

O ESTADO EM JUÍZO

Argüição Incidental de Inconstitucionalidade nº 01/96

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR ELLIS FIGUEIRA
EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, nos autos da ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE acima referida, vem a V.Exa., em atendimento ao r. despacho de fls. 81, nº 1, manifestar-se nos termos a seguir expendidos.

1. Cuida-se de aferir, incidentalmente, como questão prejudicial ao julgamento do Mandado de Segurança nº 873/95, impetrado por Wladimir Velloso Teixeira contra ato do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Administração, a compatibilidade entre o art. 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 05/92, e o art. 17, § 1º e § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

2. Vale conferir, logo de plano, o teor dos dispositivos constitucionais em questão:

ADCT estadual

"Art. 11 - É assegurado aos militares estaduais o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, que estejam sendo exercidos por esses profissionais na administração pública direta ou indireta.

ADCT federal

"Art. 17 -
§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta."

3. Ao cabo deste arrazoado restará demonstrado que o art. 11 do ADCT estadual contraria **duplamente** as normas inculpidas nos §§ 1º e 2º do art. 17 do ADCT federal, de observância obrigatória para os demais entes federativos, razão pela qual deve ser acolhida a presente argüição, afastando-se, no caso concreto, a aplicação do dispositivo impugnado.

4. É o que se passa a demonstrar.

INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1: AMPLIAÇÃO, PELO ART. 11, CAPUT, DO ADCT ESTADUAL, DA EXCEÇÃO ESPECÍFICA PARA O CARGO DE MÉDICO MILITAR PREVISTA NO ART. 17, § 1º, DO ADCT FEDERAL.

5. A Constituição de 1988 disciplinou a carreira militar em seção específica do capítulo destinado à Administração Pública. Com efeito, a Seção III do Capítulo VII da Lei Maior exibe a ementa: "Dos Servidores Públicos Militares".

6. É bem de se ver que, logo no *caput* do art. 42, o legislador constituinte define o elenco de servidores públicos subordinados às normas daquela seção. Confira-se a dicção do dispositivo:

"Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares."

7. Assim, por alusão expressa da Constituição Federal, os servidores militares estaduais se subordinam aos preceptivos constitucionais atinentes aos "servidores públicos militares", genericamente referidos.

8. Pois bem. Em matéria de acumulação, que é o que aqui nos interessa, o § 3º do art. 42 estabelece a regra, de seguinte teor:

"§ 3º O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva."

9. Deste modo, a regra, no que toca aos servidores militares, é a vedação da acumulação. Tal norma só é perfurada por uma única exceção, prevista no § 1º do art. 17 do ADCT, assim redigida:

"§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por **médico militar** na administração pública direta e indireta."

10. A redação da norma transitória é bem clara e não deixa margem a dúvidas: os **médicos militares** que, **na data da promulgação da Constituição Federal**, estivessem exercendo outro cargo ou emprego privativo de médico na administração pública direta ou indireta, poderiam continuar a fazê-lo. Esta a única hipótese de acumulação de cargos por servidores militares tolerada após a promulgação da Constituição de 1988.

11. Nada obstante isto, o art. 11, *caput*, do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 05/92, ampliou indevidamente o campo de incidência da exceção, assim dispondo:

"Art. 11 É assegurado aos militares estaduais o exercício cumulativo de dois cargos ou de empregos privativos de profissionais de saúde, que estejam sendo exercidos por esses profissionais na administração pública direta ou indireta."

12. Pretendeu o constituinte estadual, assim, permitir a acumulação não só por **médicos militares**, como previa a Carta da República, como por qualquer **servidor militar da área de saúde**. Seria o caso, *v.g.*, de odontólogos, psicólogos, fisioterapeutas, farmacêuticos, enfermeiros, entre outros.

13. A inconstitucionalidade de tal norma é manifesta. Já não se discute, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, que as normas da Constituição da República referentes a servidores públicos são de observância obrigatória para os demais entes federativos. Tais normas se enquadram no conceito de **princípios constitucionais estabelecidos**, que são aqueles que revelam antecipadamente a estrutura a ser adotada pelos entes da federação.

14. O eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em valioso estudo publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 187, assim compendiou a feição dos aludidos princípios:

"Os princípios estabelecidos, leciona Raúl Machado Horta, limitam a autonomia dos estados federados. Sua identificação reclama pesquisa dos princípios fundamentais não enumerados, e a limitação dos princípios constitucionais enumerados... A limitação prosseguiu na revelação antecipada de matéria que vai ser reproduzida na organização do estado-membro, especialmente nos setores da discriminação de rendas, dos princípios da elaboração orçamentária, da autonomia dos municípios, dos preceitos aplicáveis ao Ministério Público, **funcionários públicos** e à Justiça dos estados. A limitação da autonomia do estado-membro não se esgota nas regras que revelam, previamente, a matéria de sua organização. Normas constitucionais de outra natureza, **como as de caráter** vedatório e os princípios da organização política, social e econômica, determinam o retraimento da autonomia estadual." (RDA nº 187, p. 18, 1992 - grifos acrescentados).

15. Portanto, quer porque se trata de norma relacionada a servidor público *in genere*, e não apenas ao servidor público federal, quer porque se trata de norma de caráter vedatório, o art. 17, § 1º, do ADCT federal é de observância obrigatória pelos demais entes federativos.

16. Outrossim, tal obrigatoriedade é uma decorrência do princípio da isonomia. De fato, não faria sentido criar uma situação desigual entre servidores militares federais e estaduais, permitindo-se a alguns a acumulação e vedando-a a outros, em idêntica situação. Sendo assim, nos termos do ADCT federal, somen-

te aos médicos militares, federais e estaduais, de acordo com a regra temporal ali estabelecida, é admitida a acumulação.

17. Por conseguinte, há que se concluir pela inconstitucionalidade do art. 11 do ADCT fluminense, na parte em que ampliou para outros profissionais militares da área de saúde, além dos médicos, a possibilidade de acumulação de cargo ou emprego na administração pública direta ou indireta.

INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2: AMPLIAÇÃO TEMPORAL DA POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO.

18. Como é trivialmente sabido, as normas constitucionais transitórias têm a finalidade de regulamentar a passagem da antiga para a nova Constituição. Assim, sua vigência costuma ser, em regra, limitada temporalmente.

Este precisamente o caso do § 1º do art. 17 do ADCT federal, aqui tantas vezes mencionado.

19. Com efeito, a possibilidade de acumulação de cargo ou emprego privativo de médico por médico militar circunscreve-se, temporalmente, àqueles que **estivessem no exercício cumulativo quando da promulgação da Constituição de 1988**. O texto constitucional é muito claro ao utilizar a expressão "que estejam sendo exercidos por médico militar".

20. Ora, como da natureza da norma transitória, o § 1º do art. 17 do ADCT federal exauriu os seus efeitos na data da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988. Não poderia, assim, a Constituição Estadual ampliar temporalmente a possibilidade de acumulação para além daquela data. Note-se que, no caso em tela, pretendeu-se ampliar tal limite não só até a data da promulgação da Constituição do Estado, como até a data da publicação da Emenda Constitucional nº 05, de 1992.

21. Hipótese muito semelhante foi recentemente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, havendo sido proferido acórdão em abono da tese aqui esposada. Confira-se a ementa e significativo trecho do v. Aresto, *in verbis*:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar. Acumulação remunerada de cargos privativos de profissionais de saúde. Art. 37, XVI, c, da CF de 1988, arts. 11 e 17, § 2º, do Ato das disposições constitucionais transitórias, e art. 145, § 7º, c, da Constituição do Estado do Mato Grosso. Havendo a Constituição do Estado do Mato Grosso, *em norma de caráter permanente*, permitido a acumulação remunerada de cargos públicos de profissionais de saúde, que a Constituição Federal só admite em norma de caráter transitório (art. 145, § 7º, c), é de se deferir, diante de possível violação

ao art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a medida cautelar de suspensão de tal dispositivo até julgamento final, face à plausibilidade jurídica da ação direta de inconstitucionalidade (*fumus boni iuris*) e à conveniência da ordem jurídica administrativa." (ADIn nº 281-3, rel. Min. Sydney Sanches, RT 668, p. 206/207 - ver íntegra do acórdão em anexo).

22. Como se vê, decidiu o STF que não era permitido ao constituinte estadual ampliar o limite temporal da exceção prevista na Constituição Federal, que, com a sua promulgação, exauriu os seus efeitos. Embora na hipótese vertente a Constituição do Estado do Rio de Janeiro não tenha transformado a norma federal transitória em norma permanente, houve, de igual modo, uma ampliação temporal da exceção, o que também configura uma inconstitucionalidade.

23. Vale ainda remarcar que também aqui a regra da isonomia restaria ofendida caso se permitisse que a exceção do art. 17, § 1º, do ADCT federal fosse ampliada temporalmente. Não seria justificável conceder aos militares estaduais a possibilidade de acumulação de cargos, em situações surgidas após 05 de outubro de 1988, sem que o mesmo fosse assegurado aos militares federais.

Por todo o exposto o Procurador-Geral do Estado pede e espera seja acolhida a presente arguição e declarada, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 11, *caput*, do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Nestes termos
Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 13 de março de 1997.

Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Gustavo Binenbojm
Procurador do Estado

Arguição de Inconstitucionalidade nº 01/96 (Órgão Especial)

RELATOR: O DESEMBARGADOR FERNANDO WHITAKER

EMENTA: O art. 11 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro,

com a redação dada pela EC 5/92, briga com a exceção do art. 17, § 1º, do ADCT da Constituição Federal. Extensão temporal inadmissível. O § 2º do art. 17 do ADCT da Constituição de 1988 não se estende aos militares.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 01/96, em que é Argüente o EGRÉGIO 2º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em face do artigo 11, *caput*, do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, sendo Interessados 1) WLADEMIR VELLOSO TEIXEIRA e 2) EXMº SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em acolher a arguição, contra o voto do Des.-Relator. Designado para redator do acórdão o Des. Fernando Whitaker.

Adoto o relatório de fls. 105.

Pretende-se cumular o exercício das funções de **Técnico em Higiene Dental** e de **Oficial Dentista** da PM, com base no art. 11 do ADCT da Carta Estadual, com a redação dada pela EC 5/92, que modificou o texto original.

Todavia, há de considerar-se não só o obstáculo do art. 42, § 3º, da Constituição Federal, pelo qual o militar, em atividade, que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva, como fato de o mencionado art. 11 do ADCT da Constituição do Estado ter "fisiologicamente" ampliado a exceção contida no art. 17, § 1º, do ADCT da Constituição Federal, que se refere a médico militar e não a outros profissionais de saúde da área militar que, obviamente, abrangem dentistas, farmacêuticos e até enfermeiros.

É oportuno lembrar que a redação anterior do art. 11 do ADCT da Constituição Estadual não padecia de vício, pois reproduzia, *ipsis literis*, o § 1º do art. 17 do ADCT da Constituição Federal, não havendo qualquer dúvida que a EC 5/92 à Carta do Estado estendeu a todos os servidores militares da área de saúde, e não apenas aos médicos, a acumulação de cargos ou empregos na administração pública, direta ou indireta, devendo-se notar que o § 2º do art. 17 do ADCT da Constituição de 1988 não se aplica aos militares.

Acresce, ainda, a circunstância de a Emenda à Constituição Fluminense ter feito uma extensão temporal inaceitável, pois a incidência original da regra federal tinha como ponto axial a promulgação do texto constitucional, para atingir o *médico militar* que estivesse exercendo cumulativamente cargos ou empregos.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 1997.

Desembargador Thiago Ribas Filho
Presidente

Desembargador Fernando Whitaker
Relator

CIENTE
Em 12.06.97
Hamilton Carvalho
Procurador-Geral de Justiça

Hugo Jerke
Subprocurador-Geral de Justiça

VOTO VENCIDO

Arguição incidental de inconstitucionalidade. Art. 11 do ADCT da Constituição Estadual. Permissão de acumular cargos públicos, além dos casos admitidos, por exceção, na Constituição da República. Admite-se a acumulação de dois cargos previstos na Constituição (art. 37, XVI), em caráter permanente. Mas o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Federal também admite acumular dois cargos de profissionais de saúde pelos que já os estejam exercendo. Assim, a Constituição Estadual não ampliou as exceções federais, e não viola a norma constitucional federal. Arguição improcedente.

Com a vênha cabível, fiquei vencido, pois rejeito a arguição.

Alegando que fora instado a optar por um dos cargos públicos, acumulados licitamente, o impetrante alegou que sua acumulação datava de vários anos e encontra apoio na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cujo art.11 das Disposições Transitórias, segundo a Emenda nº 5, prevê expressamente a licitude de acumular os cargos de militares estaduais na área de saúde. Assim, o impetrante exercia dois cargos como profissional de saúde antes e foi apoiado pela Constitui-

ção, que admitiu a continuação. Ao informar, o Secretário de Estado alega inconstitucionalidade da norma estadual, no que foi secundado pela Procuradoria e pelo M.P., sendo suscitado o incidente pela maioria do Grupo. O parecer do eminente Procurador é pela aceitação da tese. É o relatório.

A matéria é delicada e vai atingir grande número de funcionários, que foram admitidos por concurso, como o impetrante, e acumulam lícitamente dois cargos na área de saúde. Sabe-se dos motivos do legislador, pois a área de saúde carece de funcionários e não há candidatos suficientes, ante a baixa remuneração. Assim, alguns se lançam em dois cargos e são aprovados. Sucede que a norma da Constituição da República, que é a lei mais alta, proíbe, em regra, a acumulação. Abre apenas algumas exceções. Eis o texto:

Art. 37 - XVI - É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico.

Já o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do Estado, diz:

Art. 11 - É assegurado aos militares estaduais o exercício cumulativo de dois cargos ou de empregos privativos de profissionais de saúde, que estejam sendo exercidos por esses profissionais na administração pública direta ou indireta.

Tal norma foi inserida também no ADCT da Constituição Federal, como se vê do art. 17:

§ 2º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

São normas transitórias, porque foi alegado, na ocasião, que o governo esperava suprir os cargos na área da saúde. Assim, enquanto não se faziam novos concursos, assegurava-se aos que já vinham exercendo tais cargos a permanência. Isto significa que, se a norma estadual, inserida na parte transitória, está de acordo com a norma transitória da Constituição Federal, não se pode dizer seja tal norma inconstitucional, pois, se assim for, também o art. 17, § 2º, do ADCT federal seria inconstitucional, desde que se observe a proibição básica. Cabe lembrar que, fundando-se em tal norma, inserida, ainda que transitoriamente, na Constituição, várias pessoas determinaram o rumo de suas vidas, permanecendo em acumulação, que lhes foi assegurada e até mesmo o Estado, que admitiu a posse

dos concursados. Como a norma diz: "que estejam sendo exercidos", significa que outros casos não devem ser admitidos, porque aí, sim, estão violando a norma federal. Mas não a norma transitória, que se destina a suprir deficiências no quadro de saúde dos Estados, impedindo sejam demitidos os funcionários que já vinham acumulando. Evidente que, passado o período da promulgação, não devem ser admitidas outras acumulações proibidas. Por outro lado, como se vê do texto, não foi dito que tal permissão seria a partir da emenda constitucional, o que, aí sim, seria inconstitucional. Segundo informa ROBERTO PARAISO ROCHA, o STF já considerou tais normas constitucionais (*Constituição do Estado do Rio de Janeiro anotada*, art. 11 do ADCT, p. 179), no RE 172369-6-RJ, Recorrente: Estado do RJ - Recorrido: Gastão de Brito Neto - Despacho do Min. Maurício Corrêa não admitindo o recurso, analisando os §§ 1º e 2º do art. 11 do ADCT e considerando-os constitucionais (caso referente a farmacêutico-bioquímico - DJU de 23.08.96 - pp 29329-30).

Por tais fundamentos, inobstante os sérios e bem fundados argumentos em contrário, entendemos que cabe rejeitar a alegação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 1997.

Desembargador Semy Glanz
Relator vencido