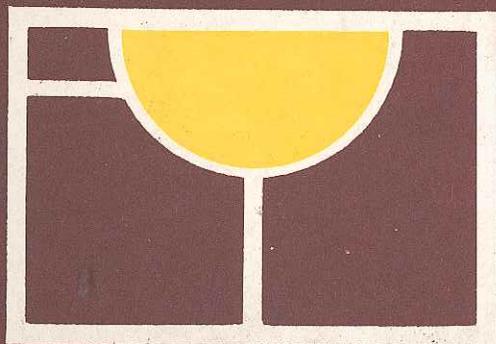


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



Publicação do
Instituto de Informática Jurídica
Estado do Rio Grande do Sul

REVISTA DA
CONSULTORIA
GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v. 7	n.º 17	p. 1 a 205	1977
------	--------------	------	--------	------------	------

Revista da Consultoria-Geral do Estado.
v. 1- n. 1- dez. 1971-
Porto Alegre, Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23cm. quadrimestral.



Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da CGE.

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Consultoria-
Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Sinval Guazzelli — Governador do Estado

José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Geral do Estado

Jorge Arthur Marsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mário Bernardo Sesta

Antônio Estevão Allgayer

Rosa Maria Peixato Bastos

Silvia Lo Porta de Castro

Maria Izabel Elibia de Araújo Ribeira Fanyat

Laura Corrêa Oliveira

Suzana Maria Heller

Roque Antônio Ames

SUMÁRIO

DOCTRINA

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR	Retroatividade do ato administrativo ...	11
RUY BARBOSA NOGUEIRA	Faturamento ou receita operacional, IPI e contribuição ao PIS. A problemática do tributo sobre tributo ...	29
MARCELO CAETANO	A Constituição Portuguesa de 1976 ...	45
JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM	A "perpetuatio iurisdictionis" no Código de Processo Civil Brasileiro	75
SÉRGIO FERRAZ	O art. 106 da Constituição Federal ...	117
HELY LOPES MEIRELLES	Responsabilidade do prefeito	125
PARECERES		
ALEXANDRE HENRIQUE GRUSZYNSKI	Magistério Estadual. Faltas justificadas	147
ALMIRO DO COUTO E SILVA	Gratificação pelo desempenho de função de julgador de processos fiscais ...	175
EMÍLIO RODRIGUES	Magistério Estadual. Gratificações adicionais	181
NILO DAMASCENO FERREIRA	Magistério Estadual. Conversão de licença-prêmio	185
MARISA SOARES GRASSI	Magistério Estadual. Readmissão	195
WILSON ALANO	Falsificação de Documento	199

RETROATIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

Síntese: 1. Distinções preliminares. 2. Eficácia do ato administrativo. 3. Retroatividade simples. 4. Ato administrativo temporal. 5. Autotutela. 6. Direitos adquiridos. 7. Irretroatividade da revogação. 8. Retroatividade da anulação. 9. O regulamento. 10. Conclusão.

1. Distinções preliminares.

O tema da retroatividade do ato administrativo não se equaciona nem se resolve do mesmo modo que o paralelo da retroatividade da lei, a não ser, em tese, com relação aos atos administrativos gerais. Com efeito, o editor do ato não lhe pode, em tese, atribuir efeito retroativo, a não ser quando lei anterior expressamente o autorize. É bem verdade que alguns tipos de atos — confirmativos, declaratórios, interpretativos —, em virtude do caráter todo peculiar que os distingue, se prestam à aplicação de certo quantum de retroatividade, mas com prudência e, geralmente, em decisões a contrario é que tal retroatividade

BIBLIOGRAFIA. — RENATO PERRONE CAPANO, *La retroattività degli atti amministrativi*, 1950 e *Sulle retroattività degli atti amministrativi*, em *Archivio Giuridico*, 1933, CIX-CX; GIOVANNI MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, 1945, vol. I, pág. 191; GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol. I, pág. 234; OLIVIER DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, 1954; CRUIA, *Dela non rétroactivité des actes administratifs*, em *Mélanges P. Negulesco*, Bucarest, 1935, pág. 343; nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, vol. II, pág. 63

de foi admitida pela jurisprudência francesa (Cf. Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3.^a ed., 1963, vol. I, págs. 251-252).

De regra, os atos administrativos não têm **eficácia retroativa**; em todo caso, a Administração não pode atribuir **efeitos retroativos** aos atos que editou, se tais efeitos incidirem sobre **direitos** de sujeitos estranhos, privados ou públicos, perturbando relações constituídas e não modificáveis unilateralmente (Aldo Bozzi, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, pág. 322, citando resolução do Conselho de Estado, V.^a Sessão, 19 de fevereiro de 1965, n.º 147; 23 de abril de 1965, n.º 457).

Para bem entender-se o tema é necessário, antes de tudo, distinguir o **ato administrativo geral** do **ato administrativo especial**, caracterizando-se o primeiro por dirigir-se, de maneira abstrata, impessoal, a toda uma categoria de administrados, salientando-se o segundo por enquadrar precisas situações individuais.

Cumpra notar também que, diversamente do que ocorre com a **lei**, que depende de **promulgação** (ato pelo qual o chefe do executivo certifica que a lei seguiu os trâmites legais e ordena, por isso, que seus subordinados a apliquem), o **ato administrativo** dispensa a **promulgação**, já que esta se confunde com a **assinatura do ato**, o qual se torna executório, assim que assinado. Depois da **publicação** ou **notificação**, o ato **perfeito** (completo quanto ao ciclo de formação), **íntegro** (todos os elementos estruturais imunes de defeitos), e **eficaz** (idôneo para a produção de conseqüências) entra em vigor, no mundo jurídico, ora valendo para o futuro, ora valendo para o passado (Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., 1952, pág. 423).

“Assim que tomada”, escreve Rivero, “a decisão produz efeitos. Desde esse momento, a Administração tem de conformar-se com o que lhe diz respeito. No entanto, a Administração não pode **opor**, o que decidiu, aos particulares, ou seja, aplicá-lo, a não ser quando estes tomaram conhecimento do decidido”. “O ato só produz efeitos para o futuro. Eis a regra da **não-retroatividade** dos atos administrativos, erigida em **princípio geral do direito** pelo Conselho de Estado (25 de junho de 1948, a propósito do caso da Sociedade do Jornal A Aurora). A Admi-

nistração não pode fazer remontar o efeito de ato que editou além da data na qual ele intervém a não ser quando a lei o autorize de modo expresso” (*Droit administratif*, 7.^a ed., 1975, pág. 104).

Cumpra, em segundo lugar, distinguir o ato administrativo **especial**, constitutivo de direito, do **ato administrativo intertemporal**, consistindo, o primeiro, em manifestação una, autônoma, no mundo jurídico, como, por exemplo, a promoção, levada a efeito, no presente, mas com a “cláusula a partir de”, alcançando fato ocorrido no passado, consistindo, o segundo, em medida editada no presente, mas que entra em choque com os efeitos de outra manifestação editada no passado, cuja **eficácia perdura**, encontrando-se com a irradiada do novo ato.

Desse modo, poderemos ter casos mais simples de atos administrativos, editados hoje, com efeitos que alcancem o passado, e casos de **direito administrativo intertemporal**, isto é, de colisão de efeitos do ato de hoje, com os do ato de ontem. Enfim, conseqüências **ex tunc** originárias e conseqüências **ex tunc** colidentes, envolvendo estas últimas problemas de direito intertemporal.

2. Eficácia do ato administrativo.

O problema da **retroatividade** está ligado de maneira estreita ao da **eficácia**.

Eficaz é o ato administrativo apto a produzir os efeitos que dele se esperam e que lhe são inerentes. A **retroatividade** incide precisamente sobre a **eficácia**, destruindo-a.

Perfeito quanto a todos os elementos que lhe compõem a estrutura, ainda quando **anulável**, porém, não **nulo**, o ato é **eficaz**. A **eficácia** tem início no momento em que o ato se torna **perfeito**. No entanto, esse **momento** pode ser alterado por causas diversas, entre as quais as mais importantes são o **termo** e a **condição suspensiva**. Quando o ato é juridicamente perfeito, mas é ainda destituído de **eficácia**, dizemos que se encontra em **estado de pendência** (cf. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 208 e Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, pág. 281).

O termo e a condição, embora elementos acidentais do ato administrativo, retardam-lhe a eficácia.

A eficácia do ato pode ser estabelecida em momento anterior à sua perfeição e, neste caso, ocorre a retroatividade do ato administrativo. Existem atos retroativos por sua própria natureza, como, por exemplo, a anulação e a revogação, que desfazem a eficácia de atos anteriores. O atributo da retroatividade pode ser mencionado expressamente no próprio ato, sempre que não se lesem direitos ou não se criem novos deveres ou obrigações (Cf. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 209).

Quase no mesmo sentido, Santi Romano faz coincidir a eficácia com a perfeição do ato (*Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, pág. 281), no que discorda de Alessio que com nitidez mostra que "o ato administrativo perfeito pode ainda não ser capaz de produzir efeitos jurídicos, quando qualquer obstáculo se oponha a sua eficácia. Pelo que se deve distinguir a perfeição da eficácia. É importante distinguir os dois momentos, porque o ato não perfeito é ato inexistente, ao passo que o ato ineficaz é ato existente, que mais tarde pode tornar-se eficaz. Se falta um elemento para a perfeição do ato, o ato é nulo; se falta um elemento para a eficácia do ato, o ato pode ser completado com esse elemento que lhe falta. A distinção é importante para os efeitos da aplicabilidade das regras concernentes à retroatividade das leis. Ato editado no império de lei velha, mas ainda não tornado eficaz, continua válido, não obstante os novos requisitos exigidos pela nova lei. Ao contrário, se ainda não é perfeito, aplica-se simplesmente a nova lei" (Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, vol. II, págs. 214-215).

3. Retroatividade simples.

O tema de retroatividade não nasceu no campo do direito público, mas no do direito privado, sendo recebido pelo direito administrativo o princípio fundamental de que a norma deve dispor apenas para o futuro, ou seja, em outras palavras, não deve ter efeito retroativo, máxima que, à primeira vista, parece ser um axioma, mas que ao con-

trário é uma das mais obscuras a ponto de não haver sido reproduzida por alguns códigos modernos, como o alemão (cf. Arturo Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, págs. 56-57).

Apliado ao campo do direito administrativo, o princípio da retroatividade da lei encontra paralelo no aspecto da eficácia do ato administrativo.

Quanto à lei, há casos de dispositivos que não envolvem, necessariamente, ângulos de direito intertemporal, como a norma que, ao ser editada, incidisse sobre hipótese nova, não regulada por lei velha. Assim, lei nova que retroagisse concedendo aumento de vencimentos ao funcionalismo a partir de dois meses.

Trata-se aqui de lei retroativa simples. A hipótese ocorre também no campo do direito administrativo.

Ato administrativo retroativo simples é a vontade da Administração, manifestada no presente, projetando sua eficácia para o passado. Esta hipótese não oferece maiores dificuldades.

Em inúmeros casos, pois, a autoridade pode editar ato administrativo para enquadrar fato ocorrido no passado, o que se designa com a expressão "a partir", utilizada para fixar o "termus a quo" de validade e eficácia do ato.

Assim, se o agente público pratica ato, considerado relevante, ou se desempenha função de fato, durante determinado tempo, o poder público, levado a reconhecer a importância do feito ou a legitimidade dos serviços prestados, pode editar ato cujos efeitos se estendam para o passado e se projetem para o futuro, providenciando-se, no primeiro caso, o prêmio correspondente (promoção por ato de bravura, por ato heróico, por cumprimento do dever) ou o pagamento concernente aos serviços prestados.

"A Administração pode conferir eficácia retroativa a seus atos somente quando são idôneos a outorgar vantagens aos respectivos destinatários ou limitadamente aos efeitos que se resolvam em tais vanta-

gens, como, por exemplo, aumentos de estipêndio ou vantagens de carreira” (Miele, *Principii di diritto amministrativo*, 1945, vol. I, pág. 192).

“A cláusula de retroatividade não pode ser admitida para os atos que restringem o exercício de faculdades ou de direitos, ou que sacrificam direitos adquiridos, ou imponham deveres e obrigações. Se a autoridade administrativa pode impor tais restrições, isto pode ocorrer só para o futuro: estabelecê-lo para o passado equivaleria a tornar ilícitos — e, portanto, causa de responsabilidade — atos editados licitamente e no exercício de um direito subjetivo. Os atos que criam relações bilaterais e, com maior razão, os que conferem direitos, podem ser editados com eficácia retroativa, mas isto deve entender-se limitadamente aos efeitos do ato, que podem ainda verificar-se, como, por exemplo, na relação de emprego, a decorrência da antigüidade de nomeação, do direito ao estipêndio, etc. Retroativos por natureza são, regra geral, os atos que têm eficácia declaratória, porque tais atos não fazem senão certificar o estado precedente, de fato ou de direito, sem nada criar ou modificar. Retroativos são, além desses, os atos interpretativos de atos administrativos precedentes, como os de **anulação**, de **revogação**, de **convulsão**, de **conversão**, dos quais trataremos particularmente daqui a pouco” (Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol I, págs. 234-235).

4. Ato administrativo intertemporal.

Ato administrativo intertemporal é a manifestação da vontade da Administração, editada no presente, que colide com os efeitos de outra manifestação, ainda vigente.

Neste caso, cabe à doutrina indagar até que ponto o ato novo influi sobre a eficácia do antigo ato.

Nas hipóteses de desfazimento do ato administrativo, traduzidas nas duas modalidades existentes, a **anulação** e a **revogação**, ambas atos administrativos desconstitutivos, é que vamos encontrar, em toda sua plenitude, o problema da **retroatividade** e da **irretroatividade** do ato administrativo.

“Há, desse modo, uma categoria de atos”, salienta Miele, “que, editados por qualquer sujeito, são aptos por sua própria natureza e função a irradiar a eficácia retroativa, tais como a **declaração de nulidade** e a **anulação** de ato inválido, a **revogação** de ato que, desde o início, se revela contrário à equidade e conveniência, a **confirmação** e a **ratificação**. Todos esses atos se referem a atos precedentes e acham sua razão de ser em elementos ou circunstâncias que lhes são inerentes ou lhes dizem respeito, ou seja, a invalidade ou inoportunidade deles, a falta ou transgressão dos poderes de representação. Em virtude disso, parece conforme aos princípios de direito que os atos acima — ou que objetivem sanar a invalidade de ato precedente (**confirmação**), a desfazer ato inválido (**declaração de nulidade**, **anulação**) ou inoportuno (**revogação**) e aprovar ação do representante, que tenha agido sem os necessários poderes ou com poderes além dos que lhe foram outorgados (**ratificação**) — projetam a eficácia até o nascimento do ato a que se referem, de modo a alcançar, na mais ampla medida, o respectivo intento” (Miele, *Principii di diritto amministrativo*, 1945, vol. I, pág. 193).

5. Autotutela.

O instituto da **autotutela** desempenha papel fundamental no equacionamento e solução de grande parte de **atos administrativos retroativos**. Como acentuamos, **autotutela** é o poder de polícia da Administração, dirigido aos atos administrativos. É o conjunto de normas de direito público que rege a ação administrativa, dirigida à vigilância dos próprios atos (cf. nosso artigo **Da autotutela administrativa**, em RDA 108/47-63).

A Administração tem o maior interesse em que seus atos sejam legais, oportunos e convenientes. O ato administrativo pode ter nascido sob o domínio da legalidade e, no futuro, ter-se descoberto traço nítido de ilegalidade, só mais tarde revelado. Ou o ato pode ter nascido oportuno e conveniente e, em época posterior, ter-se mostrado em desacordo com as circunstâncias administrativas. Daí, a importância do policiamento da Administração sobre os atos editados, o que se nota, na prática, por uma série de providências tomadas pelo poder público e endereçadas à retirada dos efeitos do ato.

Os institutos da **anulação**, da **revogação**, da **ratificação**, da **reforma** e da **conversão** merecem especial exame por quem se proponha a exame mais aprofundado da **eficácia** e da **retroatividade** do ato administrativo, pois que se trata de alteração maior ou menor de efeitos de atos atuantes, mas aos quais o poder público não pode ficar indiferente por abrigarem vício de alguma natureza.

Por isso, mediante a **autotutela**, o ato administrativo, editado e irradiando efeitos, ora pode ser desfeito, ora recuperado, naquelas cinco hipóteses apontadas, ou seja, pode a vontade do Estado ser submetida (a) à **anulação**, quando o ato é ilegal, (b) à **revogação**, quando inoportuno ou inconveniente, (c) à **ratificação**, quando o ato viciado é convalidado por outro ato que supre requisito ausente ou saua defeito corrigível, tratando-se o ato como perfeito, desde a origem (Bielsa, *Decreto administrativo*, 5.^a ed., 1955, vol. II, pág. 944, Marcelo Caetano, *Manual*, 6.^a ed., 1963, pág. 280). Concretiza-se a **ratificação**, quando o desaparecimento do vício depende unicamente da manifestação da vontade da autoridade competente e esta pode agir de acordo com a lei, sendo irrelevante, na hipótese, que se trate da **mesma autoridade** que editou o ato ilegal ou que se trate de autoridade que o deveria ter editado, desde que se esteja diante de **vício de incompetência**. Desse modo, a **ratificação** do ato visa a sanar os defeitos que o tornam suscetível de **anulação**. O seu efeito principal é a revalidação do ato, **retroagindo** à data do ato ratificado. Assim, o ato editado por autoridade ine competente, que não tinha poderes para tanto, está sujeito à **ratificação** pela autoridade superior competente, que dará vigor ao ato ratificado, revigorando-lhe a **eficácia**. Não se trata, portanto, de **novo ato**, mas de **mera revalidação**, que retroage à data do ato revalidado. Este último é que subsiste em seus efeitos (Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, 3a. ed., 1955, vol. I, pág. 289); (d) à **reforma**, quando o poder público repele o elemento ilegal do ato administrativo, conservando os outros elementos estruturais do ato, não afetados de ilegalidade. Rejeita-se a parte inútil, aproveitam-se os elementos sadios, já que "utile per inutile non vitiatur" (a parte perfeita não é corrompida pela parte imperfeita), ou seja, a parcela do ato administrativo que, por ser vital, pode ser afastada, sem prejuízo, nem alteração, de modo algum contaminará o restante do ato. Afastando-se o **inútil**, apro-

veita-se a **parte útil** (Silvio Trentin, *L'atto amministrativo*, 1915, pág. 316, n.º 1 e Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, pág. 108). Vantajoso é para a Administração semelhante proceder, em razão do **princípio da economia dos valores jurídicos** (Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, 1952, pág. 142), mediante o qual a Administração se exime de refazer todo o iter percorrido, caso tivesse de editar novo ato. Reformando o ato, o Estado ganha tempo e poupa a atividade das autoridades administrativas (cf. nosso artigo **Da autotutela do ato administrativo**, em RDA 180/52); (e) à **conversão**, quando o poder público procura reaproveitar os elementos deficitários de ato administrativo anterior para com eles, depois de convenientemente tratados, compor novo ato, agora perfeito e válido (cf. Bodda, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, 1935; Pappenheim, *Die Konversion fehlerhafter Staatsakte*, n.º 4, pág. 12; Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, pág. 442; Alessio, *Istituzioni*, 4.^a ed., 1949, vol. II, pág. 248; Alessi, *Sistema*, 1953, pág. 319). Diversamente do que ocorre na **reforma**, quando se conserva a figura jurídica do ato, na **conversão** o ato é "desfigurado", porque as peças **desaglutinadas**, mas **aproveitáveis**, servem para a nova estruturação, que assegura direitos diferentes dos que emanariam, caso a primitiva figura tivesse tido eficácia por agrupar, íntegros, seus elementos constitutivos. Ainda aqui o instituto da **retroatividade** tem ampla atuação, já que a vontade do poder público irradia do presente para o passado, operando *ex tunc*.

6 Direitos adquiridos.

Pressuposto indispensável para o equacionamento e solução do problema da **retroatividade** e **irretroatividade** do ato administrativo é o concernente ao dos **direitos adquiridos**, já que nem a lei nem o ato administrativo conseguem penetrar na cidadela inexpugnável construída com alicerce naqueles direitos.

Duez e Debeyre notaram com muita acuidade a relação entre o **direito adquirido**, a **mera expectativa de direito**, o **princípio da intangibilidade das situações jurídicas particulares** e a **não-retroatividade dos atos-regras** (cf. *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 215), ressaltando que "a matéria é muito instável" (*Traité*, pág. 216) e que "durante

muito tempo a doutrina se contentou, para resolver o problema, em estabelecer a distinção entre **direitos adquiridos** e **simples expectativas**. O **direito adquirido** regia a manutenção do ato-regra antigo, ao passo que a **simples expectativa** era submetida ao ato-regra novo. Quando, porém, ocorreria **direito adquirido**? E quando a **simples expectativa**? Na ausência de análise jurídica precisa, permanecia-se no vago. Muitas vezes respondia-se: há **simples expectativa**, quando a lei nova se aplica; **direito adquirido**, quando a lei antiga continua a encontrar aplicação! Ficava-se, desse modo, encerrado num círculo vicioso” (Duez e Debeyre. *Traité de droit administratif*, 1952, págs. 215-216).

Hoje **direitos adquiridos** são consequência de fato capaz de produzi-los, sob o império da lei, em cuja vigência o fato se consumou e que, embora não planejados para valer sob ela, passaram, apesar disso, nessa época, a fazer parte do patrimônio do indivíduo (Gabba, *La retroattività delle leggi*, vol. I, pág. 191, citado por Arturo Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 57 e por Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, vol. I, pág. 198).

Merlin de Douait, citado por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição Federal de 1946*, 2.^a ed., 1953, vol. IV, págs. 99-100), define os **direitos adquiridos** como “os que entraram para o nosso patrimônio, que dele fazem parte e que não mais podem ser tirados por aquele de quem os obtivemos”. “É de ver-se”, acrescenta Pontes de Miranda, “desde logo, que se elimina qualquer referência à lei — o critério é subjetivo; porque se considera do lado do titular e porque se faz dependente a qualidade de inibição por parte daquele de que proveio o direito” (Idem, *ibidem*, pág. 100).

Pacifici-Mazzoni ressalta que “o **direito adquirido** é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei existente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade” (*Istituzioni di diritto civile italiano*, 1880, vol. I, pág. 227, nota 200).

“**Direito adquirido** é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que de-

ve ser protegido contra qualquer ataque exterior que ouse ofendê-lo ou turbá-lo” (Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 2.^a ed., 1967, vol. II, “sub voce” **direito adquirido**).

Pedro Nunes define o **direito adquirido** como “toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consen-tâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia” (*Dicionário de tecnologia jurídica*, 1948, “sub voce” **direito adquirido**).

Pois bem, a nossa lei maior, em seu art. 153, § 3.^o, consagra o **princípio do direito adquirido**, resguardando-o até da norma jurídica vigente, ao determinar que a lei não o prejudicará, como também não causará dano ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Erguem-se os **direitos adquiridos** como barreira intransponível à eficácia do ato administrativo no tempo.

Resta saber se **ato inexistente** e **ato nulo** geram direitos, bem como cumpre indagar em que medida a inércia da Administração em anular os próprios atos pode contribuir para torná-los indestrutíveis.

7. Irretroatividade da revogação.

Revogação é o ato administrativo que desfaz ou desconstitui ato administrativo anterior, fazendo cessar-lhe os efeitos, por motivos de mérito. Assim como a edição do ato é informada pela oportunidade e conveniência da medida, avaliadas pela autoridade, no momento da emanção do ato, assim também a revogação do ato é informada pelo motivo oposto (inoportunidade ou inconveniência), já que a iniciativa, considerada do interesse da Administração, no passado, agora não mais se justifica. Por isso se diz que a **revogação** opera *ex nunc*, a partir do presente, projetando-se para o futuro, jamais *ex tunc*, a partir do passado, retroativamente.

Não se está discutindo aqui o clássico, e, aliás, mal colocado tema, da **revogabilidade** ou **irrevogabilidade** do ato administrativo, por-

que todo e qualquer ato do Estado pode ser, em tese, desfeito, quer por motivo de ilegalidade (anulação), quer por motivo de mérito (revogação), inoportunidade ou inconveniência. Entretanto, o desfazimento encontra barreira inarredável nos direitos adquiridos, que se erguem como limites intransponíveis à vontade da Administração.

A revogação priva o ato administrativo de efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da própria edição, ressalvados os efeitos já produzidos (Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, pág. 412). O fundamento da irretroatividade da revogação é o da proteção da confiança do destinatário na duração do ato, proteção esta que não se outorga a quem provocou o ato, aplicando meios ilícitos, casos em que o ato pode ser revogado com efeito *ex tunc* (Cf. Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, 1958, trad. espanhola, pág. 361 e Arnaldo de Valles, *La validità degli atti amministrativi*, 1917, pág. 443).

Roger Bonnard, examinando o efeito retroativo do ato revocatório, que a seu ver inexistente, formula o princípio geral da intangibilidade dos efeitos individuais dos atos administrativos (Cf. *Précis de droit administratif*, 4.^a ed., 1933, pág. 110), no que é acompanhado por Dupeyroux, quando elucida que "os atos administrativos regulares não podem, em princípio, ser objeto de revogação retroativa. Em outros termos, mesmo que a Administração perceba que teria sido mais oportuno tomar esta ou aquela decisão, não poderá fazê-la desaparecer, retroativamente, caso tal decisão tenha sido tomada regularmente" (cf. *La règle de la non-retroactivité des actes administratifs*, 1954, pág. 253).

Quanto à revogação, prevalece, pois, o princípio da irretroatividade, a não ser que o beneficiado pelo ato tenha agido de má-fé, concorrendo para que a Administração editasse o ato. Nesse caso, impõe-se a medida revocatória.

Assim, se a Administração nomeia médicos para a erradicação da malária, induzida, pelos nomeados, de necessidade da medida, em virtude de epidemia iminente, e mais tarde o administrador verifica a inexistência da moléstia, na região, impõe-se a revogação *ex tunc* do ato, devendo os nomeados devolver aos cofres públicos os vencimentos recebidos indevidamente, sem prejuízo de outras sanções.

8 Retroatividade da anulação.

No âmbito da Administração, anulação é o ato administrativo que destrói ato administrativo anterior, fazendo cessar-lhe os efeitos por motivo de ilegalidade. Decorre a anulação do princípio da autotutela, instituto que informa o patrulhamento dos atos administrativos pela própria fonte que os gerou, impedindo a permanência e a vida dos atos ilegais.

Aqui o problema da retroatividade é mais complexo, porque se a Administração, tutora do direito, tem o maior interesse em editar atos perfeitos, legais, cabendo-lhe retirar os atos defeituosos, há casos em que mesmo do ato defeituoso emergiram direitos, erguendo-se estes como barreira ao desfazimento. Por outro lado, qual o prazo que a Administração tem para anular os atos que editou? Sempre? Ou a segurança jurídica protege o beneficiário do ato, desde que este não tenha concorrido de algum modo para a concretização da medida? De ato nulo (anulável ou inexistente), pelo decurso do tempo e em virtude de terceiros atingidos pela ação dos funcionários, podem surgir direitos? De que modo os direitos adquiridos se apresentam como óbices irremovíveis para efeitos de anulação retroativa?

Se o ato administrativo é inexistente ou nulo, mas está produzindo efeitos, é de rigor que a Administração lhe declare a nulidade, inclusive *ex tunc*, pois *ex nihilo, nihil*.

Se o agente público acumula cargos, irregularmente, tendo ciência do fato, por ter agido de má-fé, ocultando a situação, o status é nulo, a partir da acumulação ilegal. Provada a má-fé, o agente perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente. Verificada, porém, em processo administrativo, acumulação proibida, e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos.

Na hipótese de boa fé, ato administrativo anulatório é irretroativo; no caso de má fé, a anulação é retroativa: editado, após o processo administrativo, no qual se provou a má fé, o ato opera também *ex tunc*.

“O poder de anulação, exercitado por determinada autoridade, não encontra nenhum limite nos direitos ou interesses referentes a outros sujeitos, porque sobre atos inválidos não pode basear-se nenhum direito ou tutela jurídica. Os efeitos da anulação decorrem sempre *ex tunc*, porque quando o ato é reconhecido viciado, deve ser eliminado desde o momento de sua formação. Por isso, também os efeitos que o ato já pode ter produzido são anulados, no sentido de que devem ser, até onde possível, eliminados ou reparados. Este princípio comporta, no entanto, exceções e temperamentos, ora estabelecidos por disposições especiais, ora introduzidos pela mesma autoridade administrativa” Zanolini, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol. I, págs. 259-260).

Apresentando, primeiro, a regra geral que vigora, no campo do direito administrativo, ou seja, de que “a Administração pode proceder de ofício à anulação do ato ilegítimo, em qualquer momento” (Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, pág. 437), logo depois, o mesmo autor faz a ressalva prudente de que o decurso do tempo pode interferir na “manutenção da vida do ato, embora ilegítimo, a fim de que não se subvertam estados de fato já consolidados por um respeito formal ao princípio abstrato da legitimidade. Não se deixe de levar em conta que o ordenamento jurídico é conservador, no sentido de que respeita fatos ocorridos há longa data, mesmo se não conformes à lei. Compreende-se, pois, como a anulação, demasiada tardia, sem fortes razões de interesse público, tenha sido entendida pela jurisprudência como viciada de excesso de poder” (Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, págs. 438-439) e, portanto, inidônea e ineficaz para o desfazimento do ato, protegido em sua integridade pelo decurso do tempo.

9. O regulamento.

O **regulamento** é ato administrativo geral. Como a lei em sua execução demanda providências, pormenores variáveis, mobilidade conveniente, para que preencha bem os seus fins, para que não encontre obstáculos, com razão se atribuiu ao poder executivo a tarefa de expedir os atos necessários para a boa execução dos preceitos legislativos. É mesmo atribuição indispensável ao governo, um dos modos por que

ele consegue preencher sua missão executiva, porque assegura a observância da lei, remove as dificuldades e imprime sua impulsão, ou direção administrativa (Cf. Pimenta Bueno, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, 1857, 1.^a parte, pág. 236).

Na hierarquia das normas, os **regulamentos** representam o grau mais alto na esfera administrativa, logo abaixo das normas legais, sendo a complementação destas. Pelo nosso sistema constitucional, os **regulamentos** são aprovados por decreto executivo e a sua amplitude só encontra limites nos textos legais regulamentados (Brandão Cavalcanti, *Curso de direito administrativo*, 3.^a ed., 1954, pág. 55).

Entre lei e **regulamento** existe diferença de forma, que não se reflete sobre o conteúdo, mas pode refletir-se sobre diversa eficiência jurídica dos dois atos. Ambos os atos criam normas, mas um se coloca em relação de subordinação relativamente ao outro (Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, vol. I, pág. 124).

Expedidos com o escopo único de facilitar a aplicação das leis, de fazer com que se executem fielmente, os **regulamentos** constituem uma faculdade conferida ao Chefe do Executivo mediante expresso texto constitucional (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 81, III).

Diferentemente do direito italiano que conhece vários tipos de regulamentos — executivos, delegados, autônomos —, o direito brasileiro conhece apenas o **executivo**, vinculado à lei, sendo introduzido por **decreto** do chefe do governo. Dai, o dizer-se que o **decreto** é o **veículo** (ou **instrumento**) do **regulamento**.

Entre nós, a forma tradicional de expedir **regulamento** é redigi-lo em texto separado, baixando-se **decreto** que o aprova, mas nada impede que o texto seja um só, isto é, que os preceitos do **regulamento** sejam consubstanciados no próprio **decreto**, como já se vem observando em alguns casos (Nunes Leal, *Problemas de direito público*, 1960, pág. 69).

O **regulamento executivo** tem por escopo, como o próprio nome indica, a **aplicação da lei**, pura e simples, orientando-lhe a concre-

ção com pormenores explicativos. Atuando *secundum legem*, jamais *contra legem* ou *praeter legem*, o regulamento executivo vale na medida exata em que facilita a aplicação do texto-base.

Desse modo, "a força retroativa dos atos regulamentares é geralmente repelida, porque acarretaria, necessariamente, uma perturbação das situações, baseadas na regra pré-existente. Tal perturbação seria contrária à lei que serve de alicerce ao ato regulamentar, a qual, de acordo com os princípios gerais, não tem força retroativa. É aí que tem origem o adágio francês — não se regulamenta para o passado. Por consequência, e a menos que haja disposição contrária de lei, a ab-rogação do ato regulamentar não pode perturbar os efeitos que já produziu" (Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, 1954, pág. 233).

De fato, se o acessório segue o principal, não tem sentido falar em retroatividade do regulamento, como unidade autônoma, quando se sabe que, entre nós, o regulamento segue a lei. O que se poderia estudar é o reflexo da retroatividade da lei sobre o regulamento, calcado este na lei anterior.

10. Conclusão

Dum modo geral, a Administração deve exercer a competência de que dispõe, levando em conta a situação presente, não o passado. Do contrário estaria cometendo a falta que a doutrina francesa denomina de "incompetência *ratione temporis*" (Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., 1952, pág. 136 e Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, págs. 90, 92, 101).

Ao contrário do ato administrativo geral — regulamento —, o ato administrativo especial — nomeação, demissão, promoção, readmissão, reintegração, revogação, anulação — enquadra hipótese concreta, regendo-se, pois, por princípios diversos dos que informam o regulamento.

O ato administrativo especial deve ser, antes de tudo, claro, conforme à lei, caracterizando-se pelos atributos da perfectibilidade, validade, integridade e eficácia.

Ao ser editado, projetar-se-á para o futuro, não havendo princípio algum, *a priori*, que o impeça de reportar-se ao passado.

O ato administrativo especial retroativo é, assim, uma realidade, não uma ficção. Cumpre apenas explicitar os casos em que ocorre, no direito brasileiro, a retroatividade, quer nas hipóteses de (a) atos especiais constitutivos de direitos, quer nos casos de (b) atos especiais desconstitutivos, quando o ato, editado no presente, conflita com efeitos de atos anteriores (direito administrativo transitório ou direito administrativo intertemporal).

No primeiro caso, é válido o princípio de que toda manifestação da vontade do poder público, traduzida em ato administrativo especial e não contrária à lei, tem eficácia retroativa, desde que traga benefícios ao destinatário. Assim, nomeações, promoções, readmissões, reintegrações, enfim, qualquer reconhecimento, no presente, de ato ou fato ocorrido no passado, pode ter eficácia retroativa.

No segundo caso, é válido também o princípio de que todo ato administrativo desconstitutivo — revogação ou anulação — tem eficácia retroativa, respeitados os direitos adquiridos, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito.

Em síntese, não tem sentido falar-se, *a priori*, em regra da não-retroatividade ou regra da retroatividade do ato administrativo, cumprindo examinar com cuidado cada hipótese sob o aspecto da eficácia, a qual tanto pode dirigir-se para o futuro, como para o passado e, neste último caso, pode agir de modo originário, criando direitos *ex tunc*, como pode conflitar com efeitos de outro ato, já editado, caso em que (a) se sobrepõe à eficácia anterior, desfazendo-a, ou (b) esbarra com limites que protegem o ato anterior, imunizando-o contra a eficácia retroativa, que desaparece perante a eficácia intangível do antigo ato.

FATURAMENTO OU RECEITA OPERACIONAL, IPI E CONTRIBUIÇÃO AO PIS. A PROBLEMÁTICA DO TRIBUTO SOBRE TRIBUTO

RUY BARBOSA NOGUEIRA

Catedrático de Direito Tributário. Professor
de Direito Tributário Comparado e Presidente
do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Na 206.^a reunião semanal da **Mesa de Debates** do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, entidade complementar à Universidade de São Paulo, foi levantada a questão se o quantum do IPI que o fabricante cobra em separado na nota fiscal se inclui no "faturamento" como base de cálculo para a contribuição ao PIS.

Esse problema de grande relevância vem preocupando as autoridades fiscais, trazendo inquietações e mesmo desigualdades de pagamentos entre os contribuintes porque, infelizmente, até agora as manifestações oficiais, ao invés de enfrentá-lo, tem sido dúbias ou tangenciais. Se na moderna literatura tributária mundial, a interpretação da ordem jurídico-tributária não é mais "pro fisco" nem "pro contribuinte", mas "pro lege", a única solução há de ser a constante do regime legal. Neste sentido, estudamos o problema e o equacionamos a partir da Constituição Federal e, tendo sido aprovado por unanimidade, a seguir o publicamos para conhecimento e apreciação dos interessados e dentro da finalidade do Instituto, de colaborar para o "ensino e justiça da tributação"

ESTUDO E CONCLUSÃO

I — Para um esclarecimento inicial e sintético, poderíamos resumir a pergunta e a resposta nestas palavras:

Sendo o IPI um imposto federal indireto, em que o industrial é apenas a fonte encarregada de sua cobrança como receita da União e o único imposto constitucionalmente "seletivo em função da essencialidade dos produtos" (C.F., § 3.º do art. 21), podem, dentro desse mesmo SISTEMA TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL, incidir outros tributos não seletivos sobre o quantum do IPI debitado, em separado, na nota fiscal?

A própria estrutura constitucional do SISTEMA TRIBUTÁRIO; a mais extensa legislação complementar da Constituição que é o Código Tributário Nacional; a legislação ordinária e regulamentar do IPI e a Súmula 125 do S.T.F., como o final do Parecer CST n.º 337/76, em harmonia com a doutrina respondem, unissonamente NÃO, o que a seguir demonstraremos.

A FENOMENOLOGIA DO IMPOSTO SOBRE IMPOSTO (STEUER VON DER STEUER — TAX ON TAX) E A DISCIPLINA JURÍDICA DO SISTEMA.

II — Um dos autores mais atuais, que se tem destacado no estudo específico do SISTEMA na tributação, é o notável catedrático de Colônia, Guenter Schmoelders.

Dentre vários de seus trabalhos já é clássica a obra TEORIA GERAL DOS IMPOSTOS (Allgemeine Steuerlehre), cuja 4.ª edição re-elaborada e ampliada em 1965 foi editada em Berlim. (1)

No capítulo segundo (pág. 221 e segs.), cujo título é precisamente SISTEMÁTICA TRIBUTÁRIA (Steuersystematik), começa o mestre a expor a "TEORIA DAS RELAÇÕES ENTRE OS DIFERENTES IMPOSTOS" (Beziehungslehre der Steuerform), cuja função consiste em criar categorias necessárias para a coordenação lógica dos impostos do sistema. (2)

(1) Editora Duncker & Humblot. Existe tradução em castelhano, porém da 3.ª edição de 1958, publicada pela Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1962, sob o título TEORIA GENERAL DEL IMPUESTO.

(2) Já em 1867, M. Pescatore publicou em Turim o livro LÓGICA DOS IMPOSTOS (Logica delle Imposte). Era apenas o despertar da lógica dos tributos, boje elevada à categoria de SISTEMA TRIBUTÁRIO Constitucional.

III — Esclarece Schmoelders que **QUAISQUER QUE SEJAM OS NOMES DOS IMPOSTOS** eles têm que ser reciprocamente ordenados de forma que se completem na ordem da consecução de seus fins, ou, **no mínimo, que UM TRIBUTO NÃO ESTORVE O OUTRO** (sich doch wenigstens nach Moeglichkeit nicht beeinträchtigen).

Na função de cada tributo está necessariamente o relacionamento do controle mútuo de seu próprio rendimento e efetividade, para impedir os fenômenos de evasão e **EVITAR DISTORÇÕES ENTRE A TRIBUTAÇÃO E A ECONOMIA, ENTRE O SUJEITO ECONÔMICO E O SUJEITO JURÍDICO E ENTRE OS DIFERENTES TRIBUTOS.**

IV — Dentre estas várias inter-relações dos tributos de um mesmo SISTEMA demonstra que a boa técnica deve atentar para o excesso que a incidência e a transação podem acarretar, erroneamente, que é o da **ACUMULAÇÃO** sobre um mesmo fato gerador de numerosos tributos, superior à capacidade contributiva, enquanto poderia deixar inaproveitada a capacidade contributiva de outros.

V — Exemplo típico para essa demonstração é, precisamente, o caso do imposto seletivo do consumo (pág. 244, "f"), que entre nós é o IPI.

No caso do IPI, se não tivéssemos, como veremos ter, uma estruturação legislativa de conformidade com a "teoria das relações entre os diferentes impostos", a **acumulação** de tributos sobre um mesmo produto industrializado tornaria não só insuportável a pressão tributária em certas hipóteses, mas especificamente a exacerbação de incidências de tributos sobre o quantum do IPI o **destruiria com parâmetro constitucional e legal de seletividade** em função da essencialidade dos produtos, pois **teríamos, no mínimo, sobre o preço ou faturamento do produto, na saída do estabelecimento, as seguintes acumulações de tributos (Steuerhaeuftungen):**

1.º — I.P.I.

2.º — I.C.M.

3.º) — P.I.S.

4.º) — mais os “tributos sobre o imposto seletivo”.

VI — Como luva para demonstrar que um sistema jurídico-tributário racional não pode permitir em seu bojo “impostos sobre o imposto seletivo”, sob pena de distorção da economia e da função de regulatividade do imposto seletivo sobre o consumo, outro grande mestre, na Suíça, que é o Catedrático HEINZ HALLER, da Universidade de Zurique, em sua obra básica denominada precisamente OS IMPOSTOS — LINHAS FUNDAMENTAIS DE UM SISTEMA TRIBUTARIO, (3) no capítulo III (ESTRUTURAÇÃO ÓTIMA — DIE OPTIMALE GESTALTUNG), à pág. 350, letra d, esclarece especificamente sobre a tributação seletiva do consumo (Einzelverbrauchsteuern) o seguinte, que assim traduzimos do idioma alemão, grifando:

“d) IMPOSTOS ESPECIAIS SOBRE O CONSUMO

“O valor das alíquotas somente pode se orientar na medida em em que se deseja reduzir o consumo, mas não com preocupações fiscais relativas ao rendimento do imposto. Para evitar um efeito anti-social desses impostos, recomenda-se tomar por base de cálculo não quantidades, mas valores, como é o caso na tributação indireta em geral.

Além disso também pode ser feita uma certa seleção das alíquotas de acordo com classes de qualidade ou preço dos respectivos artigos de consumo.

Tecnicamente o mais conveniente é vincular a tributação à produção na sua última fase da qual resulta o artigo pronto para consumo.

O número das empresas “encarregadas da cobrança do imposto” é reduzido, permitindo desta forma um controle eficiente. O imposto seletivo (especial) deve ser separado da tributação indireta geral.

(3) DIE STEUERN — GRUNDLINIEN EINES RATIONALEN SYSTEMS OEFFENTLICHER ABGABEN, 2.ª edição, J.C.B. MOHR, TUBIGEN, 1971, págs. 350/351.

NO CALCULO DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO GERAL, O IMPOSTO SELETIVO, PORTANTO, NÃO DEVE SER INCLUIDO NAS VENDAS (FATURAMENTO). Pois este imposto NÃO É PARTE DA RECEITA e NADA JUSTIFICA COBRAR AQUI “IMPOSTO SOBRE O IMPOSTO” (Steuer von der Steuer).

Somente com uma separação nítida de ambos os impostos é possível operar independentemente, com cada incidência seletiva, de forma a torná-la possível alcançar, com exatidão, as metas desse tipo tributário seletivo. (4)

Pois bem.

VII — Qual é a ESTRUTURA constitucional “DO SISTEMA TRIBUTARIO”, estatuída no capítulo V do Título I da vigente Constituição Federal, em relação à preservação da seletividade do I.P.I.?

(4) Tal é a precisão e absoluta coincidência com o vigente SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO NACIONAL que, para autenticidade e confronto, transcrevemos abaixo, integralmente, o texto original do livro suíço:

d) EINZELVERBRAUCHSTEUERN.

“Die Hoehe der Steuersaetze darf nur an dem Ausmass orientiert sein, in dem man den Konsum zu drosseln wuenscht, nicht dagegen an fiskalischen, die Ergiebigkeit der Steuer betreffenden Erwaegungen. Zur Vermeidung einer unsozialen Wirkung dieser Steuern empfielt es sich, als Bemessungsgrundlage nicht Mengeneinheiten zu verwenden, sondern Wertgroessen, wie dies bei der allgemeinen indirekten Besteuerung geschieht. Man kann darueber hinaus eine gewisse Staffelung der Steuersaetze nach Qualitaets-oder Preisklassen der betreffenden Gueter vornehmen. Technisch knuepft man die Besteuerung am zweckmaessigsten an die Produktion an, und zwar auf deren letzter Stufe, aus der das konsumfertige Gut hervorgeht. Die Zahl der “mit dem Steuereinzug beauftragten” Unternehmungen ist hier uebersichtlich, und dementsprechend ist eine wirksame Kontrolle moeglich. Die Sondersteuer ist von der allgemeinen indirekten getrennt zu halten. Bei der Berechnung der allgemeinen Steuer ist also die Sondersteuer nicht in den Umsatz miteinzubeziehen. Diese ist ja nicht Bestandteil der Wertschoepfung, und es ist durch nichts gerechtfertigt, hier “Steuer von der Steuer” zu erheben. Nur beim klarer Trennung beider Steuern kann mit jeder unabhængig operiert werden, so dass man in der Lage ist, die Belastungsziele exakt zu erreichen.” (págs. 350/351).

É, em termos literais e sistematizados, a mesma acima também exposta, unanimemente, pela doutrina.

VIII — Em nosso SISTEMA constitucional tributário o IPI não tem apenas e tão só a função do imposto neutro de pura arrecadação de receita da partilha tributária (C.F., art. 21, V), mas o SISTEMA lhe dá literalmente a natureza constitucional do imposto “**seletivo em função da essencialidade dos produtos**” (C.F., art. 21. § 3.º) e portanto a qualificação de instrumento e **parâmetro** de regulatividade econômica de “produção e consumo” (C.F., art. 8.º, XVII, d). Especificamente para isso é que suas alíquotas são muitas e diferenciadas, indo de alíquota zero a alíquota de trezentos e sessenta e cinco e sessenta e oito centésimos por cento: 0 a 365,68%!

IX — A mais ampla legislação complementar da Constituição, que é o Código Tributário Nacional, ao dispor sobre o IPI, estatui logo no art. 47 o conceito do valor ou preço como “base de cálculo do imposto” de produtos industrializados e, repetindo no art. 48 o preceito constitucional de que “o imposto é seletivo em função da essencialidade dos produtos”, complementa essa estrutura constitucional do SISTEMA TRIBUTÁRIO.

Dentro desta harmonia, quando chega na disciplina do I.C.M., após dispor “sobre a base de cálculo” deste outro imposto no art. 2.º do Decreto-lei 406, de 1968, incorporado ao CTN, **veda** expressa e literalmente que o ICM incida sobre o quantum do IPI no mesmo momento de saída dos produtos industrializados do estabelecimento, por meio destes termos técnicos:

(I C M)

Art. 2.º — A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria.

§ 5.º. O montante do imposto sobre produtos industrializados **NAO INTEGRA a base de cálculo definida neste artigo:**

I — quando a operação constitua fato gerador de ambos os tributos:

X — Se o IPI é constitucionalmente um imposto seletivo, cobrado “no momento que o produto sai do estabelecimento” (§ 3.º do art. 6.º do Decreto 70.162) ou “para o consumo” (CTN, art. 46, parágrafo único), e por meio de alíquotas **não uniformes ou seletivas**; com o quantum dele IPI **separado** e debitado ao adquirente na nota fiscal e apenas cobrado como **receita da União**, é óbvio que nesse momento **ainda não integrado ou diluído no preço** do produto, esse quantum ou montante não pode integrar a **base de cálculo de outro tributo não seletivo**.

XI — Se um imposto de alíquota **uniforme** incidir sobre o imposto seletivo, ele deixa de ser **imposto de alíquota uniforme** para se transformar em **imposto seletivo**, isto é, passa a ser um **adicional do imposto seletivo**, destruindo o sistema.

Se a alíquota uniforme passa a atingir, como base de cálculo, o resultado de alíquotas do 0 (zero) a 365,68%, a própria **uniformidade constitucional** da alíquota dos tributos neutros ou **não seletivos**, que é uma **isonomia constitucional**, também é destruída.

Este proibido efeito discriminatório sobre o mesmo fato gerador transformaria a aplicação da alíquota **uniforme** em seletiva e, além de infringir o sistema constitucional pela **inversão e mistura da natureza de cada tributo**, acarretaria ainda, em relação ao fabricante arrecadador e ao cidadão-contribuinte consumidor, **escancaradas inconstitucionalidades**.

XII — O IPI é o único imposto constitucionalmente **seletivo**; o único imposto em que o fabricante como arrecadador tem de aplicar alíquotas seletivas e que o cidadão-contribuinte consumidor tem a obrigação e o dever de suportar por meio dessas alíquotas discriminatórias de 0 (zero) a 365,68% em razão de ordem constitucional de seletividade pelo grau de essencialidade dos produtos de consumo.

Sendo esta discriminação seletiva do IPI de ordem constitucional, só é legítima nos **precisos termos e dentro da SISTEMÁTICA constitucional**.

Qualquer excesso ou lesão desses direitos ou garantias não só destrói o sistema, mas fere direitos constitucionais tanto do contribuinte de direito (o fabricante como sujeito passivo e cobrador ou coletor da União), como do contribuinte econômico ou de fato que, nos termos do art. 166 do CTN, assume o encargo financeiro (consumidor final).

XIII — O texto do § 5.º do art. 1.º do Decreto-lei 406 acima transcrito e incorporado à legislação complementar do CTN, ao enunciar que o **“montante do IPI não integra a base de cálculo”** do ICM, é apenas uma explicitação ou consequência natural da norma constitucional da seletividade inscrita literalmente no § 3.º do art. 21 da Constituição.

Ainda que não existisse a redação daquele § 5.º, bastaria a disciplina ou princípio desta norma constitucional imperativa e mandatória da seletividade, porque ela é auto-aplicável contra a incidência de qualquer tributo sobre o montante do IPI, nitidamente separado na nota fiscal, pois o texto constitucional é categórico e auto-suficiente, quando reza, no imperativo:

Art. 21 — Compete à União instituir imposto sobre:

V — produtos industrializados...

§ 3.º — O imposto sobre produtos industrializados **será seletivo em função da essencialidade dos produtos...**

XIV — O IPI é o único imposto seletivo do SISTEMA constitucional tributário e, em face desse sistema ou regime e daquele princípio que a Constituição adota, a não incidência de outros tributos sobre o IPI apenas cobrado pelo contribuinte na posição de fonte arrecadadora, de simples coletor da União, constitui, nessa mesma ordem constitucional, não só uma obrigação, mas também um direito ou garantia individual dos cidadãos responsáveis ou contribuintes, reiterado ou repetido também como consequência de SISTEMA no capítulo próprio daqueles direitos e garantias fundamentais, nestes termos:

“DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art. 153 — A constituição assegura...

a inviolabilidade dos direitos concernentes...

à **propriedade**, nos termos seguintes:

.....

§ 36 — A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui **outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota**”.

XV — Ora, se o princípio da seletividade inscrito dentro do sistema tributário constitucional é incompatível com a incidência de quaisquer outros tributos não seletivos sobre o quantum do IPI e o próprio SISTEMA do CTN, apenas explicitando aquele princípio ou incompatibilidade dentro do sistema afastou dele o ICM; no caso da contribuição ao PIS, em que a sua própria legislação fala em **“faturamento”** e que por faturamento se entende apenas **“o valor definido na legislação do Imposto de Renda como receita operacional”** da qual também está excluído o quantum do IPI (5), a não incidência da contribuição ao PIS sobre o IPI, no caso, é apodítica ou mesmo **“a fortiori”**.

XVI — O quantum do IPI **não é receita da empresa** que apenas o arrecada; a empresa não é dele credora, proprietária nem beneficiária; mas apenas uma espécie de consignatária ou depositária para entrega, em prazos fatais, aos cofres da União. A Lei 4.357, de 1964, até estabelece que se a empresa dele se creditar indevidamente, o ato será equiparado ao crime de **apropriação indébita** (art. 11, b).

(5) Neste sentido o saudoso Prof. Fábio Fanucchi, reconhecido especialista do Imposto de Renda já esclarecera, precisamente, que **“tanto o IPI (dissociado do preço dos bens por ela, empresa, vendidos) como o ICM (embora integrado no preço dos bens vendidos) não constituem uma “receita operacional”, base de cálculo da contribuição do PIS”**. (ASPECTOS TRIBUTARIOS DO PIS, publicado na Resenha Tributária, Imposto sobre a Renda, Comentário 1.3, 1971, pág. 258).

XVII — Como já demonstramos acima, o SISTEMA TRIBUTÁRIO constitucional não admite a cobrança de tributos sobre a parcela do IPI debitada em separado e portanto nenhuma lei complementar ou ordinária poderia instituir essa cobrança porque seria inconstitucional e esse entendimento já ficou consagrado em pareceres vários e jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal, chegando este até à fixação dessa jurisprudência na Súmula 125, como passaremos a ver.

XVIII — Ao tempo da cobrança do Imposto de Indústrias e Profissões, calculado sobre o “movimento econômico”, a legislação municipal mandava aplicar a alíquota percentual “sobre o movimento econômico do contribuinte, como tal considerada a receita bruta”. Tivemos oportunidade de proferir o parecer publicado na Revista dos Tribunais, vol. 346, págs. 54 a 67, em que demonstramos que para os efeitos daquela tributação não se incluía a parcela do imposto de consumo, hoje denominado IPI.

XIX — Vários foram os acórdãos unânimes do STF nesse mesmo sentido, solucionando definitivamente que,

“não se inclui a parcela do imposto de consumo, que representa renda da União. Militam em favor dessa interpretação as mesmas razões inspiradoras dos acórdãos que servem de lastro à Súmula 125 (R.T.J. de 1969, 49/201).

XX — No acórdão também do S.T.F., publicado no R.T.J. 48/23, ficou bem ressaltado como razão porque a parcela do imposto de consumo, hoje chamado IPI, não podia sofrer a incidência do imposto municipal, nestes termos:

“A própria lei municipal manda que se calcule o imposto sobre a receita bruta.....

Ora, o imposto de consumo que o fabricante recolhe por ocasião da primeira venda e que será pago pelo comprador, onerando, a final o consumidor, é receita da União e não receita da empresa”

XXI — Também anteriormente ao CTN o fisco estadual pretendia cobrar o Imposto de Vendas e Consignações (hoje ICM com a natureza de valor acrescido) e também naquele tempo tivemos ocasião de elaborar o parecer publicado de págs. 48 a 55 da Revista dos Tribunais, vol. 285, sob o título:

“ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA DO IMPOSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES SOBRE A PARCELA DO IMPOSTO DE CONSUMO”

Inúmeros foram os acórdãos da Suprema Corte no sentido dessa ilegitimidade, de tal sorte que essa jurisprudência foi condensada na Súmula n.º 125, nestes termos:

NÃO É DEVIDO O IMPOSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES SOBRE A PARCELA DO IMPOSTO DE CONSUMO QUE ONERA A PRIMEIRA VENDA REALIZADA PELO PRODUTOR.

XXII — Abordando especificamente o tema de que o “faturamento” base para a incidência da contribuição ao PIS não pode incluir aquelas parcelas do IPI e com riqueza de fundamentos são, dentre outros, os trabalhos dos eminentes tributaristas pátrios, integrantes do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, na ordem em que foram publicados:

Luiz Mélega (PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, LTR, matéria tributária n.º 100/73); Hamilton Dias de Souza (NATUREZA JURÍDICA E BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO A QUE SE REFERE O PIS, em ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1974, págs. 269/305) e José Manoel da Silva (FATURAMENTO DO PIS, Fisco e Contribuinte, março de 1975, pág. 251).

Em todos esses trabalhos tivemos a satisfação de ver transcritos e apoiados os fundamentos daqueles nossos citados pareceres e a conclusão de cada um daqueles eminentes tributaristas, de que o tributo conhecido como contribuição ao PIS não incide sobre a citada parcela do IPI.

XXIII — Além de todos os demais fundamentos dos nossos dois pareceres publicados, aos quais nos reportamos, porque foram confirmados pela jurisprudência de nossa Suprema Corte e ora demonstrado, unanimemente, pelos citados autores pátrios que se aplicam pela mesma "ratio essendi" ao caso da contribuição ao PIS, queremos acrescentar agora jurisprudência uniforme dos tribunais dos EE. UU. e explicação do grande mestre e amigo da Universidade de Nova York, Catedrático Jerome Hellerstein, nestes termos que traduzimos para o vernáculo:

(resumo jurisprudencial)

... "quando as vendas são feitas pelo fabricante ao consumidor, o imposto sobre vendas incide no instante em que uma venda é feita. Em vista do fato de que o imposto de consumo federal e o imposto estadual sobre as vendas incidem no mesmo instante que a venda é feita, segue-se que o imposto federal não se tornou uma parcela do preço de venda, mas é apenas um fundo (quantum) que, ao ser cobrado (coletado), deve ser entregue pelo fabricante ao governo federal. Tal fundo (quantum) não se torna uma parte do "lucro bruto" realizado dentro da venda do fabricante e por isso não está sujeito à tributação no sentido do Ato n.º 167..."

A conclusão inevitável é de que o imposto federal de consumo não pode ser considerado como parte do preço de venda e neste sentido é firmada a decisão pelo julgamento desta Corte".

(notas do Prof. Hellerstein)

A. **Imposto sobre imposto** (TAX ON TAX. A constatação se o imposto onera o consumidor é um fator decisivo para determinar se esse imposto deve ser incluído na base de cálculo de um imposto sobre venda. Assim, se o imposto incide sobre o consumidor, como é o caso do imposto de consumo federal..., nesse preço não há justificção para que seja incluído o quantum de tal imposto no preço de venda, porque o fabricante é apenas um coletor do imposto federal."...

RCGE, Porto Alegre, 7(17): 29-43, 1977

(...when sales are made directly from producer to consumer, the sales tax attaches the instant a sale is made. In view of the fact that the federal excise tax and the State sales tax attach at the instante a sale is made, it follows that the federal tax has not become a part of the sale price, but is a fund, which when collected is payable by the manufacturer to the federal government. Such fund does not become a part of the "gross proceeds" realized by the manufacturer from the sale, and is not subject to taxation within the meaning of Act n.º 167...

The conclusion is inevitable that the federal excise tax may not be considered as a part of the retail price, and the judgement of the trial Court is affirmed"

NOTES AND PROBLEMS

A. **TAX ON TAX.** The determination of whether the tax is imposed on the consumer is an important factor in determining whether another tax is to be included in the measure of retail sales tax.

Thus if the levy is imposed on the consumer, as is the case in the federal tax..., there is no warrant for including the amount of such a tax in the vendor's sales price, for he is merely a collector of the federal tax"... (6).

XXIV — Aliás, o Parecer CTS n.º 337, de 20.03.1976 da Coordenadoria do Serviço de Tributação do Ministério da Fazenda, proferido especificamente a pedido e em nome da Caixa Econômica Federal e dando esta orientação quanto ao conceito de "RECEITA OPERACIONAL BASE DE CALCULO PARA CONTRIBUIÇÃO AO PIS", a nosso ver esclareceu àquela CAIXA que ela não deve e não pode exigir aquela contribuição sobre o IPI, pois assim conclui esse Parecer:

(6) STATE AND LOCAL TAXATION — CASES AND MATERIALS, Jerome R. Hellerstein, New York University School of Law, second edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1961, págs. 412/413.

RCGE, Porto Alegre, 7(17): 29-43, 1977

“B) substituição da frase “sem exclusão de impostos de qualquer natureza” constante de todos os itens do quadro relativo às receitas provenientes das vendas, pela seguinte: “sem exclusão de impostos de qualquer natureza que integrem o preço dos bens ou produtos.”

Sem sombra de dúvida, o IPI arrecadado pelo fabricante e debitado em separado na nota fiscal, não pertencendo à empresa fabricante, não sendo parcela do seu preço de vendas, mas apenas receita da União, por esse Parecer CST não pode o IPI ser incluído na base de cálculo, para efeito da contribuição ao PIS, porque o IPI não integra o preço de venda do fabricante. A própria Resolução 174 para o caso só se refere a “faturamento” e a “operações de vendas de mercadorias” (art. 4.º, b e § 3.º). Se a Caixa Econômica Federal exigir essa inclusão, não só praticará ato manifestamente ilegal mas, desatendendo à lei e ao parecer específico do Ministério da Fazenda, o ato manifestamente ilegal será corrigível até pela via do mandado de segurança e o indevidamente cobrado sujeito à repetição do indébito.

XXIII — Por derradeiro bastam mais estas considerações também fundamentais:

A contribuição ao Programa de Integração Social é calculada sobre o “faturamento” da empresa na presunção de que o volume de vendas é índice indireto de lucratividade ou capacidade econômico-financeira da empresa, de que o empregado, por essa forma, passa a participar. Se a própria empresa não pode sequer se apropriar das parcelas do IPI porque cometeria crime de apropriação indébita, não é crível que pudesse ter o empregado participação indireta, a cargo da empresa, nessa receita da União que jamais é rendimento ou receita da empresa.

Além disso, essa discriminação de todo infundada e proibida pelo SISTEMA constitucional acarretaria também infração ao princípio da isonomia entre as próprias empresas. As empresas não contribuintes do IPI ou de alíquota zero nada teriam que pagar a título dessa ilegítima e indesejável “contribuição de PIS sobre o IPI” (contribuição não seletiva sobre imposto seletivo), enquanto as empresas que já têm esse encargo, isto é, o ônus de arrecadar sem qualquer remuneração o

IPI de alíquotas até 365,68%, ficariam sujeitas a contribuição ao PIS de forma discriminatória, isto é, desigual, sobreposta e exacerbadamente onerosa. Este não é nem poderia ser o SISTEMA TRIBUTÁRIO da Constituição Federal do Brasil, como já vimos. Ao reverso, a Constituição proíbe tais desigualdades.

Em face de todo o exposto, não temos dúvida em concluir que a citada parcela do IPI não se inclui na base de cálculo da contribuição, com recurso próprio da empresa, ao PIS, prevista no item “b”, art. 3.º da Lei complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970.

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

MARCELO CAETANO

Ex-Presidente do Conselho de Ministros
de Portugal. Professor Titular na Uni-
versidade de Lisboa

I — Os Antecedentes da Constituição

1. A Constituição da Republica Portuguesa, aprovada e promulgada em 2 de abril de 1976, para entrar em vigor em 25 desse mês, consagra a revolução social desencadeada pelos militares organizados em Movimento das Forças Armadas (M. F. A.) no dia 25 de abril de 1974.

Nesses dois anos o processo revolucionário sofreu várias vicissitudes, cujo conhecimento, embora muito sumário, é indispensável para a compreensão do texto da Constituição.

2. O Movimento das Forças Armadas (M. F. A.), como organização conspiratória, antes da Revolução obedecia a uma Comissão Coordenadora onde, nas semanas anteriores a 25 de abril de 1974, ganharam nitida preponderância os oficiais de idéias marxistas, cuja formação política se refletiu no programa do Movimento submetido ao General Spínola e que este modificou em sentido menos socializante.

No dia 25 de abril de 1974 o General Spínola resolveu sobrepor à Comissão Coordenadora do Movimento das Forças Armadas uma Junta de Salvação Nacional, cujos membros (3 do Exército, 2 da Armada e 2 da Força Aérea) foram imediatamente promovidos a oficiais-generais de quatro estrelas, posto que só dois (Costa Gomes e Spínola) até aí possuíam.

Para disciplinar a atuação dos novos governantes, a Junta de Salvação Nacional publicou várias leis constitucionais, a mais importante das quais foi a n.º 3, de 14 de maio de 1974.

Segundo essa lei, era prevista a eleição de uma Assembléia Constituinte até 31 de março de 1975 para elaborar e aprovar a nova Constituição Política, devendo fazê-lo no prazo de 90 dias, contados a partir da data da diplomação dos seus membros, podendo esse prazo ser prorrogado por mais 90 dias pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Estado. A Assembléia dissolver-se-ia no momento da aprovação da Constituição ou, caso expirasse o prazo para o fazer sem cumprir a sua missão, devendo, neste caso, ser substituída por outra, a eleger no prazo de 90 dias.

Até à aprovação da nova Constituição, o Poder seria exercido pelo Presidente da República (escolhido pela Junta de Salvação Nacional de entre os seus membros), pela Junta de Salvação Nacional, e seus membros distribuiriam entre si as funções do Alto Comando das Forças Armadas, por um Conselho de Estado e pelo Governo Provisório.

O Conselho de Estado era formado pelos membros da Junta de Salvação Nacional, por sete representantes das Forças Armadas e por sete cidadãos de reconhecido mérito designados pelo Presidente da República, e competia-lhe exercer os poderes constituintes até a eleição da Assembléia, aprovar os decretos-leis propostos pelo Governo Provisório e definir as linhas gerais da política a seguir, bem como praticar vários atos de assessoria do Presidente, formando uma espécie de miniparlamento.

O Governo Provisório exerceria as tradicionais funções governativas e de supervisão da administração; mas a estrutura das Forças Armadas ficava "totalmente independente da estrutura do Governo Provisório", sendo os assuntos que lhes respeitasse atribuídos ao Conselho dos Chefes dos Estados-Maiores sob a presidência do Chefe do Estado Maior das Forças Armadas, ao qual era reconhecida "categoria idêntica à do Primeiro-Ministro, sucedendo-lhe imediatamente na hierarquia da função pública".

Havia, pois, a par das leis da Junta de Salvação Nacional, decretos-leis do Governo Provisório e decretos-leis do Conselho dos Chefes de E. M.

3. Alarmado com o crescente domínio comunista no país e nas Forças Armadas, e vendo fugir-lhe das mãos o processo de descolonização do Ultramar, cujo plano oferecera à Nação num livro célebre que desde logo os observadores consideraram utópico, o General Spínola procurou consolidar a sua autoridade: primeiro, mediante a realização imediata da eleição do Presidente da República por sufrágio direto, universal e secreto, proposta que foi rechassada em Conselho de Estado; depois, mediante uma manifestação popular plebiscitária, para a qual era convocada a "maioria silenciosa", mas que o Partido Comunista fez gorar, levantando barricadas nas vias de acesso a Lisboa e ao local da manifestação.

O General Spínola viu-se então privado de meios de intervenção numa situação manifestamente sediciosa. As tropas escolhidas para a defesa da Revolução estavam agrupadas no Comando Operacional do Continente (C.O.P.C.O.N.), dependente do Chefe do Estado Maior das Forças Armadas e colocado às ordens de um jovem major esquerdista graduado em General. Essas tropas favoreciam os adversários do Presidente. Este solicitou ao Conselho de Estado a declaração do estado de sítio, que lhe foi reusado. O episódio, que ficou conhecido pela data de 28 de Setembro, encerrou-se com dramática renúncia do General Spínola à Presidência da República, no dia 30, num discurso em que disse: "encontro-me perante a evidência de o Programa do Movimento das Forças Armadas estar a evoluir no quadro de uma ação política tendente, afinal, à sua própria neutralização, em verdadeiro clima de inversão de uma moral cívica à margem da qual se torna impossível a prática da democracia e da liberdade. Inversão em que, por fidelidade ao espírito do Movimento e pelo respeito aos compromissos que assumi ao aceitar este cargo, não devo nem posso participar."

"... A paz, o progresso e o bem-estar da Nação são comprometidos pela crise econômica para que caminhamos aceleradamente, pelo desemprego, pela inflação incontrolada, pela quebra no comércio, pela retração dos investimentos e pela ineficácia do poder central. Isto porque o que se vem fazendo à sombra do programa do Movimento das Forças Armadas pouco menos é que o assalto aos meios de produção; é a reivindicação com base em decisões tomadas a níveis sem competên-

cia nem legitimidade para o fazer, enfim, é a inversão das estruturas à margem da sanção democrática do povo... Neste clima generalizado de anarquia, em que cada um dita a sua lei, a crise e o caos são inevitáveis em flagrante contradição com os propósitos do Movimento”.

4. Com a saída de Spínola foram expurgados da Junta de Salvação Nacional três membros da sua confiança. Reduzida apenas a três vogais, estes designam para ocupar interinamente a Presidência da República o General Francisco da Costa Gomes, C.E.M.F.A., que não abandonou estas funções por via das quais conservava o controle do aparelho militar, incluindo o COPCON, investido no papel de polícia política. A Junta de Salvação Nacional foi reconstituída pela designação de novos membros.

Em 15 de novembro de 1974 foram publicadas as leis eleitorais (Decretos-Leis n.ºs 621-A e 621-B). A eleição para a Assembleia Constituinte teria lugar em março de 1975 por sufrágio universal, direto e secreto, e pelo sistema da representação proporcional dos partidos políticos, segundo o método de Hondt. Foram privados do direito de votar e de ser eleitos alguns milhares de cidadãos incluídos em determinadas categorias de governantes, funcionários e colaboradores do antigo regime. Outros, somando centenas de milhares, foram declarados inelegíveis por terem exercido — entre 28 de maio de 1926 e 25 de abril de 1974 — funções administrativas como as de presidente da Câmara Municipal (Prefeito) ou terem pertencido a associações cívicas, algumas das quais, como o Movimento Nacional Feminino, criadas para apoiar moral e materialmente os soldados destacados para a África e as respectivas famílias.

Não sendo nosso intuito fazer a história do período, mas unicamente registrar os fatos que tiveram influência na orientação da Assembleia Constituinte, limitar-nos-emos a mencionar dois pontos de maior relevo no processo revolucionário.

O primeiro foi o da progressiva aliança do M.F.A. com o Partido Comunista. Este, apesar de minoritário, era constituído por um grupo muito consciente e ativo de militantes que aproveitaram posições conquistadas durante os anos de clandestinidade ou obtidas depois de 25

Nesse título se faz a enumeração dos **órgãos de soberania**, adotando a expressão usada na Constituição de 1933 em vez de “poderes do Estado”. Esses órgãos de soberania são o Presidente da República, o Conselho da Revolução, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais (art. 113) que devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição (art. 114).

Note-se que na Constituição de 1933 os órgãos de soberania eram o Chefe do Estado (Presidente da República), a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais.

Além dos órgãos de soberania a Constituição refere-se aos órgãos das regiões autónomas e aos órgãos de poder local (arts. 114 e 115).

14. Na enumeração constitucional parece, pois, que o mais importante órgão de soberania é o Presidente da República o qual, segundo reza o art. 123, “representa a República Portuguesa e desempenha, por inerência, as funções de Presidente do Conselho da Revolução e de Comandante Supremo das Forças Armadas”.

Eleito por sufrágio universal, direto e secreto dos cidadãos portugueses eleitores que estiverem presentes à data da eleição no território nacional (art. 124) de entre candidatos propostos por um mínimo de 7.500 e um máximo de 15.000 cidadãos eleitores (art. 127), por maioria absoluta dos votos expressos no primeiro escrutínio ou, não sendo então conseguida, num segundo a que concorram apenas os dois candidatos mais votados (art. 129), o Presidente exerce um mandato de cinco anos (art. 131), reelegível para um segundo mandato (art. 126).

A sua competência é discriminada quanto ao funcionamento de outros órgãos (Conselho da Revolução, de que é presidente, Assembleia da República, Governo, regiões autónomas, art. 136), para a prática de atos próprios (Comando Supremo das Forças Armadas, promulgação das leis e dos decretos, declaração do estado de sítio ou de emergência, indulto e comutação de penas, art. 137) e nas relações internacionais (nomeação de embaixadores sob proposta do Governo, ratificação de tratados, declaração de guerra e conclusão de paz, art. 138).

15. A realidade, porém, é que a chefia do Estado pertence ao Conselho da Revolução, caracterizado no art. 142 como garante do regular funcionamento das instituições democráticas, do cumprimento da Constituição e do espírito da Revolução, além de ser "órgão político e legislativo em matéria militar".

O art. 143 fixa a composição do Conselho, pela ordem seguinte: o Presidente da República, o Chefe e o Vice-Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, os Chefes dos Estados Maiores dos três ramos das Forças Armadas, o Primeiro Ministro quando seja militar, catorze oficiais, sendo oito do Exército, três da Força Aérea e três da Armada, designados pelos respectivos ramos das Forças Armadas.

Esta composição merece alguns comentários. Em primeiro lugar nota-se que, num órgão político e legislativo da importância do Conselho, o Primeiro-Ministro só tem assento quando seja militar e nesse caso ocupando o sétimo lugar, e o Ministro da Defesa Nacional está excluído, mesmo sendo militar.

Depois repare-se que existem duas classes de membros: os que se podem chamar **membros-natos** por exercerem o lugar por inerência com certas funções (Presidente da República e Chefes dos Estados-Maiores) e os **membros vitalícios** que são os 14 oficiais inicialmente designados pelas Forças Armadas mas que, por força do n.º 2 do art. 143, só abrem vaga "em caso de morte, renúncia ou impedimento permanente verificado pelo próprio Conselho". Foge, pois, o Conselho à regra dos mandatos temporários, constituindo-se como órgão autocrático.

A competência do Conselho da Revolução está expressa nos artigos 145 e 148.

Só com **autorização** do Conselho pode o Presidente da República declarar a guerra, fazer a paz declarar o estado de sítio, ausentar-se do território nacional.

É ao Conselho que cabe a **iniciativa** do processo para a efetivação da responsabilidade do Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções (art. 133). Compete-lhe ainda de-

clarar a impossibilidade física permanente do Presidente e verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções (art. 143, e).

O Presidente pode dissolver a Assembléia da República precedendo **parecer favorável** do Conselho da Revolução, salvo nos casos de dissolução obrigatória (art. 136, e).

Para nomear e exonerar o Primeiro-Ministro carece o Presidente de ouvir o Conselho da Revolução a fim de que ele se pronuncie, bem como para exercer o direito de veto suspensivo quanto aos diplomas aprovados pela Assembléia da República e para dissolver ou suspender os órgãos das regiões autônomas (arts. 136, f e i, 139 e 147). Do mesmo modo tem de o ouvir para designar o ministro que substitua o Primeiro-Ministro nas ausências e impedimentos deste (art. 188).

Tem o Conselho da Revolução poderes para se pronunciar sobre a constitucionalidade de quaisquer diplomas antes de serem promulgados ou assinados pelo Presidente da República, e, portanto, para evitar a promulgação ou assinatura.

Deve "velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas constitucionais, podendo para o efeito formular recomendações" e tem competência para "apreciar a constitucionalidade de quaisquer diplomas publicados ou a publicar", devendo para este efeito serem-lhe enviados todos os decretos remetidos ao Presidente da República para serem promulgados como lei ou decreto-lei ou que consistam na aprovação de tratados ou acordos internacionais. O envio ao Presidente e ao Conselho será simultâneo, não podendo a promulgação ter lugar antes de passarem cinco dias sobre a sua recepção no Conselho (art. 277).

O presidente da República é, pois, vigiado e condicionado de perto pelo Conselho da Revolução de que faz parte e que constitui o verdadeiro órgão supremo do poder político.

Trata-se de um enxerto claramente ditatorial numa Constituição que se pretende democrática. Caráter acentuado pela competência exclusiva do Conselho da Revolução em matéria militar, caso de que não conhecemos outro exemplo em nenhuma Constituição do Mundo.

Na verdade, prescreve o art. 148 que “na qualidade de órgão político e legislativo em matéria militar compete ao Conselho da Revolução: a) Fazer leis e regulamentos sobre a organização, o funcionamento e a disciplina das Forças Armadas; b) Aprovar os tratados ou acordos internacionais que respeitem a assuntos militares”.

“Os decretos-leis do Conselho da Revolução têm valor idêntico ao das leis da Assembléia da República” acrescenta o n.º 3 do art. 149.

Deste modo o Governo, e especialmente o Ministro da Defesa Nacional, é simples executor das providências tomadas pelo Conselho da Revolução sobre a organização e utilização das Forças Armadas, não participando da respectiva discussão nem tendo a iniciativa delas. Por isso mesmo o orçamento da despesa das Forças Armadas tem sido aprovado pelo Conselho e remetido ao Ministério das Finanças que se limita a incluí-lo no Orçamento Geral do Estado.

Resta anotar que os Conselheiros vitalícios têm a categoria e os vencimentos de Ministros de Estado, segundo a lei orgânica do Conselho, que é da competência exclusiva deste (art. 144).

16. Vêm a seguir os títulos consagrados à Assembléia da República e ao Governo.

Como a matéria de mais interesse é a referente às relações entre os dois órgãos, incluindo a repartição pelos dois da competência legislativa, vamos limitar-nos a breves notas sobre as estruturas.

A **Assembléia da República** é composta por um mínimo de 240 e o máximo de 250 deputados, eleitos por círculos eleitorais proporcionalmente ao número de eleitores neles inscritos. As candidaturas são apresentadas pelos partidos políticos e a eleição tem lugar segundo o sistema da representação proporcional e o método da média mais alta de Hondt (arts. 151 a 155). A Assembléia tem funções legislativas e de fiscalização (arts. 164 e 165). A legislatura dura quatro anos e cada sessão legislativa ordinária oito meses, de 15 de outubro a 15 de junho (arts. 174 e 177). Funciona em reuniões plenárias e por comissões (art. 181), e no intervalo das sessões legislativas ou durante as suspensões

destas fica em exercício uma Comissão Permanente encarregada de acompanhar a atividade do Governo e da Administração e de preparar a abertura da nova sessão (art. 182).

O **Governo** é “o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública” (art. 185), sendo constituído pelo Primeiro-Ministro e por Ministros, Secretários de Estado e Subsecretários de Estado cujo número, designação e atribuições são determinados nos decretos de nomeação dos titulares ou em decreto-lei (art. 186).

Ao Conselho de Ministros só assistem normalmente o Primeiro-Ministro e os Ministros, podendo ser criados por lei Conselhos especializados em razão da matéria (art. 187).

O Primeiro-Ministro “é nomeado pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da Revolução e os partidos representados na Assembléia da República e tendo em conta os resultados eleitorais”. Os restantes membros do Governo são nomeados pelo Presidente da República, sob proposta do Primeiro-Ministro (art. 190).

Curiosamente a estrutura do Governo e a sua competência pouco divergem da Constituição de 1933.

17. Quanto às relações entre o Governo e a Assembléia da República, podem ser considerados três pontos fundamentais: a investidura do Governo, a responsabilidade governamental e a partilha da competência para legislar.

Investidura do Governo — Como ficou dito, a nomeação do Primeiro-Ministro é da competência do Presidente da República depois de feitas as consultas determinadas no art. 150. Nomeado o Primeiro Ministro, este, a seguir, forma o Governo e elabora o programa que deverá apresentar à Assembléia da República no prazo máximo de 10 dias a contar da nomeação (art. 195) e donde devem constar as principais medidas políticas e legislativas a adotar ou a propor para execução da Constituição (art. 191).

A Assembléia que, no caso de não se encontrar em funcionamento efetivo, será convocada pelo seu presidente, tem cinco dias para apreciar e debater o programa do Governo, devendo no final proceder à votação, na qual só por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções (e não dos presentes) o programa poderá ser rejeitado (art. 195). No caso de rejeição o Governo apresentará a sua demissão ao Presidente da República, que tem de aceitá-la (art. 198), pois só no caso de três rejeições consecutivas de diferentes programas de governo lhe é lícito dissolver a Assembléia (art. 136, letra c e art. 198, n.º 2).

Responsabilidade governamental — O Governo é politicamente responsável perante o Presidente da República e a Assembléia da República, sendo essa responsabilidade solidária quando se trate de cumprir o programa ou deliberações tomadas em Conselho de Ministros (artigos 192 e 193).

A Constituição distingue, porém, no art. 194, entre responsabilidade política e responsabilidade governamental.

Perante o Presidente da República só é responsável politicamente o Primeiro-Ministro; os restantes membros do Governo respondem perante o Primeiro-Ministro. Isto quer dizer que o Presidente da República pode exonerar o Primeiro-Ministro desde que tenha a anuência do Conselho da Revolução ou seja aconselhado a fazê-lo por este (art. 147). O Primeiro-Ministro pode propor quando entender a exoneração dos membros do seu Governo.

Quanto à responsabilidade governamental é, como ficou dito, solidária, vinculando o Primeiro-Ministro e os Ministros (só estes) aos votos da Assembléia da República.

Os membros do Governo têm direito a comparecer e a usar da palavra nas reuniões plenárias da Assembléia (art. 180) e podem ser convocados para tomar parte nos trabalhos das comissões (art. 181).

O Governo pode solicitar à Assembléia a aprovação de um voto de confiança sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional. (art. 196).

Um grupo parlamentar ou um quarto dos deputados em efetividade de funções podem apresentar uma moção de censura ao Governo, que 48 horas após a apresentação será submetida a debate de duração não superior a 3 dias, findo o qual se passará à votação (art. 197).

A não aprovação da moção de confiança pedida pelo Governo ou a aprovação de duas moções de censura com, pelo menos, 30 dias de intervalo, por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, implicam a demissão do Governo (art. 198).

Se, no decorrer de uma legislatura, a Assembléia provocar três substituições de governo por censura de confiança ou votação de censura, o Presidente da República dissolvê-la-á obrigatoriamente (art. 198, n.º 3).

Partilha da competência para legislar — A Constituição de 1976 manteve, nas suas linhas gerais, o sistema do regime anterior quanto à partilha de competência para legislar entre o Governo e a Assembléia. De novo, como se disse, existe a competência legislativa do Conselho da Revolução.

Cada um destes órgãos possui a sua competência exclusiva. O Governo e a Assembléia têm, no domínio alheio ao que lhes é exclusivo, competência concorrente.

É exclusiva do Conselho da Revolução a competência para fazer decretos-leis sobre a organização, o funcionamento e a disciplina das Forças Armadas, bem como para elaborar os respectivos regulamentos (art. 148, n.º 1, a), e para regular a organização e o funcionamento do próprio Conselho (art. 144, n.º 1) e da sua Comissão Constitucional (art. 285, n.º 1).

A Assembléia da República tem competência exclusiva para legislar sobre a lista de matérias reservadas que consta do art. 167.

O Governo tem competência exclusiva para legislar sobre a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento (art. 201, n.º 2).

Mas ao Governo é permitido fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembléia da República (art. 201, n.º 1, a), criando-se portanto uma zona em que ambos os órgãos podem legislar.

E nas matérias da competência exclusiva da Assembléia da República pode esta autorizar o Governo a fazer decretos-leis mediante resolução que defina o objeto e extensão da autorização, bem como a sua duração, que pode ser prorrogada (arts. 168 n.º 1 e 169 n.º 4).

Os decretos-leis estão sujeitos à ratificação que é tacitamente concedida se no prazo fixado no art. 172 os deputados não requererem a sua discussão. A recusa da ratificação não invalida os atos praticados à sombra do decreto até à data da publicação da resolução da Assembléia no jornal oficial.

18. Resta fazer referência aos tribunais, que o art. 205 diz serem "órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo", independentes (art. 208), mas cumprindo-lhes "reprimir a violação da legalidade democrática" (art. 206).

Com base nestes textos não têm faltado críticas violentas às decisões de juizes e tribunais pautadas segundo a lei aplicável aos fatos provados e de acordo com a consciência dos julgadores. Como escreveu um advogado representativo do pensamento socialista, "qualquer magistrado que não esteja com a Revolução que a Constituição de 1976 institucionalizou ou que não a tenha, sequer minimamente, compreendido, será sempre um mau juiz". E compreender a Constituição é estar identificado com os seus princípios quanto à transformação de Portugal numa sociedade sem classes com a transição para o socialismo, mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras. Assim se consagra a doutrina comunista da instrumentalidade da lei: as normas jurídicas não são padrões de comportamento nem limites de liberdade de conduta, devendo ser interpretadas e aplicadas sempre como meios de realização do socialismo.

A Constituição readmitiu o júri, mas apenas para os crimes graves, quando a acusação ou a defesa o requeiram (art. 216)), e per-

mitiu a criação de juizes populares bem como o estabelecimento de outras formas de participação popular na administração da justiça (art. 217).

19. Estes são os traços característicos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976 que só poderá ser revista no decorrer da 2.ª legislatura da Assembléia da República, ou seja, no período de 1980 a 1984.

Segundo o art. 290, as leis de revisão constitucional terão de respeitar um certo número de princípios enumerados em 15 alíneas, entre os quais se contam "o princípio de apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos bem como dos recursos naturais" e "os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais".

Juridicamente, porém, tudo o que está numa lei constitucional pode ser alterado por outra lei constitucional. Não se encontrou ainda modo de fazer prevalecer num texto de Direito interno normas superconstitucionais. De modo que o respeito desses princípios só pode ser imposto pela permanência, para além do chamado período de transição, da ditadura do Conselho da Revolução.

A PERPETUATIO IURISDICTIONIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

ARRUDA ALVIM

Professor coordenador dos Cursos de Pós-graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) nas áreas de Direito Civil e Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Sumário: 1. Considerações doutrinárias preliminares — 2. Histórico do instituto — 3. Direito comparado moderno — 4. Conceituação do instituto — 5. *Perpetuatio iurisdictionis* e prevenção — 6. Aplicação nos variados tipos de competência — abrangência do princípio — 7. O problema do desdobramento de comarca — 8. O desdobramento de comarca e o art. 87 — âmbito da modificação do estado de direito — 9. O valor da causa e a “*perpetuatio iurisdictionis*” — 10. O instante de consideração do valor, para eventual prorrogação de competência ou correção do valor — 11. A alteração da alçada, tendo em vista o mesmo processo e recursos na fase de conhecimento e execução, e o Tribunal “ad quem” e o novo Código — 12. O problema tendo em vista a competência material — 13. Exceções à regra da “*perpetuatio iurisdictionis*” — 14. Origem próxima do princípio da “*perpetuatio iurisdictionis*” entre nós — 15. Momento preciso do início da “*perpetuatio*” no Direito brasileiro, da litispendência e do início do prazo para a defesa, no processo de conhecimento — 16. A “*perpetuatio iurisdictionis*” e as varas distritais — 17. A “*perpetuatio iurisdictionis*” no Direito Processual Civil internacional (direito comparado) — 18. A “*perpetuatio iurisdictionis*” nos

Trabalho escrito em Homenagem a EDUARDO J. CÔTURE.

países não ocidentais — 19. A “*perpetuatio iurisdictionis*”, o Direito Processual Civil internacional e o Código vigente — 20. Confronto entre a “*perpetuatio iurisdictionis*” e a prevenção no direito brasileiro — 21. Conceito de propositura da ação e o art. 87 — 22. A terminologia do art. 87 — 23. Doutrina sobre o Código de Processo Civil vigente — 24. Síntese dos problemas, tendo em vista os arts. 87 e 219 — 25. A expressão “são irrelevantes as modificações do estado de fato” — 26. As modificações de Direito.

1. CONSIDERAÇÕES DOUTRINARIAS PRELIMINARES

Há três ordens importantes de questões a serem consideradas a respeito da competência, sob o aspecto de sua determinação e respectiva permanência: 1.^a) a primeira respeitante aos critérios propriamente ditos de determinação da competência, os quais, ainda que previstos em lei, constituem-se a parte mais difícil do tema; 2.^a) outra relacionada com a imutabilidade da competência, ou seja, a chamada “*perpetuatio iurisdictionis*” ou “*fori*”, através da qual uma vez determinada e fixada a competência de um foro e órgão jurisdicional (prevenção), relativamente a uma causa, ela não mais se modifica; e, acrescente-se, não se altera a competência fixada, muito embora, alterações subjetivas e objetivas possam ocorrer quanto à demanda e às partes, as quais, se não existisse o instituto da *perpetuatio iurisdictionis*, poderiam implicar na alteração da competência; 3.^a) finalmente, devem ser consideradas as alterações da competência, subsequente à respectiva fixação dado que, apesar de a regra ser a da imodificabilidade da competência, há exceções (supressão do órgão, ou alteração da competência material ou da hierarquia, “*rectius*”, funcional).

Em nosso sistema positivo, só para o fim de junção de causas conexas, distingam-se as seguintes hipóteses: a) se houver conexão (art. 106) entre causas, pendentes entre juízos com a mesma competência territorial, verificar-se-á, apenas, rompimento da prevenção que se verificara no juízo da segunda causa, pois prevento para a primeira e para a segunda — por causa da conexão —, será o da primeira também; b) se a conexão for constatada entre juízos, situados em foros diversos —

e, portanto, com competência diversa —, a ida da segunda causa para o juízo da primeira importará em rompimento da prevenção, como também da própria *perpetuatio iurisdictionis*, dado que a causa sairá do foro, o que importará, certamente, em desconhecimento e abandono ulterior dos critérios utilizados primitivamente para determinar e fixar a competência da segunda causa. Tal “desconhecimento”, é certo, decorre de regra do próprio sistema (arts. 219 e 105), que preponderará sobre as regras do art. 87 e do art. 219. No primeiro exemplo (art. 87), o fato relevante para determinar o juízo prevento para fins de junção das causas conexas é o despacho ou a distribuição; no segundo é a citação.

Qual é precisamente o escopo da “*perpetuatio iurisdictionis*”, no quadro geral do processo civil?

Há, no processo civil, fundamentalmente, duas classes de normas, que protegem, sobretudo, a posição do autor, durante a litispendência.

A primeira delas protege a posição do autor, considerando uma possibilidade de vitória. Assim, por exemplo, a litigiosidade da coisa, a interrupção da prescrição — no direito italiano o próprio curso da prescrição fica suspenso — são regras que contemplam eventual vitória do autor da demanda. Por exemplo, a mudança de posse do réu, durante a litispendência, não frustra a eficácia da sentença que julgue procedente a reivindicação (v. art. 42, § 3.^o, no II.^o volume do nosso Código de Processo Civil Comentado, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, pág. 307 e segs.).

A segunda classe de normas — e é nestas que insere a “*perpetuatio iurisdictionis*” — considera o autor e nessa qualidade o protege, exclusivamente como litigante, e não precipuamente, como possível vencedor.

A *perpetuatio iurisdictionis* liga uma causa a um dado foro. A prevenção liga a causa a um dado órgão (juízo). Ambas, no fundo, residem na estabilidade que se pretende conferir à competência. É certo que na prevenção está presente, também, a função de escolher entre vários juízos abstratamente competentes, um que seja competente, in concreto, fixando-se aí a sua competência.

2. HISTÓRICO DO INSTITUTO

Diversos textos do direito romano nos dão notícia de que o princípio já era tão nítido, com fisionomia similar à atual.

Lembra CHIOVENDA o texto de MARCELO, "generalíssimo em sua formulação", e que dizia: "ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet" (cf. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed. da trad. bras., II vol., n. 256, pág. 332. O texto está no Digesto, Livro 5, tit. I, fr. 30, ed. Galisset, pág. 365).

Refere ainda CHIOVENDA diversos outros textos do direito romano, confirmando o princípio geral enunciado por MARCELO (cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., II vol., n. 256, págs. 332-333; v. tb. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, 1931, Roma, artigo sobre o assunto, onde vem também referido, inclusive, o direito canônico, I.^o vol., pág. 293).

A "perpetuatio iurisdictionis", no direito romano, teve íntima interligação, ou melhor dizendo, dependência do instituto da "litis contestatio". Originava-se da *litis contestatio*, na fase do processo formulário (cf. CHIOVENDA, v. *Saggi di diritto processuale civile*, 1931, Roma, I vol., n. 4, págs. 277-278).

No direito romano, a alteração da condição jurídica ou profissão não modificava a prevenção: "Si quis posteaquam in ius vocatus est miles, vel alterius fori esse coeperit in ea causa ius forum revocandi non habebit quasi preventus" (Digesto, V, I, 7).

Ainda, lê-se no Digesto V, I, 34: "si is, qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres ejus, quamvis domicilium trans mare habeat, Romae tamen defendi debet: quia succedit in ejus locum, a quo heres relictus est".

A fixação da competência, como se viu, ocorria normalmente quando da "litis contestatio", pois no Digesto V, I, 34, usa-se a expressão "iudicium accipere".

Os elementos, isto é, os fatos, contudo, a serem tidos por relevantes, para a determinação da competência eram os existentes à época da citação. O Digesto V, I, 7, como se viu, usa da expressão "in ius vocatus". Assim, se, entre a "in ius vocatio", o momento da "litis contestatio" houvesse mudança de domicílio, o critério para fixá-la seria o do domicílio contemporâneo à citação.

Qual, pois, o sentido exato da regra de MARCELO (Digesto, V, I, 30), face às do Digesto V, I, 7 e V, I, 34?

É — segundo BÜLOW — o de estabelecer até a "litis contestatio" o momento para a fixação da competência; e, realizada a "litis contestatio", ter-se-ia verdadeiramente, no sentido moderno, uma preclusão (Cf. BÜLOW, *Las Excepciones Dilatorias*, ed. argentina, págs. 97-98).

Com isto podemos concluir: 1) a competência era matéria afeta ao magistratus; 2) este a apreciava da citação até a *litis contestatio*; 3) e, assim o *judex* nada tinha a ver com este assunto.

3. DIREITO COMPARADO MODERNO

A regra foi colhida do direito comum, bem como pelo direito canônico, transferindo-se, ao depois, para o direito moderno.

Uma das consagrações mais amplas do princípio que viemos recolher em nosso direito positivo encontrava-se no Código de Processo Civil Português de 1939. Dizia o art. 63 o seguinte: "A competência fixa-se no momento em que a ação se propõe. São irrelevantes as modificações de fato que ocorrerem posteriormente a esse momento; são igualmente irrelevantes as modificações de direito, exceto se for suprimido o órgão judiciário a que a causa está afeta ou se deixar de ser competente em razão da matéria e da hierarquia". Diga-se, mais ainda, que, segundo o Estatuto Judiciário, de 23 de fevereiro de 1944, até mesmo a matéria de alçadas é regulada na conformidade da lei vigente à época da propositura da ação. Consta-se que é muito larga a aplicação do princípio em Portugal, dado que, também as modificações de direito, operadas depois da propositura da ação — salvo, é evidente, as exceções

da própria lei — são irrelevantes, em obediência ao princípio (Cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, Comentário ao Código de Processo Civil, vol. I.º, pág. 112, Coimbra, s/d e Código de Processo Civil Anotado, 2.ª ed., Coimbra, 1940, vol. I pág. 183; v. tb. o Código de Processo Civil na Jurisprudência e na Doutrina, pelo juiz ANTONIO SIMÕES CORREIA, Lisboa, 1951, vol. I, pág. 133-145).

A redação do Código de 1961 é, ainda, mais ampla do que a do de 1939. É similar a deste, somente que tem a mais que prescreve expressamente ser irrelevante, para o assunto de competência, a circunstância de ao tribunal ou ao juiz ser “atribuída competência, de que inicialmente carecesse, para o conhecimento da causa” (v. Código de 1961 e 1967, no mesmo art. 63).

Observou JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA apoiado em JOSÉ ALBERTO DOS REIS que, situando-se o princípio dentre as regras gerais da competência, aplica-se a todos os processos (Cf. Código de Processo Civil anotado, cit., vol. 1, com. ao art. 63, pág. 116).

Um dos conceitos teóricos mais exatos do instituto encontrava-se no Projeto do Prof. ANTONINO CONIGLIO, “in verbis”: “Non influiscono sulla competenza del giudice i mutamenti nello stato di fatto avvenuti doppo la propozione della domanda” (v. ANTONINO CONIGLIO, La Continenza del Processo nella Dottrina e nel Progetto di Riforma, 1929, Padova, Cedam, pág. 11, nota 4). Vê-se bem que, o que se objetiva, com o instituto, é a irrelevância, durante o curso do processo das alterações de fato, no campo da competência. O nosso Direito tem por irrelevantes também certas modificações do estado de direito.

A ZPO alemã, no § 263, regulou os efeitos da litispendência; e, depois de conceituar esta última, prescreveu que a litispendência fixa duravelmente a competência. “In verbis”: — “die Zuständigkeit des Prozessgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt” — ou, em vernáculo: “a competência do juízo (do processo) não fica afetada em virtude de alteração das circunstâncias que a fixaram” (§ 263, n. II, 2).

A doutrina e jurisprudência alemãs fixam alguns pontos que têm aplicação ao direito brasileiro: 1.º) a utilização da cláusula de eleição de foro, ajustada antes do início do processo, só pode ser utilizada até o término para o uso da exceção dilatória de incompetência relativa, não sendo, assim, problema que fique superado com a propositura da ação; pelo contrário, depois de proposta a ação e citado o réu, é que terá ele oportunidade de fazer prevalecer — querendo-o — a cláusula a que aludimos; 2.º) ao reverso, desde que ocorrida a **perpetuatio fori**, isto é, tanto que proposta a ação, não poderá haver eleição de foro, com objetivo de deslocar a competência (v. BAUMBACH e outros, Zivilprozessordnung, 1973, 31.ª ed., com. ao § 263, 2, n. 5, pág. 548); 3.º) o aumento do valor intrínseco do objeto da prestação não altera a competência (“Veränderungen in der Streitwertberechnung § 4, beruhen die Zuständigkeit nicht” — op. ult. cit. loc. cit.).

É evidente, por quase óbvio, que o Tribunal ou o juízo não de ser competentes, para que haja a **perpetuatio fori**. Curialmente, se isto não se verificar, mercê de atividade oficiosa (competência absoluta), ou do reconhecimento da incompetência relativa, por via da exceção, poder-se-á alterar o o foro.

O direito italiano, durante a vigência do antigo Código, não consagrava expressamente o instituto, mas ele foi, segundo CHIOVENDA, agasalhado pela doutrina e jurisprudência “sem objeções” (Instituições, cit., II.º vol. pág. 334).

O direito italiano vigente é rico na casuística indicativa do que seja **situação de fato**, podendo-se aproveitar o seguinte: a) desde logo, o próprio texto confirma o que já dissemos sobre a aplicabilidade do princípio à “Giurisdizione e la competenza” (sic — art. 5.º, do Código de Processo Civil Italiano); b) essencialmente, os elementos que se têm por cristalizados, depois da propositura da ação, são elementos extraprocessuais (domicílio, residência, cidadania e outros mais) (v. SATTI, Commentaria ao Codice di Procedura Civile, 1.º vol., com. ao art. 5.º, n. I, pág. 76); c) pelo sentido de **estado de fato** não se há de entender, exclusivamente, a ou as afirmações do autor, mas sim, também aquelas do réu (Cassação, 24 de janeiro de 1947, in Foro Italiano, I, c,

291), o que é válido para o direito brasileiro, pois **estado de fato** é uma situação objetiva, oriunda de afirmações devidamente comprovadas; d) é farta a jurisprudência que entende que o **ius superveniens** tem virtude sanatória, embora não seja pacífica, entendendo-se por **ius superveniens** o sentido sanatório de modificação jurídica que vem conferir competência ao juízo que originariamente não a tinha.

Outro tanto aconteceu no direito francês, inclusive no que tange à própria modificação da cidadania, irrelevante em matéria de alteração da competência (Cf. ERWIN RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 1949, § 46, n. 5, pág. 460; CHIOVENDA, *Instituições*, 2.^a ed., da trad. brasileira, II vol., pág. 334; GLASSON ET TISSIER, *Traité*, 1915, 3.^a ed., Paris, II vol., pág. 180).

Atualmente, a lei italiana consagra expressamente o princípio, embora restrito à irrelevância de modificação de fato, no art. 5.^o do seu Código de Processo Civil. ZANZUCCHI, estudando o instituto, recorda que sua filiação remonta à regra de MARCELO por nós inicialmente referida (Cf. ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, 1962, 5.^a ed., vol. I, n. 47, pág. 259).

4. CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO

O instituto da “**perpetuatio iurisdictionis**” se prende à necessidade de, uma vez determinada e fixada a competência, conferir-se, sob este aspecto — ligação da causa a um determinado foro e juízo — a indispensável estabilidade ao processo. Observa ZANZUCCHI que a “**perpetuatio**” se dá para todos os tipos de processos, e, incluem-se aqui os de jurisdição voluntária, uma vez que a regra é ampla e se aplica de forma genérica (Op. e loc. ult. cit.). É também o que pensa a doutrina portuguesa.

Referimo-nos ao fato de ligar-se a **perpetuatio** no tempo (crystalização dos critérios) da determinação ou à fixação da competência.

No regime brasileiro de 1939, a **perpetuatio** ligava-se apenas à fixação, pois, só nascia a **perpetuatio** com a citação, ou seja no mesmo momento em que nascia a prevenção (arts. 166, 151 e 292), e preven-

ção é fenômeno de fixação da competência. Já, algo diversamente, no sistema atual, a **perpetuatio** tem por escopo garantir a **determinação da competência do foro**, pois, se depois de proposta a ação o réu se mudar, antes de feita a citação, a competência de foro já está determinada e, pois, em função de tal determinação, será tida por fixada. O objetivo, pois, básico, no Código de 1973, garantir a determinação e a fixação, é mera e inexorável consequência apenas da determinação, ocorrida em função de pressupostos diversos e, normalmente, em momento anterior.

Deve-se dizer que, em rigor técnico no contexto da teoria do processo, a **perpetuatio** é efeito da litispendência, como bem o evidencia a lei processual alemã, sendo, nesse sentido, a lição de CHIOVENDA (Cf. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, 1949, Buenos Aires, EJE, vol. III, pág. 164, nota 5, no artigo intitulado: “*Relación jurídica procesal y litispendencia*”; a mesma opinião é repetida por CHIOVENDA, quando trata, especificamente, da “**perpetuatio iurisdictionis**”, na edição italiana da mesma obra, in “*Saggi*”, cit., vol. I, pág. 297).

Em nosso sentir a regra do art. 87 refoge a esta afirmação, pois radica a **perpetuatio iurisdictionis** fora da litispendência propriamente dita, isto é, antes da verificação desse fenômeno, que é posterior à propositura da ação.

Realmente, esta conceituação germânica, ou mais precisamente, estabelecimento da “**perpetuatio iurisdictionis**” na litispendência, não foi encampada pelo legislador, pois, em nosso sistema a litispendência apenas mantém a **perpetuatio** e isto tem implicações práticas sumamente importantes. E a implicação primordial, de se entender a “**perpetuatio**” como oriunda da propositura da ação e mantida pelo estado de litispendência, é a de que, se desaparecer o estado de litispendência, por uma extinção do processo, por exemplo, não há mais que falar em “**perpetuatio**”, como anteriormente já se disse.

O que se objetiva, com este instituto, precipuamente, é impedir que quaisquer modificações de fato, quer as relacionadas com as partes, quer as ligadas ao objeto litigioso do processo (lide), possam ter a virtude de alterar a competência, já anterior e definitivamente fixada. Vale dizer, a alteração do domicílio ou residência, a modificação da

própria cidadania do litigante, fatos que anteriormente tenham servido à determinação da competência, não possam agora alterar a competência que se fixara. Evitam-se, com o instituto da **perpetuatio**, inconvenientes praticamente insuperáveis, pois, se se admitisse que tais alterações, posteriores ao início da litispendência, pudessem afetar a competência então fixada, seria insuportável a instabilidade. Parifica por isso CHIOVENDA este efeito da **perpetuatio** àqueles outros processuais e aos substanciais, que se verificam no início da demanda (Cf. Instituições cit., loc. ult. cit.). Não significa isto, todavia, que pela sistemática vigente ocorram no mesmo instante (v. arts. 87, 219 e 263).

5. PERPETUATIO IURISDICTIONIS E PREVENÇÃO

Devemos considerar, entretanto, que o fenômeno da **perpetuatio iurisdictionis** influe também sobre a imutabilidade da prevenção, seja aquela do art. 106 (eventualmente coincidente com a ocorrência da **perpetuatio**, se a petição inicial tiver sido recebida por despacho), seja a do art. 219. E influe no sentido de que, uma vez fixada a **prevenção**, mesmo que ocorram fatos suscetíveis de alterar a prevenção — embora mantido o mesmo foro — justamente em nome da **perpetuatio iurisdictionis**, tal, também, não poderá ocorrer. Assim, a **perpetuatio iurisdictionis**, para consubstanciar uma garantia completa ao autor, enquanto demandante, garante-lhe a estabilidade no foro e no juízo.

Este assunto ficará bem claro se pensarmos num problema ocorrente, ou suscetível de ocorrência, na capital do Estado de São Paulo. Para causas de pequeno valor, serão os réus demandados no foro do **distrito** onde tenham domicílio. Ora, se mudarem de domicílio, de um distrito para outro, tal fato é ininfluyente na prevenção do juízo, situado no distrito primitivo.

A imutabilidade da prevenção, portanto, decorrerá, quando nasça a **prevenção**, justamente da **perpetuatio iurisdictionis**. É certo, todavia, que a **perpetuatio iurisdictionis** poderá coincidir com a prevenção quando a inicial for recebida por despacho (v. arts. 263, 87 e 106), desde que os juízos tenham a mesma competência territorial, o que é relevante, para aí se aglutinarem as causas conexas; por outro lado, se os

juízos tiverem a mesma competência territorial (art. 106), se houver distribuição, neste instante há **perpetuatio** (art. 87 e 106), e, logo depois com o despacho, haverá prevenção (art. 106).

Já nos casos da prevenção entre juízos de diversa competência territorial, regulamentar-se-ão pela regra geral, que é a do art. 219, tanto os problemas da litispendência, quanto os das causas conexas, e haverá maior lapso cronológico entre a **perpetuatio iurisdictionis** e a prevenção.

Em todos os casos, porém, a **perpetuatio** acaba estabilizando a prevenção, salvo o direito do autor desistir da ação, pagando as custas, na forma e até o momento em que o permite o art. 267, § 4.º. Se isto ocorrer, desaparecem **perpetuatio** e prevenção.

A jurisprudência italiana nos dá diretrizes seguras para a compreensão exata do significado do princípio da "**perpetuatio iurisdictionis**". A primeira delas consiste em que se refere o instituto à irrelevância dos fatos sucessivos à propositura da demanda, não sendo, pois, "**applicabile ai mutamenti dello stato di diritto**", solução em parte não aceita pelo nosso legislador de 1973 quanto à maioria das modificações do estado de direito (cf. amplamente, Rassegna di Giurisprudenza sul Codice di Procedura Civile, 1954, Milão, de VIRGILIO ANDRIOLI, § 4.º, ao art. 5, do Código de Processo Civil, pág. 17/18).

Esta idéia estava também clara no art. 48 do Projeto do Prof. ANTONINO CONIGLIO.

Conseqüentemente, o instituto não deveria obstar à incidência imediata das normas de direito processual. As normas, relativas à jurisdição e competência — particularmente — não devem ter a respectiva incidência obstada pela "**perpetuatio**" (cf. VIRGILIO ANDRIOLI, op. cit., §§ 6.º e 7.º, onde há torrencial jurisprudência da Corte de Casação, desde o início de vigência do novo Código).

Infelizmente, pela redação do nosso art. 87, as regras de modificação da competência — exceto em dois casos — não influirão na competência, o que deveria ocorrer, pois a **perpetuatio iurisdictionis** não tem por finalidade paralisar a influência eficaz da legislação. A cópia do legislador português foi infeliz.

Já se decidiu que, se há irregularidade na competência, esta ficará sanada se o *ius superveniens* vier conferir competência ao juízo.

A jurisprudência italiana, por outro lado, defrontou-se com a hipótese inversa, qual seja a de modificação territorial, em virtude da qual a Itália veio a perder sua soberania. Indagou-se, então, quais os reflexos de tal fato na competência do juiz italiano. Respondeu-se que, sendo a competência decorrência da jurisdição e, radicando-se esta na soberania, uma vez que a Itália deixava de ter soberania sobre uma parte do território, as causas pendentes nessa área não mais podiam ser julgadas pela Justiça italiana. E isto porque, segundo a Corte de Cassação, tal fato importou na "cessazione della giurisdizione italiana sul rapporto processuale pendente davanti all'autorità giudiziaria italiana" o que determinou, conseqüentemente, "la mancanza d'una condizione essenziale per la possibilità materiale e giuridica del rapporto stesso davanti a quella medesima giurisdizione" (Cf. Rassegna, dirigida por VIRGILIO ANDRIOLI, cit., § 11, pág. 24). Esta última decisão é correta.

6. APLICAÇÃO NOS VARIADOS TIPOS DE COMPETÊNCIA — ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO

A *perpetuatio iurisdictionis* aplica-se precipuamente à competência territorial e à por valor, e, só em certo sentido, à por hierarquia (espécie da competência funcional) e à material.

Quer parecer que, apesar do que consta do art. 87, aplica-se a *perpetuatio iurisdictionis* à competência por matéria e pela hierarquia. Só não se aplicará a tais espécies de competência, quando houver modificação legislativa, isto é, decorrente de lei. Ou seja, a alteração deverá ser na competência por hierarquia do órgão, retirando-se do círculo de atribuições do órgão esta ou aquela atribuição. Se, entretanto, a competência pela hierarquia do órgão se mantiver a mesma e se ela houvesse sido determinada tendo em vista a qualificação do sujeito passivo — processo contra Prefeito da capital — o fato do sujeito passivo deixar de ser Prefeito não deslocará a competência do órgão, onde foi ela perpetuada. Este exemplo serve para evidenciar que a modificação há de decorrer de lei e não da situação pessoal dos litigantes, que seja alterada. Neste último caso ou hipótese, trata-se de mera modificação

de fato, consistente em que alguém, pendente a lide, vem se desvestir de uma dada qualificação anterior, em função da qual se determinara e fixara a competência funcional.

A *perpetuatio iurisdictionis* — segundo eminente tratadista da competência — encontra na competência territorial o seu campo mais específico de aplicação (Cf. GIULIO GIONFRIDA, in Enciclopedia del Diritto, 1961, ed. Giuffrè, VIII vol., verbete "competenza civile", n. 4 (da divisão de verbete) pág. 45).

O princípio da *perpetuatio iurisdictionis* diz respeito, por exceção, ao "stato di fatto" (Cf. GIULIO GIONFRIDA, op. ult. cit., n. 4, pág. 45), posição aceita pelo legislador brasileiro, mas por este aumentada, no que tange à irrelevância também da modificação de direito, tendo em vista as competências por território e por valor (art. 87, in fine e a contrario sensu).

Se a regra da "perpetuatio" é ampla e geral, no entanto, não se pode admitir a sua inversão. Esclareçamos este aspecto. Se o título da competência falta num primeiro momento e, posteriormente, a causa já foi para outro órgão, não deverá a mesma voltar ao órgão primitivo, que a repudiara, mesmo que este venha também a ser ulteriormente dado por competente. Deve-se ter presente, ainda, que isto não se confunde com a causa legal de cessação da jurisdição, que é, segundo SALVATORE SATTA, um problema diverso (Cf. SALVATORE SATTA, Diritto Processuale Civile, 1959, n. 6, pág. 9; v. expressamente, o Código de Processo Civil Português (1961 e 1967), artigo 63).

PONTES DE MIRANDA observou, com razão, que as modificações, previstas no art. 151, do Código de 1939, referiam-se àquelas que viessem a ocorrer pertinentemente à demanda, e não se confundiam com problemas de direito intertemporal. As regras do direito intertemporal achavam-se localizadas nos arts 1.047, 1.048, 1.050 e 1.052 do Código de Processo Civil (cf. Comentários ao Código de 1939, ano 1962, ed. Forense, Rio, II vol., pág. 363).

7. O PROBLEMA DO DESDOBRAMENTO DE COMARCA

Um dos problemas práticos mais importantes é o da consideração da hipótese de a lei sobrevinda alterar a estrutura da Justiça existente à época em que se determinou e se fixou a competência. LOPES DA COSTA e JOSÉ FREDERICO MARQUES, que acompanhávamos, tendo em vista o Código de 1939, entendiam que o desmembramento de comarca alterava a competência territorial (cf. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, n. 344, pág. 303; FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, I vol., n. 236, pág. 450 e nota 71; nesse sentido era a opinião de CHIOVENDA, embora recomendasse o exame de caso por caso — Cf. SAGGI, artigo sob o título “Sulla perpetuatio iurisdictionis”, I.º vol., n. 10, pág. 302; em sentido contrário, entre nós, também tendo em vista o Código de 1939, HEROTIDES DA SILVA LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I vol., com. ao art. 151, pág. 291).

Para JOSÉ ALBERTO DOS REIS, em obra antiga, as leis sobre competência aplicam-se desde logo, pois “não há direito adquirido a fazer julgar uma causa por determinado magistrado” (Cf. ALBERTO DOS REIS, *Processo Ordinário e Sumário*, 1928, Coimbra Editora Ltda, I.º vol., n. 11, pág. 35).

Na doutrina italiana, entendeu o autorizado monografista da competência, GIULIO GIONFRIDA, que há de se sustentar a aplicabilidade do princípio da “perpetuatio” “rispetto al sopravvenire di nuove leggi modificatrici della competenza”. Tais leis aplicam-se aos processos pendentes (Cf. GIONFRIDA, *op. cit.*, n. 5, pág. 46).

A jurisprudência predominante, na vigência do Código Brasileiro de 1939, era no sentido de acompanhar a doutrina que entendia deslocável a competência, neste caso (**Verbi gratia**: a) **mais antigamente, antes mesmo do Código de 1939**, RT., vols. 68/30, 69/519, 85/276, 97/212 e 104/190; b) **na vigência do Código de 1939**: RT., vol. 274/428, recurso n. 86.937, 4.ª Câmara do TJSP, julg. em 20.3.1958, rel. Des. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO; RT., vol. 254/335, recurso n. 76.183, 2.ª Câmara, TJSP, julg. em 15.5.1956, rel. Des. PAULO

BARBOSA; em sentido contrário, entendendo aplicável à hipótese do desmembramento da comarca o princípio do art. 151, v. RT., vol. 230/203, recurso n. 68.706, 3.ª Câmara, TJSP, julg. em 2.9.1954, rel. Des. RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO)

Segundo pensávamos, a modificação de competência por desmembramento de comarca era problema que refugia do âmbito do art. 151, do Código de 1939. Tratava-se e se trata de assunto afeto à lei de organização judiciária — lei de ordem pública — que, atendendo a necessidades imperativas de dividir ou redividir territorialmente o Estado-federado, cria nova comarca, evidentemente, com o intuito de desafogar a comarca mais antiga. E, no caso de se tratar de competência “reissitae”, tem que se considerar, ademais, que se o imóvel estiver localizado em a nova comarca, pelos próprios princípios da competência “reissitae” o juiz da comarca onde se situa o imóvel deverá vir a ser o competente, pois a coisa estará mais próxima do novo juízo. O mesmo acontece, ainda, com o princípio do domicílio do réu. Finalmente, a própria leitura do art. 151 fazia-nos chegar a essa conclusão: não se trata de modificação relativa à demanda, ao domicílio das partes, nem pertinente ao objeto da causa ou ao seu valor; é alteração extrínseca à demanda e aos seus elementos, sendo exclusivamente relacionada com o problema da competência.

8. O DESDOBRAMENTO DE COMARCA E O ART. 87 — ÂMBITO DA MODIFICAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

A circunstância do art. 87, como regra geral, estender a irrelevância da modificação do estado de direito como sendo ininfluyente na modificação da competência, afeta o problema do desdobramento de comarca.

O desdobramento de comarca é assunto que se coloca dentro do âmbito da competência territorial, pois, ao invés de um dado território ser abrangido por uma comarca, em sendo ela desdobrada, em rigor criando-se outra — coloca-se o problema consistente em saber se as causas já pendentes, diante de criação de tal nova comarca, ficam na antiga, ou devem ir para a nova. Como o legislador entendeu que a modificação do estado de direito — salvo a competência em razão da ma-

téria ou da hierarquia — não influe, isto é, não afeta a **perpetuatio**, segue-se que, atualmente, em sendo criada nova comarca, esta só receberá novos processos. Assim, modificações incidentes sobre a competência territorial ou por valor, não terão a virtude jurídica de vulnerar a **perpetuatio**, já firmada e mantida. É evidente que o critério aceito pelo legislador foi o de que as modificações do “estado de direito” (**rectius**, modificações oriundas de lei) referentes à competência relativa (vide art. 111) não se apresentem suficientes para alterar a **perpetuatio iurisdictionis**. Inversamente, quando se tratar de competência em razão da matéria (absoluta) ou da hierarquia (leia-se funcional, também absoluta), nesta hipótese, a modificação do estado de direito, isto é, a edição de lei que modifique tais competências, alterará a competência.

O sistema fixou que a competência absoluta é nitidamente um pressuposto que diz com a própria validade da sentença, mesmo que transitada em julgado (vide art. 485), pois vicia a sentença de mérito, ensejando a ação rescisória. Ora, segue-se daí que, desde que se tenha retirado de um juízo a sua competência, por matéria ou por hierarquia (leia-se funcional) e se não lhe fossem retiradas as causas pendentes, isto implicaria que o agente (o Juiz) de tal órgão (o juízo) iria sentenciar despojado de uma legitimidade (ser absolutamente competente) reputada vital para a validade de suas decisões. Já diversamente ocorre com a competência relativa. Estas razões, certamente, terão pesado no legislador para instituir a parte final da regra do art. 87, como o fez.

A regra, todavia, respeitadamente ao não desdobramento de comarca, leva a resultados práticos indesejáveis. Foi o dispositivo copiado do direito português. Entretanto, o Brasil tem hodiernamente um desenvolvimento imenso, vive numa explosão demográfica permanente, o que se reflete ostensivamente na esfera do Judiciário. De outra parte, há, entre nós, enriquecimento de camadas da população que, por via de consequência, passam a solicitar ao Judiciário prestação jurisdicional. Disto tudo verificamos que seria altamente conveniente que o desdobramento de comarca, em virtude da criação de nova comarca, tivesse sido reputado relevante, pelo legislador, como suscetível de alterar a **perpetuatio iurisdictionis**, levando-se as novas causas para a nova comarca. De outra parte, a razão cardeal de se criar nova comarca decor-

re do fato de a primitiva estar sobreearregada, e, por outro lado, de virem, da região a ser abrangida pela nova comarca, muitas causas, cujos critérios de determinação da competência ligam tais causas a essa nova comarca (território). Constituiu-se, pois, em erro do legislador não dar como elemento alterador da **perpetuatio iurisdictionis** a criação de nova comarca.

9. O VALOR DA CAUSA E A “PERPETUATIO IURISDICTIONIS”

Quanto ao valor da ação, entendia sistematicamente a nossa jurisprudência que uma vez fixado pelo autor e não impugnado pelo réu, ele era imutável (Código de 1939) — (Cf. RT. vol. 283/280, recurso n. 90.230, 3.^a Câmara Cível, TJSP; julg. em 6.11.1958, rel. des. JOSÉ CARLOS FERREIRA DE OLIVEIRA, referindo-se, no mesmo sentido: RT, vols. 212/334, 217/231 e 531, e ainda, RF., vol. 191/299; mais recentemente: Tribunal de Alçada de São Paulo, 4.^a Câmara, recurso n. 86.662, julg. em 10.10.1966, unânime, rel. Min. CAMPOS GOUVEA; S.T.F., 2.^a Turma, recurso extraordinário n. 61.542 — Guanabara, rel. ALIOMAR BALEIRO, publ. no D. J. U., em 3.5.1967, julg. em 7.3.1967, tendo sido estes dois últimos tirados do Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, respectivamente, os de n.s 452 e 447).

Desta forma, segundo a jurisprudência anterior, se não tivesse havido impugnação do réu, era impossível alterar-se o valor e, consequentemente, não havia que se falar em modificação da competência, em função desse elemento (STF, sobre valor da causa in Paraná Judiciário, recurso extraordinário n. 13.340, rel. Min. H. GUIMARAES, Julgado em 27.7.1948; Tribunal de Alçada de São Paulo; Julgados do TACSP (matéria cível), vol. 11/28, agravo de instrumento n. 6.444, I.^a Câmara, rel. Des. CANTIDIANO DE ALMEIDA, julg., em 30.08.1954; TJMG. Jurisprudência Mineira, vol. XXVII/109 (out. 1960), agravo de instrumento n. 7.036, julgado em 5.4.60; Minas Forense, vol. XXVIII/51, apelação n.º 15.645, 3.^a Câmara, julg. 3.2.1959, rel. Des. MEROLINO CORRÊA, observando que o valor da condenação foi inferior ao valor da ação, o que se teve por irrelevante (acórdão, pág. 51); TJGB: Revista do Tribunal de Justiça da Guanabara, vol. 10/100 (ano 1965),

apelação n. 35.417 (embargos), 4.º Grupo de Câmaras, rel. des. ALCI-NO PINTO FALCÃO; Revista do Tribunal de Justiça da Guanabara, vol. 14/56 (ano 1966), agravo de instrumento, 5.ª Câmara, rel. MAURO GOUVEA COELHO, julg. em 12.6.1966. TJDF (ant.), in Direito, vol. 19/332, recurso de revista 252, rel. Desemb. CANDIDO LOBO, julg. em 15.10.1942, fundado no art. 151 e invocando a regra de MARCELO). O parágrafo único, do art. 261 é, pois, fruto dessa orientação.

Havendo impugnação do valor da causa, imperativamente, deverá o magistrado resolver a respeito, não podendo tal matéria ser discutida em segunda instância, se o não tiver sido anteriormente em primeira (TJSP, Boletim de Jurisprudência, vol. 7/212, acórdão n. 153.321 rel. Des. ADRIANO MARREY, 2.ª Câmara, julgado em 16.8.1.966).

Nesse sentido ainda: TJSP, Boletim de Jurisprudência, vol. 5/314, acórdão n. 153.317, rel. Des. ULYSSES DÓRIA, 3.ª Câmara, julg. em 28.4.1966, hipótese em que o valor da condenação superou mesmo o da inicial, o que não teve relevância, ante a omissão do interessado.

A impugnação, ademais, terá que ser oportuna, isto é, no prazo da contestação, com autuação em separado (arts. 261 deste Código; e, no de 1939, art. 48, § 1.º).

Aplica-se o princípio da “perpetuatio” relativamente à competência por valor se “si verificchino modificazioni rrellativi alla consistenza economica dell’oggetto della controversia, derivanti dalle fluttuazioni del mercato o dal potere di acquisto della moneta” (cf. GIULIO GIONFRIDA, op. cit., n. 4, pág. 45). Por outro lado, mesmo que se reduza o valor da demanda, em virtude de decisão do mérito da causa, igualmente, em virtude da “perpetuatio”, o respectivo valor é ulteriormente inalterável no campo do processo (GIONFRIDA, op. cit., pág. 45).

Este princípio vigorava no direito medieval, como nos informa DONELLUS: “Attenditurque principium petitionis nec si pendente lite valor rei creverit, judex fit incompetens” (Cf. Opera Omnia, Commentariorum de jure civili, MDCCCXXVIII, Romae, Typis Josephi Salviuci, tomo IV, Lib XVII, cap. IX, 1.173, nota 11). Nesse sentido era a juris-

prudência anterior (Tribunal de Alçada de São Paulo: Julgados (Matéria Civil), vol. II, agravo de instrumento n. 80.077, rel. BATALHA DE CAMARGO, 4.ª Câmara, julg. em 12.4.1966, invocando-se, no caso, a regra do art. 151, do C.P.C.; mesmo volume, apelação cível n. 80.816, rel. YOUNG DA COSTA MANSO, 2.ª Câmara, julg. em 7.6.1966, invocando regra que não aceitamos, qual seja a do fundamento de que a imutabilidade decorre de “litiscontestação”).

Vale para esta lei essa orientação, com a ressalva de que o problema se situa não em “litiscontestatio” — instituto inexistente — mas, perpetuar-se-á o valor se não houver impugnação (art. 261, § único) ou, se tiver havido, perpetuar-se-á a partir da preclusão da decisão respeitante ao assunto, valendo agora o valor estampado na decisão, desde que tenha sido corrigido o valor constante da inicial.

10. O INSTANTE DE CONSIDERAÇÃO DO VALOR, PARA EVENTUAL PRORROGAÇÃO OU CORREÇÃO

Na medida em que se liga o fenômeno da perpetuatio ao do valor da causa, devemos referir qual o momento em que o valor da causa deve ser considerado para ser tido como exato (hipótese do art. 261, § único), diante da omissão do réu, ou, então, se tiver havido impugnação, para fins de correção.

Esse momento é o do instante da propositura da ação. Vale dizer que, se ulteriormente à propositura da ação, aumentar de valor a coisa, obviamente diante da hipótese do art. 261, § único, tal fato é absolutamente ininfluyente. Outrossim, se tiver havido impugnação (art. 261, caput), o critério do juiz, para corrigir ou não o valor, será comparar o valor atribuído pelo autor e a impugnação do réu, tendo em vista o valor da coisa no momento da propositura da ação. Segue-se, portanto, que qualquer aumento ou diminuição do valor, ocorridos durante o processamento da impugnação, não têm influência alguma.

É esta, outrossim, a orientação dessumível do art. 308, do Supremo Tribunal Federal (Emenda regimental, n. 3, de 12 de junho de 1975). Nesta emenda, ao art. 308, fala-se em valor “declarado na petição inicial, salientando-se que prevalece “ainda que para efeitos fis-

cais”, ou, o valor será “determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais”. O juiz, portanto, **redeterminará** o valor da inicial, o que significa que o ponto de referência é sempre o valor da coisa, contemporâneo à propositura da ação.

Outra não era a orientação consubstanciada na súmula 502, hoje sem função específica, mas que reitera, quanto à essência da solução, a mesma orientação, *verbis*: “Na aplicação do art. 839, do C. Pr. Civ., com a redação da Lei n. 4.290, de 5.12.63, a relação do valor da causa e salário mínimo vigente na Capital do Estado, ou do Território, para o efeito de alçada, deve ser considerada na data do ajuizamento do pedido”.

11. A ALTERAÇÃO DA ALÇADA, TENDO EM VISTA O MESMO PROCESSO E RECURSOS NA FASE DE CONHECIMENTO E EXECUÇÃO, E O TRIBUNAL “AD QUEM” E O NOVO CÓDIGO

Um problema particular que ocorreu em nossa vida judiciária foi o seguinte: uma dada causa, na fase de conhecimento, teve recurso julgado pelo Tribunal de Justiça, dado que a competência então determinada pelo valor da causa cabia na alçada deste Tribunal. Quando a sentença se tornou executável, alterou-se a alçada e, eventualmente, os recursos — tomando-se por base a nova alçada — caberiam agora ao Tribunal de Alçada. Surgiu, então, o seguinte problema. O recurso, considerado o problema em face do princípio do art. 87, deve ser dirigido ao Tribunal de Justiça ou ao de Alçada? A nossa Jurisprudência contemporânea ao Código de 1939 e à luz do então vigente art. 151, variava. No sentido de que deveria ser dirigida ao Tribunal de Alçada é o acórdão inserto na RT, vol. 206/110, recurso n. 46.069, do TJSP, 6.^a Câmara, julg. em 12.9.1952, rel. des. HEROTIDES DA SILVA LIMA. O argumento central do acórdão é o de que a competência por valor (agora do Tribunal de Alçada) não pode ser derogada pela regra da prevenção, a qual, por sua vez, ditaria que a competência seria do Tribunal de Justiça. Parece-nos, entretanto, que a jurisprudência mais caudalosa orientava-se em sentido diverso. Veja-se o acórdão do mesmo TJSP, no recurso n. 51.869, julg. em 1.^o.8.1962, rel. des. COELHO DE

PAULA, que entendeu não se alterar a competência do Tribunal prevento, onde se perpetuara a jurisdição, “embora, no interim, a sua competência pelo valor tivesse sido alterada” (vol. 338/352, texto do acórdão). No sentido desta última decisão opinava PONTES DE MIRANDA, (cf. Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, cit., vol. XIII, pág. 77, letra c).

Atualmente, em nosso Estado de São Paulo, esta controvérsia perdeu o sentido, diante da não utilização do **critério do valor**, para determinar a competência entre os nossos Tribunais de segundo grau de jurisdição, embora possa ressurgir se houver mudança da competência material nos Tribunais de segundo grau.

O raciocínio vale, porém, para outros Estados federados, que se apóiem, ainda, naquele critério.

Para os Estados federados que adotem o critério do valor, como discriminador da competência entre o Tribunal de Justiça e o de Alçada, afigura-se-nos que os recursos interponíveis da causa deverão ser dirigidos ao Tribunal **tendo em vista a nova alçada**, ou, se se quiser, tendo em vista o novo critério de determinação de competência. É este que é competente para conhecer dos recursos originados da execução.

Nem se diga que, se um Tribunal conhecer ou tiver conhecido de recursos, na fase de conhecimento, deverá também conhecer dos da fase da execução. Não existe dentre os arts. 575/579 esta suposta competência funcional, por conexão sucessiva. A lei só se refere (art. 575, II) a essa modalidade, tendo em vista o juízo (órgão monocrático de primeiro grau).

Por outro lado, se de um lado vale o que já se disse, reforçamos esta argumentação com o próprio art. 87. Na realidade, se se altera, ao nível recursal, a competência de um Tribunal para outro, passando para um segundo Tribunal, o que antes cabia a um primeiro, ter-se-á certamente alterado a competência hierárquica. Ora, a alteração da competência “em razão da ... hierarquia” — art. 87, é juridicamente relevante para romper a própria *perpetuatio iurisdictionis*. É curial que, se tem esse vigor tal alteração, não poderá haver qualquer óbice a que o recurso seja dirigido ao novo Tribunal.

12. O PROBLEMA TENDO EM VISTA A COMPETÊNCIA MATERIAL

Mais recentemente, ainda na vigência do direito anterior, surgiram em nossa jurisprudência dúvidas similares, senão idênticas. A única diferença consistiu em que a alteração da competência de segundo grau não se deu em razão da alçada — isto é, do valor — mas sim em virtude de determinação material da competência dos Tribunais de segundo grau, tendo em vista a lei estadual (“paulista”) de n. 9.125, de 19.11.1965. Esta lei — como se sabe — depois de desdobrar o antigo Tribunal de Alçada em três Tribunais, dois dos quais civis, nos seus arts. 10 e 11 discriminou o que cabia a cada um deles, através do critério da competência material. A nossa jurisprudência, bem dirimindo as hesitações, se pronunciou no sentido de que, mesmo que na fase de conhecimento tivesse havido recurso para o Tribunal de Justiça, por exemplo, se agora, na fase de execução, o recurso cabível, de acordo com a nova lei, fosse para outro Tribunal, esta lei deverá incidir imediatamente, não tendo cabimento a invocação do então vigente art. 151 e atual 87, do Código de Processo Civil de 1939 e 1973, respectivamente, por inaplicáveis à espécie. Como se vê, confirma-se — a nosso ver — o entendimento correto (Nesse sentido: TJSP, acórdão do recurso n. 158.521, 2.ª Câmara, julgado em 29.12.1966, in RT, vol. 386/512; TJSP, acórdão no recurso n. 156.001, 2.ª Câmara, julg. em 5.8.1966, ambos relatados pelo juiz MARCOS NOGUEIRA GARCEZ), proferido com base no art. 151, do Código de 1939, neste particular igual ao art. 87 vigente.

Esta solução foi expressamente acolhida pelo legislador que, no seu art. 87, prescreveu serem relevantes, no sentido de alterarem a competência, inicialmente perpetuada, as modificações que “suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”.

Pensamos que se deveria ter acrescentado que o desmembramento da comarca, criado de novo órgão, também altera a competência, passando o juiz da nova comarca a ser o competente, inclusive para os processos pendentes, e que, pela criação de nova comarca, seriam de sua competência.

13. EXCEÇÕES À REGRA DA PERPETUATIO IURISDICTIONIS

O princípio da “perpetuatio iurisdictionis” comporta algumas exceções. A primeira regra de hermenêutica, no que tange às exceções, é a de que não se devem admitir outras que não aquelas expressamente decorrentes do próprio sistema (cf. BATISTA MARTINS, Comentários ao Código de Processo Civil de 1939, II vol., n. 60, pág. 102).

Esta posição é lógica, pois que, se admitidas outras exceções, estar-se-ia frustrando a dimensão imprimida ao próprio princípio.

Entre nós, uma primeira exceção à regra tem sido a que decorre da intervenção da União Federal, até mesmo como assistente, inclusive na modalidade simples, pois desloca-se a competência (art. 125, § 1.º da Constituição Federal) para a Justiça Federal.

Interessa, agora, pensarmos numa hipótese contrária à anterior, isto é, desde que a União Federal saia do processo, indagamos se permanece a competência da Justiça Federal.

Há decisões que têm entendido que “cessado o interesse desta (Fazenda Municipal, no caso), cessa a competência privativa”. (No sentido de que altera-se a competência ver o acórdão inserto no RT., vol. 271/138, recurso n. 82.366, 4.ª Câmara, TJSP, julg. em 1.º.8.1957, rel. juiz ERIX DE CASTRO).

Em sentido contrário, porém, parece que haja jurisprudência mais ponderável na vigência do Código de 1939 (Cf. RT., vol. 297/211 (tb. RF., vol. 193/217), recurso n. 93.231, TJSP, julg. em 27.8.1959, rel. Des. GENTIL CARMO PINTO; Tribunal Federal de Recursos, 2.ª Câmara, recurso n. 4.529, julg. em 17.6.1953, rel. Min. ABNER VASCONCELLOS, in O processo Civil à Luz da Jurisprudência, de ALEXANDRE DE PAULA, vol. 14, julgado sob n. 20.242, págs. 563/564; RT., vol. 151/330, recurso n. 10.851, STF, julg. em 5.4.1943; rel. Min. FILADEPHO AZEVEDO, onde se decidiu: “Se o interesse superveniente da Fazenda pode deslocar a competência para o juízo privativo, não se segue que a recíproca seja verdadeira para autorizar a devolução, se

porventura cessar aquele interesse"; RT., vol. 103/272, decisão da 1.ª Turma do STF, em 24.4.1944 — v. tb. ALEXANDRE DE PAULA, Repertório cit., vol. III, julg. sob n. 3.885, pág. 1.101).

Parece-nos que a segunda orientação não é exata. Se o interesse da União Federal, efetivamente, determina uma incompetência superveniente do juízo civil, a recíproca também é verdadeira. E isto não pela razão inicialmente enunciada, de que as exceções à regra da "perpetuatio" devem vir expressas, pois, no caso, não há regra particular alguma diversa da geral. A razão da devolução do processo é a de que o título da competência do juízo dos feitos da Justiça Federal é a participação desta no feito. Se isto não ocorre, não há título para a competência.

Uma das hipóteses mais comuns de aplicação, em nosso direito e no direito comparado, de derrogação do princípio, é a da ocorrência dos pressupostos da conexão de causas (art. 106, do Código de 1973 e art. 116, do Código de Processo Civil de 1939). Aí, deverá o juiz juntar as ações conexas, para julgamento único, normalmente depois de ter havido *simultaneus processus*. No caso funcionam, articuladamente, a prevenção e a conexão. Ou seja, dadas duas ações, sendo conexas e tendo necessariamente de ser julgadas pelo mesmo juiz, surge a questão de se saber em qual dos juízos deverão elas serem juntas. No caso a solução é a de derogar-se a competência do segundo juízo, valendo, pois, o critério da prevenção do primeiro juízo (pela citação, art. 219, ou pelo despacho, art. 106).

Há, é verdade, que se considerar o que dispõe o art. 253 (art. 50, § 2.º, do Código de Processo Civil de 1939), que determina distribuíam-se por dependência os feitos de qualquer natureza, que se relacionem com outros já distribuídos, seja por conexão ou continência (o Código de 1939 não se referia à continência).

É lógico que se esta distribuição, por dependência, for feita, o problema da conexão não se porá ao depois, porque se terá colocado "a priori", quando da própria distribuição.

Mas se a distribuição por dependência não se fez, por que não se percebeu a conexão ou a continência, ou não foi tal vínculo denunciado pelo autor, e, durante o curso dos processos constatar-se a conexão, dever-se-á fazer a reunião dos processos. Por este motivo, a conexão não é um título especial de competência, mas sim, na realidade, uma das causas de prorrogação, no processo civil (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de Direito Processual Civil, 1958, Ed. Forense, Rio, 1.º vol., n. 221, págs. 424-425; FIGUEIREDO FERRAZ, ao contrário, seguindo a posição de PESCATORE, desenvolvida por MATTIROLO, na sua monografia "Notas sobre a competência por conexão", São Paulo, 1937, pág. 8, nota 2, propugna pelo entendimento de que a conexão é um título especial de competência, sendo, realmente, "um dos princípios geradores da competência").

14. ORIGEM PRÓXIMA DO PRINCÍPIO DA "PERPETUATIO IURISDICTIONIS" ENTRE NÓS

O reinícola EMMANUELE ALVARES FERREYRA, sobre o assunto, vigentes as Ordenações Filipinas, dissera: "Et semel iurisdicção praeventa mutari non potest, quantumvis partes mutaverint forum; in primo iudicio tenetur respondere" (cf. Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae, MDCCL, apud DOMINICUM DE SERGUEYR COSTA, tomo I, lib. III, Discursus V, n. 9, pág. 291).

Segundo PEDRO BATISTA MARTINS, a regra do art. 151, (substituída pelo atual art. 87), tinha seu precedente próximo no Código Paulista, que já consagrava expressamente o princípio, dispondo, no seu art. 27, o seguinte: "Salvo nos casos expressos em lei, a competência do juiz não se altera em consequência de fato superveniente" (cf. Comentários, cit., II vol., pág. 101).

HEROTIDES DA SILVA LIMA lembra o Código do Rio Grande do Sul, que tinha idêntico preceito no seu art. 113 (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 1940, I vol., pág. 209).

Era o seguinte o art. 113, a que aludiu: "O valor da ação é inalterável, quaisquer que sejam as modificações que sofra o valor da

coisa litigiosa". Verifica-se, pois, não ser rigorosamente exata a informação de HEROTIDES DA SILVA LIMA. Conquanto o art. 113 se lixe ao princípio da "perpetuatio", somente se expressa no mesmo uma das facetas do princípio da inalterabilidade do valor da causa, o que se discutiu amplamente (v. o que dissemos sobre perpetuatio e valor da causa).

Segundo CÂMARA LEAL, o direito anterior era omissivo (cf. CÂMARA LEAL, Comentários ao Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, I.º vol., pág. 68).

A redação do projeto CARNELUTTI (art. 47) era similar: "Non incluscono sulla competenzaa del giudice mutamenti nello stato di fatto avvenuti doppo la proposizione della domanda". Observa JOSÉ FREDERICO MARQUES que a procedência direta do art. 151 do Código de 1939 é decorrente de tradução do projeto SOLMI que dispunha: "non influiscono sulla competenzaa del giudice mutamenti dello stato relativi al domicilio, alla cittadinanza delle parti, all'obbietto della causa o al suo valore" (cf. Instituições, cit., I vol., § 85, n. 232, pág. 443).

15. MOMENTO PRECISO DO INÍCIO DA "PERPETUATIO" NO DIREITO BRASILEIRO, DA LITISPENDÊNCIA E DO INÍCIO DO PRAZO PARA DEFESA, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O momento da "perpetuatio" em nosso direito positivo anterior coincidia com o início da litispendência (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições, cit., vol. I, n. 232, pág. 443).

Duas observações têm cabimento. A primeira é a de que, no regime anterior, se, entre o despacho que deferiu a citação do réu e a respectiva citação, ocorresse qualquer modificação, alterava-se a competência. E isto porque não ocorrera a "perpetuatio" ainda (cf. PONTES DE MIRANDA, Comentários (ao Código de 1939), cit., II vol., pág. 363).

Por esta nova lei antecipou-se o momento de verificação da **perpetuatio** para o instante da **propositura da ação**, que se concretiza pela distribuição ou pelo despacho, de modo que, toda e qualquer mo-

dificação que se verifique ulteriormente a tal momento, é juridicamente irrelevante, para fins de alterar a "perpetuatio".

Logo, se houver qualquer modificação, depois da propositura, subsiste a **perpetuatio iurisdictionis**, isto é, não se altera mais a competência de foro; logo, se o réu se mudar de uma comarca para outra depois da propositura — mas antes da citação — tal fato não modifica a competência de foro (a **prevenção**, no caso, conquanto regulada pelo art. 219 e vá ocorrer quando da citação, há de se verificar na comarca primitiva mesmo). Entretanto, se o réu entender de mover ação contra o autor, que já propôs ação contra ele, invertidas, pois, as posições de partes mas, sendo o mesmo objeto litigioso (mesma lide), e se este réu, agora investido na posição de autor, lograr citar antes a parte, afigura-se-nos que prevalecerá esta ação em que o réu é o autor. E isto porque, na realidade, a **prevenção** e a **litispendência**, na forma do art. 219, ocorrerão mercê da citação. A ação proposta antes, mas onde não se logrou realizar a citação, perderá sua utilidade e nela é que será possível opor-se objeção de litispendência.

16. A PERPETUATIO IURISDICTIONIS E AS VARAS DISTRITAIS

O significado prático da **perpetuatio iurisdictionis** há de ser entendido à competência de juízo, tendo em vista o distrito. Assim, se um indivíduo réu de certa ação é domiciliado num dado distrito, e, pendente a ação, se mudar para outro, isto não altera (por causa da modificação do domicilio) a competência já determinada e fixada. Não se trata, **in casu**, de alteração de foro propriamente dito, mas sim, de cogitar-se de alguém, mudando-se de um dado **distrito** (onde haja varas distritais), isto não modificar a competência. Há de se aplicar ao distrito exatamente o mesmo raciocínio que se faz para o foro.

A segunda observação é aquela que distingue entre momento de início da "perpetuatio", daquele da litispendência e daquele outro momento, da apresentação da defesa. São, atualmente, três momentos. O art. 219 diz, "tout court", que a citação válida produz determinados efeitos. O art. 292, (este do Código de 1939) confirmando essa idéia, dizia que "feita a citação do réu, considerar-se-á proposta a ação". Em

seguida, tratava o art. 292 (segunda frase, do Código de 1939) do início do prazo para defesa. Evidentemente, os dois momentos, então, — da citação e devolução do mandado e assim início do prazo para defesa — poderiam e poderão coincidir. Se não coincidirem, porém, pode surgir o problema: qual é o momento em que se operava a “perpetuatio”? A resposta era a de que ela se operava quando da citação válida, independentemente da devolução do mandado. Nesse sentido era a lição do Prof. GUILHERME ESTELLITA: “a jurisdição do juízo da causa previne-se quanto a um dos réus (o que foi citado), não ocorrendo o mesmo quanto ao outro, cuja iniciativa de demandar (a respeito do objeto da causa) já não sofrerá aquela restrição” (Cf. GUILHERME ESTELLITA, Do Litisconsórcio no direito processual civil, pág. 404).

Hoje a *perpetuatio* se dá quando da propositura da ação (art. 87), a litispendência quando da citação (art. 219) e o início do prazo para defesa obedece ao art. 241, que regula também a documentação nos autos do ato da citação (v. art. cit., n.ºs I, II, IV e V).

17. A “PERPETUATIO IURISDICTIONIS” NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL (DIREITO COMPARADO)

O problema, considerado no Direito Processual Civil internacional, desloca-se do mero confronto da competência “exterior”, de um juízo para a do outro, mas ambos do mesmo Estado, para alçar-se para o confronto da própria jurisdição de um Estado para a de outro. Se a “perpetuatio” é a imutabilidade da competência firmada, mas se a própria competência depende da existência de jurisdição, dado que é uma das expressões desta, logicamente é necessário indagar-se da validade da sentença de um Estado no outro, para podermos falar em “perpetuatio iurisdictionis”.

Países há que regulam o problema através de convenções internacionais, como é o caso da Itália e França, quando dispuseram a respeito da execução das sentenças no Tratado sobre matéria civil e comercial, assinado em Roma a 3.6.1930. No art. 35 desta Convenção se lê: “Le changement de nationalité en cours d’instance no modifie pas

la competence d’une autorité régulièrement saisí” (Ver o texto em “Le Convenzioni Internazionali relative al Processo Civile”. coligidas por MARIO MIELE, 1955, Milão, ed. Giuffrè).

Para NICOLA JAEGER determina-se a competência tendo em vista o estado de fato existente no momento da proposição da demanda; conseqüentemente, “si osserva pertanto anche in questa materia (’processo civil internacional’), nella quale aveva dato luogo a discussioni, il principio della perpetuatio iurisdictionis” (Cf. *Diritto Processuale Civile*, n. 95, pág. 234, letra F).

BETTI refere jurisprudência italiana no sentido de que, na hipótese de mudança de cidadania, a Justiça de sua terra entendeu irrelevante tal fato, no que tange à competência, e isto fundamentada no princípio em exame (Cf. *Diritto Processuale Civile Italiano*, 1936, § 55, pág. 232, nota 11).

SALVATORE SATTA também doutrina no sentido de que o princípio se aplica tanto às regras de direito interno quanto internacional (Cf. *Diritto Processuale Civile*, cit., n. 6, pág. 9).

O trabalho de CHIOVENDA deve ser considerado básico na literatura latina para o estudo do assunto, pois encerra verdadeira sistematização do tema; originou-se precisamente de uma hipótese em que tinha havido modificação de cidadania, a qual, segundo a decisão, deveria afetar a “perpetuatio” (Cf. SAGGI, cit., artigo “Sulla perpetuatio iurisdictionis”, I vol., pág. 274, n. I). Opina este autor no sentido de que, em tal caso, cessa a jurisdição nacional, dependentemente de situação concreta (v. n. 18, a seguir).

18. A PERPETUATIO IURISDICTIONIS NOS PAÍSES NÃO OCIDENTAIS

Nos direitos marcados pelo comunismo e socialismo igualmente prevalece o princípio (v. L. A. Lunz, *Internationaler Zivilprozess* 1968, edição da República Democrática alemã, § 4.º, pág. 54). Cita-se aí, além da validade do princípio para o direito soviético, a lei polonesa que dispõe que, pelo início de um processo, as condições de competên-

cia do juiz polonês permanecem, mesmo que no curso do processo os fatos se modifiquem ("Im polnischen ZPG (art. 1.097) ist vorgesehn: "Die bei Beginn eines Verfahrens bestehende Zuständigkeit polnischer Gerichte bleibt auch dann bestehen, wenn im Laufe des Verfahrens die Tatsachen entfallen, durch die sie begründet wurde" — (cf. LUNZ, op. ult. cit., pág. 54).

Para CHIOVENDA, depois de tecer numerosas considerações, a colocação exata do assunto é a de que **deve cessar a jurisdição do tribunal italiano**, o que vale como regra geral, "**se et in quanto il sopravvivere di questa giurisdizione sarebbe materialmente o logicamente incompatibile colle nuove circostanze**" (Cf. SAGGI, artigo cit., I vol., pág. 309, o grifo é nosso).

A solução, ao nível doutrinário, nos parece correta, em tese. Aceitamo-la e lembramos que, em certa medida, ela coincide com o critério propugnado pela doutrina alemã, no que tange à aceitação da litispendência internacional: deve ser respeitada a litispendência quando a futura coisa julgada a ser proferida no processo que serve de base à litispendência (= estrangeira) terá autoridade no país onde se opõe a exceção de litispendência. O exame, pois, desta matéria, exige que se faça, caso por caso, segundo CHIOVENDA. PONTES DE MIRANDA, entre nós, dogmaticamente afastava a hipótese no plano do Direito processual civil internacional (Cf. Comentários ao Código de 1939, cit. II vol., pág. 363, nota 2), no que errava redondamente, discrepando da **communis opinio**.

A posição radical de PONTES DE MIRANDA, retro citada, é inaceitável. De um modo geral a doutrina aceita o princípio e, neste particular, além daquilo que já escrevemos sobre o assunto, acompanhamos a opinião do Prof. TORNAGHI (v. Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, 1974, 1.º vol., pág. 301). Na realidade, não há razão plausível para diferenciar, **essencialmente**, a aplicação do princípio nos casos de competência internacional.

Aplica-se, portanto, também, à competência internacional.

O que poderá ocorrer é que, em determinadas hipóteses, a modificação da situação de fato impedirá de fato, isto é, na realidade empírica, que a jurisdição funcione em suas últimas conseqüências, ou seja, que se realize (executivamente) o direito. É evidente que, diante de tais casos valerá a regra **ad impossibilia nemo tenetur**. Outrossim, a aplicação do princípio, no direito internacional privado, há de ser entendida tendo em vista que o problema ferir-se-á à luz de pressupostos e de controles diversos.

Se o problema da **perpetuatio iurisdictionis** se fere na competência interna, segue-se que haverá sempre uma autoridade diante de um conflito de competência que, válida e coercitivamente, imporá a decisão, que defina o juízo A e não o B como sendo o competente.

Já diversamente, ferindo-se o problema na esfera da competência internacional, o mesmo está calcado em duas **jurisdições estatais** diferentes e, em certa medida, portanto, uma não pode impor-se à outra, salvo havendo Tratado Internacional. Trata-se, porém, de questão de fato, e pois juridicamente insolucionável, circunstância esta, todavia, que é inidônea, a se entender a arredar a aplicação do princípio como regra geral.

Comumente o que ocorre é — salvo Tratados Internacionais — haver uma proteção legislativa da jurisdição nacional. Essas proteções que são unilaterais, poderão, todavia, colidir **de fato**, e isto ocorrendo, resolver-se-á o problema pela imposição de fato da normatividade de um país em detrimento da do outro, como uma decorrência da soberania do país cuja ordem jurídica venha preponderar.

No direito argentino a opinião autorizada de HUGO ALSINA é pela admissão do princípio (in Tratado Teórico Práctico Civil y Comercial, 1942, Buenos Aires, II vol., pág. 101, nota 80).

O direito austriaco em princípio inadmite a "perpetuatio" no plano do Direito Internacional (cf. RIEZLER, Internationales Zivilprozessrecht, § 46, pág. 460, o qual transcreve o art. 29 das Normas de Jurisdição, que regula a matéria).

19. A "PERPETUATIO IURISDICTIONIS", O DIREITO PROCESSUAL CIVIL INTERNACIONAL E O CÓDIGO VIGENTE

No direito brasileiro vigente — exceto na área de preponderância e vigência do Tratado de Bustamante, ao invés de vigir o Código, que não prevalece sobre o Tratado Internacional — não haveria, à primeira vista, que se falar em "perpetuatio iurisdictionis", nem em prevenção, no Direito Processual Civil Internacional. E isto pela circunstância (art. 90) de o novo Código ter disciplinado o problema tendo em vista a não influência da litispendência internacional no direito brasileiro. Ora, não se ignorando que aqueles dois efeitos ("perpetuatio" e prevenção) são correlacionados à litispendência, segue-se que, na medida em que esta — total e globalmente — não produz efeitos para a inibição da propositura de demanda interna, disto deflui que não há que se cogitar daqueles efeitos. Somente se a causa, proposta perante o Tribunal estrangeiro, vier a ser revestida pela autoridade de coisa julgada, devidamente homologada, é que produzirá, então, efeitos entre nós. **Todavia, esta argumentação não convence.**

Na realidade, o fato da litispendência internacional ser irrelevante, leva à implicação de que, pendente no estrangeiro uma causa, poderá a mesma ser proposta no Brasil.

Isto não significa, todavia, que se alguém está sendo demandado aqui, e se alterar situação de fato — tudo num mesmo processo — que esta alteração seja sempre danosa para o autor. Se o réu é aqui domiciliado (art. 88, I) e a ação é aqui proposta, a mudança de domicílio do mesmo não deve ser tida como suscetível de subtrai-lo à Justiça brasileira, salvo, é evidente, a verificação indisputável de que, se proferida sentença, a eficácia desta viesse a ser inócua.

20. CONFRONTO ENTRE A "PERPETUATIO IURISDICTIONIS" E A PREVENÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Estas considerações valem para contrastar a *perpetuatio iurisdictionis* (art. 87) com a *prevenção*, tal como prevista no art. 219 do Código de Processo Civil. E isto porque, se se tratar de juízos da mesma

competência territorial, ter-se-á praticamente sobreposição cronológica entre a *perpetuatio iurisdictionis* e a prevenção (agora do art. 106), por que: 1.º) a *perpetuatio* dar-se-á com a distribuição ou despacho; 2.º) outrossim, se os juízos tiverem a mesma competência territorial, o que será relevante para a prevenção será o despacho e não a citação à que alude o art. 219. Dar-se-á a *perpetuatio* quando da distribuição, e a prevenção logo a seguir com o despacho. Se este anteceder à distribuição, os dois efeitos verificar-se-ão simultaneamente.

Conquanto já tenhamos pensado diversamente nos primeiros momentos de análise da lei, cremos, hoje, que a *perpetuatio iurisdictionis* se dá tanto para o autor quanto para o réu, **no mesmo momento**. Na medida em que a lei (art. 263) não distinguiu, não é lícito ao intérprete distinguir. Assim, o momento relativo à *perpetuatio* (ocorrência da *perpetuatio*) tanto para o autor, quanto para o réu, é o mesmo; há, pois, unitariedade. Esta unitariedade, ademais, é recomendada pela circunstância de estarem, tanto autor, quanto réu, inseridos numa mesma relação jurídica processual e, desta forma, os deveres e obrigações hão de guardar identidade, inclusive, quanto ao momento de seu nascimento.

De outra parte, os próprios textos impõem tal exegese, porque: 1.º) o art. 263 (segunda parte) dispõe que, relativamente ao réu a propositura da ação só produz os efeitos do art. 219, depois que seja ele validamente citado, o que autoriza o entendimento de que **outros efeitos** que não os do art. 219 — dentre os quais se situa o efeito da *perpetuatio iurisdictionis* — se produzam justamente com o despacho da inicial ou com a sua distribuição; 2.º) conseqüentemente, portanto, os efeitos do art. 219, dentre os quais o da litispendência e o da prevenção, situam-se em instante cronológico juridicamente distinto do momento de ocorrência da *perpetuatio iurisdictionis*. É certo, na medida em que, distribuída ou despachada a inicial, em certo dia e, realizada a citação nesse mesmo dia, por essa circunstância ocasional, teremos que estar sobrepostos os momentos de ocorrência da *perpetuatio iurisdictionis* e o da prevenção (art. 219). Têm, tais momentos, entretanto, identidade jurídica diferente no universo do processo, e ligam-se a pressupostos diversos de formação.

Com esta orientação, é certo, o legislador rompeu a tradição mais próxima do nosso direito, bem como desafinou do direito comparado, e do próprio direito histórico.

No direito anterior (Código de 1939), o art. 151 disciplinava o assunto identificando os momentos da **perpetuatio iurisdictionis** e da **prevenção**, dado que preceituava (art. 151) que “não influirão na competência de juízo as transformações posteriores À PROPOSITURA DA DEMANDA” e, no art. 292, o mesmo estatuto, por sua vez, preceituava que “feita a citação, considerar-se-á proposta a ação” (**verbis**). Quer disto dizer que o ato da propositura da ação decorria, bilateralmente (para o autor, e para réu) da citação e, a tal propositura, cristalizada na citação, acarretava a **perpetuatio iurisdictionis**.

No direito vigente, entretanto, modificou-se a sistemática tendo em vista a comparação entre os arts. 87 e 219.

Adotou o nosso legislador — à semelhança do legislador português — uma modalidade de formação escalonada do processo, ou seja, deixou-se de centralizar, fundamentalmente, tudo na citação, mas, localizaram-se efeitos oriundos da formação do processo em outros atos processuais.

Tendo em vista essa posição, assumida sistematicamente pelo legislador, algumas observações úteis se impõem, dado que elas evidenciarão que profundas foram as modificações operadas no sistema, especificamente tendo em vista a formação do processo.

21. CONCEITO DE PROPOSITURA DA AÇÃO E O ART. 87

O art. 263 define que, despachada ou distribuída a ação, “**ipso facto**” está ela **proposta**. Entretanto, a circunstância de a ação estar **proposta** não significa, por outro lado, que os efeitos colados à citação sejam produzidos. Quanto ao réu, observemos dispor o próprio art. 263 (segunda parte), onde fica claro que os efeitos só se produzem “depois que for validamente citado”. Ora, se se faz esta restrição só relativamente ao réu, isto sugere “**a contrario sensu**” que, relativamente ao autor, os efeitos — mesmo os oriundos da citação — ter-se-ão produzido

antes da efetivação da mesma, o que, convenhamos, implica numa profunda modificação do sistema e da tradição do nosso direito. É nítida a correlação entre os arts. 263 e 87.

22. A TERMINOLOGIA DO ART. 87

A dicção utilizada pelo legislador, no art. 87, não é das melhores. Em rigor, o que disciplina essencialmente o art. 87 é um problema de **fixação** da competência, curialmente, à luz dos critérios objetivos existentes no momento em que opere tal fixação. Disciplina o art. 87, aliás, a **fixação do foro** e não, ainda, a **fixação do juízo** (pois a fixação do juízo é oriunda da prevenção, a qual somente se dá quando venha a ser o réu citado — v. art. 263, “**in fine**”, conjugado com o art. 219, ou, se os juízos tiverem a mesma competência territorial, nos moldes do art. 106).

No caso de se tratar da mesma competência territorial, com o despacho também haverá prevenção, não por força do art. 87 mas do art. 106. **Se o problema a ser solucionado for de causas conexas pendentes, no mesmo foro, deve ser usado o critério do despacho, segundo disposto no art. 106.**

Este desconpasso, entre a ocorrência da **perpetuatio** e da prevenção, (a do art. 219), além da implicação a que já aludimos (v. **retro**), poderá levar à seguinte implicação prática. Se um dado autor estiver com uma ação ajuizada perante uma dada vara cível — 3.^a Vara, por hipótese — poderá, até o momento da resposta, ou do decurso “**in albis**” para a mesma (art. 267, § 4.^o), **desistir da ação**, certamente pagando as custas. Sucessivamente, todavia, poderá tal autor mover novamente a ação e a mesma cairá, por nova distribuição, na 4.^a Vara, no mesmo foro. A prevenção dar-se-á na 4.^a Vara, e não na 3.^a Vara, precisamente porque foi legítima a sua desistência. Entretanto, se não se tiverem modificado as condições de fato, tendo em vista às quais fora **determinada** a competência, quando da primeira ação, subsistindo para a segunda, segue-se que a segunda ação terá de ser movida no mesmo foro, variando, apenas, os juízos. É esta, portanto, uma implicação prática da diversidade cronológica entre prevenção e **perpetuatio iurisdictionis**.

O critério adotado pelo legislador, no art. 263, e sua repercussão nos arts. 87 e 106, foi profundamente infeliz, principalmente em função da manutenção do critério do art. 219, que é diverso.

Ainda, a dicção do art. 87 não é nítida e clara em significar o que, efetivamente, pretende significar. Na realidade, o que quer dizer é esta a eficácia da norma, é o seguinte: desde que proposta a ação, subsistem imutavelmente os critérios e acontecimentos de fato e de direito em função dos quais foi determinada a competência, salvo as exceções do próprio artigo que são só exceções de direito. Se se tratar de juízos da mesma competência, além da imutabilidade dos critérios de determinação, haverá a imutabilidade da fixação (art. 106) pelo despacho. Se for o caso de incidência do art. 219, a imutabilidade de fixação dar-se-á com a citação (ligação da causa a certo juízo). Afigura-se-nos que o art. 219 se aplica: a) às hipóteses de litispendência, mesmo que os juízos não tenham a mesma competência territorial; b) que se aplica à hipótese de causas conexas, cujos juízos não tenham a mesma competência territorial. É aquela redação, por nós propugnada, a das melhores leis estrangeiras (v. ZPO alemã, § 263, 2; Código de Processo Civil italiano, art. 5.º; ZPO austríaco, § 233 e, na doutrina, HOLZHAMMER, "Osterreichisches Zivilprozessrecht — Erkenntnisverfahren", pág. 154, item X, D, I, b). É verdade que tais sistemas jurídicos ligam o fenômeno da perpetuatio à citação inicial válida, como, nitidamente, o fazia o nosso Código de 1939. Errou (mesmo ao nível do critério eleito) o nosso legislador em ter recolhido a regra do art. 263 do direito português que se reflete no nosso art. 87, e manter a do art. 219, que, conquanto não sejam colidentes, demandam trabalho de acomodação.

23. DOUTRINA SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE

O Prof. HÉLIO TORNAGHI (v. Comentários ao Código de Processo Civil, ed. de 1974, São Paulo, págs. 297 e 335) erra ao afirmar: "Momento em que se firma e perpetua a competência. Com a citação (subentendido: válida) completa a relação processual. Antes dela as mudanças na situação de fato ou de direito podem alterar a competência" (pág. 297); repete esta mesma errônea idéia, a pág. 335 do mes-

mo I.º volume. A sua afirmação seria válida para o Código de 1939 (art. 166, 151 e 292, 1.ª parte), mas rigorosamente inválida e inexata para o sistema do Código de 1973).

Em conferência proferida nas reuniões de Estudos de Direito Processual Civil, publicação da Procuradoria Geral da Justiça ("do Estado de São Paulo") — serviço de Informação e Pesquisa, da Associação Paulista do Ministério Público, o Dr. HANNS CARLOS GUSTAVO SÉLIGSON em aula intitulada "Da Formação, da Suspensão e da Extinção do Processo" (pág. 12), conquanto elogiando nossa obra, acusa-nos, precisamente, da mesma crítica que fizemos ao eminente Prof. HÉLIO TORNAGHI. Assevera que a nossa obra "sofreu a influência do sistema do Código revogado e da doutrina então dominante, continuando preso à idéia de que "por intermédio da citação" se instaura a instância" ("Curso de Direito Processual Civil, ed. RT., vol. II, 1972, pág. 21, pág. 126") (sic). E REALMENTE É ISTO QUE AFIRMAMOS; ENTRETANTO, O EQUÍVOCO DO ILUSTRE CRÍTICO, FUNDAMENTAL, É QUE DEIXOU DE ATENTAR PARA O FATO DE QUE A OBRA QUE CITOU (edição de 1972), FOI ESCRITA TENDO EM VISTA O CÓDIGO DE 1939 E NÃO PARA O CÓDIGO DE 1973. COM ESTA OBSERVAÇÃO É EVIDENCIADO O EQUÍVOCO FUNDAMENTAL — ler uma obra feita para um sistema, como se o fosse para outro sistema — põe-se claro a ausência, sequer de sentido, da crítica, inserida na excelente conferência, do ilustre membro do Ministério Público Paulista.

24. SÍNTESE DOS PROBLEMAS, TENDO EM VISTA OS ARTS. 87 E 219

A perpetuatio iurisdictionis ou fori tem, diante do sistema de 1973, portanto, as seguintes implicações práticas, decorrentes de uma visão sistemática ("interpretação sistemática"), à qual hão de se ajustar os preccitos, conquanto aparentemente colidentes: 1.º) o art. 87 liga a causa a um dado foro, embora não opere, nos casos de aplicação do art. 219, (art. 263, "in fine") prevenção, pois o mesmo não foi ainda citado; 2.º) não opera, todavia, prevenção em relação ao autor, pois: a) o autor para propor a ação há de distribuí-la ou despachá-la (art. 263, início), e assim o fazendo, a lei liga a causa a um dado foro, mas

não a liga a um juízo, pois o art. 219 é peremptório ao dizer que a **prevenção** é decorrência da citação inicial válida, não fazendo maior distinção; segue-se, portanto, que se o autor se dirigiu à 1.^a vara cível de uma comarca, distribuindo ou despachando — salvo se ocorrer incidência do art. 106 — e para os fins aí previstos, está vinculado à comarca, mas não à 1.^a vara o que implica em que pode ajuizar outra ação, na 2.^a vara cível, conquanto não possa, certamente, mudar de comarca; b) a **prevenção** ocorrerá no momento da citação, bilateralmente, salvo nos casos do art. 106, isto é, atingindo, nesse instante cronológico, autor e réu, simultaneamente; c) a **prevenção**, portanto, é o instituto que tem dois critérios na lei: A) se os juízos tiverem a mesma competência territorial (art. 106)) valerá, para entender prevento, aquele juiz que tenha despachado em primeiro lugar, embora só para se operar no juízo prevento a conexão, pela junção dos processos; neste caso, trata-se da prevenção especial do art. 106 e radicar-se-á ela no despacho. O único descompasso que poderá haver, entre a **perpetuatio** do art. 87 e a prevenção do art. 106, será o de que a **perpetuatio** poder-se-á ter dado pela distribuição e a prevenção, do art. 106, pelo despacho; B) se, entretanto, não tiverem os juízos a mesma competência territorial, prevalecerá a regra do art. 219, ou seja, a prevenção ocorre com a citação e não mais com o despacho, ao passo que com este já se dera a **perpetuatio iurisdictionis**. Nesse caso o art. 219 fixa a prevenção, pela citação, inclusive para fins de reunião das causas no juízo prevento, tendo em vista juízos que não tenham a mesma competência territorial. Para objeção de litispendência vale sempre o art. 219, tenham ou não os juízos a mesma competência territorial.

Ora, do que se expôs decorrem ainda as seguintes outras implicações: 1.^o) se há **perpetuatio fori** no momento da propositura (art. 263), quer isto dizer: a) o autor pode, no mesmo foro, ajuizar ação em vara diversa; b) ao reverso, o que está indicado como réu poderá, a seu turno, ajuizar ação noutra vara, conquanto esteja preso ao foro; logo, se o réu ajuizar fora da comarca, cuja competência já foi perpetuada, caberá, pelo autor, na segunda ação exceção de incompetência relativa (arts. 87 e 114).

Outro ponto absolutamente desviuculado do princípio da **perpetuatio fori** é o atinente aos efeitos processuais do processo. Parece-

nos — salvo engano — que o Prof. TORNAGHI se refere à “ineficácia do ato de transferência de posse pelo réu” “(à inalterabilidade da legitimação no caso de transferência da coisa (poderia acrescentar-se: ou direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos)”; à irrelevância da aquisição, por terceiros, de direitos sobre imóveis, objeto de pedido de revogação, rescisão ou resolução” (v. HÉLIO TORNAGHI, Comentários, cit., I.^o vol., pág. 295, nota 60 (pág. 295, letras c, d e e), como fenômenos ligados ao art. 87. Entretanto, afigura-se-nos que na exegese do art. 87 não se incluem, absolutamente, tais efeitos. Aqueles são efeitos originados da citação válida, ligadas tais conseqüências sempre ao efeito processual da coisa litigiosa (art. 219, caput). Aqueles exemplos são irradiações, ou exemplificações, de hipóteses oriundas da coisa litigiosa. Entretanto, a coisa litigiosa somente se verifica com a citação válida (art. 219; Código de Processo de 1939, art. 166, III). Deve, portanto, ficar absolutamente claro que, mesmo proposta a ação (“instante cronológico do despacho ou distribuição”), não está o réu, juridicamente, inibido de alienar e, portanto, é eficaz o ato de transferência, inclusive no plano do processo.

Já, diversamente, afigura-se-nos ter razão o Prof. HÉLIO TORNAGHI (v. Comentários, cit., I.^o vol., pág. 295, letra “b”) quando liga à propositura da ação a irrelevância da morte de qualquer das partes como, exemplificativamente, nos casos em que, proposta ação, “**ipso facto**”, está criada a possibilidade de ser transmitida a ação. Trata-se, porém, de problema diverso do da coisa litigiosa e que merece tratamento diferenciado (v. nossa TEORIA GERAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, I.^o vol., parte quarta, pág. 319).

Equivoca-se, ainda, em nosso sentir, o Prof. TORNAGHI, ao falar, juntamente com os demais fenômenos, em “**suspensão do curso da prescrição**” em face do nosso direito, por duas razões:

1.^o) a prescrição em nosso direito não se suspende (v. novamente nossa TEORIA GERAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, cit., I.^o vol., parte quarta, pág. 328 e segs., onde estudamos longamente o assunto).

2.º) de outra parte, a prescrição em nosso direito positivo é interrompida (fenômeno jurídico diverso do da suspensão da prescrição), mas, tal interrupção origina-se da **citação válida** (v. art. 219, *verbis*), e, o que pode exclusivamente ocorrer é que a partir do **despacho** se repute (**sub conditione resolutive**) interrompida a prescrição, desde que o autor promova a citação em 10 dias (v. nossa **TEORIA GERAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO**, cit., 1.º vol., parte quarta, pág. 328, onde estudamos os diversos aspectos do problema, sua filiação histórica, a "**ratio essendi**" de tal antecipação, como, ainda, as próprias correntes então formadas, na interpretação das palavras **promover a citação**).

25. A EXPRESSÃO "SÃO IRRELEVANTES AS MODIFICAÇÕES DO ESTADO DE FATO"

A verdadeira finalidade, historicamente reconhecida, do instituto da **perpetuatio iurisdictionis** é, fixando a competência, imunizar a sua estabilidade contra quaisquer modificações de fato, ou melhor, **do estado de fato**, relativamente à lide e seus sujeitos (em especial o réu), tendo em vista os elementos que serviram de base à determinação da competência. Por estas últimas não de se entender as respeitantes ao domicílio, à residência, à cidadania das partes, ao objeto da causa, ao aumento ou à diminuição do valor da coisa; em síntese, servem de conteúdo explicativo do art. 87, neste particular, os casos indicados no art. 151 do Código de 1939. Quaisquer outras modificações, porventura não mencionadas no art. 151 (válido para determinar o conteúdo de "modificações do estado de fato"), serão, outrossim, havidas por irrelevantes, face à amplitude do texto. O princípio da **perpetuatio iurisdictionis** é aplicável, inclusive, ao direito processual civil internacional, como já salientamos (cf. BETTI, *Diritto Processuale Civile*, § 55, pág. 232, nota 11; SALVATORE SATTA, *Diritto Processuale Civile*, n. 6, pág. 9; CHIOVENDA, *Sulla Perpetuatio Iurisdictionis*, in SAGGI, vol. 1.º, pág. 274, n. 1). Ora, no direito processual civil internacional podemos colher exemplo significativo, não considerado explicitamente, no invocado art. 151 do Código de 1939, e nem neste art. 87, que consiste na hipótese de os **bens móveis litigiosos** mudarem, pendente a lide, de um Estado para outro, e surgir a questão atinente à modificação, ou não, da jurisdição ou

competência do Estado, que em primeiro lugar conheceu do processo. A regra é que a vedação oriunda da **perpetuatio iurisdictionis** implica na imodificabilidade da jurisdição do Estado, primitivamente solicitado a prestar a jurisdição e, portanto, do juízo que era e permanece competente, apesar da modificação de local, dos bens móveis litigiosos (cf. PLÍNIO BALMACEDA CARDOSO, *O Direito Internacional Privado em face da doutrina, da legislação e da jurisprudência brasileira*, 1942, São Paulo, Livraria Martins Editora, pág. 57). Assim, a regra a ser enunciada é a de que, toda e qualquer alteração de fato, que se pretendesse suscetível de redeterminar a competência, é vedada pelo presente princípio. Esta regra, contudo, é incompleta.

26. AS MODIFICAÇÕES DE DIREITO

A lei atual, modificando orientação anterior, entende também irrelevantes o que denomina de modificações do **estado de direito** (art. 87). Por estado de direito haver-se-á de entender o sistema jurídico positivo regrador da competência que, se alterado, não importará, como regra geral, na modificação dos critérios de determinação da competência, que se terão por cristalizados com a propositura da ação, nos moldes do presente art. 87.

Segue-se, assim, que, com a irrelevância da modificação do **estado de direito**, ao lado do estado de fato, dois parâmetros são fundamentais para a determinação da competência: 1.º) o sistema jurídico; 2.º) o estado de fato, subsumível a esse sistema jurídico. Modifique-se o sistema, ou o estado de fato; em regra, isso será ininfluyente na competência.

Basicamente, todavia, essa ausência de influência do sistema jurídico sofre uma limitação, vale dizer, quando se tratar de **supressão** do órgão judiciário, ou alteração da competência em razão da matéria, ou da hierarquia, nesses três casos romper-se-á a **perpetuatio iurisdictionis**. Segue-se, portanto, que, conquanto também o estado de direito seja juridicamente irrelevante, ressalvam-se essas três hipóteses, redutíveis a dois princípios: 1.º) sempre que haja supressão de órgão judiciário, isto importará na quebra da cristalização a que alude o art. 87; 2.º) sem-

pre que a modificação se referir à competência absoluta, pois as espécies do art. 87 são, justamente, as de competência absoluta, tal como lemos no art. 111. Assim, também no art. 87 leia-se **funcional** onde está escrito hierarquia, tendo havido, também, sínédoque.

O ARTIGO 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

SÉRGIO FERRAZ
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O artigo 106 da Constituição Federal, referente ao regime dos agentes administrativos, inova, em relação ao texto original da Constituição de 1967. A Constituição de 1967 rezava, no seu artigo 104, que se aplicava a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. A Emenda n.º 01 de 1969, já diversamente, preconiza que o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada, será estabelecido em lei federal. Há, portanto, uma radical mudança de forma. Em 1967 aplicava-se a esse tipo de contratação ou admissão a legislação trabalhista. Em 1969 não se diz o que é aplicável; afirma-se, antes, que uma lei especial disporá sobre o assunto, definindo o regime. Dois pontos de magna importância, de imediato, se colocam ao investigador: em primeiro lugar, qual a fonte normativa de competência, isto é, quem irá ditar essa lei especial? União, Estado, Município, todos eles, ou nenhum deles, como está acontecendo presentemente, exatamente em razão da perplexidade ensejada pelo artigo 106? Em segundo lugar, ultrapassado esse ponto, caberá saber qual a matéria tratada nessa lei. O problema é da maior relevância para Estados e Municípios, conquanto de reduzida importância para a União Federal (em vista de sua ampla capacidade normativa traçada no artigo 8.º, da Lei Maior). A estatura do tema, para Estados e Municípios, prende-se a alguns pontos de clara angústia, sobre os quais em seguida se discorrerá sucintamente.

Em primeiro ponto, cabe lembrar que a admissão de servidores, para a prestação de serviços públicos, foi tradicionalmente assentada, entre nós, no chamado regime estatutário, regime legal, ou seja, o regime em que o Estado impõe um contexto de obrigações a quem lhe vai prestar serviços. O servidor adere a esse estatuto, que tem como conó-

tação suprema o dado de ser unilateralmente modificável, pela própria administração pública, o conteúdo da obrigação, a qualquer tempo, sem que se possa invocar direito adquirido.

A esse regime são, de regra, conectadas certas exigências de admissão, como por exemplo o concurso público, uma tradição do nosso direito público (tradição, infelizmente, quebrada no texto de 67, com abertura perigosa de possibilidade de a lei especial excepcionar sua exigência). Ora, é de indiscutível registro a tendência atual da administração pública, em busca de dinamização. A solução da administração indireta aproximou o Poder Público, formalmente, da empresa privada. Passa a registrar-se profunda inclinação de analogia, na prestação dos serviços públicos, às formas de atuação nos serviços por empresa privada. No momento em que esse casamento se propõe, todas as formalidades de admissão, típicas do direito constitucional e administrativo, se tornam incomodamente coercitivas. Nesse tipo de consideração está a origem de um dos mais profundos males que assolam a administração pública presentemente. Passou-se de um radical extremo, para o outro extremo radical, cristalizado na acelerada contratação de servidores públicos, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa "solução" não embaraçou a União, que fez com que todos os litígios entre ela e os seus servidores públicos contratados (do Poder Central e de suas empresas públicas) fossem de competência da Justiça Federal, extraindo-os da competência tutelar da Justiça, por lhe parecer incômoda essa tutela. Mas para Estados e Municípios, não se estipulou previsão idêntica. Ora, o Estado não está aparelhado materialmente, em regra, para a vivência, para a pragmática da relação trabalhista. Daí resulta que o escopo tutelar da Justiça do Trabalho se tem traduzido num dado de sucumbência generalizada para o Estado-membro e para o Município.

Por último, refira-se a própria disparidade de critérios: sentados lado a lado, numa repartição pública, há, por exemplo, um escrivão regido pela CLT, e um escrivão do Estado, com os mesmos deveres e obrigações, mas com vantagens diferentes, o que, realmente, é difícil de explicar, a um nível lógico e racional.

Esses tipos de problemas têm um remédio preconizado no artigo 106, mas, como quase tudo que há de novidade na Constituição de 67 e 69, preconizado com a maior timidez e até imprecisão técnica. O resultado é que em 1977, oito anos depois da Emenda n.º 1, ainda se discute se a lei, aludida no artigo 106, é federal, municipal ou estadual. Aqueles, que sustentam que a lei deve ser necessariamente federal, raciocinam com dois tipos fundamentais de argumentação. A primeira delas é centrada no próprio artigo 8.º, XVII, da Constituição, que traça o regime básico de competência normativa, fixando a competência das competências, em terreno normativo. Nele se registra uma letra "a", que reza competir à União legislar sobre cumprimento da Constituição e execução de serviços federais. Raciocinam alguns: cumprir constituição é implementar aquelas disposições que, no próprio texto constitucional, se reservam à existência de lei especial, para seu detalhamento. O segundo argumento repousa na suposição de que essa lei especial terá necessariamente, por força de imperativo lógico, que disciplinar matéria de prestação de serviços, sob uma das duas formas: ou a subordinação (e portanto estaríamos caindo no regime trabalhista, de competência da União), ou a autonomia (estaríamos no campo da locação de serviços, direito civil, também competência normativa da União).

Vamos tentar, em cotejo, alinhar quais sejam os argumentos que, a nosso ver, devem ser opostos aos acima referidos. (1) Um primeiro alicerce, primacial: nosso regime é federativo. É uma federação um tanto "sui generis", talvez, mas uma federação. E mais, até, uma federação protegida constitucionalmente (a Constituição, ao tratar do processo legislativo, em particular ao disciplinar o problema da emenda constitucional, afirma taxativamente, não se admitirem projetos de emendas à Constituição, tendentes a abolir a federação). No texto maior, coerente com o sistema, cabe remissão, como preceito da maior relevância ao artigo 13, que afirma a capacidade de os Estados se organizarem e regerem pelas Constituições e Leis que adotarem, ressalvados os princípios contidos na Constituição Federal. O artigo 13, pois, afirma a au-

(1) Do nosso entendimento, nas linhas gerais mas sem o mesmo detalhamento, partilha o douto CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in "Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos", Rev. dos Tribunais, 1972, pág. 58.

tonomia estadual, da mesma maneira que o art. 15 proclama a autonomia municipal. Por conseqüência, afirmar-se que cabe à União legislar sobre o cumprimento da Constituição, só pode significar que cabe à União legislar sobre o cumprimento e execução da **Constituição Federal**, e não da Constituição Estadual. Cada ente federativo age dentro de sua esfera normativa de competência, e quando existe entrelacamento ou superposição, a regra de composição do conflito tem de estar traçada no próprio texto constitueional. Assim, a letra "a", do artigo 8.º, XVII, trazida a lume, como argumento contra a possibilidade de lei especial estadual, há que ser entendida, nos seus devidos termos, necessariamente, por causa da própria sistematização federativa em que vivemos: sua incidência limita-se a temas em que se reconheça, inequivocamente, tratar-se de matéria de competência federal.

Outra tese: o texto constitucional fala em **lei especial**, em mais de uma passagem. Mas quando quer significar que se trata de lei especial federal, afirma-o com todas as letras: lei federal, por exemplo, de competência do Presidente da República, poderá aumentar os casos permitidos de acumulação de cargos. Em contraposição, contudo, afirmariam alguns que a Constituição não é bem elaborada tecnicamente. Ora, o jurista não pode interpretar na base de patologias e defeitos, mas sim em respeito a uma linha de lógica, e dentro de uma proposição do sistema; pois bem, quando a Constituição pensou em lei especial federal, disse-o taxativamente. Mas no artigo 106 não o fez. Abriu, portanto, ensejo a que o Estado e o Município possam também formulá-la.

Um terceiro vetor, a ser buscado no próprio artigo 8.º, XVII, da Lei Magna, como já vimos habitualmente trazido a contexto pelos opositores a nosso opinamento: em tema de **direito administrativo**, a própria Constituição afirma não ser a competência da União excludente da dos Estados e Municípios. Diversamente fosse, não viveríamos numa federação. Cada esfera federativa tem competência normativa, para auto-organizar-se. Legislar sobre direito administrativo é matéria da competência da União, do Estado e do Município: a União para os seus serviços administrativos, o Estado para os seus próprios e os Municípios para aqueles de sua atribuição. Estruturar o regime dos agentes administrativos é, tipicamente, legislar sobre **Direito Administrativo**, competência, portanto, da União, do Estado e do Município.

Outro aspecto que também deve ser trazido a contexto, da maior significação pelo ponto de vista do sistema, é que o artigo 106 é seguido por um outro de grande expressão, e que parece colocar uma linha de muita nitidez no tema. Assim é que o artigo 109 afirma: "...lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República (aí está claro, pois, lei especial federal), respeitado o disposto no artigo 97, definirá o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios". Preceito corretíssimo. A União, por lei especial, definirá o regime jurídico dos seus servidores, dos servidores do Distrito Federal e dos servidores dos Territórios, porque Distrito e Territórios não têm autonomia constitucional e funcionam, realmente, como emanção da própria União. Conseqüentemente, circunscreveu o próprio texto constitucional, nesse artigo 109, letra I, o âmbito de atuação normativa da União, no traçado do regime jurídico dos servidores, e nem poderia fazê-lo diversamente, aos servidores federais. Chega-se à conclusão, a senso contrário, de que em relação aos Estados e Municípios, a lei que disciplinar a matéria não há de ser federal. Se a lei federal vai tratar do regime jurídico só dos servidores da União, Distrito Federal e dos Territórios, a lei que tratará do regime jurídico dos servidores dos Estados e Municípios será, respectivamente, estadual e municipal.

Mais um ponto que merece ponderação: ao contrário do que os opositores afirmam, a lei especial, do artigo 106, não haverá de ser necessariamente trabalhista, ou necessariamente civil. Ela pode ser estatutária, com nuances e colorações de direito civil, com nuances e colorações de direito do trabalho e de direito administrativo, criando, assim, um objeto próprio. Mais adiante voltaremos ao ponto.

Elencados todos esses aspectos, há que ver, também, qual a finalidade do artigo 106. Na realidade, cumpre logo esclarecer que ele não existe, a rigor, para resolver problemas federais. O problema do funcionalismo federal se solve com a maior simplicidade, no campo da própria competência da União para ditar normas de direito administrativo, direito do trabalho, e de direito civil, para seus agentes. Também não visa contornar situações litigiosas, na medida em que, com nota de alto caráter utilitário, a própria União, no artigo 110, resolveu o problema dos conflitos com seus servidores não estatutários. Cumpre ver,

portanto, que o artigo 106 é endereçado a uma realidade: a prestação de serviços temporários, que não se casa, semântica ou ontologicamente, com a própria idéia do regime legal. Mais ainda, essa prestação do regime temporário, pela própria dinamização que requer, de modificação unilateral que traz insita, também não se acomoda com o campo de tutela que a lei trabalhista necessariamente assegura àqueles que dela são beneficiários. A única finalidade do artigo 106 há de ser a de permitir a Estados e Municípios se equipem legalmente, criando um sistema que lhes enseje enfrentar uma nova conjuntura: a dos serviços de alta especialização, dos serviços temporários, sem as peias do regime estatutário para a resposta pronta, sem as peias do regime trabalhista para a desconstituição da relação quando isso se torne necessário ou aconselhável.

Não diríamos que fosse importante, como pareceu a um autor paulista, ADILSON DALLARI, saber, para fixar a competência normativa, qual o conteúdo da lei (e só uma vez conhecido o conteúdo é que se poderia afirmar quem o ente competente). (2) A nosso ver essa colocação inverte os termos da proposição. O que cumpre saber em primeiro lugar é quem pode baixá-la. O que pode baixar em seguida, é, exatamente, a segunda parte desta tentativa. Vamos então ao objeto: sobre o que pode dispor essa lei? O que há de conter? Se tiver um cunho meramente estatutário, será inteiramente inútil, na medida em que já exista o Estatuto. Por outro lado, se a lei pretendesse disciplinar, com definição de contorno uma relação que fosse tutelarmente trabalhista, estaríamos incorrendo em claro e indiscutível vício de inconstitucionalidade. Não poderia, realmente, o Estado plasmar um regime trabalhista especial para os seus servidores, pinçando daqui e acolá, da CLT, uma ou outra forma de tutela ou disciplina, e **modificá-la** adaptando-a às suas necessidades. Estaria contrariada a fonte normativa do art. 8.º. O que pode, então, a lei especial estadual, ou municipal, disciplinar?

Em primeiro lugar parece-nos que ela pode, sobretudo, estabelecer um regime misto quanto ao ponto de vista material, feição que não

(2) "Aplicação da legislação trabalhista aos servidores públicos", tese apresentada no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo: Regime Constitucional dos Servidores Públicos, págs. 98 e seguintes, Ed. Rev. dos Tribunais.

existe realmente no direito dos Estados e dos Municípios presentemente. Poderia sim, esta lei, atribuir aos agentes administrativos, por ela regrados, uma série de vantagens de ordem trabalhista, desde que se limitasse a **receber** essas vantagens (não a discipliná-las, modificá-las, refundi-las, ou redefini-las, matéria de competência federal). Ou, ainda, poderia atribuir a servidores seus algumas vantagens trabalhistas. Note-se, não se trata de atribuir **vínculo trabalhista**, mas **algumas** vantagens e tutelas da lei trabalhista, transportadas para um regime administrativo.

Em segundo lugar, essa lei poderia também adotar vários institutos e instrumentos das leis estatutárias, redefinindo aqui sim, para um determinado e específico tipo ter um contorno estatutário modificado, até aditado de alguma tutela trabalhista, esta não redefinida, mas tão apenas recebida. Até mesmo da locação de serviços do Código Civil algo poderia ser trazido e colocado nessa lei especial, desde que não houvesse modificações (porque aí novamente estaríamos entrando num campo de competência exclusiva da União federal). Qual seria, portanto, o contexto, o conteúdo dessa lei? Claramente definido, aquele que **conviesse** aos Estados e Municípios. Dentro dessa linha, **redefinição** dos institutos estatutários; absorção, acolhimento total ou parcial dos institutos trabalhistas; acolhimento, sem redefinição, total ou parcial, de instrumentos do Código Civil; redefinição, se quiserem, de institutos do direito administrativo. Por fim, uma simbiose, uma mescla que tornasse possível, em primeiro lugar, oriar regime adaptado à temporariedade e especialização dos agentes; em segundo lugar, uma vinculação ao Estado, ao Município, que fosse abrangente, inclusive, dos aspectos de natureza previdenciária, impedindo que esse grave inconveniente, que hoje se acusa, continuasse a existir e a pesar sobre os Estados e Municípios. Por último, a prevenção dessa simbiose inteiramente indesejável, assistêmica, de Estatuto e C.L.T., que se assiste hoje em dia por todo o Brasil.

Ficam, aqui, portanto, algumas pinceladas que nos parecem importantes sobre o tema, que deverá, evidentemente, ser aprofundado.

RESPONSABILIDADE DO PREFEITO

HELLY LOPES MEIRELLES

Professor de Direito e Advogado
em São Paulo

I. RESPONSABILIDADE PENAL: Crimes de Responsabilidade — Crimes Funcionais — Crimes por Abuso de Autoridade — Crimes Comuns e Especiais — Contravenções Penais — Prerrogativas Processuais — II. RESPONSABILIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA: Infrações Politico-administrativas — Cassação e Extinção de mandato — III. RESPONSABILIDADE CIVIL: Conceito e Condições para a Indenização.

As responsabilidades do Prefeito, como Chefe do Executivo municipal e agente político, serão estudadas sob o triplice aspecto penal, político-administrativo e civil, visto que, no desempenho de suas funções, poderá incidir em qualquer desses ilícitos, dando ensejo à respectiva sanção, aplicada em processos distintos e independentes. (1)

Inicialmente convém lembrar que o Prefeito não é funcionário público; é agente político, incumbido da Chefia do Poder Executivo

(1) Não admitimos a responsabilidade exclusivamente política, nem a unicamente administrativa do Prefeito. No nosso sistema constitucional e penal a falta exclusivamente política dos governantes não tem sanção jurídica, como não é punível a falta unicamente administrativa desses agentes políticos. Somente quando se conjuga a falta política com a irregularidade administrativa é que surge a infração político-administrativa, definida em lei e sancionada com a cassação do mandato. Certo é que o Prefeito, na prática de um ato tipicamente administrativo, pode realizá-lo ilegalmente e de modo lesivo a terceiro ou ao próprio Município. Neste caso, sujeitar-se-á à invalidação do ato e à responsabilização civil, mas nunca a uma punição administrativa pela falta cometida, pois esta só pode ser aplicada aos servidores sujeitos a normas estatutárias e a regime disciplinar. Se a falta do Chefe do Executivo adentrar ao mesmo tempo a órbita política e a administrativa, então sim, tipificará a infração político-administrativa e se exporá à sanção pertinente (cassação de mandato), independentemente da punição penal e da responsabilização civil, se caracterizar também esses ilícitos.

do governo local. Daí não se lhe aplicar as normas estatutárias que regem a conduta e as responsabilidades dos servidores públicos, mas sim, disposições outras, pertinentes aos governantes e compatíveis com a relevância e complexidade de suas funções.

Urge distinguir, ainda, as responsabilidades pessoais do Prefeito, das responsabilidades institucionais do Município. Este, como entidade pública, responde sempre objetivamente pelas falhas do serviço e pelos danos causados a terceiros por seus servidores (Const. Rep., art. 107); aquele, como Chefe do Executivo e agente político, só responde pessoalmente por seus atos funcionais infringentes de normas penais específicas (crimes de responsabilidade e crimes funcionais comuns) ou de normas de conduta governamental sancionadoras do mandato (infrações político-administrativas), e, sob o aspecto civil, só é responsabilizado quando atua com dolo ou culpa manifesta.

A responsabilização do Prefeito se faz em processos e juízos diferentes, conforme a natureza da infração: por **crime de responsabilidade e crime funcional comum**, responde perante a Justiça Penal comum com jurisdição no Município, pelos processos especiais respectivos; por **infração político-administrativa**, responde perante a Câmara de Vereadores, pelo processo especial pertinente; por **indenização de danos e qualquer outra ação civil decorrente de ato funcional**, responde perante o Juízo cível competente, pelo procedimento adequado; em **mandado de segurança**, contra ato administrativo, responde perante a Justiça comum, com jurisdição no Município; por **crimes comuns** (não funcionais), responde perante a Justiça Penal comum, competente para o julgamento do delito, pelo processo respectivo; por **crimes especiais**, responde perante a Justiça especial correspondente, pelo processo indicado em lei; em **ações cíveis não decorrentes de atos funcionais**, responde perante o Juízo cível comum, pelo procedimento cabível, sem qualquer privilégio ou prerrogativa processual.

Feitas essas considerações de ordem geral, vejamos a seguir, destacadamente, as responsabilidades em que pode incidir o Prefeito, os respectivos processos e as prerrogativas processuais que auferem no juízo criminal.

I. RESPONSABILIDADE PENAL

Responsabilidade penal é toda aquela que resulta do cometimento de crime ou de contravenção. Essa responsabilidade pode advir de delito relacionado com a função, por isso mesmo denominado **crime funcional**, ou de **crime especial**, ou de **crime comum**, ou de **contravenção penal**. Os crimes funcionais podem ser abrangentes de todo agente público, como os definidos no Código Penal (arts. 312 a 326 com aplicação do art. 327), ou específicos de determinadas autoridades, como são os chamados crimes de responsabilidade, tipificados em leis especiais.

O Prefeito, como autoridade municipal, só poderá incidir nos crimes de responsabilidade expressamente previstos e tipificados no Decreto-lei 201, de 27.2.1967, mas como agente público poderá também ser responsabilizado pelos crimes funcionais definidos no Código Penal, que não estejam absorvidos pelos crimes de responsabilidade equivalentes, ou seja, pelos crimes funcionais não cogitados pela lei especial. Poderá, ainda, o Prefeito praticar os crimes de abuso de autoridade definidos na Lei 4.898, de 9.12.1965, e, como qualquer pessoa, cometer crimes especiais, crimes comuns e contravenções penais, respondendo com ou sem prerrogativas processuais, como tudo veremos no decorrer desta exposição.

Crimes de responsabilidade — Os crimes de responsabilidade do Prefeito estão consignados no Decreto-lei 201/67, cujo projeto é integralmente de nossa autoria, e no qual tivemos a preocupação de definir os tipos mais danosos à administração municipal, e de separar nitidamente as infrações penais das infrações político-administrativas, atribuindo o processo e julgamento daquelas exclusivamente ao Poder Judiciário, e os destas à Câmara de Vereadores. Assim, a Justiça comum decide sobre os crimes de responsabilidade do Prefeito, e a Câmara, sobre a sua conduta governamental, em processos autônomos e em instâncias independentes.

O projeto do Decreto-lei 201/67 nos foi solicitado pelo então Ministro da Justiça, Carlos Medeiros Silva, para substituir as Leis

211/48 e 3.528/59, que regulavam a extinção e cassação de mandatos de Prefeitos e Vereadores, definia os crimes de responsabilidade e dispunha sobre o respectivo processo, com aplicação supletiva da Lei 1.079/50, que ainda rege o "impeachment" de autoridades federais e estaduais. Aquela inadequada e tumultuária legislação gerou a impunidade dos agentes políticos municipais, já porque as Câmaras de Vereadores não autorizavam o Judiciário a processá-los criminalmente, já porque os crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas estavam mal definidas e muitas vezes confundidas na conceituação legal. (2) Diante dessa conjuntura fomos levados a separar claramente a responsabilidade criminal da responsabilidade político-administrativa, reunindo e definindo todos os crimes de responsabilidade do Prefeito na relação exaustiva do art. 1.º, e as infrações político-administrativas no elenco do art. 4.º. Com essa nova sistemática ficou abolido o impeachment do Prefeito, que era o afastamento político e provisório do cargo, pela Câmara, para que pudesse ser julgado criminalmente pelo Judiciário. Agora — pelo Decreto-lei 201/67 — ele é processado e julgado por qualquer crime de responsabilidade, pelo Judiciário, independentemente de autorização da Câmara e de afastamento de suas funções, e a perda do cargo resultará da aplicação desta pena acessória, juntamente com a da inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública, pelo prazo de cinco anos, se condenado à pena principal (art. 1.º, § 2.º). Por infração político-administrativa o Prefeito será julgado pelo Plenário da Câmara, que poderá cassar-lhe o mandato na forma e nos casos estabelecidos no mesmo Decreto-lei (arts. 4.º e 5.º), o que também não é impeachment, por se tratar de sanção definitiva de perda do cargo.

Noutros dispositivos o Decreto-lei 201/67 passou a dispor sobre peculiaridades do processo penal do Prefeito e de seus substitutos, que é o mesmo do processo criminal comum, com as modificações indicadas (arts. 2.º e 3.º), e, finalmente, regulou os procedimentos da extinção e da cassação de mandatos pelo Presidente e pelo Plenário da Câmara

(2) A legislação anterior, já revogada (Leis 211/48 e 3.528/59), deu origem à Súmula 301, do Supremo Tribunal Federal, agora superada pelo Decreto-lei 201/67, que suprimiu a autorização prévia da Câmara de Vereadores em qualquer processo criminal do Prefeito.

(arts. 6.º, 7.º e 8.º). Passou assim a definir com exclusividade os crimes e as infrações que menciona, regulando em parte o processo penal dos crimes de responsabilidade, e, no todo, o procedimento administrativo da Câmara para cassações de mandatos por infrações político-administrativas, se de outra forma não dispuser a legislação do Estado.

Nos quinze incisos do art. 1.º desta lei especial estão consignados todos os crimes de responsabilidade do Prefeito e de seus substitutos, "sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores", como declara o texto legal. (3) Esses delitos, embora funcionais, estão desvineulados dos crimes contra a Administração Pública definidos no Código Penal (arts. 312 a 326), constituindo figuras autônomas e específicas do Prefeito e

(3) Art. 1.º — São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: I — apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II — utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; III — desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; IV — empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam; V — ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes; VI — deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos; VII — deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título; VIII — contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; IX — conceder empréstimo, auxílio ou subvenção sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; X — alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; XI — adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; XII — antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário; XIII — nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei; XIV — negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente; XV — deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo estabelecido em lei.

de seus substitutos, que são seus únicos sujeitos ativos. O sujeito passivo será sempre o Município, atingido nos seus bens e valores administrativos que a lei protege. Por isso mesmo todos esses crimes são de **ação pública** (art. 1.º, § 1.º), o que significa que o Ministério Público pode oferecer a denúncia independentemente de representação da vítima, como também a autoridade policial pode instaurar de ofício o inquérito desde que tenha conhecimento do delito por ciência própria ou por comunicação de qualquer do povo, com elementos indiciários suficientes para o início das investigações.

Todos os crimes definidos nessa lei são **dolosos**, pelo que só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem. O que se dispensa é a valoração do resultado, para a tipificação do delito. Mas em se tratando de crime contra a Administração municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir. (4)

Os dois crimes mais graves — apropriação ou desvio de bens ou rendas públicas e utilização desses bens ou rendas em proveito próprio ou alheio —, definidos nos incisos I e II do art. 1.º do Decreto-lei 201/67, são punidos com **reclusão** de 2 a 12 anos; os demais (incisos III a XV), o são com **detenção** de 3 meses a 3 anos (art. 1.º, § 1.º), vale dizer que aqueles são **inafiáveis** e estes **afiáveis** e com possibilidade de **suspensão condicional da pena (sursis)** não superior a 2 anos. Toda condenação, na pena principal, acarreta a aplicação obrigatória das **penas acessórias** da perda do cargo de Prefeito e da inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício de qualquer cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular (art. 1.º, § 2.º). A **pena acessória da perda do cargo** tem a mesma natureza de **sanção criminal** da pena de-

(4) TACRIM-SP RT 445/418, 449/377, 451/414, 451/425, 453/402, 464/365.

tentiva principal, sem qualquer conotação política, pois resulta única e exclusivamente da tipificação do **crime funcional** e não da conduta governamental do punido, a qual só poderia ser apurada em outro processo perante a Câmara de Vereadores.

O **processo dos crimes de responsabilidade** do Prefeito é o comum do juízo criminal singular, estabelecido no Código de Processo Penal, com as modificações impostas pelo próprio Decreto-lei 201/67, para a defesa prévia, para o recebimento da denúncia e para a prisão preventiva ou afastamento do cargo do acusado (art. 2.º, I a III).

Antes de receber a denúncia o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar **defesa prévia**, pessoalmente ou por advogado, no prazo de cinco dias. Nessa oportunidade incumbe ao Prefeito rebater as acusações que lhe são feitas, podendo oferecer os documentos que desejar, em prol de sua inocência. É uma defesa vestibular que servirá apenas para orientar o Juiz na apreciação da denúncia, para seu recebimento ou rejeição, visto que, se for instaurada a ação penal, o denunciado terá outra oportunidade para oferecer alegações escritas e rol de testemunhas, no prazo de três dias após o seu interrogatório, prosseguindo a instrução na forma comum do Código de Processo Penal (arts. 394 a 405) até o julgamento, com as formalidades que o antecedem (arts. 498 a 502).

Se receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a **prisão preventiva** do acusado, nos casos de crimes definidos nos incisos I ou II do art. 1.º, do Decreto-lei 201/67, e sobre o seu **afastamento do exercício do cargo** durante a instrução criminal, em todos os casos (incisos I a XV). São providências cautelares do mais alto interesse da Justiça, para assegurar a apuração da verdade e a aplicação da lei penal quando o réu, por sua personalidade, por seus antecedentes criminais ou por sua conduta administrativa atrabiliária, infundir a convicção de que, em liberdade, criará embaraços ao processo, e, no exercício do cargo, dificultará a elucidação dos fatos tidos por delituosos, principalmente quando dependentes de verificações internas na Prefeitura. Tanto a **prisão preventiva** quanto o **afastamento do exercício do cargo** de Prefeito são medidas judiciais facultativas

e excepcionais, que só devem ser decretadas quando se revelem convenientes aos interesses da Justiça, sem nenhuma consideração a solicitações políticas ou partidárias. Por isso mesmo, a lei exige que a decretação de qualquer dessas medidas — prisão preventiva ou afastamento do cargo — seja necessariamente **motivada**, isto é, justificada e apoiada em elementos objetivos que convençam da sua utilidade para o normal andamento do processo e punição do culpado.

Do despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva ou o afastamento do cargo, caberá **recurso em sentido estrito**, no prazo de cinco dias, para o Tribunal competente (Decreto-lei 201/67, art. 2.º, III). O recurso contra o despacho que decretar qualquer dessas medidas terá sempre efeito suspensivo. A Lei não o diz, mas é óbvio que mesmo irrecorrido ou desprovido o recurso contra o despacho que deixou de decretar qualquer dessas medidas, o Ministério Público, ou o assistente da acusação poderá a qualquer tempo renovar o pedido, como poderá o próprio Juiz, em qualquer fase do processo, decretá-las de ofício, se fatos supervenientes a justificarem.

O Decreto-lei 201/67 concedeu ainda a todos os órgãos interessados na apuração dos crimes nele previstos a faculdade de requerer a abertura de inquérito policial ou a instauração da ação penal pelo Ministério Público, bem como a de intervir em qualquer fase do processo como assistente da acusação (art. 2.º, § 1.º). E reforçou essa faculdade, reiterando que, se as providências não forem tomadas pelas autoridades estaduais, poderão ser requeridas ao Procurador Geral da República (art. 2.º, § 2.º), que as determinará nos limites de sua competência funcional, promovendo naturalmente a responsabilização dos agentes omissores ou prevaricadores. São medidas pragmáticas, que visam dar solução à realidade nacional, em que o facciosismo partidário chega a influenciar as autoridades estaduais, tornando-as coniventes com a improbidade de correligionários locais, o que exige a intervenção de um poder superior para a punição criminal dos culpados. Esses dispositivos têm sido criticados, como de resto todo o Decreto-lei 201/67, por vislumbrarem neles algumas afrontas à autonomia dos Estados e Municípios, mas com a devida vênia, não nos parece que isto ocorra, porque a competência para legislar sobre direito penal e processual é privativa da

União (Const. Rep., art. 8.º, XVII, "b") e, além disso, tal decreto já passou tantas vezes pelo crivo do Judiciário sem qualquer manifestação de inconstitucionalidade.

O Prefeito e seus substitutos respondem por crime de responsabilidade no cargo ou fora dele, qualquer que seja a forma de investidura (eletiva ou de nomeação) e o caráter da substituição (provisória ou definitiva), porque o delito é meramente funcional e não político-administrativo como erroneamente ainda pensam alguns autores e julgados. Daí o discordarmos, data vênia, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que o Prefeito só fica sujeito a processo por crime de responsabilidade previsto no Decreto-lei 201/67, enquanto estiver no exercício do cargo. (5) Com esse entendimento criou-se uma "extinção de punibilidade" não desejada pelo legislador nem prevista na legislação. Nem se diga que o ex-Prefeito poderá ser processado e condenado por crime funcional, definido no Código Penal, para os funcionários em geral. Tal afirmativa é injurídica porque os crimes funcionais do Código Penal não incidem mais sobre o Prefeito, desde que definidos como crimes de responsabilidade pela lei especial que é o Decreto-lei 201/67. Não pode, assim, o Prefeito que cometeu crime tipificado na lei especial ser punido por delito da lei comum, ainda que caracterizado como crime funcional.

A tipificação e as sanções do Decreto-lei 201/67 são bem diferentes das do Código Penal, bastando lembrar que todos os crimes previstos naquele contêm as penas acessórias — e compulsórias — da perda do cargo e da inabilitação para qualquer outra função pública pelo prazo de cinco anos, ao passo que as do Código não as impõem nas mesmas condições e para os mesmos casos. Portanto, se se aplicar o Código Penal aos ex-Prefeitos, ao invés da lei penal específica, para os crimes de responsabilidade, que é o Decreto-lei 201/67, ficarão eles com penas diferentes dos que forem punidos no exercício do cargo, e mais que isso, ficarão livres da pena acessória de inabilitação para outra função pública. Acresce ainda que a equívoca orientação do Supremo, em

(5) STF RTJ 59/629, RDA 119/323, 120/281, RT 475/367.

muitos casos, conduz a uma total impunidade dos Prefeitos que, quando acusados de **crime de responsabilidade**, pela simples renúncia do cargo, ficarão isentos das sanções do Decreto-lei 201/67, e jamais poderão ser condenados por crimes definidos diversamente ou não definidos no Código Penal. Finalmente, é de se ponderar que essa imprópria orientação jurisprudencial está distinguindo onde a lei não distingue e criando uma disparidade de tratamento entre Prefeitos **no cargo** e Prefeitos **fora do cargo**, e entre estes e seus substitutos, que respondem pelo mesmo crime no cargo ou fora dele. Contra esses estranhos julgados já se insurgiram autorizados comentadores do Decreto-lei 201/67, certos de que a Excelsa Corte reformulará a sua jurisprudência, como nós também o esperamos. (6)

A correta interpretação e aplicação do Decreto-lei 201/67, a nosso ver, está com as decisões do Tribunal Federal de Recursos e dos Tribunais de São Paulo (Justiça e Alçada), que admitem o processo por crime de responsabilidade mesmo que o Prefeito já tenha deixado o cargo, pelo término do mandato ou por qualquer outro motivo. (7) Tal processo alcança não só o Prefeito, como qualquer de seus substitutos eventuais — Vice-Prefeito, Presidente da Câmara, Interventor — desde que na substituição cometam o crime de responsabilidade a ser punido, pois o que qualifica o sujeito ativo deste delito é o seu **cometimento na função**, e não a permanência no cargo. Co-autor desses crimes, entretanto, pode ser qualquer pessoa física, servidor público ou não, que concorra para o seu cometimento (Código Penal, art. 25).

(6) Cf. PAULO LÚCIO NOGUEIRA, *Administração e Responsabilidades dos Prefeitos e Vereadores*, S. Paulo, 1974, págs. 60 e segs.; RUI BARBOSA CORREA FILHO, *Dos Crimes contra a Administração Pública e o Decreto-lei 201/67*, S. Paulo, 1974, págs. 65 e segs.; CLENÍCIO DA SILVA DUARTE, *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, in RT 446/315. TITO COSTA, em recente e douda monografia, refere-se às duas correntes jurisprudenciais que se formaram sobre o assunto, mas não toma posição pessoal (cf. *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1975, págs. 133 e segs.).

(7) TFR, RTFR 38/219; TJSP, RT 442/356, 449/347, 462/334; TACRIM-SP, RT 449/417, 463/370.

Crimes funcionais — O Prefeito pode cometer, além dos crimes de responsabilidade que lhe são atribuídos especificamente pelo Decreto-lei 201/67, os crimes funcionais tipificados genericamente no Código Penal (arts. 312 a 326) para qualquer agente público (art. 327), desde que a conceituação deste não esteja absorvida por aquele. Isto porque a norma penal especial não contemplou todos os tipos de crime funcional definidos na lei geral, contentando-se em redefinir umas e criar outras figuras delituosas de ocorrência freqüente na Administração municipal, permanecendo as demais com a sua definição original do Código Penal, para serem punidas como crimes funcionais comuns a todos os agentes públicos. Assim, ficaram separados os crimes de responsabilidade específicos do Prefeito, dos crimes funcionais comuns ao Prefeito e a qualquer funcionário público em acepção penal.

Incidindo em crime de responsabilidade do Decreto-lei 201/67 o Prefeito responderá por este não pelo correspondente crime funcional do Código Penal, mas se cometer delito funcional previsto no Código Penal e não tipificado no Decreto-lei 201/67, sujeitar-se-á à sanção da lei penal geral. Exemplificando: se “apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio” responderá pelo crime do inciso I do art. 1.º do Decreto-lei 201/67 e não pelo peculato definido no art. 312 do Código Penal em termos assemelhados; mas se “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” responderá pelo crime de concussão definido no art. 316 do Código Penal e não previsto no Decreto-lei 201/67.

O processo dos crimes funcionais é o especial do Código de Processo Penal, regido pelos arts. 513 a 518, iniciando-se com a notificação do acusado, para responder ao conteúdo da queixa ou da denúncia, por escrito, no prazo de quinze dias. Se recebida a queixa ou a denúncia, será o acusado citado para o prosseguimento da ação penal com a tramitação dos processos comuns do juízo singular. Observe-se que nestes crimes e respectivos processos não têm qualquer aplicação as disposições e sanções do Decreto-lei 201/67, mas tão somente as do Código Penal e do Código de Processo Penal pertinentes.

Crimes por abuso de autoridade — O Prefeito, como Chefe do Executivo municipal, pode incidir também nos crimes por abuso de autoridade, definidos genericamente na Lei 4.898, de 9.12.1965, para todo e qualquer agente público que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, cometa os ilícitos previstos em seus artigos 3.º e 4.º. A infringência de qualquer desses dispositivos gera responsabilidade administrativa, civil e penal, conforme dispõe a mesma Lei, sujeitando o autor aos procedimentos especiais por ela estabelecidos de modo um tanto confuso para as respectivas responsabilizações (art. 1.º). Neste tópico só nos interessa a sanção penal, que poderá consistir em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção dez dias a seis meses; c) perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos, aplicadas de acordo com as regras dos arts. 42 a 56 do Código Penal (art. 6.º, § 3.º).

O processo se iniciará por representação da vítima (art. 12) ou por denúncia do Ministério Público (Lei 5.249, de 9.12.1967, art. 1.º), independentemente de inquérito policial ou justificação, e seguirá a tramitação prevista nos arts. 13 a 28 da mesma Lei, com aplicação supletiva das normas do Código do Processo Penal.

Os procedimentos decorrentes desta Lei são autônomos em relação à responsabilização civil e administrativa do próprio Município referentemente ao Prefeito que lhe causar dano, visto que o legislador deu legitimidade às vítimas para chamarem a Juízo diretamente os seus ofensores, o que não impede a Administração de agir também diretamente contra o Prefeito que a lesar, ou regressivamente nos termos do parágrafo único do art. 107 da Constituição da República, independentemente de qualquer representação (Lei 4.619, de 28.4.1965).

Crimes comuns e especiais — O Prefeito responderá, como qualquer pessoa imputável, por crimes comuns e especiais, ou seja, por todas aquelas infrações definidas no Código Penal e em leis especiais sem indicação de agentes privativos para o seu cometimento. Crimes comuns, portanto, são os que constam da lei penal geral (Código Penal), com possibilidade de serem cometidos por qualquer pessoa física penalmente responsável por seus atos; crimes especiais são os definidos

em leis diversas do Código Penal, com ou sem discriminação de agentes capazes de cometê-los, como por exemplo os tipificados na Lei de Segurança Nacional, na Lei Eleitoral, na Lei Antitóxicos, no Código Florestal, no Código de Caça, no Código de Pesca e em outras normas especiais.

O processo dos crimes comuns é o indicado no Código do Processo Penal para o delito correspondente, e o dos crimes especiais, o estabelecido na respectiva lei, geralmente com aplicação supletiva das regras processuais penais comuns. Nestes processos o Prefeito não auffer de prerrogativas do cargo, salvo a de prisão especial, adiante comentada.

Contravenções penais — O Prefeito, como pessoa humana imputável, pode incidir em contravenção penal, isto é, em qualquer daquelas infrações penais de menor gravidade, definidas na lei própria (Lei 3.688, de 3.10.1941), ou em outras leis que sancionem determinados atos como ilícito contravencional. As contravenções não são infrações funcionais, nem exigem dolo ou culpa do agente, bastando a voluntariedade da ação ou omissão típica. As penas são, geralmente, prisão simples e multa.

O processo das contravenções é o sumário, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público (Cód. Proc. Penal, arts. 26 e 531 a 540), sem qualquer prerrogativa de cargo ou função, salvo a prisão especial a que o Prefeito tem direito em qualquer procedimento penal, antes da condenação definitiva, como veremos a seguir.

Prerrogativas processuais — O Prefeito, como Chefe do Executivo Municipal, só auffer de duas prerrogativas processuais no juízo criminal, e tais são a prisão especial enquanto a sentença condenatória não passar em julgado (Cód. Proc. Penal, art. 295, II, com a redação dada pela Lei 3.181, de 11.6.1957), e o direito de ser inquirido como testemunha, em local, dia e hora previamente ajustados com o Juiz (Cód. Proc. Penal, art. 221, com a redação dada pela Lei 3.653, de 4.11.1959). No mais, iguala-se aos seus concidadãos perante a Justiça Penal, como réu, vítima, assistente da acusação ou testemunha.

Embora não se trate de uma prerrogativa processual, permitimo-nos esclarecer que contra Prefeito não cabe **prisão administrativa**, pois esta é uma medida cautelar só decretável por superior hierárquico ou órgão de controle de contas referentemente aos subalternos e aos remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo. Ora, o Prefeito não sendo funcionário público, como não é, não está hierarquizado a nenhum superior que possa decretar administrativamente a sua prisão. Nem mesmo o Tribunal de Contas ou a Câmara de Vereadores poderá fazê-lo, já porque nenhuma norma constitucional o autoriza, já porque o Chefe do Executivo Municipal não é o responsável direto e imediato pelo recolhimento e guarda dos dinheiros do Município. Entretanto, seus bens ficam sujeitos a seqüestro e perdimento, na forma da legislação federal pertinente, como veremos adiante ao cuidar de sua responsabilidade civil (item "c").

II. RESPONSABILIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Responsabilidade político-administrativa é a que resulta da violação de deveres éticos e funcionais de agentes políticos eleitos, que a lei especial indica e sanciona com a cassação do mandato. Essa responsabilidade é independente de qualquer outra e deriva de **infrações político-administrativas** apuradas e julgadas pela corporação legislativa da entidade estatal a que pertence o acusado, na forma procedimental e regimental estatuída para o colegiado julgador.

O Prefeito eleito, como Chefe do Executivo municipal e agente político que é, fica sujeito ao controle do Legislativo local não só quanto a determinados atos meramente administrativos (atos dependentes de aprovação ou autorização legislativa), como e principalmente quanto à sua conduta governamental (atos de opção política e de relacionamento com a Câmara Municipal), nos casos definidos em lei. Isto porque o Prefeito administra e governa. Como administrador pode cometer irregularidades simplesmente administrativas, que não lhe acarretam sanções pessoais; como governante pode incidir em **infrações político-administrativas**, que conduzem à sanção punitiva da perda do cargo, através da **cassação do mandato**. Neste tópico só cuidaremos das **infrações político-administrativas**, que veremos a seguir.

Infrações político-administrativas — As **infrações político-administrativas** do Prefeito são unicamente as definidas nos dez incisos do art. 4.º do Decreto-lei 201/67, (8) as quais só atingem o Prefeito eleito, porque o nomeado e o Interventor não têm as condições da investidura eletiva, que os tornem responsáveis perante o eleitorado, representado pela Câmara de Vereadores que os vai julgar. Dai porque o Prefeito eleito sujeita-se ao controle administrativo e político da Câmara em toda a sua plenitude, ao passo que os exercentes do cargo por **nomeação**, só se submetem ao controle meramente administrativo de seus atos, na forma das leis de administração do Município. Se cometerem **infrações** no desempenho do cargo, ou desrespeitarem as prerrogativas da Câmara, só lhe caberá representar a quem os nomeou, solicitando a punição cabível, ou, se o fato constituir crime de ação pública, bastará comunicá-lo à autoridade policial para a abertura do inquérito, ou ao Ministério Público para o oferecimento de denúncia, se os elementos incriminadores já forem suficientes.

Podem também incidir em **infração político-administrativa** e serem responsabilizados pela Câmara o Vice-Prefeito e o Presidente da Câmara durante a substituição do titular do cargo. O essencial é que os processados por essas **infrações** estejam no exercício do mandato de Pre-

(8) Art. 4.º — São **infrações político-administrativas** dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara de Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato: I — impedir o funcionamento regular da Câmara; II — impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída; III — desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular; IV — retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade; V — deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária; VI — descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro; VII — praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática; VIII — omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município, sujeitos à administração da Prefeitura; IX — ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara de Vereadores; X — proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

feito, porque a sanção única aplicável é a sua cassação. Portanto, se o mandato já estiver findo ou extinto por qualquer motivo, o processo de sua cassação está perempto.

O processo e julgamento das infrações político-administrativas competem exclusivamente à Câmara de Vereadores, na forma do art. 5.º do Decreto-lei 201/67, se outro rito não for estabelecido por lei estadual, e os trâmites da acusação e da defesa devem atender não só aos preceitos das normas pertinentes, como às disposições regimentais da corporação, para validade da deliberação do Plenário. Trata-se de um processo administrativo (e não legislativo), de natureza parajudicial e de caráter punitivo, por isso mesmo sujeito aos rigores formais e à garantia de ampla defesa. É processo autônomo e independente da ação penal do crime de responsabilidade, mas vinculado (e não discricionário) às normas do Decreto-lei 201/67 e ao Regimento da Câmara, quanto à tramitação, ao prazo para sua conclusão (120 dias) e aos motivos ensejadores da cassação do mandato do acusado, pelo que se torna passível de controle judicial sob esses dois aspectos, ou seja, quanto à regularidade do procedimento e à existência dos motivos. O que o Judiciário não pode é valorar os motivos, para considerar justa ou injusta a deliberação do Plenário, mas poderá e deverá, sempre que solicitado, examinar a regularidade formal do processo e verificar a real existência dos motivos e a exatidão do enquadramento no tipo descrito pela lei definidora da infração. Assim decidindo, a Justiça não estará emitindo juízo de valor sobre a conduta político-administrativa do acusado, mas juízo de legalidade sobre o processo e sobre a realidade dos motivos determinantes da deliberação da Câmara.

Cassação de mandato — A cassação do mandato do Prefeito por incurso em infração político-administrativa, definida no art. 4.º do Decreto-lei 201/67, embora deliberada por uma corporação legislativa não é *impeachment*, dado o seu caráter de sanção definitiva e autônoma, sem dependência ou aguardo de julgamento de qualquer outro órgão ou Podcr. (9) Antes do Decreto-lei 201/67, sim, a decisão da Câmara

(9) ANTONIO TITO COSTA, em sua recente monografia, interpreta corretamente a sanção das infrações político-administrativas, negando-lhe também o caráter de *impeachment* (Cf. Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, São Paulo, 1975, págs. 9 e segs).

ra de Vereadores tinha o caráter de *impeachment*, pois apenas afastava provisoriamente o Prefeito do cargo, sem cassar-lhe o mandato, para que o Judiciário pudesse julgá-lo pela infração de que era acusado, e só após a condenação judicial é que se convertia o afastamento provisório do cargo (*impeachment*) em sanção definitiva de perda do mandato. Agora a sistemática é outra, não havendo razão para doutrinadores e juizes, apegados ao passado e desatentos à inovação do Decreto-lei 201/67, continuarem a falar em *impeachment* do Prefeito quando a Câmara, considerando-o incurso em infração político-administrativa, aplica-lhe a sanção correspondente, cassando-lhe definitivamente o mandato.

Extinção de mandato — Outra forma de perda de cargo do Prefeito é a *extinção do mandato*, ou seja, o seu perecimento em razão de atos ou fatos extintivos consignados expressamente no art. 6.º do Decreto-lei 201/67, (10) mas sem deliberação do Plenário. Ocorrendo tais atos ou fatos, limitar-se-á o Presidente da Câmara a reconhecê-los e declará-los oficialmente, fazendo constar de ata para que produzam todos seus efeitos legais, retroagindo à data da ocorrência.

A *extinção de mandato* de Prefeito, portanto, não se confunde com a cassação de seu mandato, pois esta resulta da deliberação punitiva da Câmara diante de uma infração político-administrativa, e aquela de ato ou fato desconstitutivo da investidura, independente da manifestação do Plenário.

(10) Art. 6.º — Extingue-se o mandato de Prefeito, e, assim deve ser declarado pelo Presidente da Câmara de Vereadores, quando: I — ocorrer falecimento, renúncia por escrito, cassação dos direitos políticos ou condenação por crime funcional ou eleitoral; II — deixar de tomar posse, sem motivo justo aceito pela Câmara, dentro do prazo estabelecido em lei; III — incidir nos impedimentos para o exercício do cargo, estabelecidos em lei, e não se desincompatibilizar até a posse, e, nos casos supervenientes, no prazo que a lei ou a Câmara fixar. Parágrafo único — A extinção do mandato independe de deliberação do plenário e se tornará efetiva desde a declaração do fato ou ato extintivo pelo Presidente e sua inserção em ata.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do Prefeito pode resultar de conduta culposa ou dolosa no desempenho do cargo, desde que cause danos patrimoniais ao Município ou a terceiros. (11) Essa é a regra geral, a que se sujeitam todos os agentes ou prepostos da Administração Pública (Const. Rep., art. 107, parágrafo único). Mas, o princípio, se bem que extensível aos **agentes políticos**, só lhes é aplicável com as adaptações exigidas pela natureza das funções que exercem.

Ao Prefeito, como aos demais **agentes políticos**, se impõe o dever de tomar decisões governamentais de alta complexidade e importância, de interpretar as leis e de converter os seus mandamentos em atos administrativos das mais variadas espécies. Nessa missão político-administrativa é admissível que o governante erre, que se equivoque na interpretação e aplicação da lei, que se confunda na apreciação da conveniência e oportunidade das medidas executivas sujeitas à sua decisão e determinação. Desde que o Chefe do Executivo erre em boa-fé, sem abuso de poder, sem intuito de perseguição ou favoritismo, não fica sujeito à responsabilização civil, ainda que seus atos lesem a Administração ou

(11) Responsabilidade civil é a que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial, e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial a responsabilidade civil transmite-se aos herdeiros e sucessores do autor do dano (Cód. Civil, art. 928) e só se extingue com o pagamento integral da indenização devida (Cód. Civil, art. 1.059 e segs.). Se resulta de ato ilícito solidariza todos os co-autores pela reparação (Cód. Civil, art. 1.518), sejam pessoas físicas ou jurídicas.

A reparação civil deve ser a mais ampla possível, compreendendo não só o dano atual como os lucros cessantes (Cód. Civil, art. 1.059), juros e correção monetária. Embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, de toda condenação penal resulta a obrigação de reparar o dano da vítima (Cód. Penal, art. 74 — Cód. Processo Penal, art. 63). Isto porque o ilícito civil é um *minus* em relação ao ilícito criminal: sempre que houver responsabilidade penal haverá responsabilidade civil, mas pode haver esta sem aquela.

A responsabilização civil se faz pela ação de indenização comum, a que se sujeita o Prefeito sem qualquer privilégio funcional.

Não se confunda a responsabilidade civil do Prefeito, que é sempre dependente de culpa, com a responsabilidade civil do Município, que é independente de culpa (cf. nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 1976, Cap. X)

causem danos patrimoniais a terceiros. E assim é porque os **agentes políticos**, no desempenho de suas atribuições de governo, defrontam-se a todo momento com situações novas e circunstâncias imprevistas, que exigem pronta solução, à semelhança do que ocorre na Justiça, em que o Juiz é obrigado a decidir, ainda que na ausência ou na obscuridade da lei. Por isso mesmo, admite-se para essas autoridades u'a margem razoável de falibilidade nos seus julgamentos.

O Prefeito, portanto, não se equipara aos funcionários públicos, para fins de responsabilidade civil. Embora suas atividades, concretizadas em atos administrativos, venham a causar prejuízos a terceiros ou ao Município, nem sempre ensejam a ação direta ou regressiva de indenização prevista no art. 107, parágrafo único, da Constituição da República, para os **servidores públicos em geral**. Como **agente político**, o Chefe do Executivo local só responde civilmente por seus atos funcionais se os praticar com dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. O só fato de o ato ser lesivo, não lhe acarreta a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que além de lesivo e contrário a direito, resulte de conduta abusiva do Prefeito no desempenho do cargo, ou a pretexto de seu exercício.

Esse entendimento vem do direito público norte-americano, ao qual se filia o nosso sistema político-administrativo, e onde se distinguem as funções **ministeriais** (puramente administrativas ou profissionais), das funções **judiciais** (jurisdicionais propriamente ditas) e das **quase-judiciais** (de deliberação político-administrativa). As primeiras são as realizadas pelo **funcionalismo em geral**, desde os técnicos e especialistas até os mais simples servidores braçais; as últimas (**judiciais e quase-judiciais**) são as atribuídas aos **agentes políticos** do governo, isto é, aqueles que têm a responsabilidade decisória e orientadora da conduta governamental. Essa distinção não é feita para dar privilégio aos **agentes políticos**, mas sim, para que a Administração não fique prejudicada pela omissão de seus governantes e juizes, temerosos de responsabilização pelos erros que possam vir a cometer nas suas deliberações e decisões. (12)

(12) J. GOODNOW, *Droit Administratif des États-Unis*, trad. francesa da 2.^a ed., págs. 449 e segs.; J. DINCKINSON, *Judicial Control of Official Discretion*, in *Selected Essays on Constitution Law*, IV/123

Na conformidade desses princípios, decidiu o então magistrado paulista, RODRIGUES DE ALCKMIN, com plena confirmação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação regressiva intentada contra Prefeito, "que o ato praticado por uma autoridade, principalmente em matéria que depende de julgamento, embora reconhecido ilegítimo pelos Tribunais, se não se macula de má-fé, de corrupção, de culpa de maior monta, não deve acarretar a responsabilidade pessoal da autoridade". (13)

Bem diversa é, pois, a situação dos que deliberam e conduzem os negócios públicos, da dos que simplesmente cumprem e executam tarefas administrativas, sem a responsabilidade decisória. Daqueles se exigem correção e sensibilidade política para orientar as suas deliberações ao encontro do interesse público; destes se pedem exatidão administrativa e perfeição técnica no desempenho de seus atos de ofício. Dai porque os primeiros só respondem civilmente por conduta funcional abusiva, ao passo que os segundos respondem sempre pelos atos lesivos resultantes de imperícia, imprudência ou negligência no desempenho de suas atribuições profissionais. (14)

(13) JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIN, sentença in RT 205/214 e acórdão na mesma Revista, pág. 213. No mesmo sentido, veja-se: STF, RDA 48/171; TJSP, RT 143/198; 145/165 e 149/607.

(14) NESMES — DESMARETS, *De la Responsabilité Civile des Fonctionnaires*, 1943, págs. 171 e segs.

MAGISTÉRIO ESTADUAL FALTAS JUSTIFICADAS

ALEXANDRE HENRIQUE
GRUSZYNSKI

Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3553

Faltas justificadas. Licença-Prêmio. Legislação aplicável. Transição entre o sistema anterior e o da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974.

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração encaminha a esta Consultoria-Geral do Estado, buscando ver unificada a orientação jurídica da Administração Estadual sobre a matéria, diversas consultas versando sobre a aplicação da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, ao magistério estadual.

Trata-se, em suma, de saber o seguinte:

1 — A partir de que data se aplica ao magistério estadual a disposição que considera em exercício seus membros que faltarem até dez dias por ano, por motivo de força maior?

2 — Aplica-se essa norma apenas aos ocupantes de cargos do Quadro de Carreira do Magistério, ou também aos de cargos do Quadro Único em extinção?

3 — Como se considera o ano, para efeito do limite de dez faltas justificadas sem desconto nos vencimentos?

4 — As faltas não justificadas, até cinco, ocorridas antes do início da vigência da Lei n.º 6.672, prejudicam o direito à licença-prêmio, se o decênio correspondente também não tiver sido completado anteriormente?

5 — O decênio, para fins de licença-prêmio, computa-se a partir do início do exercício, ou de sua interrupção?

A tais indagações poderiam ser dadas as seguintes respostas:

1. Prescreve a Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, em seu art. 171, que

“Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação”.

A publicação da Lei n.º 6.672 ocorreu na mesma data da sanção, 22 de abril de 1974, e essa data marca, assim, o início de sua vigência.

Apenas as vantagens decorrentes do primeiro provimento, sem prova de habilitação, através da opção pela transferência para o Quadro de Carreira, prevista no art. 156 da mesma Lei, tiveram efeito a partir de 1.º de outubro de 1974, conforme dispôs o § 4.º do próprio art. 156.

2. De outra parte, a possibilidade de faltar até 10 dias por ano, por motivo de força maior, manifestamente não é vantagem decorrente da opção pelo Quadro de Carreira.

Assim, a partir de 22 de abril de 1974 todos os professores, quer tenham posteriormente passado a integrar o Quadro de Carreira, quer tenham continuado no Quadro Único, passaram a se reger pela Lei n.º 6.672 quanto às faltas justificáveis.

3. Prescreve o art. 67 da Lei 6.672 em exame:

“O membro do Magistério não sofrerá desconto nos vencimentos quando:

.....

VII — faltar, por motivo de força maior, até dez dias por ano, e fizer comprovação perante a autoridade competente;

.....

É, este ano, o ano civil, o ano do calendário, ou deve ser computado individualmente para cada professor, a partir do dia em que entrou em exercício, e até o mesmo dia, exclusive, do ano seguinte do calendário?

Parece que deva prevalecer, no caso, a interpretação que não só conduz ao sistema mais simples, mas também afina com a interpretação usual, de textos análogos.

Assim, no regime do Estatuto que podemos chamar de geral, a Lei n.º 1.751, de 22 de fevereiro de 1952 (art. 73, item VI), como também no anterior Estatuto do Magistério (Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954, art. 77, item IV), que previam a possibilidade de até 3 faltas por mês, por doença, sem desconto no vencimento, desde logo e sem oscilações a expressão **mês**, contida em tais normas, foi interpretada como sendo o mês do calendário, ou seja, o período desde o primeiro até o último dia de cada um dos doze meses do ano.

Passando, quanto ao Magistério, por força da Lei n.º 6.672, o lapso de tempo, correspondente a essa tolerância, de um mês para um ano (apenas com aumento do número absoluto de faltas e diminuição do número relativo), não há por que alterar o critério geral: ano há de ser o período desde o primeiro dia do primeiro mês até o último dia do último mês de cada ano do calendário.

Ano, pois, para efeito de aplicação do art. 67, item VII, da Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, é o lapso de tempo decorrente entre o primeiro dia do mês de janeiro e o último dia do mês de dezembro.

Surge aqui, entretanto, o problema da transição, no ano de 1974, entre o regime previsto na antes mencionada Lei n.º 2.338 e o estabelecido no novo Estatuto.

Já se viu que esta, a Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, nesta mesma data entrou em vigor. Quantas faltas, por motivo de força maior, pôde ter, sem desconto, o professor em 1974?

Até 21 de abril de 1974 pôde ter até 3 faltas por mês, ou seja, no total, supondo usada a faculdade até o máximo, 12 faltas. Ainda

que tivesse tido só 11 ou 10 faltas até 21 de abril a partir de 22 de abril de 1974 não mais podia ter nenhuma por já haver completado o limite de dez tolerado pela nova Lei para o ano.

” De outro lado, entretanto, não lhe podiam ser descontadas, ao fim do mês de abril, a uma ou as duas faltas (justificadas) que, antes de 22 de abril, excedessem às 10 (anuais) estabelecidas como novo limite pela Lei n.º 6.672, agora já em vigor.

Tais faltas, na verdade, ocorreram quando a Lei as permitia sem desconto, e o princípio da irretroatividade das leis impede que a nova Lei atinja o dia já considerado como de efetivo exercício para torná-lo descontável agora do vencimento.

4. No que tange, porém, à questão referente às faltas não justificadas como fator de interrupção do decênio de serviço assíduo necessário à aquisição do direito à licença-prêmio, outra é a perspectiva.

A legislação estatutária do Magistério anterior à Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, previa a concessão da licença-prêmio ao professor que, além de outras interrupções também por ficção consideradas incorridas, tivesse cinco faltas não justificadas no decênio; a Lei n.º 6.672 suprimiu esta tolerância.

É certo que, ao estabelecer, manter ou restabelecer um direito, cabe à Lei fixar ou alterar os requisitos necessários à aquisição desse direito.

A Constituição do Estado, embora garanta a existência da licença-prêmio, remete à legislação ordinária a sua definição, a sua duração, as suas condições etc., resguardando apenas duas coisas: é por decênio de serviço e, não gozada, poderá ser computada, em dobro, como tempo de serviço, para os efeitos previstos em lei.

Pode a Lei nova, portanto, determinar que a licença-prêmio seja de nove, doze ou três meses, pode (respeitado o decênio) determinar condições diversas para a aquisição do direito à licença-prêmio.

Os decênios completados na vigência da Lei antiga, computados de acordo com essa lei, terão resultado na aquisição do direito previsto na lei antiga. Os decênios cuja duração só se perfaça na vigência da lei nova, embora iniciados na vigência da lei anterior, serão disciplinados, não só quanto ao conteúdo do direito que o funcionário irá adquirir, mas também quanto aos critérios para o cômputo do próprio decênio, pela lei nova. Essa lei nova apenas não pode ferir o direito adquirido ou violar situação jurídica definitivamente constituída. E exatamente porque o decênio não se perfez não há direito adquirido nem situação definitivamente constituída.

Pode, pois, a Lei n.º 6.672, ao omitir, no rol das interrupções que desconsidera para efeito de licença-prêmio, qualquer falta não justificada, ser entendida como exigindo, para qualquer decênio completado em sua vigência, ausência absoluta de faltas não justificadas, mesmo ocorridas sob o império da legislação anterior.

Mas pode também ser entendida como atingindo apenas o futuro da vida funcional dos membros do magistério, sem que as faltas não justificadas, até 5, já ocorridas antes da sua vigência, prejudiquem o decênio concluído após a mesma.

E essa segunda interpretação parece ser a condizente com o objetivo da nova lei. Este, com efeito, não é punir indiretamente (sem prévia cominação...) o professor pela anterior falta de assiduidade, retirando o prêmio que estava em vias de alcançar. É, sim, em benefício do serviço, estimular a sua assiduidade, o que só pode ser feito para o futuro, jamais para o passado. O objetivo da lei nova será plenamente atingido, assim, se considerado como interruptiva do decênio apenas qualquer falta não-justificada que lhe seja posterior, permanecendo toleradas as até cinco não-justificadas anteriores à sua publicação.

Tal entendimento é favorecido pela constatação de que, quando outra lei sobre a matéria visou a atingir o passado, a ele referiu-se expressamente.

Foi a Lei n.º 3.985, de 16 de novembro de 1960, que, alterando a redação do parágrafo único do art. 162 do Estatuto do Funcionário

rio, inseriu em seu texto a tolerância de até cinco faltas não-justificadas como não interruptivas do decênio para aquisição da licença-prêmio. Para atingir o passado, o texto legal referiu-se expressamente:

“... cinco faltas não justificadas, a partir da Lei n.º 351, de 19 de outubro de 1948; e trinta faltas...”

Não havendo a Lei n.º 6.672 mencionado o tempo anterior a sua edição, o critério novo de ininterruptão só a partir de sua vigência será aplicado, ao computar-se o decênio.

O decênio aquisitivo de licença-prêmio para o membro do Magistério, então, poderá compreender até cinco faltas não justificadas anteriores a 22 de abril de 1974, mas nenhuma posterior.

5. No que tange ao cômputo do decênio para aquisição do direito à licença-prêmio, é tranqüila a orientação da Administração estadual, coincidente, de resto, com a dos órgãos federais: o decênio conta-se originalmente do início do exercício pelo funcionário; se ocorrer interrupção, a partir do término desta, perdido ficando o período que a antecedeu (cf. Parecer n.º 1903 desta Consultoria-Geral)

Diversamente, portanto, do que ocorre em relação ao “ano” dentro do qual o membro do magistério pode justificar até 10 faltas, que é o inteiro do calendário, o decênio para fins de licença-prêmio é peculiar a cada servidor: há de se buscar, em sua vida funcional, o mais cedo possível, uma extensão de dez anos ininterruptos, finda a qual se buscará, oportunamente, outra extensão igual.

Mais uma vez aqui, em razão da regra que manda computar o tempo de serviço dia a dia, não será possível transpor eventuais faltas, ou outras interrupções, de um para outro dia dentro do mês, tampouco de um para outro mês

É o Parecer.

Porto Alegre, 3 de maio de 1977.

VOTO VENCIDO

NEY SA
Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

Por solicitação do Senhor Secretário da Administração vem ter a esta Consultoria-Geral uma consulta formulada pela titular da 22a. Delegacia de Educação e na qual são manifestadas dúvidas com respeito à aplicação da norma contida no art. 67, inciso VII, e, bem assim, no art. 88, ambos da Lei n.º 6.672/74.

A questão teve origem na situação enfrentada por uma professora do Quadro em Extinção, subordinada àquela Delegacia, a qual solicitou licença-prêmio ainda não deferida face a divergências nas instruções baixadas pela Secretaria da Educação e Cultura através de vários provimentos.

Versa a consulta, basicamente, sobre os seguintes quesitos:

a) na expressão do inciso VII do art. 67 da já referida Lei n.º 6.672/74, o que se há de entender por ano: o ano civil, o ano a contar da lei, isto é, o lapso de tempo de 365 dias com termo inicial na data da lei ou o ano a contar do ingresso do professor?

b) qual o número de faltas que podia o professor justificar no ano de 1974? A soma das faltas verificadas antes da vigência da lei nova com as ocorridas após 1.º de outubro de 1974 não podem ultrapassar a dez, considerando-se, então, como não justificadas as excedentes?

c) nos termos do art. 88 da lei em questão, o que se há de entender por ininterrupto serviço? Uma falta justificada implica em interrupção? E as faltas não justificadas, anteriores à lei nova, implicarão na perda do direito à licença-prêmio?

No caso concreto, que deu origem à consulta, e que se contém no processo em apenso, verifica-se que a Professora NAIR CUNHA

BIZARRO requereu, em grau de recurso, concessão de licença-prêmio (decênio de 6 de julho de 1965 a 6 de julho de 1975), a qual foi denegada pela Secretaria da Administração. Sustenta a reorrenção que fora orientada pelas instruções emanadas do Centro de Professores do Estado e eontidas em circulares expedidas pela Secretaria da Educação e Cultura. Pautando-se por aquelas normas, entendeu a professora em causa que a aplicação da Lei n.º 6.672/74, no que respeita às faltas justificadas até o limite de 10 por ano, só teria cabida a partir de 1.º de outubro de 1974, data em que ocorreu a sua transferência para a Carreira.

As suas razões anexou recortes de jornais locais, onde foi publicado o Boletim Informativo do Centro de Professores (Primários do Rio Grande do Sul, de maio, junho e julho de 1974, com informações fornecidas pela SEC, onde se lê:

“I — Situação do professor do Quadro Único (em extinção) — terá direito a justificar 3 faltas mensais, conforme art. 73, inciso VI, da Lei n.º 1.751/52.

II — Situação do professor do Quadro de Carreira: — passará a justificar o máximo de 10 faltas por ano, a contar de 1.º de outubro de 1974, conforme determina o art. 67, inciso VII, da Lei n.º 6.672/74”.

Na Secretaria da Administração são anexados aos autos as Consultas n.ºs 33/75 e 66/76 da Assessoria Jurídica da Pasta.

É o relatório.

Todas as questões suscitadas devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a aplicação de normas no tempo, face à circunstância de que a regulação da efetividade e das condições para a aquisição do direito à licença-prêmio, além de outros, como se verá, nos termos da Lei n.º 6.672/74, obedeceu a critérios diversos dos consagrados na legislação anterior.

A partir da vigência da lei nova, como visto, e em especial com relação ao direito à licença-prêmio, surgiram interpretações divergen-

tes, algumas divulgadas pela imprensa, outras oriundas de fontes oficiais e que, de uma maneira geral, deram a entender que a lei nova teria regulado o instituto da licença-prêmio somente para os funcionários que viessem a optar pelo Plano de Carreira, a contar de 1.º de outubro de 1974. Por outra parte, segundo essa mesma orientação, subsistiria a legislação antiga, a regular os direitos e vantagens dos funcionários não optantes, que, assim, continuavam titulando cargos do chamado Quadro em Extinção, entendendo-se como aplicável a tais funcionários não mais o Estatuto do Magistério (Lei n.º 2.338/54), expressamente revogado, mas o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, Lei n.º 1.751/52, ainda em vigor.

O equívoco, no que tange a esta questão, é evidente. O novo Estatuto, por força do que se contém no art. 171, entrou em vigor em 22 de abril de 1974, data de sua publicação, revogando ipso facto toda a legislação existente relacionada com o magistério público estadual, nos limites em que a nova lei dispôs (art. 170). Sob a égide de tais normas da lei nova encontram-se tanto os funcionários optantes como os não-optantes pelo Plano de Carreira, ressalvando a lei nova, apenas, com relação aos últimos, integrantes do Quadro Único do Magistério Público do Estado, considerado em extinção, a percepção dos “vencimentos e vantagens pecuniárias correlatas na forma prevista no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, sujeitos aos regimes de trabalho disciplinados na Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965”. (artigo 158)

Este preceito, todavia, limitado que é, deve ser interpretado em conjunção com o art. 151 do mesmo Estatuto, expresso em determinar que “as disposições da presente Lei aplicam-se, no que não for peculiar à carreira nela instituída, aos integrantes do Quadro Único do Magistério do Estado, considerado em extinção, bem como, no que couber, aos professores extranumerários”

A matéria está resolvida, com toda a propriedade, na Consulta n.º 66/74, da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, cujas palavras convém transcrever:

RCGE, Porto Alegre, 7(17): 147-174, 1977

“A Lei n.º 6.672 se aplica a todo o magistério público estadual, e, naquilo que é peculiar à carreira, apenas aos professores do Quadro de Carreira.

“Falta” justificável ao serviço, em nenhuma hipótese, traduz característica de cargo de carreira.

“Peculiar à carreira”, como diz o artigo, é, v.g., promoção por merecimento e por antigüidade; são, no caso do Magistério do Rio Grande do Sul, as seis classes, com acesso sucessivo de classe a classe; são os níveis de habilitação, compreendidos na classe; é a mudança de nível, a partir de nova habilitação específica; é o regime de trabalho de 22 e de 44 horas semanais, com gratificação igual a 100% do vencimento, para esse último, etc.

Não peculiar à carreira é, v.g., a transferência (art. 34); é a reintegração (art. 35); é a reversão (art. 37); é a lotação (art. 46); é a designação (art. 50); é a remoção (art. 52); são os direitos enumerados no art. 62; é receber os vencimentos quando em licença ou em férias, quando cedido ou quando prestar concurso para provimento em cargo público estadual, ou quando optar, no exercício do mandato eletivo, pelo vencimento do cargo do magistério (art. 76, incisos). Não peculiar à carreira é faltar ao serviço por motivo de força maior.

A regra estatutária, ou a regalia — art. 67, VII — é única para o magistério; limite de dias de ausência justificada. Critério discricionário seria abonar para um professor mais faltas do que para outro. Ofensa à lógica e à equidade seria a norma legal conter dois tratamentos quando cuida do mesmo fato” (grifos do autor)

Daí ser de se concluir, como faz a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, que, por sua natureza genérica, as disposições legais referentes a faltas justificadas contidas no art. 67, inciso VII, do novo Estatuto, não são peculiares à carreira, e, portanto, aplicáveis a optantes e não optantes, desde a data da publicação da lei. Por outro

lado, a data de 1.º de outubro de 1974 é o termo inicial a partir do qual, por via de transferência para a carreira, os optantes passam a usufruir de todas as vantagens decorrentes da opção, por força do que se contém no § 4.º, do art. 156 da nova lei estatutária.

Posto isto, e dada solução a esta questão incidente com o fito, tão só, de corrigir uma errada interpretação dos textos, impende examinar a questão de direito intertemporal cuja solução abrirá caminho para se responder aos quesitos formulados na Consulta supramencionada.

Tem-se, na espécie, leis sucessivas regulando vantagens do Magistério estadual por maneira diferente, no que respeita aos requisitos exigidos para desfrutar destas mesmas vantagens.

Resolver-se-á a questão, portanto, como já dito, diante das regras que presidem a aplicação da lei no tempo. Trata-se de matéria de direito intertemporal.

É incontestável que os direitos ou nascem instantaneamente ou não. No primeiro caso, o suporte fático de que depende a aquisição do direito se produz de uma só vez tomando o seu lugar no mundo dos direitos. Na segunda hipótese, “... há fatos diferentes, ou reiterados, que vêm uns após outros, ou um após outro; de modo que cada um deles, acontecendo, é passo para a aquisição do direito, porém não ainda a aquisição...” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, t. V, p. 282)

Esta última é a hipótese a considerar, visto como os direitos nascidos instantaneamente regem-se segundo o direito vigente ao tempo em que o suporte fático se produziu.

Na hipótese do suporte fático depender, para a sua entrada no mundo jurídico, do decurso do tempo, por forma a, através deste, se completar, é que pode ocorrer a alteração da norma jurídica que há de incidir, ocorrendo, então, a questão de direito intertemporal. Desde logo se há de descartar aqueles casos em que o suporte fático de que depende a aquisição do direito se produziu sob a égide de uma única lei

porque, em tal hipótese, se estará diante de um direito adquirido, ou de uma situação jurídica concreta, como querem alguns autores e não há que falar, nestas circunstâncias, em conflito de leis no tempo, pelo menos, diante do direito positivo brasileiro em que a irretroatividade das leis está erigida, tradicionalmente, em princípio de ordem constitucional.

Com efeito, entre nós, exceção feita à Carta Política de 1937, que foi silenciosa, as demais Constituições brasileiras sempre contiveram o princípio de proteção contra a retroatividade das leis (art. 169, III, da Constituição de 1824; art. 11 da Constituição de 1891; art. 113, III, da Constituição de 1934; art. 141, § 3.º, da Constituição de 1946; art. 150, § 3.º, da Constituição de 1967 e art. 153, § 3.º, conforme a Emenda Constitucional n.º 1/1969).

Apenas por lapso de tempo muito breve, por via do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), admitiu-se, no Brasil, leis retroativas (art. 6.º: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, **salvo disposição expressa em contrário**, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito). Todavia, promulgada a Constituição de 1946, que revogou a Carta de 1937, voltou a ser consagrado o princípio da não-retroatividade das leis, amoldando-se ao mandamento constitucional o aludido artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, através da Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, cuja redação é guardada até o presente.

A disposição constitucional em causa, da tradição do nosso direito, por se conter no texto da Lei Maior, dirige-se não só ao Juiz, encarregado de aplicar a lei, mas ao próprio legislador, ao contrário do que ocorre em alguns sistemas positivos europeus tais como na França e Itália e, também, em Portugal, cuja Constituição, que sucedeu a Carta Constitucional da Monarquia de 1826 (art. 145, § 2.º), não contém preceito contrário à retroatividade das leis, admitindo-se, por isto, que o legislador pode dar a certas leis efeitos retroativos, mandando aplicá-las a situações jurídicas anteriores ou aos efeitos, isto é, aos atos e contratos regulados por lei anterior.

Desde logo, põe-se de parte aquela orientação segundo a qual em matéria de direito público não se há de, em nenhuma hipótese, admitir seja a lei nova tolhida de produzir efeitos no passado, em nome do princípio da irretroatividade das leis.

De certo que, no que tange ao exercício dos direitos de soberania, aos direitos políticos e ao funcionamento dos serviços públicos, as leis recebem aplicação imediata. Os atos ou fatos praticados na vigência da lei anterior não levam à constituição de direitos adquiridos ou de situações individuais concretas.

Como adverte FAGGELLA, as situações jurídicas dos cidadãos existem, relativamente a atos, direitos e funções, enquanto duram as leis que as criaram; caem e modificam-se, quando essas leis são revogadas ou alteradas por leis novas.

Não podem os indivíduos pretender o respeito da sua situação de direito público, em face de uma lei de ordem pública que reja, na sua objetividade, aquela situação:

"Aquela determinada situação jurídica, aquele dado direito público subjetivo — se mantém como tal, enquanto vise a norma que lhe imprime semelhante caráter. Abolida a norma, é impossível que o direito público subjetivo permaneça como adquirido, como elemento do patrimônio do cidadão, se não é conservado pela nova lei". (BIANCHI, Francesco Saverio, *Corso di Codice Civile Italiano*, 2a. ed., v. 2.º, *Retroattività delle Leggi*, por FAGGELLA, Bonato, 1922, p. 193, apud ESPÍNOLA, Eduardo, & ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro, Da Lei e da sua Obrigatoriedade, Do Direito Intertemporal*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, v. II, págs. 211/212)

Todavia, fora desse âmbito restrito em que não se pode admitir objeção à aplicação imediata da lei ainda quando aparentemente atentatória ao princípio da não-retroatividade, há de se admitir a existência de direitos adquiridos ou de situações jurídicas definitivamente constituídas, mesmo frente às leis de direito público.

Assim é que, no que concerne aos servidores públicos, muito embora, em princípio, as exigências do interesse público possam ensejar modificações no âmbito das funções ou dos cargos, como, por exemplo, nas atribuições, no acesso, nos vencimentos, isso não significa que a relação estatutária existente entre o servidor e o Estado, gere, apenas, poderes e deveres objetivos. Tal relação, embora estritamente de caráter objetivo, também gera direitos e obrigações recíprocos entre a pessoa jurídica de direito público e o servidor, dando ensejo à subjetivação de direitos, em condições de ingresso no patrimônio do servidor, capazes de serem opostos à aplicação da lei nova em nome do princípio da irretroatividade, consagrado no nosso direito positivo pela forma acima exposta.

Colocada a questão nestes termos, reconhecida, em princípio, a possibilidade da subjetivação de direitos e, portanto, da existência de direitos adquiridos ou de situações pessoais juridicamente protegidas, deve-se concluir que naqueles casos em que o reconhecimento do direito dependa do aperfeiçoamento de um suporte fático que se completa gradativamente, se isto ocorrer na vigência de uma mesma lei, o suporte fático se juridiciza, ingressa no mundo dos direitos e o seu exercício não pode ser obstaculizado por uma lei nova que venha a exigir novos requisitos para a complementação ou para o surgimento de tal suporte fático. Entender-se por forma contrária implicaria em se dar efeito retroativo à lei nova ou, pura e simplesmente, em não se reconhecer o direito adquirido ou a situação jurídica concreta.

Todavia, se o suporte fático não se completou na vigência de uma determinada lei que o reconhecia idôneo para gerar um direito, vindo, porém, a completar-se sob a égide de lei nova que disponha de forma diferente, surge o problema da aplicação da lei no tempo.

Os critérios adotados pelos juristas para o efeito de darem solução a este problema não são uniformes.

As várias correntes de pensamento podem ser divididas em três grupos distintos. Um é o da chamada teoria dos direitos adquiridos e das expectativas, de mais prestígio e contando com maior número de adeptos; o segundo grupo enfeixa os partidários das teorias ditas dos

efeitos passados e dos efeitos futuros e, finalmente, uma terceira corrente defende a teoria das situações jurídicas.

Pondo de parte as teorias dos efeitos passados e futuros, que visam a esclarecer a aplicação das leis em conflito apenas no que respeita aos efeitos dos atos praticados na vigência da lei antiga, verifica-se que, em realidade, há duas correntes doutrinárias tentando estabelecer normas de aplicação de leis que se sucedem no tempo por forma conflitante.

A primeira, a dos direitos adquiridos e expectativas, de caráter subjetivista, entende que não deve ser aplicada a lei nova sempre que se possa vislumbrar a existência de um direito adquirido que possa vir a ser lesado se ela operar. Por outras palavras, para os adeptos da escola subjetivista proíbe-se o efeito retroativo da lei sempre que isto for necessário à proteção de um direito adquirido.

Afirmam os respectivos autores que o direito subjetivo pode consistir, ou em uma faculdade de agir, ou em uma ação já exercida com resultados positivos. De conseguinte, direitos adquiridos são os que nasceram de atos já exercidos; e os direitos que poderiam nascer da faculdade não exercida são expectativas.

A lei nova não pode prejudicar os primeiros, mas pode impedir que os segundos sejam adquiridos.

As teorias objetivistas baseiam-se no princípio de que toda a lei cria uma determinada situação jurídica, positiva ou negativa. São situações jurídicas positivas aquelas em que a lei confere uma faculdade ou um direito subjetivo. São negativas ou passivas as que resultam de incapacidades, proibições, restrições, etc.

“Estas situações — explica LUIZ DA CUNHA GONÇALVES — podem ser abstratas ou concretas. Situações jurídicas abstratas são aquelas em que podem encontrar-se, eventualmente, certas pessoas, por força de lei antiga ou nova, desde que se realize o fato ou ato, que se diz evento investitivo. Situação jurídica concreta é a das pessoas que, em virtude de

um fato ou ato já realizado, ficam sob a ação de uma lei ou das regras de uma instituição existente". (CUNHA GONÇALVES, Luiz da, *Princípios de Direito Civil*, São Paulo, Max Limonad, 1951, v. I, p. 45)

Estas teorias objetivistas pretendem suplantar a imprecisão que os seus autores vêem nos conceitos básicos da teoria dos direitos adquiridos, bem como no veso patrimonialístico que a inspirou desde o seu nascimento. Com este objetivo é que as teorias das situações jurídicas constituídas, inspiradas nas fontes romanas que falam dos "facta praeterita" foram inauguradas por CHIRONI, logo seguido por VAREILLES SOMMIERES. De acordo com este entendimento, admitindo-se que a nova lei não podia regular por forma geral fatos que já se tinham realizado sob a lei precedente, procurou-se estabelecer uma distinção entre os fatos e as conseqüências destes mesmos fatos. Assim, enquanto para este último tratadista a lei nova deve se aplicar só às conseqüências novas dos fatos passados, para STOLFI — outro dos seus adeptos — a nova lei deve incidir não só sobre os fatos que se verificaram sob o seu império, mas também sobre as conseqüências dos fatos anteriores quando estes estão com aquelas em relação de causa e efeito.

Todavia, como aponta DE BUEN, citado por FREDERICO PUIG PEÑA,

"... essa orientação doutrinária não pode prosperar se não com base nas circunstâncias seguintes, que desdobra e sintetiza:

1.º — necessidade de que haja um "fato jurídico" no sentido próprio da expressão; não sendo indispensável que o dito fato seja voluntário, podendo ser causal. Da mesma forma é indiferente que se trate de um ato simples ou complexo; principal ou acessório; instantâneo ou duradouro;

2.º — dito fato há de estar consumado. Diante dele, nada pode fazer a nova lei: O princípio da irretroatividade, então, deve ampará-lo tanto nos efeitos produzidos, como nos

pendentes e nos futuros..." (PEÑA, Frederico Puig, *Compendio de Derecho Civil Español*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1972, v. I, Parte Geral, p. 160)

Diante desse panorama e atentos à questão nodal contida na consulta, impende enfrentar a seguinte questão: constitui-se o tempo de serviço público em fato jurídico capaz de dar surgimento a um direito subjetivo, por forma a se alcançar a conceituação de direito adquirido ou, mais genericamente, como pretendem os adeptos da corrente objetivista, uma situação jurídica concreta, suficiente para obstar a incidência de regra jurídica nova, alteradora dos critérios de contagem desse tempo no serviço? Mais ainda: admitida a subjetivação de direito em razão de comando contido na norma jurídica derogada, revestir-se-á tal direito de características capazes de merecer a proteção resultante do princípio da irretroatividade da lei nova que tenha considerado diferentemente o suporte fático de que antes tal direito subjetivo era elemento?

Dando resposta a tais questões, o nosso mais alto pretório, em formação plena e pelo voto de desempate do seu Presidente, afastando-se do rumo que ele mesmo havia traçado em inúmeras questões que lhe foram submetidas, em caso análogo ao que ora se examina, inclinou-se pela resposta afirmativa.

Tratava-se, na espécie julgada, de questão surgida em decorrência de sucessivas leis do Estado de São Paulo que dispunham sobre aposentadoria: uma, permitindo a contagem, para efeito de aposentadoria, de tempo de serviço prestado a estabelecimentos particulares de ensino e a outra revogando tal benefício.

Diante da lei nova, recusou o Estado de São Paulo direito à contagem do aludido tempo de serviço para efeito de aposentadoria àqueles funcionários que vieram a implementar o tempo necessário para o reconhecimento desse direito após a revogação do diploma que autorizava a contagem pretendida.

O pensamento do Pretório Excelso está assim resumido no voto de desempate do seu ilustre Presidente, Ministro DJACI FALCÃO, e do qual se extraem estas palavras:

“No caso presente cogita-se de uma situação jurídica concreta, assente em fato do passado e definitivo, a compreender a qualificação do tempo de serviço, que tem valor jurídico próprio, suscetível de produzir efeito no futuro. O cômputo do tempo de serviço em estabelecimento de ensino particular, para fins de aposentadoria, por força da qualificação ditada pela Lei Estadual n.º 6.898/62 vale por si mesmo, independente da co-atualidade do direito à aposentadoria.

Ao lado disso, não se deve perder de vista que o tempo de serviço público é contado dia a dia, corre a cada instante, na conformidade da lei que o regula, incorporando-se à vida funcional do servidor (art. 78, da Lei Federal n.º 1.711/52, e art. 77, da Lei Estadual n.º 10.261/68). Ora, aquele tempo prestado pelo impetrante do mandado de segurança a estabelecimento de ensino particular passou a integrar o seu patrimônio, para os fins previstos na citada Lei n.º 6.898/62, não podendo ser atingido pela Lei n.º 9.825/67, revocatória daquele, sem ferir uma situação jurídica subjetiva. A lei primitiva emprestou efeito jurídico a um fato cuja prestação sob o seu domínio foi demonstrado pelo impetrante da segurança e até reconhecida pela administração. A lei nova passou apenas a impedir o cômputo do tempo de serviço em estabelecimento particular de ensino, prestado posteriormente à revogação da Lei n.º 6.898/62. Sob o tempo de serviço anterior já havia incidido a qualificação jurídica, de efeitos limitados, da Lei n.º 9.825/62, gerando, conseqüentemente, um direito inalterável ao arbitrio do legislador, ou pela simples vontade do administrador. Não nos parece viável a aplicação da lei nova sobre um fato que se enquadrou, a seu tempo, no sistema jurídico vigente, irradiando direito para o funcionário. A eficácia da contagem do tempo de serviço que se fez na vigência da lei antiga não pode ser desfeita pela preponderância da lei nova, sob pena de se incidir em contradição. Ter-se-ia a contradição até no fato material que contribuiu para a criação da situação jurídica. Há de prevalecer, consoante a lógica do juízo jurídico, a lei do tempo da perfeição do fato aquisitivo

do direito”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Servidor público estadual. Caracterização de tempo de serviço público; direito adquirido. Estabelecido, na lei, que determinado serviço se considera como tempo de serviço público, para os efeitos nela previstos, do fato inteiramente realizado nasce o direito, que se incorpora imediatamente no patrimônio do servidor, a essa qualificação jurídica do tempo de serviço, consubstanciando direito adquirido, que a lei posterior não pode desprestigiar. RE n.º 82.881. Estado de São Paulo versus Walter da Costa Barbosa. Relator designado, ELOY DA ROCHA. 5 de maio de 1976).

Contudo, face a melhor doutrina, mesmo aquela citada no acórdão em referência, não parece, data vênua, se tenha escolhido em tal julgado o melhor caminho.

Desde logo, antes de um exame mais aprofundado da matéria, convém colher o ensinamento dos juristas que se filiam à corrente objetivista, a que parece ter aderido o acórdão em exame, onde várias vezes é citado PAUL ROUBIER, uma das mais altas expressões do pensamento objetivista.

Como preleciona LUIZ DA CUNHA GONÇALVES (op. cit.), “esta doutrina pode resumir-me nas fórmulas seguintes:

1.º — se a lei nova alterou situações jurídicas negativas, diminuindo incapacidades, abolindo proibições, ampliando liberdades, aperfeiçoando processos, esta lei não terá efeito retroativo, porque não lesa direitos de ninguém, nem situações jurídicas concretas;

2.º — se a lei nova modificou uma situação jurídica positiva, criada pela lei anterior, em virtude da qual muitas pessoas podiam adquirir certas vantagens, mas não se tinha realizado o fato ou ato jurídico útil para esse fim, essa lei não terá efeito retroativo, porque essas pessoas estavam numa situação jurídica abstrata;

3.º — se, ao tempo da lei nova, algumas pessoas, em virtude de se ter realizado, durante a lei antiga, o fato ou ato jurídico de que lhe resultou a aquisição de certas vantagens, foram privadas destas por força de uma lei nova, que suprimiu tais vantagens, ou que lhe é aplicada sem expressa disposição, esta lei terá efeito retroativo, porque estas pessoas estavam em situação jurídica concreta”.

O mesmo autor cita alguns exemplos que dão a inteira compreensão das regras propostas. Assim, diz ele:

“a) o Código Civil português declarava indissolúvel o matrimônio, salvo por morte de um dos cônjuges, situação jurídica negativa e abstrata, por ser proibida a dissolução por outro motivo. O Decreto português de 3 de novembro de 1910, concedeu o divórcio, e todos os anteriormente casados puderam divorciar-se;

b) uma lei nova aboliu o divórcio para os católicos; os futuros cônjuges católicos não poderão divorciar-se, porque ainda não estavam casados; os já casados religiosamente também não o poderão, porque estavam em situação jurídica abstrata; mas os já divorciados subsistirão nesta situação, porque esta é concreta:

c) uma lei nova restabelece o direito dos senhorios a despejarem os inquilinos por seu arbitrio; todos os inquilinos ficarão sujeitos a ela, porque a sua situação jurídica é positiva, mas abstrata; essa lei, apenas, aboliu uma restrição da propriedade”.

Bem considerados estes exemplos, se tivermos presente que a questão que se põe em liça diz respeito à aposentadoria (ou à licença-prêmio), não é difícil se vislumbrar que a situação jurídica decorrente da aplicação da lei revogada, isto é, o cômputo do tempo de serviço no magistério privado, no caso examinado pelo STF, ou o desprezo das cinco faltas não justificadas, no decênio, desde que ocorridas anteriormente à lei nova, para efeito da aquisição do direito à licença-prêmio,

na hipótese que nos preocupa, constitui-se no caso contemplado na segunda regra posta por CUNHA GONÇALVES e acima reproduzida, isto é, o fato do funcionário ao longo do período aquisitivo do benefício ter contado com uma lei que lhe reconheceu o direito à contagem do tempo de serviço por tal ou qual maneira, não lhe confere uma situação jurídica concreta frente ao direito futuro, para cuja aquisição novos fatos se deverão verificar. Estará tal funcionário em uma situação jurídica abstrata porque o fato jurídico útil para a conquista do direito à aposentadoria ou à licença-prêmio não se completou. Diante disso, a lei nova que venha a desconsiderar os critérios segundo os quais se realizou uma determinada contagem de tempo de serviço, terá efeito imediato, atingindo todos aqueles que não implementaram as condições postas pela lei velha.

Nem desautorizam esta posição as palavras de PAUL ROUBIER, transcritas no acórdão ora sob comentário. Ei-las, traduzidas para o vernáculo:

“Estamos aqui em presença de uma regra de direito transitório particularmente segura, deduzida já claramente por SAVIGNY, e que se pode exprimir da seguinte maneira: “As leis que regem a constituição de uma situação jurídica não podem atingir, sem retroatividade, as situações jurídicas anteriormente constituídas. Resulta daí que uma situação jurídica validamente estabelecida segundo a lei então em vigor, não pode ser tida por irregular em virtude de uma lei posterior; ou, em outros termos, a validade desta situação, segundo a lei do dia da sua criação, não pode ser atingida por uma lei posterior”.

E mais ainda:

“O que o direito transitório protege aqui é o fato aquisitivo em si mesmo, motivo porque a eficácia jurídica não pode ser posta em questão por uma lei diferente daquela do momento em que o fato ocorreu; este fato terá dado nascimento à situação jurídica visada, mesmo se uma lei nova não lhe reconhece mais poder...”

Ora, qual é o fato aquisitivo do direito à aposentadoria ou à licença-prêmio: será o tempo de prestação de serviço no magistério particular ou, no caso que enfrentamos, as cinco faltas não justificadas? Evidentemente que não.

O que a lei admitiu, transitoriamente, foi que, no caso objeto da decisão ora comentada, se considerasse como serviço público aquele prestado no magistério particular e, na hipótese ora sob exame, cinco faltas não justificadas, ocorridas no período aquisitivo da licença-prêmio, não ilidiriam o direito de desfrutar dessa vantagem.

De maneira alguma, data vêniam, se poderia considerar essa fração do suporte fático do direito como fato aquisitivo, capaz de obstar os efeitos da lei nova que venha a alterar os elementos desse mesmo fato.

A situação jurídica concreta surgiria como obstáculo à incidência da lei nova, caso o suporte fático se tivesse aperfeiçoado na vigência da lei revogada.

Antes, porém, de se completar o suporte fático, estar-se-ia, dentro do pensamento objetivista, diante de uma situação jurídica abstrata, tal como a dos cônjuges católicos, casados ao tempo em que passou a vigir a lei nova portuguesa, que proibiu o divórcio para os casados na Igreja, no exemplo trazido à colação por CUNHA GONÇALVES.

SAVIGNY, aliás, citado por ROUBIER na passagem supratranscrita, tem explicação convincente para sustentar a aplicação da lei nova, na hipótese versada.

Classifica ele as leis em duas categorias distintas: as relativas à aquisição de direitos e as que dizem respeito à existência ou inexistência de um instituto jurídico, ou ao seu modo de ser e duração. Em relação à primeira categoria, prepondera o princípio da não-retroatividade; a nova lei, em razão disso, carece de qualquer influência, quer sobre o fato passado, quer sobre as suas conseqüências ulteriores. Ao contrário, a abolição de um instituto, como a escravidão, não só influi no futuro como ainda retroage sobre o passado. (Sistema, VIII, § 384.

Apud SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil, Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*, 2a. ed., Freitas Bastos, São Paulo, 1957, v. 1, págs. 195/196).

Portanto, diante da concepção de SAVIGNY — uma das mais altas expressões do pensamento objetivista — tanto se justifica, na hipótese sub examine, a aplicação imediata da lei nova pelas considerações já expendidas, como por esta outra de trazer a essa lei, em seu bojo, uma regulamentação completa — e diferente — do instituto jurídico da licença-prêmio: de fato, ninguém haveria de questionar sobre a imediata aplicação de uma lei que abolisse a licença-prêmio respeitados, obviamente, os direitos adquiridos, isto é, o respeito ao direito daqueles que, na vigência da lei antiga, tivessem implementado todas as condições para desfrutar da vantagem em exame. Os demais, simplesmente não teriam direito algum, diante da lei nova, muito embora em vésperas de adquirir esse direito quando sobrevio a lei que o extinguiu. Qual a razão, pois, para não se dar integral acolhida, desde logo, à lei que altera, ou modifica, o modo de aquisição do direito? SAVIGNY, como visto, foi coerente na concepção que adotou.

Todavia, o direito pátrio mais se afeiçoa à teoria subjetivista.

Com efeito, é interessante observar que CUNHA GONÇALVES, ao discorrer sobre a matéria ao tempo em que vigia a antiga redação do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, atribuía à frase “situações jurídicas definitivamente constituídas”, contida naquele dispositivo, “... significado equivalente ao das situações jurídicas positivas e concretas”.

“Todavia — prosseguia o mesmo autor — hesitamos em englobar este artigo na teoria que preferimos porque não atingimos o exato sentido da frase **ato jurídico perfeito**, frase que tresanda um pouco à velha expressão **direito adquirido**”. (CUNHA GONÇALVES, Luiz da, op. et. loc. cit.)

Pois bem, se dúvida podia existir frente à anterior redação do dispositivo citado, com respeito à orientação doutrinária seguida pelo legislador pátrio, hoje ela não mais cabe, porquanto o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, alterado em obediência ao que dispôs o

art. 141, § 3.º da Carta Política de 1946, é bem claro na referência ao "ato jurídico perfeito", ao "direito adquirido" e à "coisa julgada", expressões que, a final, todas elas são equivalentes como observou o Ministro JOÃO LUIZ ALVES, ao comentar idêntico dispositivo da anterior Lei de Introdução ao Código Civil (art. 3.º):

"... na noção de direito adquirido se compreende a irretroatividade da lei, em relação ao fato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois aquele e esta têm por objeto direitos, cuja aquisição se verifica pela perfeição do ato jurídico ou pelo julgamento definitivo do litígio (...). Distinguindo o Código as três noções deste artigo, não teve outro intuito se não tornar claros o preceito e a noção do direito adquirido". (ALVES, João Luiz, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, 1.º vol., p. 52)

De qualquer modo, pela lei vigente restabeleceu-se a fórmula da velha Lei de Introdução, dominada pela teoria de GABBA (cf. MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 1967, 1.º vol., p. 32) e é, portanto, à luz dos princípios postos pela teoria subjetivista que, com mais propriedade, se há de examinar o problema ora em estudo.

Segundo os subjetivistas, como já dito, é preciso que se faça uma distinção entre os direitos adquiridos e as expectativas de direito, sendo clássica a definição lançada por GABBA com respeito ao primeiro:

"É adquirido um direito que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio do seu titular". (GABBA, C.P., *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 3a. ed., Torino, 1891, 1.º vol. p. 191)

Acrescenta, incisivo, o mesmo tratadista:

"O respeito aos direitos adquiridos é o único limite à eficácia das leis no tempo". (op. cit., p. 180)

Contrariamente, todos os direitos ainda não adquiridos, ainda não formados, não existem: poderá haver, apenas, maior ou menor probabilidade de virem a existir.

Em síntese: toda doutrina dos direitos adquiridos sustentada por GABBA assenta nos dois seguintes fundamentos: um direito objetivamente considerado e o fato aquisitivo que o transforma de objetivo em subjetivo ou individual. O fato aquisitivo pode ainda ser simples ou complexo, conforme se compõe em um só instante ou se forma mediante partes sucessivas, separadas, necessariamente, por intervalos de tempo.

Há, de outra parte, expectativas que têm por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de algum direito, como observa PONTES DE MIRANDA, e nesta hipótese, diz ele, se tem um direito expectativo, ou uma pretensão expectativa. Outras vezes, porém, espera-se, mas não se tem direito à expectativa, ou pretensão a esperar. Assim, o ofertante espera a aceitação mas não tem direito a esta aceitação. Se ela se verifica, terá o ofertante um direito formado, enquanto que se a esperada aceitação não ocorre, direito algum lhe advirá: entende-se que, neste caso, houve uma simples expectativa. Não direito expectativo, ou direito formativo gerador. Estes, o direito formativo gerador e o direito expectativo à aquisição também não se confundem, como explica o mesmo autor:

"... aquele leva a aquisição pelo exercício; esse só depende de elemento em que não entra a vontade do titular (...).

Tanto os direitos formativos geradores quanto os direitos expectativos aludem a direitos que se vai adquirir; a diferença entre eles está em que, ali, o direito a formar-se depende do exercício do direito formativo gerador, e, aqui, o tempo ou acontecimento é que faz surgir o direito expectado". (PON-

TES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3a. ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, vol. V, págs. 285/286)

“Naturalmente, todos os direitos, ainda não adquiridos, ainda não formados, não existem”. (id., ibid., op. cit., p. 282)

E explica:

“A regra jurídica é *prius*. Ela põe a *regula*, prevendo que se dêem os fatos ou complexos de fatos (suportes fácticos), em que ela incida e, estando ajustados a ela, carimbados por ela, entrem no mundo jurídico. Somente após isso, isto é, somente após a juridicização do suporte fáctico (às vezes diferidamente, e às vezes nunca ocorrida), é que se dá a eficácia”. (op. cit., p. 238)

Diante desses conceitos, e considerando que o tempo de serviço é um fato jurídico complexo, não há como se pretender que parte desse fato jurídico se tenha juridicizado por incidência de uma lei e outra se amolde a lei diversa.

Fiel a tais princípios, disse o ilustre Ministro LEITÃO DE ABREU, em voto vencido, no acórdão supramencionado:

“Como o tempo de serviço é fato complexo, da configuração de cujos elementos depende o nascimento do efeito jurídico (eficácia), consistente no direito à aposentadoria, cumpre reconhecer-se como legítima a incidência imediata da lei nova, que modifique o critério relativo à apuração do tempo de serviço (...) uma vez que este, na espécie, como fato complexo, não se completou”.

Tal manifestação encontra firme apoio na orientação mantida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em julgados anteriores, como o próprio acórdão de que aqui se trata dá conta — orientação que acabou por ser vitoriosa na época em que provocou agudo debate a Lei n.º 2.437, de 1955, que encurtou o prazo prescricional de 30 para 20 anos na usucapião extraordinária. Decidiu-se o mais Alto Pretório por enten-

der que “tem aplicação imediata a lei que reduz o prazo de prescrição”. (v., p.ex., Recurso Extraordinário n.º 47.802, in *Revista Forense* 198/82)

Através desse posicionamento preservaram-se os princípios. Para os objetivistas, o proprietário, contra quem corria a prescrição encontrava-se diante de uma situação jurídica abstrata, incapaz de tolher a aplicação imediata da lei nova; para os subjetivistas, não haveria possibilidade de se falar em direito adquirido: este decorre da incidência de uma regra jurídica sobre um suporte fáctico determinado. Ora, a posse, assim como o tempo, existe no mundo fáctico ou entra como elemento de um suporte fáctico (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 251), mas não é, em si, suporte fáctico, capaz de subjetivar direitos.

Este foi o meu voto, ao qual continuo firmemente vinculado.

Acrescento que, tendo aderido à proposição do ilustre Consultor Jurídico Dr. VALDACYR S. SCOMAZZON, inclinei-me por arrematar este pronunciamento com uma proposição ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado no sentido de que fosse encaminhada à Egrégia Assembléia Legislativa mensagem propondo lei em que expressamente se determinasse que as faltas, até o limite de cinco, ocorridas no período aquisitivo da licença-prêmio antes da entrada em vigor do novo Estatuto do Magistério, não seriam causa interruptiva da aquisição desse direito.

Tal sugestão tem em seu apoio a necessidade de se reparar o prejuízo causado às professoras em razão das instruções contraditórias e incorretas emanadas da própria Administração, como se refere no início deste pronunciamento.

A lei poderia fazê-lo, sem quebra dos princípios: estaria, apenas, admitindo, transitoriamente, uma sobrevida da lei revogada. E com isto não se violentariam os princípios, nem se precisaria recorrer ao método, hoje, sem prestígio, de auscultar a vontade presumida do legislador (v. PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. *Hermenêutica*

RCGE, Porto Alegre, 7(17): 147-174, 1977

173

e Aplicação do Direito, 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 178; SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, v.1, p.92), para atingir fim idêntico.

Este é o meu Voto.

PORTO ALEGRE, 3 de maio de 1977.

GRATIFICAÇÃO PELO DESEMPENHO DE FUNÇÃO DE JULGADOR DE PROCESSOS FISCAIS

ALMIRO DO COUTO E SILVA
Consultor Jurídico do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3490

Incorporação a proventos.
Inadmissibilidade.

R. L. N. Fiscal do ICM letra D, no desempenho da função gratificada de julgador de processos fiscais, requereu a incorporação aos proventos da aposentadoria, que postulara, da gratificação da função que exerce. A Administração indeferiu esse pedido, sob o fundamento de que a função de julgador de processos fiscais não caracteriza função gratificada, em sentido próprio, não sendo, por conseguinte, computável o tempo de exercício dessa função para efeito de incorporação de gratificação aos proventos da aposentadoria. Tal orientação foi fixada no Parecer n.º 4620/62, do antigo Conselho de Serviço Público, de que foi relator o Prof. JOÃO LEITÃO DE ABREU e no mesmo rumo concluiu o Parecer n.º 3298, desta Consultoria-Geral, de autoria do Consultor Jurídico JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, no qual, aliás, se baseou o despacho indeferitório da pretensão do postulante, exarado pelo Senhor Secretário da Administração. Inconformado, solicitou o interessado reconsideração desse despacho, reiterando os argumentos e aduzindo, ainda, que ao servidor, no exercício da função de julgador de processos fiscais, a Lei n.º 6.211, de 1971, atribuiu uma gratificação, "a título de representação" e que essa representação seria incorporável aos proventos, à semelhança do que ocorre com as gratificações de representação da magistratura ou dos membros do Tribunal de Contas.

2. As disposições legais pertinentes ao caso são as seguintes:

a. Lei n.º 3.694, de 6 de janeiro de 1959, art. 21, § 3.º:

“Os funcionários designados para julgadores de processos fiscais receberão, a título de gratificação, a importância mensal de Cr\$ 7.000,00”

b. A Lei n.º 4.914, de 31 de dezembro de 1964, no art. 51, declara que o Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas destina-se “ao atendimento, no Serviço Civil Centralizado do Estado, dos encargos de chefia e outros determinados em lei”. Apesar disso, ao relacionar, no art. 60, os cargos e funções que iriam compor o Quadro dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, não incluiu nesse rol a função de julgador de processos fiscais.

c. Lei n.º 5.443 de 23 de janeiro de 1967, art. 25:

“O julgamento do processo em primeira instância compete:

I — ao Secretário da Fazenda ou a servidores de reconhecida competência e probidade, por ele especialmente designados.

§ 2.º — Os servidores designados para julgadores de processo perceberão a gratificação mensal de Cr\$ 100,00”.

d. Lei n.º 6.211, de 16 de abril de 1971, artigo 1.º:

“O § 2.º do art. 25 da Lei n.º 5.443, de 23 de janeiro de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação:

Os servidores designados para julgadores de processos fiscais perceberão a gratificação mensal de Cr\$ 400,00 a título de representação”.

e. A Lei n.º 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, que revogou expressamente (art. 122) a Lei n.º 5.443, com as alterações posteriores, estabelece, no art. 37:

“O julgamento do processo em primeira instância compete:

I — ao Coordenador Geral do ICM ou a servidores de reconhecida competência e probidade, por ele designados, quanto ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias ou a outros tributos cuja administração vier a ser deferida à Coordenadoria Geral do ICM;

III — Ao Diretor da Diretoria da Receita do Tesouro do Estado ou a servidores de reconhecida competência e probidade, por ele designados, quanto aos demais tributos estaduais e questões tributárias que cabe ao Estado apreciar e solucionar”.

Essa lei não fez qualquer referência a gratificação que porventura tivesse de ser paga aos servidores designados para o julgamento em primeira instância, diferentemente do que dispunham as Leis n.º 3.694 e n.º 5.443.

3. Da simples reunião, em ordem cronológica, dos textos legais relacionados com o problema suscitado no expediente, tira-se desde logo sua solução. Por um lado verifica-se que a função de julgador de processos fiscais em nenhum texto se apresenta caracterizada, explicitamente, como função gratificada. De outra parte, a Lei n.º 4.914, quando reuniu em um Quadro os cargos em comissão e as funções gratificadas da Administração Centralizada do Estado não fez qualquer referência à função de julgador de processos fiscais, mostrando, obviamente, que tal função não era considerada como gratificada, em sentido próprio, não sendo, por conseguinte, incorporável aos proventos da aposentadoria a gratificação paga pelo desempenho dessa atividade.

4. Se dúvidas ainda houvessem, seriam elas dissipadas pela Lei n.º 6.211, de 1971, expressa no declarar que a gratificação a que faziam jus os servidores designados para o exercício da função de julgadores de processos de gratificação era “a título de representação”, espécie do gênero previsto no art. 67, VI, e, do Estatuto. As gratificações de representação, segundo longa tradição, não são, em princípio, incorporáveis aos proventos da aposentadoria, a menos que a lei assim o determine, de forma indubitosa. Aduz o interessado, quanto a esse ponto, que a “representação mensal” integra o vencimento dos magistrados (Lei n.º 6.929, de 1975, art. 62), incorporando-se, pois, aos proventos da aposentadoria, e que essa vantagem foi estendida aos Conselheiros do Tribunal de Contas e aos Auditores, bem como aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por força do disposto no art. 72 da Lei n.º 6.850, de 1974, que tem este enunciado:

“Aplicam-se aos Conselheiros do Tribunal de Contas, aos Auditores, bem como, no que diz respeito às pensões a seus familiares, e aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, as disposições do Estatuto da Magistratura” (Lei n.º 6.929).

O exemplo confirma a regra. Há, nessa situação, texto expresso de lei, dizendo que a representação é parte dos vencimentos da magistratura, que são irredutíveis, e determinando, igualmente, que representação é parte dos vencimentos dos Conselheiros e Auditores do Tribunal de Contas e dos Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, incorporando-se, portanto, aos proventos da aposentadoria. Não há, em contraposição, nenhum texto legal que declare ser a gratificação de representação, por algumas leis referidas à função de julgador de processos fiscais, parte dos vencimentos ou incorporável aos proventos da aposentadoria.

5. Deve ponderar-se, por último, que a Lei n.º 6.537 extinguiu a gratificação pelo exercício da função de julgador de processos fiscais, pois que a ela não se referiu, tendo, além disso, revogado expressamente a legislação anterior. Ora, se a gratificação tinha fundamento na Lei n.º 5.443, alterada, neste particular, pela Lei n.º 6.211, e se es-

sas leis foram revogadas, sem que a lei nova dispusesse quanto à gratificação pelo exercício da função de julgador de processos fiscais, é de intuitiva clareza que pelo desempenho dessa função não pode o servidor ser remunerado, não sendo, portanto, função gratificada.

6. Estas razões recomendam, a meu juízo, o indeferimento do pedido de reconsideração formulado, mantendo-se a orientação da jurisprudência administrativa do Estado.

Porto Alegre, 1.º de fevereiro de 1977.

MAGISTÉRIO ESTADUAL GRATIFICAÇÕES ADICIONAIS

EMÍLIO RODRIGUES
Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3271

Efeitos da opção pelo regime da Lei n.º 6.672/74, com relação às gratificações adicionais de 15 e 25%, para os ativos e inativos.

Inocorrência de ofensa a direito adquirido por ser a opção livre escolha do servidor.

A Direção do Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul, estando em dúvida sobre o alcance do inserido no art. 152 do atual Estatuto do Magistério, formula consulta ao Senhor Secretário da Educação e Cultura objetivando esclarecer se o citado dispositivo se aplica a todos os optantes pelo Plano de Carreira, inclusive os que já adquiriram gratificação adicional pelo decurso do tempo, ou se atinge apenas o grupo de servidores que ainda não haviam preenchido o requisito para perceber a gratificação.

Tendo em conta os termos da Lei n.º 6.947, de 22 de dezembro de 1975, aquela entidade de classe também quer saber se “os professores aposentados que já incorporaram o adicional por tempo de serviço (seja de 15%, seja de 25%) perderão essa vantagem ao escolherem os benefícios da Lei n.º 6.672/74”.

A Unidade de Assessoria Jurídica da Secretaria da Educação e Cultura, dada a relevância da matéria, sugere o encaminhamento do expediente a esta Consultoria Geral para pronunciamento, sugestão que foi atendida pelo titular da Pasta.

É o relatório.

Data venia, a dúvida suscitada pelo Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul não tem procedência, ante a clareza da lei.

Efetivamente, todos os professores e especialistas em educação, inclusive os professores inativos a que se refere a Lei n.º 6.947, de 22 de dezembro de 1975, são apanhados pela norma consubstanciada no referido art. 152 do Estatuto do Magistério em vigor, desde que, evidentemente, tenham expressamente optado pelo novo status jurídico.

Ora, a Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974 — que deu surgimento ao novo Estatuto —, onde está previsto o regime jurídico dos professores e especialistas em educação, que regula o provimento e vacância dos cargos, estabelecendo seus direitos e vantagens, definindo os respectivos deveres e responsabilidades (art. 1.º), instituiu, também, a Carreira do Magistério Público Estadual, estabelecendo que seria extinto, à medida que lhe vagassem os cargos, o Quadro então vigente. E para maior celeridade da implantação do novo sistema, abriu para os detentores de cargos do quadro em extinção a oportunidade, mediante opção, de serem transferidos. Ora, uma vez que os interessados, *sponte sua*, pela opção, passaram a integrar o novo quadro, ficaram, desde então, sujeitos às normas legais pertinentes ao mesmo. Nesse ponto, aliás, o legislador não deixou nenhuma dúvida e por isso o art. 152 do Estatuto estabeleceu que “não farão jus à gratificação adicional por tempo de serviço, de 15% e 25%, prevista no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado”, os integrantes da Carreira do Magistério.

Aliás, o ilustre colega Doutor JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, em processo de interesse da Professora NILCE LEA DE LEONE CHAVES e outros, já focalizou, com brilho, a tese ora em debate, concluindo que “as professoras de que cogita o expediente, antes de optarem pelo Plano de Carreira, percebiam o adicional de 15% ou 25%. Contu-

do, essa vantagem foi transformada, na lei nova, isto é, passou a gratificação adicional a ser de cinco por cento, por triênio de serviço público (art. 69, da Lei n.º 6.672/74), ao invés de 15 ou 25%, aos quinze ou vinte e cinco anos de serviço, respectivamente”.

Em seu parecer, fez alusão a um outro, de n.º 2786/74, desta Consultoria-Geral, onde também a matéria *sub judice* foi apreciada e se concluiu que:

“A gratificação adicional prevista no art. 69 do novo Estatuto do Magistério Público do Rio Grande do Sul concerne aos membros da Carreira respectiva. A vantagem aí instituída é substitutiva da gratificação de 15 e 25% que os não-optantes e os que tiverem sua opção indeferida — vale dizer, os que permanecerem no Quadro Único em extinção — continuarão percebendo. Assim, embora nesse art. 69 se aluda a membro do magistério, a expressão compreende somente os integrantes da Carreira. É, pois, vantagem pecuniária relacionada com a Carreira, não, porém, com a opção prevista no art. 156, § 3.º, nada tendo a ver com esta a comprovação do respectivo pressuposto temporal”.

Assim, em resposta à consulta, pode-se dizer que perdem a gratificação adicional por tempo de serviço de 15 e 25% todos os que, ativos ou inativos, optarem pelo novo regime (Lei n.º 6.672/74).

Na hipótese, não se poderá cogitar de ofensa a direito adquirido, já que a opção é escolha livre do servidor por outro sistema a cujas vantagens adere por sua própria vontade. Outra seria a consequência se se tratasse de suspensão de direito já incorporado ao patrimônio do funcionário, feita unilateralmente pela lei, o que não é o caso.

Este é, S.M.J., o nosso parecer.

PORTO ALEGRE, 9 de abril de 1976.

MAGISTÉRIO ESTADUAL CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO

NILO DAMASCENO FERREIRA
Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 2905

Exame dos efeitos face ao ingresso na carreira do Magistério.

D. B. L., titulando dois cargos de Professor do Ensino Médio, obteve, pelo exercício de cada um, dois períodos de licença-prêmio, um, correspondente ao decênio de 1956 a 1966, e o outro, ao de 1962 a 1972, por conta dos quais gozou três e dois meses, respectivamente. Pede então neste expediente a conversão das sobras em tempo de serviço pelo dobro. Suas alegações encontram comprovação nos atestados de fls. 3 e 4-CGE.

2. Divergência parcial havida entre dois pronunciamentos lançados no processo na Secretaria da Administração (fls. 7 a 9 e 10 a 11-CGE) motivou a vinda do mesmo a esta Consultoria-Geral para exame e parecer.

3. Entretanto, antes da emissão deste, a interessada compareceu a esta Unidade, prestando, nesta ocasião, esclarecimentos sobre o seu caso, não revelados na sua lacônica petição, em que se limitou a pedir a conversão aludida sem referir sequer o efeito para o qual a pretendia. Informou então verbalmente que optara por sua transferência para o Quadro de Carreira instituído pela recente Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, através de um dos cargos titulados e pela exoneração do outro, nesse particular com vistas a assegurar-se o regime especial de trabalho de 44 horas semanais com o direito também de computar o tempo de exercício do cargo renunciado para efeito de incorporação da gratificação relativa ao prefalado regime aos proventos de inatividade — mo-

dalidade e efeitos previstos no inciso III do art. 159 daquela lei. Desejava, pois, saber se poderia levar em conta, como de serviço em dobro, a sobra da licença não gozada, obtida em consequência do desempenho do cargo de que resolvera abrir mão.

4. Como o pedido cingiu-se à conversão pretendida sem que nele se aludisse à finalidade, e devido a que, nessa mesma oportunidade, a requerente manifestasse preocupação de que se fizesse de logo a averbação respectiva, o processo foi devolvido à Secretaria da Administração com a promoção de fls. 16 a 18-CGE, recomendando-a, e isso porque o atendimento do requerido, desde que se limitasse ao deferimento da conversão em si, não dependia da solução do problema decorrente do conflito de opiniões exaradas naquelas peças. Nessa promoção, portanto, além de recomendar-se tal averbação, pediu-se a restituição ulterior do expediente a esta Casa para exame das questões suscitadas e prolação de parecer (fl. 18-CGE).

5. É assim que o processo retorna a esta Consultoria-Geral para o competente pronunciamento, no qual deverá ser examinada a pretensão da suplicante trazida, depois do pedido, ao conhecimento deste setor.

É o relatório.

6. A Lei n.º 6.672/74, no seu art. 90, assegurou ao membro do magistério o direito de, a seu pedido, computar licença-prêmio não gozada como tempo de serviço pelo dobro para efeito de aposentadoria. Não aludiu, portanto, às gratificações adicionais, para cujo efeito o Estatuto anterior — Lei n.º 2.338/54 — admitia, no art. 144, essa conversão.

7. A falta de menção dessas gratificações no dispositivo se deve a que essas vantagens pecuniárias foram substituídas, na sistemática consagrada no novo Estatuto, pelos adicionais previstos no art. 69, de 5% do vencimento da classe a que pertencer o professor, por triênio de serviço público, tanto que, no art. 152, se estabeleceu que os professores e especialistas de educação, integrantes da Carreira do Magistério, não fariam jus àquelas vantagens concebidas no Estatuto do Funcionário

Público Civil do Estado — Lei n.º 1.751/52 —, apesar da aplicabilidade subsidiária deste nos casos omissos (art. 154 da Lei n.º 6.672/74).

8. No mesmo diploma (Lei n.º 6.672/74), estatuiu-se ainda a sua aplicação imediata aos integrantes do Quadro Único do Magistério do Estado, declarado pela lei em extinção, bem como, no que coubesse, aos extranumerários, limitada, porém, essa aplicação naquilo que não fosse peculiar à Carreira (art. 151). A par disso, estabeleceu-se também que as vantagens decorrentes da opção pelo ingresso na Carreira só seriam devidas a partir de 1.º de outubro do ano em curso (art. 156, § 3.º).

9. Quanto aos integrantes do mesmo Quadro Único, que não optaram no prazo do § 3.º do art. 156, ou seja, até 1.º de julho deste ano, e os que tivessem indeferida a sua opção por falta de requisitos para o ingresso na Carreira, ficou-lhes, nos termos do art. 158, assegurada a percepção dos vencimentos e vantagens correlatos na forma prevista no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

10. A divergência verificada entre as peças informativas mencionadas é a seguinte:

a) na informação de fls. 7 a 9-CGE, do Coordenador da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, aprovada pelo respectivo titular, em face dessas disposições e principalmente inspirado nas prescrições dos artigos 156, § 4.º, e 158, o prolator entende que o professor integrante do Quadro Único, inclusive o optante nos termos desse art. 156 e parágrafos, enquanto nele permanecer, tem seus estipêndios regulados pelo citado Estatuto do Funcionário Público Civil, motivo por que, sem embargo na norma do art. 90, não alusiva às gratificações adicionais de 15 e 25%, a requerente poderia, também para esse efeito, valer-se da conversão pretendida;

b) já na informação de fls. 10 e 11-CGE, da Unidade de Registro Funcional da mesma Pasta, sustenta-se só ser possível o aproveitamento da conversão para aposentadoria em virtude da aplicabilidade imediata da regra do art. 90, sem exceção, a todos os membros do magistério pela razão de que a disposição desse artigo não seria peculiar à Carreira do Magistério. Nisso, reside a discrepância entre esses pronunciamentos.

11. O art. 158 do novo Estatuto diz o seguinte:

“Os integrantes do Quadro Único do Magistério Público do Estado, considerado em extinção, que não manifestarem opção no prazo fixado no § 3.º do art. 156, ou que não a tiverem deferida por falta de preenchimento de requisitos, continuarão a perceber os vencimentos e vantagens pecuniárias correlatas na forma prevista no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, sujeitos aos regimes de trabalho disciplinados na Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965”.

12. Destinatários dessa regra são, portanto, os que deixaram de exercer a opção pelo ingresso na Carreira no prazo do § 4.º do art. 156, e os que, havendo-a exercido, por carecerem dos requisitos necessários à transferência para a Carreira, tiveram ou terão indeferida a sua pretensão. São, pois, apenas os não-optantes e os optantes carentes dos mencionados requisitos, ficando fora do campo de aplicação da norma os optantes possuidores desses pressupostos no interregno compreendido entre a opção que exerceram e sua transferência.

13. E, pelo que se dispõe nesse artigo, as vantagens pecuniárias que ficam reguladas pelo Estatuto do Funcionário Civil são exclusivamente as que esses professores vinham percebendo à data da lei e guardavam correlação com as previstas nesse diploma estatutário.

14. Já os destinatários do art. 151, que é o que estipulou a aplicação imediata da lei, naquilo que não fosse peculiar à Carreira, abrangem, além dos mencionados no item 12 deste parecer, os optantes possuidores dos requisitos para nela ingressarem, isso no período, como já referido, da data da opção à da transferência, posto que aos integrantes da Carreira a lei se aplica integral e não parcialmente. Em outros termos, destinatários do art. 151 são os integrantes do Quadro Único, expressão utilizada no texto do artigo, compreendendo os não-optantes, os optantes carentes e optantes possuidores dos aludidos requisitos legais. Além destes, a norma refere-se também aos extranumerários, tal como se vê:

“As disposições da presente lei aplicam-se, no que não for peculiar à carreira nela instituída, aos integrantes do Quadro

Único do Magistério do Estado, considerado em extinção, bem como, no que couber, aos professores extranumerários”.

15. No que concerne ao instituto da licença-prêmio, vantagem não pecuniária, as normas que o integram no novo Estatuto do Magistério — arts. 88 a 90 —, por não serem peculiares à Carreira instituída nessa lei estatutária, resultam, desde logo, aplicáveis a todos os professores. Conseqüentemente, a conversão da licença em tempo de serviço, desde a edição do diploma legal, passou a reger-se, para todos os professores, pela regra do art. 90, o qual a admite só para efeito de aposentadoria. Esse artigo passou a ter aplicação imediata a todos os integrantes do Quadro Único em virtude do mandamento inserto no art. 151.

16. Resta, então, saber se o art. 90, aplicável a qualquer professor pertencente ao Quadro Único desde o início da vigência da lei, e isso por não conter disposição peculiar à Carreira, impediria o aproveitamento da licença-prêmio como tempo de serviço para fim de gratificação adicional, em vista de nela não se ter feito menção dessa vantagem.

17. A possibilidade da conversão da licença-prêmio como tempo dobrado de serviço para fim de aposentadoria é uma resultante da própria disposição contida no art. 90, que, assim dispondo, a exclui para efeito de gratificação adicional. Todavia, tal exclusão não atinge aquelas a que se dirige a norma do art. 158.

18. Já vimos que o novo Estatuto do Magistério deixa de referir às gratificações adicionais no art. 90, porque criou em substituição delas o adicional por triênio de serviço, estipulado no art. 69 e as extinguiu para os integrantes da Carreira (art. 152).

19. Para os destinatários da norma do art. 158 — não-optantes e os optantes carentes dos requisitos para o ingresso na Carreira, vale dizer, os que continuarão a integrar o Quadro Único — o regime legal de suas vantagens pecuniárias correlatas às previstas no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei n.º 1.751/52) é o desse diploma. Neste, permite-se, no art. 165, a conversão da licença-prêmio em tempo de serviço também para as gratificações adicionais de 15 e 25%, parcela estipendiária que continuará a ser percebida pelos integrantes do Qua-

dro Único não em decorrência da Lei n.º 2.338/54 (art. 92 e seus parágrafos), que não está mais em vigor, mas em virtude da incidência daquele Estatuto (Lei n.º 1.751/52).

20. Cumpre, então, perquirir se a norma do art. 165 do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, permissiva daquela conversão, inclui-se ou não entre as que disciplinam as vantagens pecuniárias dos servidores regidos por esse diploma, ou melhor, se ela está ou não abrangida pela remissão do art. 158 da Lei n.º 6.672/74.

21. O art. 165 da Lei n.º 1.751/52 situa-se na parte referente ao instituto da licença-prêmio, do mesmo modo como ocorria com a regra simile que se continha no Estatuto do Magistério revogado (Lei n.º 2.338/54) e agora sucede com o art. 90 da Lei n.º 6.672/74.

22. Não obstante, no que entende com as gratificações adicionais, dito art. 165 contém norma que pertine a pressuposto de vantagem pecuniária: portanto, ela figura entre aquelas a que faz remissão o art. 158 da Lei n.º 6672/74. Conseqüentemente, o professor não-optante, ou o optante carente de requisitos para ingresso na Carreira — destinatário que é desse art. 158 — faz jus à conversão da licença-prêmio em tempo de serviço: (a) para aposentadoria (por aplicação originária do art. 90 do novo Estatuto) e (b) para gratificações adicionais (por aplicação subsidiária do art. 165 da Lei n.º 1.751/52, conseqüente à determinação do art. 158 daquele, de que é destinatário).

23. Vejamos agora a situação, nesse particular, dos optantes possuidores dos requisitos para a transferência prevista na lei, durante o período de permanência no Quadro Único entre a opção e o ingresso na Carreira.

24. Já verificamos que o art. 152 do novo Estatuto só proíbe a aquisição do direito às gratificações adicionais de 15 e 25% para os integrantes da Carreira. Dessa sorte, os que ainda não passaram a integrá-la, não são atingidos pela proibição, e, de outro lado, enquanto nessa situação, a lei lhes resulta silente acerca da vantagem, circunstância que lhes acarreta a aplicação subsidiária da Lei n.º 1.751/52, isso por efeito do que contém a segunda parte do art. 154 do Estatuto atual.

Portanto, os professores de que nos ocupamos nestes dois últimos itens, no período entre a opção e a transferência, continuam no gozo da percepção da vantagem, ou a ela podem fazer jus, conseqüência da incidência indicada.

25. Todavia, se assim é quanto à aquisição ou percepção, em si, da vantagem, o mesmo não sucede em relação à conversão da licença-prêmio em tempo de serviço para efeito dela, porque tal conversão aí colidiria com o art. 90 do novo Estatuto. É que aí não há omissão prevista no art. 154, o que exclui a aplicação do art. 165 do Estatuto subsidiário.

26. Finalmente, cabe apreciar a situação específica da requerente, por ela trazida ao conhecimento deste setor depois do seu lacônico pedido.

27. Informando que optou pelo ingresso na Carreira por um dos cargos acumulados e pela exoneração do outro para assegurar-se o regime especial de trabalho, com direito à contagem do tempo de exercício do cargo renunciado para efeito de incorporação a seus proventos de aposentadoria da gratificação relativa a esse regime, pretende ela saber se, nesse cômputo, poderá levar em conta como de serviço o tempo da sobra da licença não gozada, oriunda do desempenho do cargo cuja exoneração preferiu.

28. A colocação da questão seduz à primeira vista. A incorporação a que alude a suplicante é a prevista no parágrafo do art. 118 do Estatuto em pauta. A Lei n.º 6.672/74 disciplina, nos arts. 116 a 119, os regimes de trabalho do integrante da Carreira do Magistério, dividindo-se em dois: o normal de 22 horas semanais (art. 116, I) e o especial de 44 horas (art. 116, II). No caput do art. 118, prevê para o membro da Carreira que estiver no regime especial uma gratificação equivalente ao respectivo vencimento e, no parágrafo desse artigo, estabelece o direito de incorporar ao provento da inatividade essa vantagem à razão de 1/25 por ano de exercício no regime especial para o que nele estiver ao aposentar-se.

29. No caso da requerente, que, havendo renunciado a um dos cargos, terá direito de contar o tempo do respectivo exercício para a incorporação aludida, poderia parecer admissível a conversão da licença também para esse efeito, porque a parcela incorporável da gratificação, uma vez verificada esta, passará a compor o provento da inatividade. Indiretamente, portanto, a conversão para esse fim seria também para efeito de aposentadoria, porque se refletiria no provento da inatividade, e atendida estaria a norma do art. 90.

30. Esse, porém, não é o sentido da lei. A conversão admitida no art. 90, para efeito de aposentadoria, influi no fator "tempo de serviço" do membro do magistério, requisito que constitui não só pressuposto do direito à inativação (aposentadoria voluntária) como elemento básico de aferição do provento a ser pago na inatividade (aposentadoria com proventos proporcionais). A licença convertida em tempo de serviço, para o aludido efeito, integra esse requisito que é o "tempo de serviço público" do servidor. Ora, esse requisito é inconfundível com o que se relaciona com o elemento determinante da fração da gratificação paga pelo regime especial, incorporável ao provento da inatividade. Aí o requisito é o "tempo de exercício no regime especial". Se é certo que esse "tempo de exercício em regime especial" consiste em "tempo de serviço público", a recíproca não é verdadeira. Para a incorporação de que trata o mencionado parágrafo, o tempo de serviço computável é o em que ocorre a circunstância do desempenho do trabalho no regime de 44 horas, estatuído no art. 116, II. Portanto, a licença como tempo de serviço serve para o pressuposto da aposentadoria, não para o da incorporação de que se cogita no parágrafo único do art. 118. E, se isso é o que deve prevalecer para a aplicação exclusiva desse parágrafo, o mesmo deverá ser observado no que tange ao art. 159, III, isto é, quanto ao tempo de exercício do cargo renunciado, que, para a suplicante, em consequência dessa disposição de natureza transitória, se juntará ao tempo de exercício do regime especial a que ela se assegurou, a fim de incorporar a gratificação respectiva às vantagens da inatividade.

31. Ademais, a conversão da licença-prêmio em tempo de serviço para efeito de aposentadoria leva, como vimos, a estas consequências: no caso da aposentadoria voluntária, proporciona para o servidor ante-

cipação do implemento do requisito a que se subordina o direito e, portanto, a própria aquisição deste; quanto à aposentadoria com proventos proporcionais, aumenta a proporcionalidade destes. Ora, fácil é ver que, se fosse possível o aproveitamento da licença-prêmio como tempo de serviço para aposentadoria e, simultaneamente, como tempo de exercício do cargo a que renunciou a suplicante para a incorporação em pauta, ela teria benefício dúplice. Basta imaginar-se que ela venha a ter direito à aposentadoria com proventos proporcionais. O tempo de serviço que determinará a proporção destes ficará aumentado em consequência da conversão. Ora, se a isso se juntar ainda novamente o mesmo período, dessa feita computado como tempo de exercício do cargo renunciado para o fim de lhe majorar a parcela da gratificação de que trata o art. 118, incorporável ao provento, este terá novo aumento, desfazendo inclusive a proporcionalidade que resulta de uma imposição constitucional.

É este, SMJ, nosso parecer.

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 1975.

MAGISTÉRIO ESTADUAL READMISSÃO

MARISA SOARES GRASSI
Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3389

Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974. O Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul não admite o provimento de cargos mediante Readmissão.

M. V. S. O., Professora do Ensino Médio II, contratada pela Portaria n.º 19.676 de 20 de dezembro de 1968, lotada no Centro Especial da Secretaria da Educação e Cultura, em exercício no Departamento de Educação Média, exonerada a pedido, conforme Portaria n.º 14.896 de 21 de junho de 1972, Boletim n.º 1.064/72, publicado no Diário Oficial de 17 de junho de 1972, do cargo de Professora do Ensino Primário, padrão M 2-4, para o qual fora nomeada pelo Decreto n.º 1.308 de 05 de junho de 1957, solicita readmissão ao cargo de professora primária, fundamentando seu pedido na Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954.

Na Supervisão de Apoio Administrativo da Secretaria da Educação e Cultura é proposto o indeferimento com base na Informação n.º 2/76, da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, que, apreciando um pedido de readmissão, conclui pela impossibilidade de desfazer ato de exoneração decorrente de requerimento da parte, bem como sugere o indeferimento pela inexistência da readmissão na Lei n.º 6.672/74, como uma das formas de provimento de cargo.

Inconformada, a parte requereu pronunciamento da Consultoria-Geral do Estado.

Encaminhado o expediente à Supervisão de Assessoramento Especial, Unidade de Assessoria Jurídica, a conclusão foi, também, pelo indeferimento do pedido.

Por determinação do Senhor Secretário da Educação e Cultura, o processo foi enviado a esta casa para exame.

É o relatório.

2. A norma jurídica tem eficácia no tempo, tendo, assim, princípio e fim. De modo geral, a lei tem eficácia indefinida, até que surja outra lei com ela incompatível ou que a revogue.

Desta forma, a Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974 (Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul), disciplinando o regime jurídico do pessoal do Magistério Público Estadual, é a norma vigente aplicável, em substituição à Lei n.º 2.338, de 25 de janeiro de 1954, anterior Estatuto do Magistério Público Estadual.

3. A postulante fundamenta seu pedido na Lei n.º 2.338/54, acreditando, erroneamente, na vigência de uma Lei para os integrantes do Quadro Único do Magistério Público do Estado, e, de outra, para os professores optantes pelo Quadro de Carreira.

Entretanto, os artigos 1.º, 158 e 170, da Lei n.º 6.672/74, não deixam dúvidas quanto à revogação da Lei n.º 2.338/54 também para os integrantes do Quadro em extinção.

Diz o art. 1.º:

“Esta Lei disciplina o regime jurídico do pessoal do Magistério Público Estadual do 1.º e 2.º graus de ensino, regula o provimento e vacância dos seus cargos, estabelece seus direitos e vantagens, define os respectivos deveres e responsabilidades e cria e estrutura a respectiva carreira, nos termos da Lei Federal n.º 5.692, de 11 de agosto de 1971”.

O art. 158 prevê a forma de pagamento dos vencimentos e vantagens, bem como o regime de trabalho para os integrantes do Quadro Único do Magistério, enunciando:

“Os integrantes do Quadro Único do Magistério Público do Estado, considerado em extinção, que não manifestarem opção no prazo fixada no § 3 do artigo 156, ou que não a tiverem deferida por falta de preenchimento de requisitos, continuarão a perceber os **vencimentos e vantagens pecuniárias** correlatas na forma prevista no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, sujeitos aos regimes de trabalho disciplinados na Lei n.º 4.937, de 22 de fevereiro de 1965”. (em grifos)

Finalmente, o art. 170 revoga expressamente a Lei n.º 2.338/54, dispondo:

“Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Leis n.ºs 2.338, de 25 de janeiro de 1954, e 5.589, de 29 de dezembro de 1967”.

4. Se o Estatuto anterior previa a readmissão como uma das formas de provimento de cargo, o mesmo não acontece com a lei vigente. Vejamos o art. 47 da Lei n.º 2.338/54:

“Readmissão é o ato pelo qual o professor, demitido nos termos do artigo 173, itens I e III, ou exonerado, reingressa no magistério, sem direito a ressarcimento de prejuízos, assegurada, apenas, a contagem do tempo de serviço anterior para gratificação adicional e para aposentadoria”.

Já na Lei n.º 6.672, o art. 12 dispõe:

“Os cargos de Carreira do Magistério serão providos mediante:

- I — Nomeação;
- II — Promoção;

- III — Transferência;
- IV — Reintegração;
- V — Reversão;
- VI — Aproveitamento.

5. Na realidade, a readmissão não é senão uma nova admissão, e esta só é possível através de concurso público, nos termos da legislação vigente.

Ainda que a Lei n.º 2.338/54 disciplinasse o regime dos integrantes do Quadro em extinção, a pretensão da postulante seria indeferida, face a ab-rogação de seu artigo 47 pelo artigo 71, da Lei n.º 5.751/69, que determinava a prestação de concurso para todos os cargos do magistério público estadual. Nesse sentido o Parecer n.º 2.031/72, da lavra do Consultor Jurídico EMÍLIO RODRIGUES, enunciado na Ementa:

“Readmissão no Magistério. Revogação do artigo 47 do Estatuto, pelo disposto no artigo 71, da Lei n.º 5.751, de 14 de maio de 1969, que estabelece o Sistema Estadual de Educação”.

EM CONCLUSÃO, a pretensão da postulante não encontra amparo na Lei n.º 6.672, de 22 de abril de 1974, que não prevê a readmissão como uma das formas de provimento de cargos no Magistério Público Estadual e é a vigente tanto para o Quadro em extinção como para o de carreira.

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 31 de agosto de 1976.

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO

WILSON ALANO
Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3506

PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR.

O uso de documento público falso constitui fato definido como crime contra a fé pública, passível da pena de demissão a bem do serviço público, com fulcro no que dispõe o parágrafo quarto do art. 32, da Lei n.º 6.194/71, combinado com o art. 218, II, do Estatuto do Funcionário Civil do Estado (Parecer desta Casa, n.º 3.447).

Vêm, para exame e parecer da Terceira Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar, da Consultoria-Geral do Estado, nos termos do art. 1.º, VI, do Decreto n.º 23.529, de 29.11.74, os autos do processo disciplinar instaurado contra o funcionário E.M.G., investigador de polícia, lotado em Porto Alegre, pertencente aos quadros da Secretaria de Segurança Pública, conforme Resolução n.º 12.643 e aditamento pela Resolução n.º 12.674, (fls. 46 e 50).

2. Esse servidor policial é acusado de, usando documento de conclusão de curso secundário falso, haver ingressado no Curso de Formação de Inspetores e Escrivães da Polícia, da Escola de Polícia do Estado, fato que resultou na abertura de inquérito policial e neste procedimento disciplinar. (fl. 5)

3. Sua folha de antecedentes registra seis louvores e três suspensões, uma de dez dias e duas de trinta dias, a primeira, por não haver saldado dívida legitimamente exigível, tornada sem efeito em face da prova de havê-la pago. As demais não revelam a causa da punição.

4. Condenado a quatro anos de reclusão por delito de corrupção passiva, com perda da capacidade de exercer função pública por seis anos, em janeiro de 1966, beneficiado por indulto em setembro de 1967 (fl. 35-CGE), não havendo notícia de que a sentença haja sido executada.

5. Interrogado e reinquirido, tanto no inquérito como neste processo, alegou que prestou exames supletivos no Colégio de Belém Novo, mas não alcançou média para aprovação. Sabendo disso, um indivíduo de nome D. ofereceu-se para pedir revisão da única matéria em que diz ter sido reprovado, dizendo que iria obter-lhe o certificado de conclusão pela soma de cento e vinte cruzeiros para o custeio de certidões, a qual foi paga pelo indiciado, que forneceu, também, as fotografias exigidas. O certificado não se fez esperar, mas nele figurava não o colégio onde diz ter feito as provas, mas outro, o São Manoel, e que, apesar disso, não se deu conta de que o certificado pudesse ser "frio".

5a. O embuste foi descoberto pela própria Escola onde se matriculara, em diligência feita junto ao estabelecimento de ensino dado como expedidor do diploma de conclusão.

6. A Defesa, conduzida por profissional experimentado, segue, em linhas gerais, a versão dada pelo acusado, aduzindo que lhe moveu interesse de alto conteúdo humano, pois que teria a seu cargo o sustento do pai e de um irmão cegos; que nunca escondeu a verdade dos fatos e desconhecia totalmente a origem do documento e nenhuma participação teve na sua confecção". (fl. 79)

7. O ilustrado Conselho Superior de Polícia entendeu configurada a transgressão prevista no inciso XXXIII do art. 22 da Lei n.º 6194/71, combinado com o § 4.º do art. 32 da mesma lei e sugeriu a demissão a bem do serviço público, no que foi seguida pelo titular da respectiva Pasta.

8. Conquanto seus colegas o tenham na conta de funcionário dedicado e até exemplar, sua vida pregressa não autoriza se lhe dê outra oportunidade.

8a. É de estranhar ainda permanença no Serviço Público, apesar dos termos claros da condenação à pena acessória de incapacidade para o exercício de função pública. Só esse fato autorizaria o alijamento dele, pois tem-se decidido que o cumprimento de sentença condenatória transitada em julgado dispensa a formação de processo disciplinar, bastando mero ato unilateral da autoridade que está obrigada a dar execução ao julgado judicial.

8b. Contudo, sobreveio o indulto antes que a sentença fosse cumprida e essa graça, embora não apague o crime, extingue a pena, inclusive a acessória, naturalmente. (CARVALHO FILHO, Aluisio de. **Coment. cod. penal**, Vol. IV, n.º 60, pág. 183, 4a. ed., Forense; CAETANO, Marcelo. **Manual de Dir. Admin.** vol. II, n.º 324, p. 803, Forense e CALCANTI, Themistocles Brandão, **Trat. Dir. Admin.** IV, p. 458, 4a. ed. F. Bastos)

9. Não se pode aceitar a desculpa de que ignorava a má procedência do documento, especialmente a um policial que, mais que qualquer outro, tinha facilidade de diligenciar junto ao estabelecimento dado como emissor, para verificar a autenticidade dele.

9a. Além de fazer uso de documento falso é co-autor de fato definido como crime de falsidade material. Ademais, sabia que o documento era ao menos ideologicamente falso, pois nele aparece 6 vezes, em letras maiúsculas, o nome do colégio São Manoel, como sendo a escola onde prestara os exames quando, em verdade, eles foram ou teriam sido prestados no Colégio Belém Novo.

9b. Que ele fez uso de documento falso, não há a menor dúvida, tanto que logrou a matrícula, com ele, na referida Escola de Polícia; que é co-autor parece também indubitável, pois além de entregar numerário destinado ao custeio de certidões, forneceu suas próprias fotografias, o que é concorrer de algum modo para o fato delituoso. (Código Penal, art. 25)

9c. Não se pode falar em tentativa, porque "qualquer começo de uso já é uso" — ensina NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, vol. IX, artigos 296 a 305, p. 298, n.º 125), mas a co-participação na prática delituosa está demonstrada.

9d. Quanto à objetividade jurídica, colhe-se daquele festejado autor (ibidem, p. 253) que basta a possibilidade de um prejuízo a terceiro para se configurar o crime. No caso vertente, o prejuízo está patente com a vaga tomada ilegitimamente de alterius.

10. Entendemos, face ao exposto, que o inspetor de polícia E.M.G. praticou fato definido como crime contra a fé pública e, por força do disposto no art. 32, parágrafo quarto, da Lei n.º 6194/71, está sujeito à pena prevista no art. 218, II, do Estatuto do Funcionário Civil do Estado (demissão qualificada). Veja-se, a propósito, nosso Parecer n.º 3447, que versa matéria semelhante, notadamente quanto à exegese do referido parágrafo quarto do artigo 32 da mencionada lei.

É o nosso parecer.

PORTO ALEGRE, 2 de março de 1977.

ÍNDICE

ALANO, Wilson. Falsificação de documento — Parecer 3506/CGE	199
ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A "perpetuatio iurisdictionis" no Código de Processo Civil Brasileiro	75
ATO ADMINISTRATIVO — RETROATIVIDADE, por J. Cretello Júnior ...	11
CAETANO, Marcello. A Constituição Português de 1976	45
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — A "perpetuatio iurisdictionis" no, por José Manoel de Arrudo Alvim	75
CONSTITUIÇÃO FEDERAL — ART. 106, por Sérgio Ferroz	117
CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976 —, por Marcello Coetano	45
COUTO E SILVA, Almiro do. Gratificação pelo desempenho de função de julgador de processos fiscais — Parecer 3490/CGE	175
CRETELLA JÚNIOR, José. Retroatividade do ato administrativo	11
DOCUMENTO — FALSIFICAÇÃO, Wilson Alano — Parecer 3506/CGE ...	199
FALTAS JUSTIFICADAS — MAGISTÉRIO ESTADUAL, por Alexandre Henrique Gruszynski — Parecer 3553/CGE	147
FERRAZ, Sérgio. O artigo 106 da Constituição Federal	117
FERREIRA, Nilo Domosceno. Magistério estadual. Conversão de licença-prêmio — Parecer 2905/CGE	185
GRASSI, Mariso Soares. Magistério estadual. Readmissão — Parecer 3389/CGE	195
GRATIFICAÇÃO — EXERCÍCIO DE FUNÇÃO — Gratificação pelo desempenho de função de julgador de processos fiscais, por Almiro do Couta e Silvo — Parecer 3490/CGE	175

GRATIFICAÇÃO ADICIONAL — MAGISTÉRIO ESTADUAL, por Emilio Rodrigues — Parecer 3271/CGE	181
GRUSZYNSKI, Alexandre Henrique. Magistério estadual. Faltos justificadas — Parecer 3553/CGE	147
IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS — Faturamento ou receita operacional, IPI e contribuição ao PIS. A problemática do tributo sobre tributo, por Ruy Barbosa Nogueira	29
INQUÉRITO — FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, por Wilson Alono — Parecer 3506/CGE	199
LICENÇA-PREMIO — MAGISTÉRIO ESTADUAL, por Nilo Damasceno Ferreira — Parecer 2905/CGE	185
MAGISTÉRIO ESTADUAL — FALTAS JUSTIFICADAS, por Alexandre Henrique Gruszyński — Parecer 3553/CGE	147
MAGISTÉRIO ESTADUAL — GRATIFICAÇÃO ADICIONAL, por Emilio Rodrigues — Parecer 3271/CGE	181
MAGISTÉRIO ESTADUAL — LICENÇA-PREMIO, por Nilo Damasceno Ferreira — Parecer 2905/CGE	185
MAGISTÉRIO ESTADUAL — READMISSÃO, por Marisa Soares Grassi — Parecer 3389/CGE	195
MEIRELLES, Hely Lopes — Responsabilidade do prefeito	124
NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Faturamento ou receita operacional, IPI e contribuição ao PIS. A problemática do tributo sobre o tributo	29
PREFEITO — Responsabilidade do, por Hely Lopes Meirelles	125
PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) — Faturamento ou receita operacional, IPI e contribuições ao PIS. A problemática do tributo sobre tributo, por Ruy Barbosa Nogueira	29

READMISSÃO — MAGISTÉRIO ESTADUAL, por Marisa Soares Grassi — Parecer 3389/CGE	195
RESPONSABILIDADE CIVIL — Responsabilidade do prefeito, por Hely Lopes Meirelles	125
RESPONSABILIDADE DO PREFEITO, por Hely Lopes Meirelles	125
RESPONSABILIDADE PENAL — Responsabilidade do prefeito, por Hely Lopes Meirelles	125
RESPONSABILIDADE POLITICO-ADMINISTRATIVA — Responsabilidade do prefeito, por Hely Lopes Meirelles	125
RETROATIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, por J. Cretella Júnior	11
RODRIGUES, Emilio. Magistério estadual. Gratificações adicionais — Parecer 3271/CGE	181
SERVIDORES CONTRATADOS — REGIME JURÍDICO — O art. 106 da Constituição Federal, por Sérgio Ferraz	117
SERVIDORES TEMPORÁRIOS — REGIME JURÍDICO — O art. 106 da Constituição Federal, por Sergio Ferroz	117

