

SARFIELD (D. Dalmacio Vélez), Notas ao Código Civil Argentino, ed. Zavalia (Victor P. de), Buenos Aires, 1968.

SANTOS (J.M. de Carvalho), "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. IX, ed. Freitas Bastos, 1953.

TRABUCCHI (Alberto), "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madri, 1967.

TEIXEIRA DE FREITAS (Augusto), "Consolidação das Leis Civis", ed. B.L. Garnier, Rio, 1876.

VEIGA (D. Agapito da), "Manual do Código Civil — Paulo de Lacerda", Tomo IX, Parte Primeira, ed. J. Ribeiro dos Santos, 1925.

WEILL (Alex), "Droit Civil — Les Biens", ed. Dalloz, Paris, 1974.

WALD (Arnoldo), "Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito das Coisas", ed. Sugestões Literárias S.A., 1970.

PODER JUDICIÁRIO *

I — SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91.188-PB SEGUNDA TURMA

Relator : O Sr. Ministro Moreira Alves
Recorrente : Alberto José Costa Gurgel
Recorrido : Geraldo Gomes Beltrão

Advocacia. Impedimento.

— Os impedimentos para advogar são os estabelecidos pela legislação federal que dispõe sobre as condições de capacidade para o exercício da advocacia (art. 8º, XVII, "r", da Constituição Federal).

— O impedimento, a que alude a legislação estadual, de que o membro do Ministério Público do Estado-Membro advogasse, sob pena de perda do cargo público, não o impossibilita de advogar, mas pode torná-lo passível dessa punição administrativamente.

— Inexistência de direito adquirido com base em legislação federal, na órbita de sua competência exclusiva, em face de legislação estadual, que observou, também, sua esfera de competência, uma vez que o conflito de leis no tempo, no qual se pode discutir a existência de direito adquirido, só ocorre entre leis que sejam competentes para disciplinar a mesma matéria, e o façam em momentos distintos e de forma colidente.

Recurso extraordinário não conhecido.

* As cópias dos acórdãos publicados nesta Revista foram obtidas nas Secretarias dos respectivos Tribunais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, DF, 22 de junho de 1979

Djaci Falcão
Presidente

Moreira Alves
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves — É este o teor do acórdão recorrido (fls. 60/63):

“Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, conceder a segurança impetrada em favor do Bel. Geraldo Gomes Beltrão, para que possa exercer o seu direito de advogar, ressalvados os impedimentos específicos em que haja interesse direto do Estado.

Custas na forma regimental.

O Bel. Geraldo Gomes Beltrão, advogado de ofício impetra mandado de segurança contra ato do Exmo. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca da Capital, que decretou a nulidade dos atos praticados pelo impetrante, nos autos de uma ação de separação judicial, sob o fundamento de que sendo ele membro do Ministério Público Estadual impedido estava de exercer a advocacia privada, consoante estabelecem a Constituição Estadual (art. 80, parágrafo único), e a Lei Complementar nº 1, de 17 de fevereiro de 1971 — Lei Orgânica do Ministério Público Estadual (art. 74).

O impetrante na peça vestibular aponta como ilegal e manifestamente contrário ao direito adquirido o ato impugnado, porque estando inscrito em caráter principal na Ordem dos Advogados do Brasil — Seção da Paraíba — desde 1958 e tendo sido nomeado advogado de ofício em 1959, somente em 1970 adveio a proibição constitucional, quando já em 1963 o Estatuto da Ordem — Lei nº 4.125, de 1963, art. 149, garantiu-lhe o direito ao exercício profissional.

A autoridade apontada como coatora, o MM. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca da Capital, nas suas informações alude que a própria fundamentação da decisão impugnada contém, além do fato que a ensejou, a matéria de direito discutida segundo a inteligência do art. 149, da Lei nº 4.215, de 1963. Em seguida, menciona que o impetrante, ao ingressar no Ministério Público através da advocacia de ofício, sujeitou-se à legislação a ela pertinente, cabendo proceder em conformidade com o parágrafo único, do art. 85, do referido Estatuto, anexando, ainda, cópia integral do despacho impugnado (fls. 33/36), como complemento de suas informações.

Pelo despacho de fls. 41, o Sr. Alberto José Costa Souza Gurgel, foi admitido como litisconsorte necessário passivo no “mandamus”, justificando na petição de fls. 38/39 os fundamentos para sua admissão e manutenção do ato impugnado.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria da Justiça manifesta-se pela denegação da segurança, por inexistir direito líquido e certo do impetrante (fls. 45/47).

É o relatório.

O impetrante Bel. Geraldo Gomes Beltrão, inscreveu-se em caráter principal na OAB, Seção deste Estado, desde 1958, tendo sido nomeado advogado de ofício em 1959, portanto, antes da vigência da atual Constituição Estadual da Paraíba de 1970 e da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de 1971.

É certo que reiteradas vezes o Tribunal de Justiça do Estado, vem decidindo que os advogados de ofício, inscritos na OAB, antes da atual Constituição Estadual, tinham o seu direito adquirido, garantidos que estavam por dispositivos da Constituição Federal, art. 153, § 3º e Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 149.

Diz textualmente o referido Estatuto, no seu art. 149 que: "É ressalvado, aos atuais inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, o direito ao exercício da profissão, nos termos da inscrição em vigor". Desta forma, o direito adquirido do impetrante é indiscutível.

É, igualmente, certo, que a delegação de poderes dada aos Estados-Membros pelo Legislador federal para procederem a adequação de suas Cartas, não trouxe a intenção de vulnerar ou mesmo molestar o direito adquirido. As proibições inseridas na Constituição do Estado e na Lei Orgânica do Ministério Público, como não podia deixar de ser, não tocam, mesmo de leve, no direito adquirido do impetrante, configurado, muito antes, da vigência daquelas condições.

Deve ser ressaltado que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no aresto nº 1.383/72, cuidando da situação dos advogados inscritos antes da vigência do Estatuto, e que eram titulares de funções públicas, assim decidiu: "No caso, o legislador, considerando a diversidade de situações entre os advogados inscritos na Ordem, assegurou a uns, titulares de funções públicas, o privilégio da limitação dos impedimentos, em cujo gozo já se encontravam regularmente. Protegeu-lhes, em resumo, situações consolidadas, integrantes de seu patrimônio pessoal".

Toda a questão discutida no "mandamus" reside na resposta à indagação: O parágrafo único, do art. 80, da Constituição do Estado da Paraíba, pode derrogar o art. 149 da Lei Federal nº 4.215, de 1963 e afrontar o disposto no art. 153, § 3º, da Constituição Federal? E a resposta só podia ser negativa no entendimento da Turma Julgadora, porque

o dispositivo da Carta Estadual só tem força de coerção quando aplicada às situações novas, atingindo, tão-só, aquelas situações posteriores à sua vigência e esse não é o caso em que se situa o impetrante, com inscrição regular desde 1958, ressalvados os impedimentos pertinentes aos casos específicos, em que haja interesse do Estado.

Daí à decisão da Segunda Câmara Cível, sem discrepância de votos, em conceder a segurança impetrada."

Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho (fls. 130/131):

"Vistos, etc.

O Bel. Geraldo Gomes Beltrão impetrou o Mandado de Segurança nº 114/77, o qual foi deferido pela 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, no sentido de que o impetrante possa exercer o seu direito de advogar, ressalvados, apenas, os impedimentos específicos em que haja interesse do Estado, conforme o *decisum* de fls. 59/64. Desta respeitável decisão, irrisignado, recorreu extraordinariamente Alberto José Costa Sousa Gurgel.

Publicado aviso da sua interposição foi o RE tempestivamente impugnado.

Ouvida a Procuradoria-Geral da Justiça, esta se manifestou pela admissão do Recurso.

O apelo excepcional preenche os requisitos para ser **admissível e fundado**.

É **admissível** porque é apropriado, e é **fundado** porque envolve discussão sobre o § 3º do art. 153, da Constituição Federal, a Lei federal nº 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e o Parágrafo Único do art. 80 da Constituição do Estado da Paraíba.

Entre nós o **cabimento** é matéria de índole constitucional.

A motivação demonstra a pertinência do Recurso pelo seu **gravame**, aliás, pressuposto comum a todos os recursos.

O RE está formulado em consonância com os arts. 304, 305 e 308, do Regimento Interno do STF.

Acolho o parecer de fls. 123/128, da douta Procuradoria-Geral da Justiça.

Isto posto, com fundamento no § 1º do art. 543 do CPC **Admito** o Recurso Extraordinário e ordeno o seu seguimento para receber os doutos suprimentos de direito do Excelso Pretório.

Publique-se e intime-se."

O parecer do Ministério Público local a que se reporta esse despacho tem o seguinte teor (fls. 123/128):

"Geraldo Gomes Beltrão, impetrou **mandado de segurança** contra ato do dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca desta Capital, que decretou a nulidade dos atos praticados pelo impetrante nos autos de uma ação de separação judicial em que fora constituído procurador, porque na condição de membro do Ministério Público, na qualidade de Advogado de Ofício, impedido está de exercer a advocacia privada.

O **mandamus** foi concedido pela eg. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça local, em acórdão assim ementado:

"Mandado de Segurança. Advogado de Ofício, membro do Ministério Público Estadual. Proibição da advocacia particular.

Direito adquirido.

É ilegal o ato impugnado que fere direito adquirido do advogado de ofício proibindo-o do exercício da profissão, quando a lei assegura-lhe esse direito, nos termos da inscrição em vigor.

Aplicação do art. 149, da Lei nº 4.215, de 1963 e art. 153, § 3º da Constituição Federal.

Concessão da ordem.

Dessa decisão recorre extraordinariamente o litisconsorte necessário com apoio nas letras "a", "c" e "d" da norma constitucional permissiva, arguindo ofensa aos arts. 96 e 153, § 3º da Constituição da República e dissídio de interpretação por divergir o acórdão da jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos e do Pretório Excelso, consubstanciada em julgados que traz a colação.

O recurso foi impugnado, alegando o recorrido incompatibilidade para o exercício da advocacia privada do patrono do litisconsorte-recorrente, requerendo nos termos do art. 399, inciso I, do Cód. de Proc. Civil que a Presidência do Tribunal local solicitasse ao Gerente do Banco do Brasil — Agência local — certidão de que o bel. Joás de Brito Pereira exerce a função de Chefe do Contencioso, e não cabimento do apelo extremo por tratar a espécie vertente questão de direito local, incabível de apreciação no âmbito estreito do recurso extraordinário nos termos da Súmula 280 da Suprema Corte.

Creemos que o pedido vestibular constante das contra-razões do recorrido é de todo impertinente nesta fase do processo. Isto porque sendo a função do Presidente processante do apelo derradeiro no tribunal recorrido de **cognição incompleta**, faz ele apenas uma verificação dos pressupostos de admissibilidade ou não do recurso para efeito de seu processamento. Impossível, agora, a Presidência reabrir **fase probatória** para se constatar que o advogado do litisconsorte-recorrente é ou não Chefe do Contencioso da Agência local do Banco do Brasil S.A.

Parece-nos que se configura inobservância de preceito constitucional, pois não enxergamos, na hipótese dos autos, o pretense **direito adquirido** do recorrido exercer a advocacia privada.

O Ministério Público tem peculiaridades de conteúdo, de representação e defesa dos interesses públicos que acoitam o exercício da advocacia pelos seus membros. Por esta razão o legislador constituinte e ordinário tem proibido o

exercício da função advocatícia privada por qualquer membro do Ministério Público, tendo em vista não só a natureza do cargo como também por motivos de ordem "jurídica, política e ética" no dizer do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro ao profligar o exercício paralelo da advocacia e de cargo público nos Tribunais (in *RTJ*, 65/701). Mudando o que deve ser mudado a hipótese serve para desate do caso vertente.

Está consagrado na jurisprudência de nossos Tribunais o princípio de que não há direito adquirido contra texto constitucional de incidência imediata, porque a garantia do *direito adquirido* é obstáculo oposto ao legislador ordinário como decorrência do princípio de irretroatividade das leis. Com sua inteligência privilegiada ensina o maior dos mestres PONTES DE MIRANDA que o essencial para que "o direito adquirido seja atingido é que haja incompatibilidade entre a permanência do direito adquirido e a incidência do novo texto constitucional."

Não tem sido outro o ensinamento dos maiores doutrinadores nacionais e estrangeiros quanto à aplicação das normas constitucionais, a saber:

CARLOS MAXIMILIANO em sua renomada obra *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, 1946, p. 342, fazendo a distinção entre leis constitucionais e administrativas, assegura, se referindo às primeiras: "A sua aplicação é imediata, tudo que se lhes contraponha fica eliminado." Arrematando de forma contundente: "O Poder Constituinte é absoluto".

Com outras palavras observa BENTO DE FARIA: "As leis constitucionais, políticas e administrativas não são subordinadas à regra da irretroatividade." Adverte mais o imortal Ministro: "A forma política do Estado e seu mecanismo ficam sempre à disposição do Poder Constituinte ou Legislativo; as alterações introduzidas se impõem imediatamente aos funcionários e particulares". (in *Aplicação e Retroatividade da Lei* — 1934, p. 25 e 26).

FRANCISCO CAMPOS, quando no exercício da Consultoria Geral da República, asseverou, se reportando a pretendido direito adquirido: ". . . não é possível admitir que vigorem paralela e simultaneamente a Constituição e direitos contrários à Constituição." (in *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. I, p. 386).

Quando ainda Procurador-Geral da República o imortal Ministro LUIZ GALLOTTI, se referindo a direito adquirido afirmou: "Invoca o recorrente um suposto direito adquirido, como se fosse possível invocá-lo contra a própria Constituição, quando é sabido que as leis constitucionais, como em regra as leis de direito público são retroativas, ou mais precisamente, de aplicação imediata, não se podendo invocar contra elas direitos adquiridos." (in *Pareceres*, vol. I, 1947-8, p. 167).

PAUL ROUBIER, o maior clássico da matéria na doutrina alienígena, fazendo a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato das leis, comentou: "Leis Constitucionais. Não é muito raro que leis constitucionais tenham dado lugar a conflitos de leis no tempo. A razão é que o objetivo principal das Constituições é o de criar e pôr em funcionamento os órgãos superiores do Estado, e de definir suas funções; ordinariamente estas leis admitem efeito imediato sem mais dificuldade. (in *Le Droit Transitoire — Conflits des lois dans le temps*, 2ª ed. 1960, p. 12).

Proferindo voto na Representação 748, o eminente Ministro DJACI FALCÃO, assim se expressou: ". . . uma Constituição nova, como instrumento fundamental da estrutura jurídico-política do Estado, ab-roga o diploma básico anterior". (in *RTJ*, vol. 46, p. 473-4). Quando do julgamento da Representação 705 e ao proferir o seu voto o eminente Ministro Adalício Nogueira teve como fonte a lição de Carlos Maximiliano, quanto à vigência das leis constitucionais, enfatizando: "A sua aplicação é imediata; tudo o que se lhes contraponha fica eliminado. O Poder Constituinte é absoluto:" (in *RTJ*, vol. 48-161).

Como relator do Mandado de Segurança nº 19.348 o eminente Ministro Amaral Santos, assim se pronunciou: "Não há direito contra a Constituição Federal, como bem acentua o impetrado, . . ." Votando no mesmo feito disse o provento Ministro Eloy da Rocha: "A condição do impetrante, antes da Constituição, não constitui direito adquirido." (in *RTJ*, vol. 50-674).

Não tem sido outro o entendimento dos eminentes Ministros BILAC PINTO, ANTÔNIO NEDER e XAVIER DE ALBUQUERQUE, o de que — não há direito adquirido de funcionário contra preceito constitucional. Se direito adquirido houvesse, seguindo o ensinamento da doutíssima maioria do Supremo Tribunal Federal, não da atual, mas de recente composição, o constituinte teria feito ressalva.

No caso específico dos autos o constituinte paraibano de 12 de maio de 1967 ou mesmo da Emenda Constitucional 01, de 16 de junho de 1970, não cuidou de ressaltar a situação dos membros do Ministério Público anteriormente inscritos na OAB — garantindo-lhes o exercício paralelo da advocacia privada.

Quer nos parecer que a questão é de alta relevância e o deslinde pelo Supremo porá termo às iterativas reclamações contra Promotores e Advogados de Ofício exercendo paralelamente a advocacia privada.

Mesmo que os padrões não sirvam para estabelecer o dissídio pretoriano pela letra "d", os argumentos embasados pelas alíneas "a" e "c" são capazes de ensejar a admissão do recurso derradeiro. Por estes fundamentos, opinamos pela *admissão* do apelo nos termos das Súmulas 292 e 456 do Excelso Pretório."

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — 1. Afasto a preliminar relativa à incompatibilidade do advogado do recorrente com a ad-

vocacia, porque, tendo este ingressado nos autos com a petição em que requereu a admissão como litisconsorte (fls. 38/39), poderia o ora recorrido ter alegado essa questão perante o Tribunal de origem. Não o fez, porém. Por isso, o acórdão recorrido dela não se ocupou, faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento (súmula 282).

2. No mérito, observo que o acórdão recorrido concedeu a segurança, sob o fundamento de que, em face do artigo 149, da Lei nº 4.215/63, tem o ora recorrido direito adquirido ao exercício da advocacia, o qual não pode ser afastado pelo preceito constitucional estadual (parágrafo único do artigo 80 da Constituição do Estado da Paraíba) que é posterior àquela norma federal.

Em rigor, a questão não está bem colocada.

Com efeito, no caso, há duas questões paralelas: a primeira, a relativa ao exercício da profissão de advogado; e a segunda, a referente à relação estatutária entre o servidor público e a administração estadual.

Com relação à primeira, estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 153, § 23, que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer", sendo certo, em face do art. 89, XVII, "r" (compete à União legislar sobre "condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas"), que essa lei é federal.

Ora, em se tratando de advogado, a Lei nº 4.215/63 é a que estabelece as condições a que alude o referido § 23 do artigo 153 da Constituição Federal. E, nela, em seu artigo 149, se declara que "é ressalvado, aos atuais inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, o direito ao exercício da profissão, nos termos da inscrição em vigor". Assim, o ora recorrido, para o exercício da profissão de advogado, se acha protegido por esse preceito, não se havendo sequer de examinar se, em virtude dos novos impedimentos e incompatibilidades existentes nessa lei nº 4.215/63, estaria ele, ou não, incompatibilizado ou impedido. Aliás, não houve controvérsia sobre esse ponto.

Pode o recorrido, portanto, em face da referida lei federal, exercer a advocacia nos termos da inscrição em vigor na OAB.

Por outro lado — e esta é a questão paralela —, não está no terreno da competência da legislação estadual (inclusive constitucional) estabe-

lecer normas sobre as condições de capacidade para o exercício das profissões liberais, uma vez que essa matéria é da competência exclusiva da União. Sucede, porém, que a legislação estadual pode estabelecer restrições para o exercício dos cargos e funções públicos estaduais, dispondo sobre a sanção administrativa em que incorrerá o servidor que não as observar. Por isso, o parágrafo único do artigo 80 da Constituição do Estado da Paraíba dispõe: "Aos membros do Ministério Público é vedado o exercício da advocacia, **sob pena de perda do cargo**". Como se vê, não diz ele que a circunstância de ser membro do Ministério Público local impede o servidor de advogar (o que seria inconstitucional, pois os Estados-Membros não têm competência para legislar sobre impedimentos para o exercício da advocacia), mas, sim, que o membro do Ministério Público não pode advogar, sob pena de, se o fizer, perder seu cargo público estadual.

Por conseguinte, a lei federal nº 4.215/63 e a Constituição do Estado da Paraíba disciplinam questões diversas, dentro da órbita de competência de cada uma delas. Assim sendo, não se estabelece entre elas questão de direito intertemporal como é a relativa a direito adquirido, certo como é que, para que isso ocorra, necessário se faz que as duas leis em conflito sejam competentes para disciplinar a mesma matéria, e o façam em momentos distintos e de forma colidente.

3. Do exposto, verifica-se que, embora com fundamentação equivocada (o acórdão recorrido entendeu que toda a questão consistia em responder negativamente à indagação se o parágrafo único do artigo 80 da Constituição do Estado poderia derogar o artigo 149 da Lei federal nº 4.215/63 e afrontar o § 3º do artigo 153 da Constituição Federal), correta é a conclusão da decisão recorrida: o ora recorrido não está impedido de advogar por ser membro do Ministério Público Estadual. Silenciou o acórdão, por não estar em causa este problema, sobre a possibilidade de o ora recorrido poder ser, no plano estadual, punido administrativamente com a perda de seu cargo público, por violação a impedimento imposto aos titulares deste.

4. Em face do exposto, não pode a parte dispositiva do acórdão ser modificada pelo acolhimento das teses sustentadas pelo ora recorrente: ofensa ao artigo 96 (que determinou que a legislação estadual organizasse o Ministério Público estadual) e o artigo 153, § 3º (relativamente a direito adquirido), ambos da Constituição Federal, sendo

que o último combinado com o artigo 149 da Lei federal nº 4.215/63. Nem existe, por outro lado, o pretendido dissídio de jurisprudência, pois nenhum dos acórdãos trazidos a confronto trata de questão semelhante à ora em julgamento, em que não se discute a matéria no terreno administrativo, nem há posse em cargo público posteriormente à entrada em vigor da referida lei nº 4.215.

5. Assim, não conheço do presente recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 91.188-0-PB — Rel., Min. Moreira Alves, Recte. Alberto José Costa Gurgel (Adv. Joás de Brito Pereira). Recdo. Geraldo Gomes Beltrão (Adv. Em causa própria).

Decisão: Não conhecido, unânime. — 2ª T., 22.06.79.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. — Presentes à sessão os Srs. Ministros Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Dácio Miranda.

5º Subprocurador-Geral da República, o Dr. Mauro Leite Soares.

Hélio Francisco Marques — Secretário da Segunda Turma.