perderam a sua consistência em face de não haver direito adquirido contra a Constituição, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário. Endossa o seu fundamento, no inciso XVII do art. 37, da Constituição, bem como, no art. 17, §§ 1º e 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e conclui que as acumulações em análise, envolvendo órgãos públicos e a Fundação Hospitalar do Distrito Federal (FHDF), eram permitidas na época, por força do Decreto-Lei nº 900/69, em seu art. 3º, que alterou o Decreto-Lei nº 200/67, em seu art. 4º, inciso II, alíneas *a*, *b* e *c*, o qual equiparava as Fundações Públicas às Empresas Públicas, pertencentes à Administração Indireta.

Evoca, ainda, aquella comissão, em sua fundamentação, o parecer desta Consultoria-Geral da República de nº CR/SA-28/89 (anexo ao Parecer nº SR-91) que preceitua não haver direito adquirido contra texto constitucional, nem contra à acumulação remunerada, ainda que a situação do empregador se tenha modificado, com a sua transformação de atividade privada em pública.

5. Finaliza sua decisão nos seguintes termos:

"No que diz respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, esse binômio direciona-se tanto à legislação ordinária quanto à constitucional. Esta última, quando não-inovadora, aplica-se ao princípio do direito adquirido e ato jurídico perfeito, o que não é o caso da matéria em apreço, eis que a Constituição inovou ao introduzir Fundações Públicas no rol da Administração Pública Federal. Em decorrência, uma vez que passa a existir uma nova ordem constitucional, a lei ordinária tem que adaptar-se a essa nova ordem, mesmo que retroaja prejudicando, sob pena de ser derrogada."

6. Submetida a questão a douta Consultoria Jurídica do Estado-Maior das Forças Armadas, esta, em longo parecer de 29 laudas, entendeu afigurar-se legítima a acumulação de três cargos ou empregos públicos, ainda que de médicos, se um dos empregos seja remanescente de uma situação criada antes do advento da Constituição de 1988, tal como no caso das Fundações, desde que, atendido o pressuposto da compatibilidade horária, assim discorrendo:

"O Regime de Acumulação de Cargos Públicos, para considerarmos da Constituição de 1946 a esta parte, sempre foi circunscrito à Administração Direta (embora sem uma referência específica), *estendendo-se* 'à acumulação de cargos da União com os dois estados, Distrito Federal, municípios, entidades autárquicas e sociedades de economia mista'.

Na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, o assunto continuou a ser tratado analiticamente, embora de modo muito mais circunstanciado, ficando especificado que o regime de proibição de acumular se estendia 'a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista'."

7. E assim, seria de crer, segundo a douta Consultoria Jurídica do Estado-Maior das Forças Armadas, que por ser a medida restritiva de direitos entendeu o legislador constituinte ser de bom alvitre separar a administração em seus elementos, especificando-os, tanto que não determinou, no regime de vedação de acumular, a inclusão tanto da administração direta quanto da indireta, bem como da União, estados, Distrito Federal e municípios.

8. O respaldo desse fundamento encontra-se na premissa de que as Fundações não figuravam entre as categorias inseridas no

§ 2º do art. 99 da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, em razão daquelas entidades "só lograrem equiparação às Empresas Públicas para os efeitos da Lei de Diretrizes da Reforma Administrativa, o citado Decreto-Lei nº 200, de 1967. Tão-somente para tais efeitos. Seria o preceito flagrantemente inconstitucional se pretendesse irmanar as Fundações àquelas outras entidades enumeradas para fins de aplicação do regime de acumulação de cargos, funções e empregos públicos.

De maneira que o fato da revogação, pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, desse § 2º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, foi inteiramente irrelevante quanto à proibição de acumular cargos, funções e empregos públicos, que (seja-nos permitido insistir) emana diretamente do texto constitucional.

Mesmo com o estabelecimento do § 2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, pelo Decreto-Lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, não houve qualquer alteração nesse capítulo, que, acaso, pudesse abalar os parâmetros do regime constitucional de acumular cargos públicos".

Após a transcrição do art. 4º, do Decreto-Lie nº 200, conclui aquela douta Procuradoria:

"Eis aí. Para que as Fundações lograssem legitimamente incorporar-se ao universo em que incidem as regras próprias do regime de acumulação de cargos (não só de proibição, mas também de possibilidade de acumular) fora mister uma emenda à Constituição, o que não seria, de todo em todo, inviável, se se quisesse efetivamente dar, às fundações, o mesmo tratamento que se atribuiu às autarquias, às empresas públicas e até às sociedades de economia mista, pois que a Carta de 1967 se despontaram nada menos que 27 emendas, como sabemos."

9. Ainda discorrendo sobre o tema expõe:

"Como vimos, os textos constitucionais que precederam à atual Carta Política de 1988 não fizeram qualquer menção às Fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público. Logo, estavam elas fora do regime de acumular cargos e empregos públicos.

Quando da edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em que as Fundações foram inseridas no conceito de Administração Federal Indireta, dúvidas ponderosas foram suscitadas sobre o assunto, no sentido de saber se incorria, ou não, o funcionário em acumulação proibida, caso exercesse emprego pela legislação trabalhista naquelas entidades, até que aconteceu, como vimos, o Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que providencialmente revogou o § 2º do art. 4º do Decreto-Lei nº 200, de 1967, para excluir as Fundações do âmbito da Administração Indireta, liberando, destarte, de uma vez por todas, muitos funcionários, na sua maioria médicos, de ali exercerem empregos em horários compatíveis, sem incidirem na vedação de acumular cargos ou empregos públicos.

Daí porque muitos médicos do Serviço Público, que já vinham acumulando cargos desde, pelo menos, 1966, em face do permissivo dado pela Emenda Constitucional nº 20, de 25 de maio de 1966, continuaram a ter, pacificamente, mais um emprego de igual categoria nas Fundações chamadas de Direito Público, sem que incorressem em acumulação proibida, obrigados tão-somente ao cumprimento das respectivas cargas horárias (que, como ninguém ignora, sobre ser assunto ético, é problema de chefia).

Assim, teoricamente, pelo menos desde aquela época, há 23 anos, tem havido possibilidade legal de a Administração Pública ter seus funcionários no exercício de algum emprego em alguma Fundação criada por lei federal e mantida pelo Poder Público, mormente na classe médica, ou de magistério, tais como as Fundações Hospitalares e as Fundações Educacionais. E até mesmo no interesse do Serviço Público o comportamento administrativo foi estimulador no sentido de manter essas situações, esses contratos regidos pelas leis trabalhistas com médicos e professores nas Fundações Hospitalares e Educacionais. Podemos até afirmar, sem nenhuma possibilidade de incidirmos em erro, que o Decreto-Lei nº 900, de 1969, foi o desencadeador das acumulações que passaram a acontecer de modo mais tran-

qüilo, tendo as Fundações chamadas de Direito Público como um dos pólos para a possibilidade de o funcionário ter um outro emprego."

10. Faz referência em defesa de seu entendimento, ao Parecer nº I-032, de 23 de abril de 1970, desta Consultoria-Geral da República, ao Parecer nº 118/88, da Secretaia de Administração Pública (*DO* de 14 de junho de 1988), bem como ao Decreto-Lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986 (art. 1º) e ao art. 99 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, para deduzir que em lugar nenhum foram incluídas as Fundações Públicas no regime jurídico de proibição de acumular cargos e empregos públicos, verificando-se que nem mesmo Lei Complementar, de iniciativa exclusiva do presidente da República, poderia estabelecer regras nesse sentido, o que veio a ocorrer somente com a Carta Política de 1988.

11. Daí porque, adota a tese do direito adquirido, que, segundo assenta, não traz conflito com a Carta Magna atual, tudo nos seguintes termos:

"Não se poderia, evidentemente, admitir direito adquirido se pretendesse ele constituir-se contrariando os termos da Constituição então vigente, sob cuja égide ele se teria concretizado. Aqui, sim, seria de aplicar, tranqüilamente, a regra de que 'não há direito adquirido contra preceito constitucional', pois que a nova Constituição não há de consagrar o que era irregular pela Constituição anterior. Salvo se o Poder Constituinte dispusesse expressamente de formam diversa, como ocorreu com a matéria contida nos §§ 1º e 2º, do art. 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Carta Magna, e referidas pela douta Comissão de Inquérito em seu Relatório, quando disse, e com razão, que dela 'não podemos olvidar'.

A comissão apóia seus argumentos, como *ultima ratio*, a contrariar o direito adquirido alegado na defesa dos indiciados, em uma jurisprudência administrativa do antigo Dasp, datado de 1971, no sentido de que, ainda que legítima fosse a acumulação, ao seu tempo, não teria ela gerado direito adquirido, devendo o novo ordenamento ter efeito retroativo, 'mesmo que retroaja prejudicando'.

Nada obstante, entendimento muito mais recente daquele mesmo órgão, datado de abril de 1982, diz textualmente:

'Há um princípio de Direito que diz: 'É certo que as leis e as Constituições regulam os negócios futuros e não retrocedem até os fatos passados; a não ser que explicitamente se ocupem, tanto do tempo anterior como dos negócios pendentes' (Código de Justiniano, Livro 1º, título 14 — *De legibus et constitutionibus principium*, frag. 7, *apud* Maximiliano, Carlos. *Direito intertemporal.* p. 17-8), mesmo porque é postulado, consagrado em nossa legislação civil de que 'a lei não dispõe senão para o futuro: não tem efeito retroativo'."

12. Cita, ainda, a douta Consultoria Jurídica do Emfa, em apoio à tese do direito adquirido contra a Constituição, os eminentes juristas Celso Ribeiro Bastos e José Afonso da Silva, evocando, outrossim, a Lei de Introdução ao Código Civil e a Constituição de 1946.

13. Por derradeiro, traz em seu longo arrazoado, lição de juristas pátrios e em especial o citado mestre Celso Ribeiro Bastos em seu *Curso de direito constitucional*, cuja recente e última edição foi reformulada de acordo com a atual Carta Magna.

14. A proibição de acumulação de cargos e funções, bem como empregos, tanto na Administração Direta como na Indireta, "visa a impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções, sem que as possa desempenhar proficientemente, embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos. As origens dessa vedação vem de longe, ou seja, do Decreto da Regência, de 18.6.1822, da lavra de José Bonifácio, cuja justificativa tem ainda plena atualidade, quando esclarece que por ele 'se proíbe que seja reunido em uma só pessoa mais de um ofício ou emprego, e vença mais de um ordenado, resultando manifesto dano e prejuízo à Administração Pública e às partes interessadas, por não poder de modo ordinário um tal empregado público ou funcionário cumprir

as funções e as incumbências de que duplicadamente encarregado, muito principalmente sendo incompatíveis esses ofícios e empregos; e, acontecendo, ao mesmo tempo, que alguns desses empregados e funcionários públicos, ocupando ditos empregos e ofícios, recebam ordenados por aqueles mesmos que não exercitam, ou por serem incompatíveis, ou por concorrer o seu expediente nas mesmas horas em que se acham ocupados em outras repartições" (Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro.* 15ª ed., Revista dos Tribunais, p. 370).

15. As Cartas Políticas antecessoras da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 deixaram fora do regime de acumulação de cargos e empregos públicos as fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público. Tais entidades só passaram a incidir na regra de proibição de acumulação de ofícios públicos com o advento da Carta Magna de 5 de outubro de 1988 (art. 37, XVI e XVII).

16. O Parecer desta Consultoria Geral da República, referido na decisão administrativa *a quo,* que inclui as mencionadas Fundações no regime da acumulação, não se aplica ao caso em análise, porquanto foi o aludido Parecer emitido sob a égide da Constituição Federal de 1969.

17. É certo que na atual sistemática constitucional foi mantida a proteção às situações jurídicas pretéritas com a regra de proteção ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI). Por conseguinte, a lei nova não incidirá sobre o direito adquirido. Não pode ela retirar do universo o fato jurídico, pois o evento já ocorreu e interferiu no mundo jurídico. Por direito adquirido se entende toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia, na conceituação de Pedro Nunes.

18. De notar-se, todavia, que não existe direito adquirido de forma absoluta. Nossa jurisprudência tem afirmado que os atos ilegais, por serem nulos, não geram a aquisição de direitos. Como doutrina Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins: "Seria ininvocável a garantia constitucional do direito adquirido contra atos viciados praticados pela Administração" (In: *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo, Saraiva, 1989, p. 190, v. 2).

19. Na mesma linha de pensamento discorrem os autores anteriormente citados, quanto à inaplicabilidade do direito adquirido contra a Constituição:

"É cedida também na nossa doutrina e jurisprudência a afirmação de que não pode haver direito adquirido contra a Constituição.

De fato, se não pode haver nem mesmo, como se viu no item anterior, direito adquirido contra a lei, não pode haver, obviamente direito adquirido em afronta à Constituição. O ato assim praticado é inconstitucional e, conseqüentemente, passível de anulação. Mas o que tanto a doutrina como a jurisprudência parecem ter em mira são os atos praticados sob a égide de uma Constituição anterior. Então se pergunta: alguém que gozasse do benefício de uma vantagem auferida debaixo da Lei Maior precedente poderia continuar a percebê-la debaixo da nova, ainda que esta já não consagre a permissibilidade para a criação de novas vantagens do tipo?

Embora não desprezemos esta aparente antinomia, não podemos ignorar por igual forma que a própria Constituição assegura o direito adquirido. Para que cessem, portanto, de viger os direitos adquiridos sob o manto da Constituição anterior, é necessário ou que a própria Lei Fundamental expressamente os faça cessar, ou então que suprima todo o instituto no seio do qual o direito adquirido se embutia. Por exemplo: qualquer direito adquirido resultante de um contrato de locação desapareceria diante de uma Constituição que suprimisse o próprio direito de propriedade" (op. cit. p. 191).

20. Em recente Parecer — nº CR/SA-28/89 (anexo ao Parecer nº SR-91) — da lavra do eminente Consultor da República, Sebastião Baptista Afonso, outra não foi a decisão desta Consultoria-Geral da República no entendimento de que não há direito

adquirido contra a Consttiuição, e isto, no lastro dos acórdãos proferidos no RE 94.114, tendo sido Relator o emérito Ministro Moerira Alves, citando-se como precedentes os RE 90.391 e RE 100.144, o primeiro do Plenário e o segundo da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo voto pela sua importância transcreve-se:

"As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituiçes que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, então, ao Constituinte, seja ele originário, seja ele derivado. Por isso, Barbalho, ao comentar o art. 11, § 3º, da Constituição de 1891 (dispositivo que vedava aos estados e à União prescrever leis retroativas), acentuava: 'Mas, porquanto a proibição de leis retroativas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuais, não há motivo para que ela prevaleça em casos nos quais ofensa não lhes é feita e a retroatividade é proveitosa ao bem geral; e eis porque têm pleno efeito com relação a fatos anteriores: primeiro as leis constitucionais ou políticas;' (...) (*Constituição Federal Brasileira — Comentários.* Rio de Janeiro. 1902. p. 42).

Igualmente, Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 141, § 3º, da Constituição de 1946, escreve, ao examinar o conceito de direito adquirido: 'não há direitos adquiridos contra a Constituição' (*Comentários à Consttiuição Brasileira*, vol. III, 5. ed. nº 505, nota 7, Rio de Janeiro, 1954).

No mesmo sentido, manifesta-se Pontes de Miranda, em mais de uma passagem dos seus *Comentários à Constituição de 1967* com a Emenda nº 1, de 1969: 'Impõe-se ao legislador cogitar de leis que de certo modo indenize as perdas, porque não basta invocar-se a proteção dos direitos adquiridos (arts. 150, § 3º, e 22), pois as Constituições são retroeficazes' (ob. cit. tomo I, p. 538;

'No retirado art. 176, no art. 177 (hoje art. 194) e nos retirados arts. 179 e 180 parágrafo único, a Constituição de 1967 abria exceção ao princípio da imediatividade eficacial das regras jurídicas constitucionais, porque, se o não fizesse, os direitos adquiridos pelas pessoas mencionadas estariam prejudicados' (ob. cit. tomo VI, p. 389); e

"As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não' (ob. cit. tomo VI, p. 392" (In: RTJ 114, p. 243-4).

21. Filio-me, portanto, a essa corrente que contenda a inexistência de direito adquirido contra a Constituição. Tanto mais quando ela expressamente estendeu a vedação de acumulação de cargos públicos às fundações mantidas pelo Poder Público.

22. Se o Poder Constituinte entendeu ser essa proibição exigida pelo interesse coletivo, não há que se confundir a existência de um direito adquirido com um pretenso direito que poderiam ter os cidadãos de fazer continuar a valer situações jurídicas adquiridas no passado, mas incompatíveis com a ordem vigente.

23. Por isso, a detenção de dois cargos públicos e mais um emprego em Fundação mantida pelo Poder Público por parte de médico do Hospital das Forças Armadas, que era legal na vigência da Constituição anterior, são agora atingidos pelo novo preceito constitucional.

24. Toda a doutrina trazida à tona pela Conjur-Emfa sobre o direito adquirido protegido pelo art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, tem apenas e tãosomente o caráter de literatura jurídica, porquanto tal preceito se dirige ao legislador ordinário, e não, consoante bem demonstrado anteriormente, ao Constituinte.

25. *Ex positis*, entendo não haver direito adquirido à acumulação dos cargos por parte dos médicos do HFA, respeitados os efeitos ocorridos anteriormente à promulgação da Carta Magna de 1988.

Sub censura.

Francisco Antonio do Rego Barros Meira, Consultor da República.