O EXERCÍCIO DA VEREANÇA E A ACEITAÇÃO DE CARGO PÚBLICO EFEITVO, PROIBIÇÃO

RESUMO:

O trabalho aborda algumas questões relativas à acumulação de cargos públicos, em especial à acumulação de cargo público no Poder Executivo por vereador concursado, porém, nomeado para este depois de diplomado para o mandato político, passando pelas Constituições Federais até a Constituição Federal de 1988, e pelos princípios de Direito Administrativo até a conclusão pela vedação à aceitação de cargo, emprego ou função público na Administração Pública por aquele que, embora concursado, já havia sido diplomado no cargo político eletivo, devendo por isso, optar por um ou outro, no que importa em renúncia ao cargo político ou à nomeação, não podendo ser aplicada a exceção do art. 38, III, da Constituição Federal por incidência prévia do art. 54, I, b, da mesma Carta Política.

ABSTRACT

The work approaches some relative questions to the accumulation of public offices, in special to the accumulation of public office in the Executive for parliamentarian gazetted, however, nominated for this after diplomee for the public mandate, passing for the Federal Constitutions until the Federal Constitution of 1988, and for the principles of Administrative Law until the conclusion for the prohibition to the acceptance of position, job or public office in the Public Administration for whom, even so gazetted, already had been diplomee in the position elective politician, having therefore, to opt to order, in what it imports in resignation the position politician or the nomination, not being able to be applied the exception of art. 38, III, of the Federal Constitution for previous incidence of art. 54, I, b, of the same Charter Politic.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, acumulação, incompatibilidade, proibição, exceção.

KEY WORDS: Constitution, accumulation, incompatibility, prohibition, exception.

INTRODUÇÃO:

Embora não seja comum em nossos Tribunais questões práticas quanto à assunção por vereador, depois de diplomado e empossado no cargo político, de cargo público efetivo, a tese que tem força é aquela que resolve a questão pela aplicação do art. 38, III, da Constituição Federal, tomando o vereador como se fosse servidor público em cargo efetivo, antes mesmo da diplomação e posse no cargo eletivo público.

Trata-se, na espécie, de uma forma de retroatividade dos efeitos da posse e da qualidade de “servidor público” no cargo efetivo administrativo à data anterior à diplomação e posse em cargo eletivo público.

Mas, esta tese poderia continuar prosperando? Qual é a norma de regência da situação jurídica daquele que exerce a vereança? Haveria possibilidade de retroceder os efeitos da posse posterior em cargo efetivo administrativo à data anterior à expedição do diploma e posse no cargo eletivo público?

Evidentemente, este trabalho não esgotará o tema, nem nos parece resolverá pacificamente a questão, mas, servirá como instrumento de concretização do princípio da moralidade.

FATOR HISTÓRICO:

A primeira Constituição Imperial de 22 de abril de 1824, por se tratar de um Império e, portanto, num regime monárquico absolutista, não havia disposição semelhante¹.

Com o advento da República em 15 de novembro de 1889, foi promulgada a primeira Constituição da Federação, rompendo totalmente com o regime anterior; assim, em 24 de fevereiro de 1891 é promulgada a Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil².

Esta Carta Política tratou de *incompatibilidades* nos seguintes termos:

“Art 23 - Nenhum membro do Congresso, *desde que tenha sido eleito*, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo nem dele *receber comissões ou empregos remunerados*.

§ 1º - Excetuam-se desta *proibição*:

1º) as missões diplomáticas;

2º) as comissões ou comandos militares;

3º) os cargos de acesso e as promoções legais.

§ 2º - Nenhum Deputado ou Senador, porém, poderá aceitar nomeação para missões, comissões ou comandos, de que tratam os n.ºs I e II do parágrafo antecedente, *sem licença da respectiva Câmara*, quando da aceitação resultar *privação do exercício* das funções legislativas, *salvo* nos casos de guerra ou naqueles em que a honra e a integridade da União se acharem empenhadas.

Art 24 - O Deputado ou Senador *não pode* também ser Presidente ou fazer parte de Diretorias de bancos, companhias ou empresas que gozem favores do Governo federal definidos em lei.

Parágrafo único - A inobservância dos preceitos contidos nestes artigos e no antecedente importa em perda do mandato.

Art 25 - O mandato legislativo é *incompatível com o exercício de qualquer outra função durante as sessões*.”

Com o advento da primeira Constituição Federal já vivenciávamos, portanto, *incompatibilidades funcionais* desde o resultado das eleições, de receber comissões ou emprego (arts. 23 e 25) ao lado da *incompatibilidade negocial* de celebrar contrato (art. 23) e da *incompatibilidade profissional* de se tornar presidente ou fazer parte da diretoria de banco, ou empresas que recebessem benefícios do Governo, estas, parecemos desde a posse (art. 24).

Trata-se, portanto, da *regra*, cuja *exceção* encontramos nos §§ 1º e 2º, do art. 23 acima transcrito.

¹ Assim consta da citada Carta: “Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo.”

² Aqui já se evidencia a influência norte-americana.

A Constituição Federal de 1934, promulgada em 16 de julho daquele ano, manteve-se fiel às *incompatibilidades*, e já disciplina as *vedações desde o diploma e desde a posse*, assim dispondo:

“Art 33 - Nenhum Deputado, *desde a expedição do diploma*, poderá:

- 1) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal.
- 2) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerados, *salvas* as exceções previstas neste artigo e no art. 62.

§ 1º - *Desde que seja empossado*, nenhum Deputado poderá:

- 1) ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública;
- 2) ocupar cargo público, de que seja demissível *ad nutum*;
- 3) acumular um mandato com outro de caráter legislativo, federal, estadual ou municipal;
- 4) *patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios*”.

Pela primeira vez aparece a *incompatibilidade profissional* atinente ao patrocínio de causa contra os entes da Federação.

A exceção referida no nº 2 do *caput* do transcrito art. 33, diz o seguinte: “Art 62 - Os membros da Câmara dos Deputados nomeados Ministros de Estado, não perdem o mandato, sendo substituídos, enquanto exerçam o cargo, pelos suplentes respectivos.”

Esta disposição inaugura as *incompatibilidades* hoje vigentes no texto Constitucional. Trata-se de um *standart* sociopolítico-jurídico que foi ampliado, conformado e adaptado à realidade social, sempre criativa de meios de interpretação excludente da norma da letra, fixando-o em nosso ordenamento constitucional.

É o que vemos na Constituição Federal/37, promulgada em 10 de novembro de 1937; ao instituir o parlamentarismo no país, manteve-se fiel à essência das *incompatibilidades* advindas da Constituição anterior, cujas exceções constam da *letra b* e do *parágrafo único*:

“Art 44 - Aos membros do Parlamento nacional é *vedado*:

- a) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal;
- b) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerado, *salvo* missão diplomática de caráter extraordinário;
- c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público;
- d) ocupar cargo público de que seja demissível *ad nutum*;
- e) *patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios*.

Parágrafo único - No intervalo das sessões, o membro do Parlamento *poderá* reassumir o cargo público de que for titular.”

Em 18 de setembro de 1946, nova Constituição é promulgada, retornando ao Presidencialismo; o Poder Legislativo Federal, ainda bicameral, manteve-se, evidentemente, a essência das *incompatibilidades*:

“Art 48 - Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

- a) celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica ou sociedade de economia mista, *salvo* quando o contrato obedecer a normas uniformes;
- b) aceitar nem exercer comissão ou emprego remunerado de pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público;

II - desde a posse:

- a) ser proprietário ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo público do qual possa ser demitido *ad nutum*;
- c) exercer outro mandato legislativo, seja federal, estadual ou municipal;
- d) *patrocinar causa contra pessoa jurídica de direito público.*”

Outra exceção é posta no art. 49: “É permitido ao Deputado ou Senador, com prévia licença da sua Câmara, desempenhar missão diplomática de caráter transitório, ou participar, no estrangeiro, de congressos, conferências e missões culturais.”

O exercício de missão diplomática afigura-se *exceção* à regra de *proibição* em todos os tempos.

A Constituição de 1946 traz, assim, a estrutura jurídica do texto das Constituições seguintes.

A Constituição Federal de 1967³, fruto do golpe militar de 1964, passa a dispor sobre *incompatibilidades* dos membros do Poder Legislativo Federal, norteadas pela disposição da Constituição de 1946:

“Art 36 - Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

- a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, *salvo* quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes,
- b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades referidas na letra anterior;

II - desde a posse:

³ Importante observar que esta Constituição foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, ocasião em que o Brasil deixa de ser Estados Unidos do Brasil e passa a ser República Federativa do Brasil.

- a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo, função ou emprego, de que demissível *ad nutum*, nas entidades referidas na alínea a do n.º I;
- c) exercer outro cargo eletivo, seja federal, estadual ou municipal;
- d) *patrocinar causa em que seja Interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea a do n.º I.*”

Trata-se de uma evolução sociopolítica que insere no texto constitucional regra abrangente, ampliando o rol de entidades com as quais os parlamentares ficam vedados manter relação jurídica.

A Constituição Federal de 1969, de 17 de outubro de 1969 – *na verdade uma Emenda Constitucional do alge do militarismo que veio incorporar o AI5 ao nível constitucional* – reproduziu o texto original de 1967:

“Art. 34. Os deputados e senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

- a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, *salvo* quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
- b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

- a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo, função ou emprego, de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas na alínea a do item I;
- c) exercer outro cargo eletivo federal, estadual ou municipal; e
- d) *patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea a do item I.*”

Por fim, com a abertura política e a redemocratização do país, veio o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã de Ulisses, promulgada em 05 de outubro de 1988, a qual prescreve:

“Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

- a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, *salvo* quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
- b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, *inclusive* os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

- a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";
- c) *patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";*

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo”.

Parece-nos claro ser uma constante as *incompatibilidades* quanto à celebração de contratos com a Administração, à aceitação e exercício de cargo, função ou emprego remunerado, quanto à relação jurídica de direção em empresa que goza de benefício estatal, quanto aos cargos demissíveis *ad nutum* com ou sem remuneração, quanto ao patrocínio de causas contra o Estado e quanto ao exercício de outro mandato eletivo, veja o quadro abaixo:

CONSTITUIÇÃO	PROIBIÇÕES	PERMISSÕES	MOMENTO
1891 AO CONGRESSO	celebrar contrato	missão diplomática	desde o resultado da eleição desde o resul
	receber comissões	comissão ou comando militar	
	exercer qualquer função durante as sessões	cargos de acesso e promoções legais	
1891 AOS DEPUTADOS	presidir ou fazer parte da diretoria de empresa que recebe benefício do Estado	missões, comissões e comandos militares mediante autorização da Câmara se privar do exercício do mandato. Dispensada a autorização em caso de guerra ou quando envolver a honra e integridade da União	
1934 AOS DEPUTADOS	celebrar contratos	aceitar cargo de Ministro de Estado	desde o diploma
	aceitar cargo, comissão ou emprego remunerado		
	ser proprietário, sócio ou diretor de empresa que receba benefício do Estado		desde a posse
	ocupar cargo demissível <i>ad nutum</i>		

	acumular mandato eletivo legislativo		
	patrocinar causa contra o Estado		
1937 AO PARLAMENTO	celebrar contrato	missão diplomática	
	aceitar cargo remunerado	reassumir cargo no intervalo das sessões	
	exercer qualquer lugar na Administração		
	ser proprietário, sócio de empresa que recebe benefício do Estado		
	ocupar cargo demissível <i>ad nutum</i>		
	patrocinar causa contra o Estado		
1946 AOS DEPUTADOS E SENADORES	celebrar contrato	celebrar contrato com cláusula uniforme.	desde o diploma
	aceitar comissão ou emprego remunerado		desde a posse
	ser proprietário, sócio, ou função remunerada em empresa que recebe benefício do Estado		
	cargo demissível <i>ad nutum</i>		
	mandato eletivo legislativo		
patrocinar causa contra o Estado	missão diplomática transitória, participar de congressos e missões culturais		
	celebrar contratos	celebrar contrato com cláusula uniforme.	desde o diploma
	aceitar comissão ou emprego remunerado		

1967 AOS DEPUTADOS E SENADORES	ser proprietário, sócio, ou função remunerada em empresa que recebe benefício do Estado		desde a posse
	cargo demissível <u>ad nutum</u>		
	mandato eletivo legislativo		
	patrocinar causa contra o Estado	missão diplomática transitória, participar de congressos e missões culturais	
1969 AOS DEPUTADOS E SENADORES	celebrar contratos	celebrar contrato com cláusula uniforme.	desde o diploma
	aceitar comissão ou emprego remunerado		desde a posse
	ser proprietário, sócio, ou função remunerada em empresa que recebe benefício do Estado		
	cargo demissível <u>ad nutum</u>		
	mandato eletivo legislativo		
patrocinar causa contra o Estado	missão diplomática transitória, participar de congressos e missões culturais		
	celebrar contratos	celebrar contrato com cláusula uniforme.	desde o diploma
	aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive cargo demissível <u>ad nutum</u>		

1988 AOS DEPUTADOS E SENADORES	ser proprietário, sócio, ou função remunerada em empresa que recebe benefício do Estado		desde a posse
	exercer outro mandato eletivo público		
	ocupar cargo demissível <i>ad nutum</i>		
	patrocinar causa contra o Estado	missão diplomática transitória, participar de congressos e missões culturais	

A Constituição do Estado de Minas Gerais de 21.09.1989 repetiu o texto do art. 54 da Constituição Federal com as devidas adequações ao Parlamento Estadual unicameral, assim como a totalidade dos Estados da Federação⁴ por insuperável aplicação do *princípio da simetria*:

“Art. 57 - O Deputado não pode:

I - desde a expedição do diploma:

- a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
- b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, incluídos os de que seja demissível *ad nutum*, nas entidades indicadas na alínea anterior;

II - desde a posse:

- a) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
- b) ocupar cargo ou função de que seja demissível *ad nutum* nas entidades indicadas no inciso I, a;
- c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, a;
- d) ser titular de mais de um cargo ou mandato público eletivo.”

As Leis Orgânicas dos Municípios brasileiros, à quase totalidade, concretizando o mesmo *princípio da simetria* com a Constituição Federal/88 (art. 54) e com as Constituições Estaduais, praticamente repetiram a regra do art. 54⁵, igualmente, adequando-o ao seu parlamento municipal.

⁴ Como exemplo: SP (art. 15), Rio (art. 103), ES (art. 52), PR (art. 58), SC (art. 43), RS (art. 55), BA (art. 85).

⁵ É o que se pode observar das Leis Orgânicas de Belo Horizonte (art. 78), São Paulo (art. 17), Porto Alegre (art. 66), Curitiba (art. 21), Florianópolis (art. 43), Goiânia (art. 69), Salvador (art. 24), Campo Grande (art.

Assim, o disposto no art. 54, I, b e II, b, da Constituição Federal se aplica aos parlamentares locais, *ex vi* do art. 29, IX, da Constituição Federal, encontrando sua aplicabilidade mesmo no silêncio das leis orgânicas: “Proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembléia Legislativa.”

AS VEDAÇÕES – FUNDAMENTOS – CONCILIAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES:

Qual teria sido o fundamento para estas *incompatibilidades*?

Certamente, o que já anunciava ARISTÓTELES e que foi estruturado e sintetizado por MONTESQUIEU: a divisão das funções ou separação dos poderes do Estado, ou seja, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com suas competências definidas, a fim de que o cidadão estivesse assegurado contra a tirania do poder, e assim, ter-se-á a concretização dos princípios constitucionais da *independência dos poderes da República* (art. 2º) e *da moralidade e da eficiência* do serviço público (art. 37 *caput*), evitando que as instituições democráticas se desmoralizem e o Estado remunere servidor em razão de cumulação de cargos sem alcançar eficiência no serviço:

“A Constituição Federal ainda prevê, como forma de garantia da independência do Poder Legislativo, algumas vedações aos parlamentares...”⁶ “O fundamento da proibição é impedir que o cúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência”⁷.

Como ficaria a situação de um servidor que, regido pelas regras do Poder Executivo, ao qual serve e por isso tem o dever de lealdade, *ex vi* dos Estatutos dos Servidores Públicos, depois de praticar o ato administrativo no Executivo, se desdobra em fiscal e controlador externo (político) deste mesmo ato? E se o tiver de defendê-lo como atribuição do cargo?

27), Cuiabá (art. 19), Plama (art. 16), Recife (art. 41), Porto Velho (art. 51), Boa Vista (art. 37), Distrito Federal (art. 62); e também dos municípios mineiros de: Betim (art. 75), Contagem (art. 64), Juiz de Fora (art. 63), Ipatinga (art. 30), Poços de Caldas (art. 63), Varginha (art. 39), Divinópolis (art. 39), Uberlândia (art. 15), Uberaba (art. 60), João Molevade (art. 20) e Montes Claros (art. 43).

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 463.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit., p. 603.

A tradição, portanto, de nosso sistema constitucional é a vedação de aceitar, ocupar e exercer remuneradamente cargo, função ou emprego, inclusive demissível *ad nutum* desde a expedição do diploma e ocupar gratuitamente cargo ou função demissível *ad nutum* desde a posse.

Significa dizer que o constituinte de 1988 foi redundante, relativamente ao inc. I, b e II, b, do art. 54? Queremos crer que não. Quis deixar claro as *incompatibilidades funcionais, políticas, negociais e profissionais*, estabelecendo o momento que cada uma delas passa incidir sobre o eleito, a fim de evitar interpretações *excludentes* das vedações ou em cada momento, eliminar a proibição anteriormente prevista.

Aceitar corresponderia à ação de assentir, de anuir a um *convite* ou *convocação* e conseqüente *nomeação*, independente da *posse*, por isso, a proibição alcança mesmo o início do procedimento do ato de provimento; exercer corresponderia à *investidura*, ao procedimento completo: nomeação e posse, da qual decorre aptidão para o efetivo desenvolvimento das atribuições do cargo, função ou emprego (*lato sensu*); assim, ocupar corresponderia à consumação das duas primeiras: *investidura* no cargo: aceitar, nomear, tomar posse e exercer.

Ocupação aqui é sinonímia de *aceitar*, ser *nomeado*, de tomar *posse* e de *exercer*, por impossibilidade de haver o exercício das funções do cargo sem o ocupar:

“É o ato da posse que completa a investidura, espelhando uma verdadeira *conditio iuris para o exercício* da função pública... o *exercício* representa o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. O *exercício*, como é óbvio, só se legitima na medida em que se tenha consumado o processo de investidura”⁸;

Isto é, *nomeação e posse* (ocupação do cargo), como ensina HELY LOPES: “O exercício *do cargo* é decorrência natural da posse”⁹.

Assim, *ocupar* o cargo é sinonimo de *aceitação, nomeação, posse e exercício*, pois, “com a posse, o cargo fica provido e não poderá ser ocupado por outrem”¹⁰; quem toma posse,

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 566.

⁹ DA SILVA, Jose Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 377.

ocupa! Daí, a razão pela qual, a fim de evitar subterfúgios a burlar a proibição de acumulação de cargo, emprego ou função pública, o constituinte reprisou a regra do inc. II, b, na forma reduzida, a fim de impedir o exercício de cargo e função demissível *ad nutum* sem remuneração, uma forma às avessas de acumulação incompatível e inconcebível ante à moralidade administrativa; o parlamentar não seria afastado do cargo eletivo (cumulado), mas, exerceria, graciosamente, um cargo em comissão na Administração.

Até porque “*aceitar e exercer não difere de ocupar*”, conforme ensina AFONSO DA SILVA¹¹.

Dito isto, para *exercer*, depois da diplomação, qualquer cargo, emprego ou função remunerado, inevitavelmente, o parlamentar terá de se afastar do cargo eletivo e, portanto, não será empossado e perderá a remuneração do mesmo, daí a proibição do art. 54, II, b, para depois da posse, ao lado do inc. I, b, para evitar que, a pretexto do exercício gracioso de cargo demissível *ad nutum*, o vereador comprometa o sistema da *separação de poderes e a eficiência e a moralidade administrativa*.

Estaria, então, depois da posse permitido ao parlamentar ocupar cargo, função ou emprego remunerado, uma vez que o art. 54, II, b, se refere somente aos cargos e funções demissíveis *ad nutum*?

Criamos o seguinte panorama: a *diplomação* é um ato meramente declaratório da Justiça Eleitoral “menor” que a *posse e o exercício* do mandato, embora condição para tanto. Então, se está proibido desde a *diplomação*, significa dizer: se proibiu o *menos* proibiu também o *mais*; é o velho exemplo das cátedras: O Direito Penal pergunta: se proíbe pisar na grama, poderia, então o destinatário da norma arrancá-la? E nos responde com o brocardo: *se proíbe o menos, proíbe o mais*, assim como, *se permite o mais, permite o menos*, ou *quem pode o mais pode o menos*¹².

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiro, 1994, p. 377.

¹¹ DA SILVA, Jose Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 537, em nota de rodapé.

¹² São os adágios: *Qui potest maius, potest et minus, prohibet, prohibet minimum* e *qui potest maius, potest et minus*.

Logo, por que haveria de repetir somente em parte a regra do inc. I, b, no inc. II, b, do art. 54?

Ao contrário do que muitos advogam a *diplomação* e a *posse* se aglutinam como fases de um único processo: o mandato eletivo público. Ambas legitimam o exercício do mandato, a *investidura* no cargo eletivo público. E proibições que se aglutinam, constituindo fases da *investidura* no cargo eletivo público, acompanham o parlamentar durante todo o mandato.

Desse modo, antes da posse e conseqüentemente do efetivo exercício do mandato eletivo e desde que diplomado já não pode sequer aceitar ou exercer cargo, emprego ou função remunerado ainda que demissível *ad nutum* (art. 54, I, b) e, para assegurar a *independência do Poder Legislativo* não poderá exercer cargo ou função demissível *ad nutum* sem remuneração (art. 54, II, b), já que o exercício de cargo efetivo sem remuneração é impossível juridicamente, por isso, o silêncio constitucional.

O constituinte quis assim para evitar que a garantia – função e razão da regra nas Constituições – fosse corrompida pelo exercício, gratuito, de cargo ou função demissíveis *ad nutum* nas pessoas referidas no inc. I, a, do art. 54 citado, pela certeza de que a partir da *posse* o parlamentar passa a receber os subsídios do cargo eletivo e, logicamente, proibido, *desde o diploma*, de aceitar e exercer, remuneradamente, cargo, função ou emprego ainda que demissíveis *ad nutum*, poderia burlar a incompatibilidade ocupando, na feliz expressão do prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA: sem qualquer diferença dos verbos do inc. I, b e II, b, do citado art. 54, sem remuneração, cargo ou função demissível *ad nutum*, fato que fragilizaria a *independência dos Poderes* e a *moralidade administrativa*.

No inc. I, b, do art. 54 proibiu o parlamentar de *aceitar ou exercer* qualquer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os demissíveis *ad nutum*; e no inc. II, b, o mesmo artigo proibiu o exercício gracioso de cargo ou função demissível *ad nutum*, completando o ciclo de *incompatibilidades*; razão de ser do mencionado artigo.

Dessume-se do exposto que a regra do art. 54, I, b diz respeito ao exercício remunerado e a do art. 54, II, b do exercício gracioso. Assim, desde a diplomação pode-se afirmar está impedido de ocupar cargo, emprego ou função remunerada, mas, pode exercer, graciosamente, cargo ou função demissível *ad nutum*; e a partir da posse, já não mais poderá exercê-los nem mesmo graciosamente.

De outra forma, o art. 54, I, b, *in fine*, trouxe uma *exceção* enquanto diplomado, que o art. 54, II, b, afasta com a posse, eis as razões deste dispositivo.

Pode-se dizer que até a *posse* poderia exercer (ocupar), graciosamente, cargo ou função demissíveis *ad nutum*, com a *posse* cessa, inclusive esta permissão, por isso, a exceção do art. 56, I, da Constituição Federal, que se dá, geralmente, depois da posse:

“Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:
I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;”

A solução, acreditamos, está na interpretação que guarda a inteireza da aplicação dos dispositivos constitucionais em total harmonia, sem exclusões, de sorte a cumprir sua finalidade, regulando as situações para as quais foram originariamente postos na Constituição.

ALEXANDRE DE MORAES¹³ citando FERNANDO COELHO e RAUL MACHADO HORTA, defende uma interpretação contextual, sistêmica e harmônica que preserve a inteireza e o espírito da lei (*lato sensu*):

“...a precedência em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República Federativa e da enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais... A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica.”

E transcreve os princípios e regras interpretativas das normas constitucionais, conforme os ensinamentos de CANOTILHO:

“*Da unidade da constituição*: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15/16.

Do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;

Da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;

Da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;

Da concordância ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;

Da força normativa da constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais”.

Não se trata de entendimento isolado; JUDIVAN J. VIEIRA apresenta o “*elemento sistemático*” para dizer: “interpreta-se a lei vinculando o texto ao seu contexto ou a parte ao todo. Este elemento vincula-se à interpretação sistêmica ou contextual”¹⁴, e, PEDRO LENZA arremada: “A Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade como um todo e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas”¹⁵.

Não nos parece lógico a interpretação segundo a qual o art. 54, I, b e II, b, veda somente aceitar e exercer cargo ou função demissível *ad nutum*, respectivamente, remunerado e não-remunerado, porque isso importaria em verdadeira supressão do próprio texto constitucional, e desatendimento aos preceitos de sua integração, harmonização e contextualização a toda Constituição, antes apontadas.

Para tanto temos de partir do seguinte princípio: primeiro vêm as *regras* e em seguida as *exceções* e *na lei não existem palavras inúteis*.

A inacumulatividade de cargo público na Administração é a regra conforme se verifica no art. 37, XVI, da Constituição Federal; esta regra se completa com a vedação ao Parlamento disposta no art. 54, I e II, da mesma Carta. Estas disposições constituem a regra geral da inacumulatividade de cargo, função ou emprego, inclusive demissíveis *ad nutum* tanto no Poder Executivo quanto nos Poderes Legislativo e Judiciário.

¹⁴ **Direito Administrativo para Concursos.** 3ª Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 38.

¹⁵ **Direito Constitucional Esquemático.** 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

Como toda regra, há sempre exceções. Estas exceções encontramos na segunda parte do inc. XVI do art. 37, nos arts. 38, III, para a Administração Pública, nos 95, parágrafo único, I, e 128, § 5º, II, d, para membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, e 56, para membros do Poder Legislativo, todos da Constituição Federal, aplicáveis, portanto, aos agentes públicos (*lato sensu*).

Disso decorre que não há como *ampliar* ou *estender* exceções, sob pena de subverter as regras.

Os pronunciamentos de CARLOS MAXIMILIANO¹⁶ são importantes neste caso:

“Consideram-se excepcionais, quer estejam insertas em repositórios de Direito Comum, quer se achem nos de Direito Especial, as disposições que *introduzem exceções*, de qualquer natureza, a regras gerais, ou *a um preceito da mesma lei, a favor, ou em prejuízo, de indivíduos ou classes da comunidade*”.

Como já exposto, a regra se constitui nas vedações à acumulação de cargo, emprego ou função na Administração direta ou indireta, à aceitação, ocupação e exercício de cargo na Administração direta e indireta, sendo *exceções* aquelas que na mesma Carta Política, possibilitou a cumulação, art. 37, XVI, última parte, 38, III, 56, 95 e 128, da Constituição Federal. E, a regra aplicável ao parlamentar e que completa a regra das proibições à acumulação de cargo está contida no art. 54, cuja exceção consta do art. 56 e não do art. 38, todos da Constituição Federal.

E como exceções, não cabe uma interpretação ampliativa ou extensiva para alcançar aquelas situações que, embora semelhantes e sobre o mesmo tema, a Constituição Federal quis proibir, pois, que

“As disposições excepcionais são estabelecidas por *motivos ou considerações particulares*, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. [...] A regra *excepcional* só de modo estrito se interpreta.”¹⁷.

¹⁶ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 229/230.

¹⁷ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 227 e 229.

LIMONGI FRANÇA ensina que “nas leis *ius singulare*, cujo caráter excepcional, conforme a *communis opinio doctorum*, não pode comportar a decisão de semelhante a semelhante”¹⁸, portanto, não podemos aplicar ao *parlamentar-servidor*, sobre o qual incide a regra do art. 54, a mesma regra do *servidor-parlamentar* excepcionado no art. 38, como se aquele sempre fosse servidor.

As *exceções*, regidas pela mesma norma, constituem *jus singulare* na lição de DE PLÁCIO E SILVA “Direito instituído, excepcionalmente, contra o Direito Comum, em virtude de alguma utilidade”¹⁹, e as disposições dos arts. 38 e 56 são *regra excepcionais* dentro da Constituição para situações fático-jurídicas que o constituinte quis regular de forma diversa que a regra geral.

Consciente, portanto, da limitação relativa à aplicação das *exceções*, vale transcrever a advertência de MAXIMILIANO: “Não só o sentido envolve, mas também o alcance das expressões de Direito... O bom intérprete foi sempre o renovador insinuante, cauteloso, às vezes até inconsciente, do sentido das disposições escritas...”²⁰

Por isso, a interpretação que estende a *exceção* do *servidor-parlamentar* ao *parlamentar-não-servidor* ou *que se torna servidor*, é excludente dos arts. 54, I, b e 56, da Constituição Federal.

De contrário, a *exceção* se converteria em *regra*; bastaria a *aprovação em concurso público* e, desse modo, sem sequer ter consumado o *provimento* do cargo: o parlamentar se tornaria servidor com efeito *ex tunc* à data da diplomação, ou seja, *seria considerado servidor antes mesmo do diploma no cargo eletivo*, e obteria uma licença (afastamento) para cargo eletivo, quando o *provimento* não se completou e quando a regra incidente sobre ele está no art. 54 da Constituição Federal cuja exceção é o art. 56 da mesma.

¹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47.

¹⁹ *Vocabulário Jurídico*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, Vol. III, p. 39.

²⁰ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 154 e 159.

DA APLICAÇÃO DO ART. 54, I, B DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO PARLAMENTAR DIPLOMADO:

Como já apontado este dispositivo tem por escopo concretizar a *independência dos Poderes* e os *princípios da moralidade e da eficiência* preconizados pela Constituição Federal.

Embora, no mesmo plano dentro do Poder Legislativo, o *parlamentar* aprovado em concurso não é servidor público administrativo, não ocupou e não exerceu, efetivamente, um cargo, função ou emprego público precedentemente ao pleito. Tanto é assim que não se licenciou, com prejuízo da remuneração, no prazo da desincompatibilidade²¹ para concorrer ao cargo eletivo!

Mesmo o concurso público precedente às eleições não enseja, em nosso sentir, a aplicação de qualquer *exceção* à regra do art. 37, XVI, ainda que se invoque *direito adquirido* à vaga anunciada no edital, salvo a *exceção* do art. 56, I, da Constituição Federal, aliás excepcionado pelas Leis Orgânicas Municipais, sob pena de darmos tratamento jurídico que o mesmo não possui e transmutarmos a *investidura* do cargo efetivo do só fato da aprovação em concurso e não com a *posse e exercício* decorrentes da *nomeação*²².

Ocorreria tratamento igual a desiguais. O *parlamentar eleito* seria tratado como *servidor público eleito*, antes mesmo do *exercício* das funções que é o marco inicial para aquisição de direitos e vantagens: “É o exercício que marca o momento em que o funcionário passa a desempenhar legalmente suas funções e adquire direito às vantagens do cargo...”²³.

Denota-se, portanto, não adquirir direito *sem o exercício* das funções do cargo. Assim, as licenças ou afastamentos, como direito do servidor, não entram para a esfera jurídica do *nomeado/empossado* antes do *exercício* do cargo.

²¹ Conforme Lei Complementar 64/90.

²² “Ao preenchimento de cargo vago se dá o nome de *provimento*. O provimento originário se efetua mediante *nomeação*...” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 276).

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiro, 1994, p. 377.

Logo, o servidor público não adquire direitos sem o exercício das funções, tanto que “o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado”²⁴.

Seguindo a lição doutrinária o *provimento* é o preenchimento do cargo, que se dá com a *nomeação* (MEDAUAR 2009:276); a *investidura* é a *posse* do nomeado no respectivo cargo, função ou emprego (HELY 1994:377), consumando-o com o *exercício* (MEDAUAR 2009:276): “O provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado” (LOPES 1994:377).

Dessa forma, se o parlamentar não iniciou o exercício das funções do cargo efetivo para o qual concursou, o provimento não se consumou, não se perfez, logo, como poderá adquirir direitos e vantagens, como a licença para mandato eletivo público?

Dito isto, o *parlamentar-servidor* ao tempo da *diplomação* no cargo eletivo público não se encontrava na mesma situação fático-jurídica do *servidor-parlamentar*²⁵, que se licencia para mandato eletivo. Por isso, não há de se cogitar de *princípio da isonomia* ou *tratamento isonômico*, posto que, o *parlamentar-não-servidor* não se equipara ao *servidor-parlamentar* do só fato de aprovação anterior em concurso público.

A licença para mandato eletivo é direito do servidor efetivo quando já em exercício cargo, emprego ou função efetivos – estágio probatório²⁶ – sob pena de criar para o mesmo óbice ao *exercício do mandato eletivo ou atividade política*, o que corromperia o seu *direito fundamental* de primeira e de segunda gerações: *a liberdade e o exercício da cidadania* (direitos políticos).

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiro, 1994, p. 377.

²⁵ *Servidor no precedente, parlamentar no consequente no segundo, e, parlamentar no precedente e servidor no consequente no primeiro*. Esta mensagem não pode ser afastada para compreensão das expressões: *servidor-parlamentar* e *parlamentar-servidor* ou *parlamentar-não-servidor*.

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

O contrário não ocorre, não só porque o preenchimento de requisito previsto nas Constituições e nas Leis para o exercício de determinada atividade ou aquisição de determinado direito não viola direito fundamental algum e nem a dignidade da pessoa humana, mas, também, porque as proibições em exame configuram regras estruturais, fundantes do Estado, sem as quais contaminar-se-á não só a *independência dos Poderes*.

É por isso, que o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA fala em *incompatibilidades funcionais, negociais, políticas e profissionais*, sacramentando inexistir diferença entre *aceitar, exercer e ocupar*, como acima retratado.

E no estudo destas *incompatibilidades* ele insere o disposto no art. 54, I, b e II, b, na categoria de *incompatibilidade funcional*, tendo o art. 56 como *exceção*, alertando ter o constituinte incorrido em “redundância”: “Não houve jeito de convencer Relator e constituintes que essa redundância, sujeita a situações diversas, é pura tolice”²⁷; e, assim, as *incompatibilidades negociais* são as previstas no art. 54, I, letra *a*; *as profissionais* as previstas no art. 54, II, letras *a* e *c*; *as políticas* a prevista no art. 54, II, letra *d*; e *as funcionais* as previstas no art. 54, I, b, e II, b: “São regras que impedem o congressista de exercer certas ocupações ou praticar certos atos cumulativamente com o seu mandato”²⁸.

Portanto, é regra que se aplica ao parlamentar e não se lhe abre oportunidade de transmutá-la para se enquadrar nas *exceções* do art. 38, CF, por se tratar de proibição incidente antes de o ser servidor público, impedindo-o previamente aceitar cargo, emprego ou função no Executivo.

Dessa sorte, não se pode dizer que estão na mesma situação jurídica o *vereador que almeja ser servidor* e o *servidor que se torna vereador* para, invocar o princípio da isonomia, a fim de conferir àquele o direito à *exceção* prevista no art. 38 da Constituição Federal.

²⁷ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiro, 1999, p. 537.

²⁸ **SILVA**, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiro, 1999, p. 536.

Observe-se que a aplicação da *exceção* esvaziaria a regra do art. 54, I, b, e a exceção do art. 56, I, da Constituição Federal, pois, dificilmente se verificaria a hipótese tipificada quando o parlamentar prestasse concurso público.

Ao proibir “*aceitar e exercer*”, desde o diploma, cargo, emprego e função pública remunerados, a Constituição Federal o faz sejam eles *efetivos* ou *em comissão* (primeira e segunda partes), e, assim, pressupôs justamente a *nomeação* (aceitação) e *posse* (aptidão para *exercer*) em cargo efetivo, portanto, prévia *aprovação em concurso*, já que os *comissionados* estão na segunda parte da letra “b” do mesmo inc. I.

Por isso, a *aprovação em concurso público* não pode ser levada em conta, se a *nomeação* só ocorrer *depois da diplomação*. O marco inicial regulatório é a *investidura* e a *diplomação*. Se *investido* no cargo efetivo antes desta, ao seu tempo, o *parlamentar* será considerado *servidor que se torna parlamentar* e, por isso, excepcionado no art. 38; porém, se *diplomado* antes daquela, ao tempo da *investidura*, será considerado *parlamentar que se torna servidor* e, por isso, já sob a incidência do art. 54.

Conclui-se, pois: A *aprovação em concurso público* não trasmuta a *regra* para qualificar o *parlamentar como servidor público efetivo* e se lhe aplicar a *exceção* do art. 38, III, da Constituição Federal, posto que, antes desta já incidia sobre o mesmo – condição pessoal e objetiva – a *regra* do art. 54, I, b, da Carta Política.

Pode-se dizer: a *exceção* da parte final do inc. XVI, do art. 37 e do art. 38, III relativizaram a *regra* do art. 37, XVI primeira parte, da Constituição Federal e a *exceção* do art. 56 relativizou a *regra* do art. 54 da mesma Carta. As regras (arts. 37, XVI e 54) formam o conjunto normativo da *proibição* de acumular cargos enquanto que as *exceções* (arts. 38 e 56) formam o conjunto de permissões à cumulação.

Por isso, a *exceção* à regra incidente sobre o *parlamentar-não-servidor* está no art. 56 da Constituição Federal e não no art. 38, III, da Constituição Federal, que é *exceção* à regra do art. 37, XVI, aplicável quando se trata de *servidor-parlamentar*:

“Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;

II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa”.

De sorte que, simetricamente e *no que couber* (art. 29, IX, da CF), a exceção só ocorre em relação ao cargo de Secretário Municipal, aliás é o que consta de várias Leis Orgânicas.

E não se pode dizer que se está dando maior efetividade aos direitos fundamentais, posto que, o acesso a cargo público, submete-se a requisitos prévios de habilitação, classificação e acesso, esta é a dicção do art. 37, II, da Constituição Federal.

No estudo da *dignidade da pessoa humana*, tem-se de observar que todas as normas-regras condicionantes em maior ou menor grau atingirão a dignidade da pessoa, relativamente à percepção de sua própria dimensão, pois, levar-se-á em conta, sempre, a satisfação de seus próprios interesses, sonhos e desejos; não há pessoa alguma no mundo que “obstada” em uma pretensão deixa de se sentir ferida em sua dignidade²⁹.

Porém, a satisfação do interesse pessoal não pode medir a *dignidade humana*, sob pena de todas as normas constitucionais condicionantes, restritivas e proibitivas ferirem direito fundamental e dessa sorte, estarem *desconformes* com a própria essência da Constituição, carecendo de retirada do texto magno.

Quando se fala em *dignidade humana*, pressuposto e fim do Estado Brasileiro, não se está falando de acesso inesgotável a toda sorte de direitos que podemos, por criatividade, desejos e sonhos, inserir no conceito de dignidade humana – *preceito vago e indeterminado* – mas de aquisição de direito segundo o respeito aos requisitos legalmente postos, cuja ausência a própria vida social perecerá e com ela a própria *dignidade humana*, como esclareceu o prof. IVES GANDRA: “O Estado pode criar diversos institutos, mas não pode criar aquilo que diz respeito ao ser humano, à sua vida, à sua dignidade. Afinal, a função do Estado, nesse caso é apenas reconhecer e respeitar”³⁰.

²⁹ Como leciona JORGE MIRANDA a dignidade da pessoa humana não diz respeito à relação comunitária, mas é a que possui sobre si mesma: “é a dignidade da pessoa individual e concreta” (em ZISMAN 2005:34).

³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Conheça a Constituição. Manole. 1ª Ed. - 2005 - vol. 1 - p. 20.

Nem poderia ser de outra forma, pois, como afirma o professor LEONARDO MARTINS³¹ quanto mais se insere direitos (conteúdos) ao campo dos direitos fundamentais ao “*invés de fortalecer enfraquece*” e mais, banaliza o direito fundamental por saturação ineficaz materialmente.

Desse modo, os requisitos a que cada um, dentro da sociedade, deve satisfazer para aquisição de um determinado direito (pretensão) ou posição jurídica não configura violação da dignidade humana, como não configuram violação da dignidade humana as restrições e proibições atinentes à preservação do *standat* e da unicidade social alcançando aqueles que se encontram numa dada situação jurídica!

É neste sentido o ensinamento de CÉLIA ROSENTHAL ZISMAN, ao enunciar que o pressuposto da existência do direito fundamental é a proteção dos direitos, direitos estes cuja aquisição depende de seu titular se encontrar dentro de determinada situação jurídica prevista em lei; a exemplo: art. 5º, XIII, que assegura a liberdade profissional desde que atendida as qualificações exigidas: “A dignidade da pessoa depende do respeito à proteção dos direitos e das garantias fundamentais, sendo tal o pressuposto de sua existência”³².

Não há *proteção* e conseqüentemente *reconhecimento* de direito que não se erige conforme os ditames da ordem jurídica, conforme esteja ou não o seu titular dentro de uma situação jurídica. Aliás, tais direitos são meras pretensões, pois que, não chegam a nascer se não há preenchimento dos requisitos exigidos e se o titular não se encontra na situação jurídica prevista (*fato gerador*).

A qualidade de *servidor público (fato gerador – situação jurídica)* condição para aquisição da *exceção* à vedação de acumulação de cargo administrativo com cargo eletivo (art. 38, III), não foi conferida pelas Constituições ao parlamentar; antes proibiram-no “aceitar e exercer” cargo, emprego ou função remunerado (art. 54), sem qualquer distinção, ou seja, com ou sem aprovação em concurso público.

³¹ MARTINS, Leonardo. **Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal**. In Revista Brasileira de Direitos Constitucionais – RBEC, nº 05, jan./mar. 2008, Editora Fórum, págs. 27 a 48.

³² ZISMAN, Célia R. **Estudos de Direito Constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Cood. Maria Garcia. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 25.

Aplicar, destarte, a regra do art. 54, I, b, da CF não configura, como já dissemos, violação ao *princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, e nem discriminação*, pois, caracteriza justamente a concretização da *independência dos Poderes* e dos *princípios da moralidade e da eficiência* contidos nos arts. 2º, 37 *caput* da Constituição Federal por manifesta incompatibilidade constitucionalmente reconhecida a situações jurídicas distintas.

Isto é assim, porque a situação jurídica do parlamentar, as *circunstâncias objetivas e subjetivas* em que se encontra desde a *diplomação* é totalmente diversa daquela do *servidor que se afasta do cargo efetivo – previamente ocupado e exercido – para concorrer a mandato eletivo público*. A situação fática geratriz do direito excepcional não se perfez no pretérito.

DA NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 38, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO VEREADOR DIPLOMADO ANTES DA NOMEAÇÃO:

A corrente, parece-nos majoritária, é a que preconiza a aplicação ao *edil que se torna servidor* da exceção do art. 38, III, da Constituição Federal, tomando-o como servidor independentemente da consumação do provimento, ato múltiplo que se inicia pela *convocação, aceitação, nomeação, posse e exercício*, marco inicial da aquisição dos direitos e vantagens.

É o que se infere do colendo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS em acórdão da relatoria do Des. EDILSON FERNANDES:

“Para a aplicação da norma contida no art. 38, inciso III, do texto constitucional *pouco importa se* a cumulação do cargo público de provimento efetivo *precede ou é posterior* ao de Vereador, uma vez que, nesses casos, a regra de proibição refere-se apenas com a questão relativa à compatibilidade de horários.

A única diferença é o fato de o servidor público, candidato a mandato eletivo de Vereador, ter de afastar da respectiva função por período de seis meses anterior à data das eleições municipais, nada mais.” PROC. nº 1.0324.07.055717-2/003 - DJ 07.11.2008.

Esta posição encontra embargo no exposto acima, *primeiro*, porque o *provimento* não se perfaz com a só *nomeação* e *posse*, sem o *exercício* das atribuições do cargo; *segundo*, porque a situação fático-jurídica do *servidor-parlamentar* é diversa daquela que envolve o *parlamentar-servidor*; *terceiro*, porque a *exceção* suplantaria a *regra*, tornando inócua a regra do art. 54, I, b, da Constituição Federal; *quarto*, porque o nomeado empossado só adquire direito a partir do exercício das funções do cargo; e *quinto*, porque se daria à nomeação e posse efeito retroativo à data da eleição, a fim de enquadrá-lo, preventivamente, numa situação jurídica diversa daquela quando foi diplomado: a de servidor público.

As exceções à não-acumulação de cargos (art. 38, 56, 95 e 128) não se encontram numa única disposição; o constituinte para cada situação fático-jurídica estabeleceu a sua própria exceção; sendo aplicáveis somente àquelas situações fático-jurídicas distintas e específicas; a primeira: ao servidor, a segunda: ao parlamentar, e as terceiras: aos agentes políticos do Poder Judiciário e Ministério Público: “O rol permissivo do art. 37 é completado pelo art. 38, III, que autoriza aquele [servidor] investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceber as vantagens de seu cargo...”³³, referindo-se, nitidamente ao *servidor que se torna parlamentar* e não ao *parlamentar que se torna servidor*: O art. 38 se encontra no Cap. VII que trata da Administração Pública, inserido no Título III que trata da Organização do Estado, constituindo *exceção à regra geral* dos servidores públicos, a teor a Seção I – Disposições Gerais, do citado Cap. VII. Enquanto que o art. 54 se encontra no Cap. I que trata do Poder Legislativo – Título IV que trata da Organização dos Poderes, Seção V – Dos Deputados e dos Senadores.

E como *exceção* não há de se proceder uma interpretação analógica ou extensiva a abarcar pessoa que se encontra regida, em face da *situação fático-jurídica geratriz*, por *regra* do parlamentar e não preencheu, antes da diplomação, os requisitos objetivos e subjetivos para se tornar *servidor* a fazer jus à *exceção* própria de servidor público. “É um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita...”³⁴

³³ VIEIRA, Judivan J. **Direito Administrativo para Concursos**. 3ª Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 145.

³⁴ DALLARI, Adilson de Abreu, *in*, MARQUES, Sílvio Antonio. Citado pelo Ministério Público de São Paulo em ACP.

Observe-se que o parlamentar, sem exercer as funções do cargo efetivo, dá só *nomeação e posse* será tido como servidor público e, conseqüentemente, se lhe conferirá direito próprio do servidor, quando o *provimento* do cargo ao qual foi *nomeado* não se perfez e não era servidor ao tempo do diploma, o que configura uma antinómia:

“O *exercício* supõe *investidura anterior, preexistente à diplomação*. Qualquer outra interpretação passará pela transgressão da primeira parte do dispositivo, já que *o exercício supõe a aceitação proibida*, para ocupar o cargo, emprego ou função (não há investidura compulsória).

[...]

A investidura administrativa deve ser anterior ao mandato. A Constituição não permite que o vereador eleito aceite cargo, função ou emprego remunerado (inclusive aqueles demissíveis *ad nutum*) que não ocupava antes do pleito. Mister atentar-se para o fato de que *a regra do art. 38 da Carta Maior pressupõe que a investidura eletiva seja posterior à administrativa*. Trata do servidor público investido em mandato eletivo e não do eleito que vier a se tornar servidor público.

E na hipótese do eleito ter sido anteriormente aprovado em concurso público, aguardando convocação para a posse? Se *convocado antes da diplomação, poderá assumir o cargo, emprego ou função*. Deverá providenciar o seu afastamento, porém, antes da expedição do diploma. Embora vedada a acumulação na hipótese, tal situação permitirá que garanta o retorno ao cargo, emprego ou função, após cessado o mandato.

Se *a convocação ocorrer após a diplomação, estará impedido de aceitar a incumbência*, vez que se lhe aplica o impedimento do art. 54, inc. I, alínea “b”, da CF, com previsão similar na lei orgânica municipal (se o caso). *A aprovação em concurso não é garantia absoluta para a ocupação de cargo, emprego ou função pública e nem gera, por si só, o direito à acumulação*. A rigor, concursado aprovado e não empossado até a data do pleito, não era servidor público quando foi eleito. Por conseguinte, a ele não se estende a faculdade do art. 38, inc. III, da CR...

Não dá ensejo à leitura inversa, que permitiria ao vereador, investido em cargo, emprego ou função pública após a diplomação, o direito de acumular”, diz RAUL DE MELLO FRANCO JÚNIOR³⁵.

Ao tratar do *afastamento* do servidor, JOSÉ CARVALHO FILHO nutre-nos de suficiente luz para concluir que o art. 38 só aplica àquele que ao tempo do pleito já era servidor: “Essa regra, porém, só atinge os servidores que passam a exercer mandato eletivo...”³⁶.

Também, ODETE MEDAUAR: “A Constituição Federal, no art. 38, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, disciplina a situação de servidor da Administração direta, das autarquias e fundações públicas que passa a exercer *mandato eletivo*”³⁷.

³⁵ **Servidor Público no Exercício da Vereança**. Artigo publicado na Revista Interesse Público nº 22, Ed. Notadez, nov/dez 2003 – disponível em http://www.raul.pro.br/artigos/vereador.htm#_ftn1 acessado em 21.01.2012.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 671.

³⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 288

Nítida e claramente a *exceção* se refere a uma relação jurídica de trabalho precedente, anterior, entre a Administração Pública e o eleito. O que inexistia na situação em que o parlamentar se torna servidor administrativo.

Sob a égide da Constituição Federal/46, que como vimos já trazia esta proibição, em essência, tal qual a Constituição Federal/88, o colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL teve oportunidade de examinar a questão.

Em relatório do festejado NELSON HUNGRIA o SUPREMO consubstanciou o entendimento esposado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, segundo o qual a vedação, de fato, é somente para aqueles que ainda não tenham cargo público efetivo, portanto, equivale dizer não se aplica o art. 38, III, da Constituição Federal ao vereador que se torna servidor depois da expedição do diploma: “Realmente, refere-se o art. 48, n. I, letra b, da Constituição Federal, a *impossibilidade de aceitar o parlamentar emprego remunerado*. Naturalmente, *para os que ainda não têm emprego*, pois, mais adiante, no n. II, letra b, do mesmo artigo, permite que o funcionário efetivo possa ser deputado ou senador”, e conclui que a acumulação naquele caso era permitida porque o vereador *já era servidor*: “pois o vereador de que se trata, antes de o ser, já exercia emprego público”. (RE 26.832-SP – 1ª Turma – V.U. DJ 17.08.1955).

Percebe-se que o entendimento já esposado pelo c. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se afina com o exposto pela doutrina minoritária de que a restrição à acumulação se aplica ao *parlamentar-servidor* por todo o mandato, pelo fato de que ao tempo da diplomação não era servidor, consubstanciando destarte, que este não se equipara, nem analogicamente, ao *servidor-parlamentar*.

Já no ano de 2000, portanto, sob a égide da Constituição Federal/88, o c. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO declarou inconstitucional Emenda à Lei Orgânica do Município de Urupês que atenuava a proibição do parlamentar local *aceitar, exercer ou ocupar cargo, emprego ou função pública depois do diploma*, consolidando, destarte, a subsistência da proibição mesmo na hipótese de aprovação em concurso público: “AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA – PREVISÃO DE ACEITAÇÃO OU EXERCÍCIO, POR VEREADOR, DE CARGO REMUNERADO, EM PESSOAS DE

DIREITO PÚBLICO – PROCEDÊNCIA”. (PLENO – Rel.Des. OETTERER GUEDES – V.U. – 24.05.2000).

Portanto, as Leis Orgânicas que omitiram ou que permitiram, mesmo depois da *expedição do diploma*, ao vereador aceitar e exercer cargo, emprego ou função público na Administração, incorreram em *omissão inconstitucional* no primeiro caso e *inconstitucionalidade* manifesta no segundo.

Também, o mesmo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO em 30.06.1999, positivou o entendimento segundo o qual é permitida a cumulação de cargo efetivo com cargo eletivo público quando o eleito já era servidor. É o que se infere da ementa:

“ACUMULAÇÃO DE CARGOS Município de Lavínia. Vereadora contratada como médica - Possibilidade – Mera extensão de jornada de trabalho - *Vínculo laboral pré-existente* – Acumulação constitucionalmente permitida - Transgressão apenada com a perda de cargo segundo a LOM - Incabível o ressarcimento de verbas recebidas – Trabalho exercido de boa-fé – Recursos providos”.

(AP. 38.740-5/8-00 – 9ª CÂM. DE DIREITO PÚBLICO - REL. DES. RICARDO LEWANDOWSKI – V.V.).

RICARDO LEWANDOWSKI, agora, na qualidade de Ministro do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, relatando caso de cumulação de cargos por vereador, não obstante não abordar a *regra* do art. 54, I, b, e II, b, e nem a *exceção* do art. 38, III, ambos da Constituição Federal, *assevera a permissibilidade somente prevista no art. 56, I, da mesma Carta*, desde que o parlamentar se *afaste da vereança*. Todavia, no v. acórdão o douto Ministro positivou a necessidade dos Municípios, cumprirem o *princípio da simetria* aplicando as disposições constitucionais previstas para os membros do Congresso Nacional, mesmo no silêncio de suas Leis Orgânicas³⁸.

O Ministro transcreveu as lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in*, **Manual do Vereador**, 5ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 60-64, que tomamos a liberdade de copiá-las:

“As incompatibilidades funcionais são regras que interditam o exercício cumulativo do mandato e do cargo, função ou emprego público ou paraestatal. Não são, porém, meras restrições administrativas ao exercício do mandato, pois têm dupla finalidade: uma que é de fato, de natureza administrativa, consistente na defesa do interesse e da própria moralidade da Administração Pública, como nota Tito Costa (Responsabilidade dos

³⁸ RE 497.554-PR – 1A Turma – decisão unânime – 27.04.2010.

Prefeitos e Vereadores, p. 218); outra mais importante, consiste em assegurar a liberdade de ação do eleito e em garantir a separação de poderes, já que uma Câmara não pode comportar membros que sejam, ao mesmo tempo, subordinados ao Executivo (Union Interparlementaire, Parlements, p. 40, Paris, 1961). Por isso mesmo, é universal o princípio da incompatibilidade entre o mandato parlamentar e a função pública onde vigore um sistema governamental fundado na teoria da separação dos poderes.

(...)

A questão que se coloca agora em face da nova sistemática quanto a saber se a lei orgânica do Município pode legitimamente admitir que o Vereador ocupe qualquer cargo em comissão, ou se apenas será válida a permissão relativamente ao cargo de Secretário Municipal. Quanto a este, não me parece haver dúvida sobre a legitimidade da investidura, licenciando-se da vereança, de acordo com o modelo federal e estadual. A licença é de rigor em respeito ao princípio da separação de poderes”.

Por fim, o nosso emérito TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS – TJMG – proclama que a cumulação de *cargo efetivo* com o *mandato eletivo*, prevista no art. 38 da Constituição Federal, é uma exceção que se aplica somente aos servidores efetivos: “Contudo, dita ressalva [art. 38, III] somente se aplica aos servidores efetivos...” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0151.03.008650-9/001 – CÁSSIA – 8ª CÂM. CÍVEL – REL. DES. FERNANDO BOTELHO – DJ 15.06.2010)

Do exposto, infere-se que a tese de se aplicar ao *parlamentar-não-servidor* o mesmo tratamento jurídico dispensado ao *servidor-parlamentar*, não deve prevalecer, pois, é a *moralidade administrativa*, o *bom senso*, a *sistematização*, a *inteireza do sistema* e a *lógica*, que exigem, para a concretização da *independência e harmonia dos Poderes e da eficiência*, a vedação à *aceitação e exercício* de cargos por *parlamentar-não-servidor*, mesmo que em decorrência de aprovação em concurso público.

A precedente *investidura (nomeação, posse e exercício)* no cargo, como instrumento de *provisamento*, afigura-se mais consentânea com o direito, com o espírito, harmonia e sistematização das normas, por não afastar a incidência do art. 54, I, b, da Constituição Federal e, concebe a aplicação das *exceções* como devem ser: exceções restritas.

DA ACEITAÇÃO/NOMEAÇÃO PARA O CARGO EFETIVO MUNICIPAL INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DA VEREANÇA:

Observe-se que tanto a Constituição Federal quanto às Leis Orgânicas Municipais não fazem distinção entre cargo efetivo ou comissionado, muito pelo contrário, expressamente vedam a aceitação de qualquer cargo efetivo e comissionado remunerado (54, I, b).

A compreensão está no advérbio: *inclusive*. Seria absurdo admitir que o constituinte previu duas e mesmas situações fático-jurídicas no mesmo inc. I, b, do art. 54, ou seja, que proibira somente *aceitar e exercer* cargo ou função demissível *ad nutum*!

Ora, a primeira parte do citado dispositivo introduz a ação indicada pelos verbos “*aceitar e exercer*” e aponta o complemento desta ação; proibido o quê? “*cargo, emprego ou função remunerado*”; logo, só pode se referir à cargo, emprego ou função de *provimento efetivo*, cujo acesso se dá por meio de *concurso público*, pois, se se referisse a cargo, emprego ou função demissível *ad nutum*, não haveria razão para o advérbio de inclusão, e menos ainda para a segunda parte: “*inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum*”.

Por isso, o dispositivo proíbe *aceitar ou exercer, depois do diploma*, qualquer cargo, emprego ou função remunerado, mesmo por aprovação em concurso público. Em outras palavras, veda, depois do diploma, que o *parlamentar-não-servidor* aceite ou exerça qualquer cargo, emprego ou função remunerados, seja de provimento efetivo ou comissionado (provisório).

Assim, a tese de que se concursado o *parlamentar-não-servidor* pode “*aceitar e exercer*” cargo, emprego ou função remunerado, e, então, se lhe aplicar, imediatamente, o art. 38, III, da Constituição Federal, ao argumento de que se fosse *servidor público-parlamentar* poderia cumular ou afastar-se, fere a regra incidente aos parlamentares do art. 54, I, b, da mesma Carta, por manifesta retroatividade dos efeitos da posse no cargo administrativo para antes da expedição do diploma, o que importa em inadmissível transmutação fática.

A *regra* é o afastamento do cargo efetivo quando o “servidor público” (precedência) é eleito para mandato eletivo, como cumprimento da primeira parte do art. 37, XVI da Constituição Federal que veda a cumulação de cargos. Esta é a regra. Todavia, o art. 38, III, da Constituição Federal *excepciona* esta *regra* autorizando a cumulação de cargos e vencimentos, quando se tratar de vereador, por isso, *acumulação obrigatória* na acertada lição da 3ª Câm. Cível do TJMG.

Como é possível observar, a Constituição Federal tratou de modo diferente quem ela quis; não obstante a *regra* da proibição aos parlamentares (art. 54), abriu *exceção* ao parlamentar no art. 56, no que foi acompanhado pela maioria, senão a totalidade das Leis Orgânicas sem que isso, ferisse *direito fundamental* ou a *dignidade da pessoa humana*.

Ademais, o ato de *provimento* não se perfaz antes do *diploma*, por exigir a conjugação de três fatores, interdependentes: *nomeação, posse e exercício*.

Todavia, se aplicarmos o entendimento da corrente que concebe a aplicação do art. 38, III, da Constituição Federal, será preciso solucionar os contrapontos: *primeiro*, a nomeação e posse administrativa se deu depois da expedição do diploma; *segundo*, diplomado antes da nomeação administrativa, já incidia sobre o parlamentar a regra do art. 54, I, b, da CF; *terceiro*, a *nomeação* e *posse* (sem exercício) no cargo da Administração, produz efeito anterior à diplomação – *retroatividade dos efeitos*; e *quarto*, a investidura não se perfez já que o vereador ao se tornar servidor público administrativo é imediatamente licenciado, inexistindo o exercício no cargo; e *quinto*, a aplicação da exceção foi isolada; portanto, excludente da harmonização e inteireza das Constituições, como alertamos inicialmente.

A postergação da *posse e exercício* para outro momento – como prevêem os Estatutos dos Servidores – só se aplica àquele servidor prévia e anteriormente licenciado ou afastado, por isso, indubitavelmente se refere àquele que já era servidor público e foi aprovado, em concurso público, para outro cargo originário.

*O servidor em início de carreira está em estágio probatório e como tal sob avaliação, não podendo se afastar do cargo*³⁹, pois, se está sendo avaliado, o exercício de mandato eletivo não só impede a sua avaliação mas possibilita exercer influência em sua avaliação ao retornar ao cargo efetivo, por isso, mais consentâneo com a moralidade é a proibição de se afastar do cargo, conferindo a licença (afastamento) somente ao servidor estável⁴⁰.

Faz sentido, pois, o *servidor efetivo* não está sob o “risco” de avaliação de desempenho por comissão formanda por seus pares e nem a Administração sob o “risco” da influência do parlamentar sobre a equipe de avaliação, convertendo o mandato eletivo em instrumento de barganha. A *moralidade* administrativa não conceberia tais hipóteses, por isso, a vedação daquele que já é parlamentar em aceitar qualquer cargo público, efetivo ou comissionado, remunerado ou gratuito, mesmo que concursado.

Conceber-se-á, então, que o servidor em estágio probatório, afastado do serviço público sem contribuição previdenciária, terá o tempo da *legislatura* contado para todos os efeitos legais, à *exceção* da promoção por merecimento?

A aplicação, *in casu*, do art. 38 da Constituição Federal nos leva a crer que sim por vedação de tratamento desigual nos Estatutos dos Servidores, quer quando tratou do estágio probatório, quer quando tratou das licenças. Então, poderia reclamar sua avaliação e consequente estabilidade no serviço público?

A Lei 8.112/90 deu solução para o caso no art. 20, § 5º: “§ 5º O estágio probatório ficará suspenso durante as licenças e os afastamentos previstos nos arts. 83, 84, § 1º, 86 e 96, bem assim na hipótese de participação em curso de formação, e será retomado a partir do término do impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”, trata-se de solução adequada a uma situação jurídica preexistente (fato gerador), o servidor público que, embora em estágio probatório,

³⁹ Pois, “ele precisa demonstrar sua capacidade de exercer tais funções pelo período de três anos” (CARVALHO FILHO 2011:613).

⁴⁰ “Os *impedimentos ou incompatibilidades* para o desempenho de função pública constituem restrições perfeitamente admissíveis ao direito dos servidores estatais, autárquicos e paraestatais, porque é lícito à Administração estabelecer condições para a realização de seus serviços” (HELLY 1994:397).

efetivamente: *nomeado, empossado e em exercício*, já era servidor ao tempo do diploma e posse no cargo eletivo municipal.

De outro lado, o servidor afastado para atividade política contribuirá para a previdência e terá seu tempo de serviço contado como se estivesse no exercício do cargo, além da obtenção de outras vantagens⁴¹. Agora, parece-nos que em momento algum o *parlamentar-servidor* contribuirá para com a previdência na qualidade de servidor público administrativo e seu tempo de serviço não pode ser contado para efeito algum, eis que não chegou a exercer as atribuições do cargo, o que contrariará o comando constitucional e infraconstitucional.

HELY LOPES ministra: “As duas principais regras que defluem da norma constitucional (art. 38) são: 1º] o servidor público pode exercer mandato eletivo federal, estadual ou municipal sem perder o cargo, emprego ou função, devendo afastar-se, *com prejuízo da remuneração*; 2º] o tempo de serviço do servidor afastado para exercer mandato eletivo será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento”⁴² e DI PIETRO⁴³, também, MEDAUAR (2009:288).

A posição unânima da doutrina guia-nos para a impossibilidade de ser aplicada a quem não era servidor ao tempo *da diplomação e posse* em mandato eletivo público a *exceção* do art. 38, III, da Constituição Federal. Precedentemente já havia a proibição impedindo a aceitação (nomeação), com única ressalva a do art. 56, que não pode ser alentada por *exceção* que só aplica a quem já era servidor.

Então, como ficaria aquela situação em que a incompatibilidade é manifesta, como no caso de vereador que é nomeado para cargo de advogado no Poder Executivo? O Estatuto dos Advogados proíbe o exercício da advocacia com o mandato político, neste caso, a aplicação do art. 38, III, da Constituição Federal seria refutada. E, por isso, mostra a insubsistência da tese majoritária.

O expediente: nomeia-se, porque uma vez nomeado, é empossado e empossado qualifica-se como *servidor público* fazendo desaparecer a *regra* do art. 54 e incidir a

⁴¹ É o que dispõe o art. 38, IV, da Constituição Federal ao tratar dos servidores públicos.

⁴² **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 391.

⁴³ **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 482.

exceção do art. 38, parece-nos uma burla às avessas às vedações do art. 54 da Constituição Federal.

OBRIGATORIEDADE DA ACUMULAÇÃO QUANDO DA EXCEÇÃO:

O c. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, por sua egrégia 3ª Câmara Cível, espousa o entendimento de que a acumulação de cargo no caso de servidor que se torna vereador, é um dever e não um direito do servidor de optar ou não pelo exercício do cargo efetivo (afastamento):

Número	do	<u>1.0431.09.046138-</u>	Númeração	<u>0461382-</u>
processo:		<u>2/001(1)</u>	Única:	<u>45.2009.8.13.0431</u>

Relator: Des.(a) DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Relator do Acórdão: Des.(a) DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Data do Julgamento: 09/07/2008

Data da Publicação: 28/08/2009

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - **VEREADOR** – AFASTAMENTO DO **CARGO PÚBLICO** - INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO.- *Não pode o servidor PÚBLICO pretender seu afastamento do CARGO quando há compatibilidade de horários entre a função pública e o exercício da vereança.* Inteligência dos artigos 38, inciso III, b da CR/88 e Art. 105. III, "b" da Lei nº861/05 do Município de Irai de Minas.

Não é razoável que a Administração Pública deixe de contar com o efetivo serviço do servidor público que exerce mandato eletivo público no Poder Legislativo Municipal.

Ora, se estamos a cogitar da aplicação do art. 38, III, da Constituição Federal, temos de solucionar esta incompatibilidade, porque não nos parece razoável aplicar a norma ao *parlamentar-não-servidor* equiparando-o ao *servidor-parlamentar* e, ao mesmo tempo, dar-lhe tratamento diverso, dispensando-o das obrigações correlatas à *qualidade de servidor público* (situação jurídica) que se lhe atribuíra para contemplá-lo com a *exceção* referida.

Este é o escólio de MARIA SYLVIA: “Apenas no caso de eleição para **Vereador** há a previsão de exercício simultâneo do cargo, emprego ou função com o mandato (hipótese de acumulação **obrigatória**)”⁴⁴, posição confirmada, como acima transcrito, pelo egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.

Vale dizer que o *afastamento* do servidor só pode ocorrer quando houver incompatibilidade de horário e, as sessões das Câmaras de Vereadores, *não raro*, ocorrem uma única vez na semana ou em dias determinados e sempre em horário fixo, *via de regra*, após a jornada normal de trabalho, vale dizer, não toma todo o tempo do parlamentar municipal as atribuições do cargo político a ensejar o *afastamento permanente*.

É o que ministra RAUL DE MELLO FRANCO JÚNIOR: “a exigência deve ser encarada, seja quanto à atividade administrativa, seja quanto ao cumprimento do mandato, no tocante às jornadas ou ocupações que se apresentam como as mais significativas, habituais, típicas da função.”⁴⁵

E como se trata de *cumulação obrigatória*, então, das duas uma: **ou** o parlamentar faltará com o serviço público **ou** o mesmo não poderá exercer as atribuições do cargo pelas incompatibilidades aqui demonstradas e, portanto, na primeira hipótese ter-se-á a figura do *abando do cargo* e na segunda da *exoneração* do cargo por força dos arts. 54, I, b, da Constituição Federal, 57, I, b, da Constituição Mineira, em face das *incompatibilidades funcional e profissional*, salvo opção pelo cargo efetivo.

CONCLUSÃO:

Como se vê, a tese que atribui a qualificação jurídica de servidor público ao parlamentar municipal com efeito retroativo à data anterior à diplomação, não soluciona as questões postas, e, por isso, não deve prevalecer. De outro lado, a exceção prevista no art. 38, III, da Constituição Federal é de *cumulação obrigatória*, e, assim, o afastamento somente é permitido quando houver incompatibilidade de horário, por isso, quando

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 482.

⁴⁵ **Servidor Público no Exercício da Vereança**. Artigo publicado na Revista Interesse Público nº 22, Ed. Notadez, nov/dez 2003 - disponível em http://www.raul.pro.br/artigos/vereador.htm#_ftn1 acessado em 21.01.2012.

ocorrer *incompatibilidades funcional e profissional*, não há como admitir a aplicabilidade da exceção do art. 38, III; a vedação impera, o que é suficiente para enfraquecimento da tese do tratamento igualitário ao *parlamentar-servidor*.

Portanto, consubstanciada está a diferença entre o *servidor-parlamentar* e o *parlamentar-servidor*, e, conseqüentemente, a impossibilidade de aplicação a este da regra do art. 38, III, da Constituição Federal, porque não *excepcionou* o art. 54, I, b e sim o art. 37, XVI.

Desse modo, a proibição de aceitar cargo, emprego e função na Administração remanesce e recai sobre o parlamentar que ao tempo da nomeação já era vereador, conforme disposto no art. 54 da Constituição Federal por força do art. 29, IX, da CF, devendo, optar ou pelo exercício do mandato eletivo público ou pelo exercício do cargo administrativo, resultando na renúncia *ou* do mandato *ou* da nomeação.

Significa que fora dos casos restritos e não-extensivo das *exceções* de acumulação, não há como admitir quer a *nomeação e posse* (aceitação), quer o *exercício* de cargo, emprego ou função, remunerado ou não, pelo parlamentar, *desde a diplomação e posse* no cargo eletivo, donde, o *afastamento* só se concebe se se tivesse ocorrido a *nomeação*, a *posse* e o *exercício* antes da expedição do diploma.

Pelo que foi exposto, e filiando-nos à corrente minoritária, temos que o edil mesmo aprovado em concurso, não pode aceitar cargo público depois de *diplomado*, principalmente aquele cuja atribuição configura verdadeira *incompatibilidade funcional e profissional*, e, não foi corretamente *investido* no cargo antes do *diploma* para se lhe conferir a *exceção* do art. 38, III, da CF; por conseguinte a *exoneração* com fundamento nos arts. 54, I, b, da Constituição Federal, 57, I, b da Constituição Estadual é a regra.

Porém, com a tese majoritária da aplicação do art. 38, III, da Constituição Federal, ela só poderá ser admitida como *exceção*, por se tratar de *cumulação obrigatória* e, assim, nas *incompatibilidades funcionais e profissionais* prevalecerá a vedação do art. 54, da mesma Carta Política.

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS-ADVOGADO

20.02.2012