PARECERES

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — TRIBUNAL DE CONTAS — TEMPO DE SERVIÇO

1. Contagem de tempo de mandato parlamentar. 2. O estatuto constitucional do servidor público. 3 O período de mandato parlamentar como tempo de serviço público. 4. Lei interpretativa, retroatividade e jus superveniens.

PARECER

I

A consulta

Formulou-me o ilustre Conselheiro Nicolau Tuma consulta em que, antes de levantar os quesitos que espera ver respondidos, relata os fatos (todos devidamente comprovados) que em seguida se resumem:

Por ato publicado no *DOE*, de 9 de outubro de 1968, foi o consulente nomeado para o cargo de membro, que então se designava Ministro, do eg. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Desse cargo tomou posse a 21 do citado mês e ano, data em que nele entrou em exercício.

Havendo anteriormente prestado serviço público, requereu a sua contagem para os fins de direito. Esta contagem foi deferida em decisão do Trbunal Pleno, tomada em sessão de 22 de outubro de 1969, *para todos os fins,* inclusive para efeito de percepção de adicionais.

Nessa contagem, inclui-se o cômputo de "tempo de serviço prestado ao mandato legislativo municipal", correspondente aos períodos de 1º de janeiro de 1948 a 12 de abril de 1956 e de 21 de agosto de 1958 a 31 de janeiro de 1959, quando representou ele o povo como vereador à Câmara Municipal de São Paulo; de "tempo de serviço prestado ao mandato legislativo federal", correspondente ao período de 1º de fevereiro de 1959 a 20 de outubro de 1968, quando representou ele o povo, como deputado federal pelo Estado de São Paulo, integrando o Congresso Nacional. Também nela se levou em conta o "tempo de serviço prestado ao serviço militar", correspondente ao período de Tiro de Guerra.

Esta contagem não foi impugnada, tendo sido aceita como boa e em conseqüência tomada em consideração para a determinação dos adicionais a que o consulente fazia jus ou veio a fazer jus, por mais de 12 anos. Somente agora, após a aposentadoria compulsória que o colheu em 19 de janeiro p.p., data em que completou 70 anos de idade, foi ela posta em dúvida.

Com efeito, na 3.ª sessão ordinária do Tribunal Pleno, realizada em 21 de janeiro de 1981, o Conselheiro George Oswaldo Nogueira pôs em dúvida a contagem aprovada em 22 de outubro de 1969. Especificamente,

o ilustre conselheiro entende discutível a validade da contagem do tempo de serviço militar e de exercício de mandato de vereador e deputado federal, para outros fins que não os de "aposentadoria e disponibilidade". Assim, não podia esse tempo "ser contado para efeito de outras vantagens de natureza pecuniária", como adicional por tempo de serviço, sexta parte etc.

Alegando a complexidade da questão suscitada, propôs o Conselheiro José Luiz de Anhaia Mello fosse ela, antes de decidida pelo Tribunal Pleno, sujeita ao estudo dos órgãos técnicos da Casa. Tal proposta foi acolhida, de modo que o respectivo processo foi devolvido para exame desses órgãos, que o deverão devolver, *opportuno tempore*, para a apreciação do Pleno do e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Entretempo, o eminente Conselheiro Nicolau Tuma houve por bem, no intento de contribuir para o esclarecimento dos aspectos jurídicos da questão suscitada, e a fim de defender os seus legítimos direitos, dirigir-me as seguintes indagações:

"1. Foi jurídica a contagem de tempo de serviço público acolhida na deliberação de 22 de outubro de 1969 do Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, relativa ao consulente, Conselheiro Nicolau Tuma? Especialmente no tocante ao tempo de exercício do mandato de vereador e de deputado federal? E no tocante ao tempo de serviço militar?

2. Da referida contagem decorre direito adquirido em favor do consulente?

3. Independentemente desse direito adquirido, qual seria, hoje, a situação do consulente quanto à contagem de tempo de mandato de vereador e de deputado federal, tendo-se em vista as disposições a esse respeito editadas pela Emenda Constitucional nº 6, de 4 de junho de 1976, à Constituição da República?"

II

Premissas básicas

Algumas questões iluminam particularmente os problemas levantados na consulta. Convém, por isso, examiná-los como premissas da resposta aos quesitos.

1. *O estatuto constitucional do servidor público*

Caracterizam os estudiosos o federalismo presente no Brasil desde a Constituição de 1967 não mais como mero "federalismo cooperativo", muito menos como o há tanto ultrapassado "federalismo dualista", mas sim como um *federalismo de integração*. É essa exatamente a lição de Alfredo Buzaid em importante estudo (*O Estado federal brasileiro*. Brasília, Ed. Min. Justiça, 1971. espec. p. 40).

Um dos pontos marcantes desse novo federalismo consiste na uniformidade que, em larga medida, se impõe aos Estados-membros. Mais do que isso, na conformidade que se impõe a estes Estados relativamente aos padrões federais, que, num vasto campo, se tornaram de adoção obrigatória (cf., do autor, *Direito constitucional comparado*. São Paulo, Bushatsky, 1974. v. 1, *O poder constituinte*, nº 124 e segs.).

Para aferir o alcance dessa mudança, convém recordar que, nos esquemas do "federalismo dualista" ou do "federalismo cooperativo", bem outro era o sistema. Neste sistema tradicional, adotado pelas Constituições de 1891, 1934 e 1946, bem como pela própria Carta de 1937, a Lei Magna fixava certos princípios, postos como o cerne irredutível da organização total, que cada Estado havia de *adaptar* às suas condições peculiares. E isto sob pena de intervenção federal, posta esta como conseqüência, e sanção punitiva, do descumprimento de tais princípios. Examinem-se a este propósito a Constituição de 1891, art. 63 e 6º, II (com a emenda de 1926), de 1934, art. 7º e 12, V, de 1937, art. 9º, *e*, e de 1946, art. 7º, VIII.

Ora, a Constituição vigente, tanto na redação promulgada em 1967 como no que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969, não se contentou com isto. Não deixou, é certo, de enunciar princípios a serem adaptados e observados sob pena de intervenção federal

(em ambas as redações, art. 10, VII). Entretanto, cuidou de, no art. 13, dispor:

"Os estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

I — os mencionados no item VII do art. 10;

II — a forma de investidura nos cargos eletivos;

III — o processo legislativo;

IV — a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos municípios;

V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal;

VI — a proibição de pagar, a qualquer título, a deputados estaduais mais de dois terços dos subsídios e da ajuda de custo atribuídos em lei aos deputados federais, bem como de remunerar mais de oito sessões extraordinárias mensais;

VII — a emissão de títulos da dívida pública de acordo com o estabelecido nesta Constituição;

VIII — a aplicação aos deputados estaduais do disposto no art. 35 e seus parágrafos, no que couber; e

IX — a aplicação, no que couber, do disposto nos itens I a III do art. 114 aos membros dos Tribunais de Contas, não podendo o seu número ser superior a sete."

Nessas matérias indicadas pelo art. 13, a reprodução, a cópia pelo constituinte estadual das disposições federais, é decorrência inexorável do disposto no art. 188 (da redação primitiva) e do art. 200, *caput*, da Emenda nº 1. Aquele ainda guarda as aparências. Dá um prazo de 60 dias para que as constituições estaduais se adaptem às normas federais, dispondo, todavia, que, "findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às Cartas estaduais". Este é direto:

"As disposições constantes desta Constituição *ficam incorporadas*, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados" (grifei).

Decorre, pois, desse preceito que o direito constitucional federal é, automaticamente, incorporado ao direito constitucional estadual "no que couber". Onde cabe, em conseqüência, opera-se a recepção do direito federal pelo estadual. Não se deixa qualquer margem ao constituinte estadual. Tem ele de copiar o direito federal, mas, acentue-se, não é da manifestação de vontade desse legislador que resulta a sua vigência e eficácia. Esta provém da vigência e eficácia da Constituição federal e é contemporânea a esta. De fato, o art. 200 dispõe que "ficam incorporadas" as referidas disposições, não que serão incorporadas, numa adaptação, ainda que sujeita a prazo como estava no art. 188 da redação promulgada em 1967. Assim, desde a vigência da Constituição federal, são *ineficazes* as normas estaduais que com ela colidem no campo em que está determinada a incorporação.

Onde, porém, cabe essa incorporação? Qual é o direito constitucional federal que, sem escolha, o Poder Constituinte decorrente há de transcrever e simplesmente para que sua obra não deixe na obscuridade normas que, mesmo sem essa transcrição, valem como direito constitucional estadual?

A resposta não é difícil. Tal incorporação ocorre sempre que a Constituição federal o determine, e apenas nesses casos, porque a norma do art. 200 não admite interpretação extensiva. É óbvio, por isso, que a incorporação se dá nas matérias enumeradas no longo art. 13. Não apenas, porém. Em vários pontos, a Constituição federal estende suas prescrições aos estados, de forma expressa. Ou, o que é mais claro ainda, dispõe acerca da organização estadual e especificamente para ela. Neles, pois, o direito federal respectivo é direito estadual, ainda que não conste explicitamente da Constituição estadual. E se esta dispuser de modo diferente, seus preceitos são, como já se disse, ineficazes.

Como se vê da transcrição, "as normas relativas aos funcionários públicos" estão no rol do art. 13, precisamente no item V. Desse modo, foram elas recebidas pelo direito constitucional estadual, ainda que dele não constem na aparência dos textos. Daí, a aplicação no plano estadual, a obrigatória e inexorável, de todas as normas sobre funcionários que estejam no corpo da Constituição federal.

2. *O período de exercício de mandato parlamentar como tempo de serviço público*

O moderno direito administrativo leva em conta — como todos sabem — para diversos fins, o tempo dedicado à prestação de serviço público. Leva-o em consideração, sobretudo, para atribuição de determinados adicionais e para promoções, sendo o fundamento essencial das que se dão por antigüidade.

Isto decorre — por um lado — de um imperativo de justiça. Consiste numa forma de retribuir a contribuição que o indivíduo, por sua atividade, traz para o interesse geral. Mas decorre também de um fato inegável. O exercício de mandato é, por sua natureza, serviço público.

Com efeito, em sentido material, como apontam os administrativistas, serviço público é exatamente a atividade exercida em vista de um interesse público. Di-lo Cretella Júnior: "Nessa acepção (material ou funcional), embora não exista nenhum órgão ou organismo público, ocorre serviço público desde que a atividade, em si e por si, venha de quem venha, tenha interesse geral" (cf. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. verbete Serviço público).

É certo que em sua acepção formal o conceito de serviço público é menos abrangente. Arrola apenas as atividades que são exercidas na estrutura institucionalizada do Estado.

A institucionalização do Poder, que se desdobra a partir da Constituição, leva forçosamente ao estabelecimento de órgãos destinados a querer e agir por ele. Tais órgãos hão de ser necessariamente integrados por pessoas físicas, porque somente estas lhe podem emprestar a indispensável energia físico-psíquica (cf. sobre a institucionalização e a doutrina do órgão, entre os modernos, Mortatti, Constantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. 7. ed. Pádua, Cedam, 1967, t. 1, p. 173 e segs.); e Burdeau, Georges. *Traite de science politique*. Paris, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. espec. t. 3, nº 64 e segs.).

Desses órgãos, os principais são os políticos. Neste rol, incluem-se os que se erigem para dirigir o Estado. Fixam, por isso, a orientação superior geral e fundamental que todos os demais devem seguir. Ou seja, estabelecem a política a ser posta em prática.

Por sua importância capital, inscreve-se na Constituição a sua estruturação. São sempre, portanto, órgãos constitucionais, ainda que não seja escrita e formal a Constituição.

A essa luz é que devem ser encarados os conceitos que avançam, por exemplo, Cretella Júnior ou Celso Antônio. Para o primeiro, o termo *agente político* designa o "titular de cargo que integra a arquitetônica constitucional do Estado" (op. cit. verbete Agente político). Para o segundo, "agentes políticos são os cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder" (Apontamentos sobre os agentes públicos, *RDP* 13/46-7).

Sublinhe-se, porém, que o que caracteriza o agente político é a função que exerce, não a sua participação num órgão formalmente estruturado num documento escrito, a Constituição. A pessoa física somente é agente político quando lhe compete, no âmbito do Estado, fixar a orientação geral que manifesta pelo órgão que integra. Vontade essa que há de ser cumprida ou executada por outros órgãos do Estado, integrados, por sua vez, por agentes públicos (cf. Celso Antônio, op. cit. p. 46).

Avultam, porém, dentre estes órgãos políticos, os que são propriamente *órgãos go-*

vernamentais. Compreendem-se neste rol os que exprimem a vontade primária do Estado. O que significa editarem uma vontade apenas subordinada e disciplinada pelas normas constitucionais que circunscrevem a competência de cada um.

São esses os órgãos incumbidos de exercer exatamente a função que Burdeau chama de *governamental,* por oposição à função *administrativa.*

Com efeito, este jurista, depois de fazer o exame crítico das classificações habituais das funções do Estado, inclusive da clássica, propõe outra, baseada nos graus de intensidade do poder estatal (op. cit. 1952. t. 4, n. 185). Distingue, pois, uma função governamental que desdobra um poder inicial, criador, autônomo, somente condicionado pela Constituição, e uma função administrativa, de caráter derivado, secundário, subordinado, condicionado diretamente pelos atos governamentais e indiretamente pela Constituição (id. ibid. n. 186).

No Estado contemporâneo, tais órgãos são tipicamente dois. Um, o Parlamento (ou, para os que se apegam à terminologia da "separação de poderes", o Legislativo). Outro, o Governo, *stricto sensu* (ou, naquela terminologia, o Executivo). Ambos, na sua esfera própria, editam atos somente sujeitos à Constituição. Cada um no seu ramo traça o rumo básico a ser seguido por toda a máquina administrativa. Os dois, pela lei, ato complexo desigual, de cujo estabelecimento também participa o Governo-Executivo, impondo as limitações à liberdade individual no Estado de direito (ver, do autor, *Do processo legislativo.* São Paulo, Saraiva, 1968. n. 120 e segs.).

Distinguindo-se dos órgãos políticos os órgãos governamentais, cabe distinguir dos agentes políticos a subespécie formada pelos *agentes governamentais,* embora a doutrina, de elaboração administrativa, não o faça. Esta, com efeito, fala sempre em agente político, mesmo quando se refere aos agentes que integram órgãos de Governo. Órgãos, pois, que exprimem a vontade primária do Estado, que desempenham a função governamental.

Tais agentes governamentais são *representantes* da nação, do povo encarado na sua permanência através da sucessão das gerações. São representantes do titular da soberania que, por meio deles, exprime a sua vontade.

Esta *representatividade,* não os vincula à expressão de uma vontade preexistente. Não são eles meros portadores de uma vontade que lhes precede. Significa que estão eles *investidos do poder de querer* pelo povo, quando constituem órgão individual, ou de participar de sua expressão quando integram órgão coletivo. É essa a doutrina clássica que Burke, na Inglaterra, de Sieyès, na França, firmaram ainda no século XVIII e que desde então prevalece nas constituições demo-liberais (cf. Burdeau. op. cit. t. 3, n. 65 e segs.).

A representatividade, pois, nas democracias indiretas, ditas representativas, deriva do cargo e, em última instância, da Constituição. É representante quem esta o diz ser, independentemente de modo de designação, como o era, segundo a Carta do Império, o próprio Imperador do Brasil (art. 11).

De fato, como claramente ensina Kelsen, "com a representação não queremos significar senão que o indivíduo que realiza a função está juridicamente, ou ético-politicamente apenas, vinculado a realizar esta função no interesse do indivíduo ao qual ou aos quais, precisamente por isso, essa função é atribuída" (cf. *Teoria pura do direito.* trad. port. Coimbra, Amado, 1962. v. 2, p. 201). Ora, sublinhar essa destinação é importante, porque a vontade que o agente exprime como órgão de Governo, ou que contribui para exprimir, nos órgãos coletivos, é imputada ao Estado. Vale como vontade do Estado.

No Brasil, por serem três as esferas em que se institucionaliza o poder estatal, em todas elas se estabelecem órgãos de Governo, integrados por agentes políticos. Mais precisamente, por agentes governamentais.

A existência dessas três esferas constitui uma peculiaridade do Estado brasileiro. Leva juristas estrangeiros, como Charles Durand, a verem entre nós um federalismo em

dois graus (cf. L'État fédéral. *Fédéralisme.* Paris, PUF, 1956. p. 193). Com efeito, a Constituição brasileira não se limita a fixar os órgãos e competências da União e a esboçar os órgãos dos estados-membros cuja competência, de princípio, é afirmada. Igualmente, ela consagra a autonomia dos municípios, fixa-lhes os órgãos de Governo — Câmara e Prefeitura — bem como lhes define a competência, inclusive tributária.

Em conseqüência, a Constituição brasileira reconhece no município um ente político. Um ente autônomo, isto é, com poder de autodeterminação sobre tudo o que é de sua competência. Disto decorre que os seus órgãos de Governo não estão sujeitos ou subordinados em seus atos aos correspondentes órgãos estaduais ou federais, que não os podem rever nem modificar. Disto resulta que, no âmbito de sua competência, o direito municipal prevalece contra o estadual e o federal que lhe invadam o terreno. De fato, tendo o município competência própria e reservada fixada pela Constituição federal, os atos estaduais ou federais que não a respeitarem, serão inconstitucionais.

Não há dúvida, portanto, que os vereadores que compõem a Câmara Municipal e que o prefeito que chefia o Executivo Municipal são agentes governamentais.

Sobre isto não há qualquer hesitação na doutrina. Entre os agentes políticos, gênero em que se inscreve a espécie agente governamental, os arrola Cretella Júnior (op. cit. verbete Agente político). O mesmo ocorre com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. E também o afirma Celso Antônio (art. cit p. 47). Como o faz Hely Lopes Meirelles no artigo Responsabilidades do prefeito (*RDA*, 128/36).

Não pode fazer dúvida, em vista do exposto, que o *agente governamental*, como o é o deputado federal ou o vereador, presta, durante o exercício de mandato, serviço público. E serviço público naturalmente relevante. Mais do que isto, relevantíssimo. Daí a conseqüência inarredável de contagem do período de exercício do mandato como serviço público.

Esta tese é subscrita por inúmeros pareceres da Consultoria-Geral da República. Ainda recentemente o foi em parecer do eminente Consultor-Geral da República, Dr. Clóvis Ramalhete, que acaba de ser indicado para integrar o colendo Supremo Tribunal Federal. É o que está no Parecer n-60, em resposta à Consulta 29/C/80 — PR nº 3.771/80, aprovado pelo Ex.mo Sr. Presidente da República, em 9 de janeiro de 1981 e publicado no *DOU* de 10 de fevereiro de 1981.

Dele consta, à p. 13:

"Na verdade, o desempenho de *mandato* eletivo federal, estadual ou municipal, pela própria natureza da função, que dá ao seu titular a condição de *membro do poder* público, deve legitimamente ser considerado como 'serviço público' para os devidos efeitos legais."

3. *As disposições constitucionais sobre a matéria*

A contagem do período de mandato como serviço público foi, desde a Primeira República, autorizada pela legislação ordinária. Entretanto, deve-se lembrá-lo, as disposições desta legislação admitiram abusos como o cômputo de tal período como um dos critérios para a própria promoção por merecimento.

A reação contra abusos como esse é que inspirou, na Constituinte de 1946, a norma que havia de ser consagrada como o art. 50 da Lei Maior:

"Enquanto durar o mandato, o funcionário público ficará afastado do exercício do cargo, contando-se-lhe tempo de serviço apenas para promoção por antigüidade e aposentadoria."

É isto que se depreende dos debates reproduzidos por José Duarte (*A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro, 1947. v. 2, p. 77 e segs.). A inspiração desse preceito é bem assinalada por Agamennon Magalhães ao sublinhar que ao funcionário investido de mandato político "se deve vedar a promoção por merecimento, mas não por

antigüidade. A promoção por merecimento é na carreira, e, se o funcionário está dela afastado, não se pode apurar esse merecimento". E acrescenta o líder pernambucano, mais adiante, não se poder deixar de contar esse tempo para outros fins, "sem grave injustiça", exatamente por ser ele "um serviço público relevante" (id. ibid. p. 79).

O único dos constitucionalistas a comentar o referido art. 50 no aspecto que interessa a este debate foi o pranteado Themístocles Brandão Cavalcanti. Interpretando-o, salienta este mestre alguns aspectos da maior relevância. Um, o de que esse dispositivo constitucional claramente "equipara a atividade legislativa à função pública". Outro, que a contagem "por isso que o exercício do mandato constitui serviço público e de muita relevância". Enfim, que não tendo a matéria caráter constitucional por natureza e sim meramente legislativo, impõe-se a sua aplicação restritiva (cf. *A Constituição Federal comentada.* 3. ed. Rio de Janeiro, Konfino, 1956. v. 2, p. 64). Tal entendimento, aliás, já firmara ele enquanto Consultor-Geral da República.

A Emenda Constitucional nº 19, de 7 de dezembro de 1965, deu nova redação ao preceito, sem alterá-lo substancialmente. Não importou, portanto, em alteração de seu alcance.

Vigorava ele quando o Congresso Nacional, investido de Poder Constituinte nos termos do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, empreendeu a elaboração de nova Constituição. O ponto de partida de seus trabalhos era um projeto governamental que não pode merecer, muito pelo contrário, a suspeita de querer favorecer os parlamentares.

Nesse projeto, o preceito equivalente ao art. 50 da Constituição de 1946 era o art. 100, que rezava:

"O funcionário, enquanto exercer mandato eletivo, ficará afastado do exercício do cargo, e somente será promovido por antigüidade.

§ 1º O funcionário que concorrer a cargo eletivo será:

a) exonerado, ao se candidatar, se não for estável;

b) licenciado, sem vencimentos, se for estável.

§ 2º A lei poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato, diplomado ou em exercício de mandato eletivo."

Como se vê, o *caput* dava uma redação clara e reitera a interpretação já assentada para a questão. Polêmicos eram os seus parágrafos que suscitaram reação entre os parlamentares. Para fugir à controvérsia, uma emenda do Deputado Tuffy Nassif propôs adotar o texto então vigente como art. 50 da Constituição de 1946. Certamente estava o signatário convicto de que isto não iria servir para que se pretendesse impedir a contagem de período de mandato como serviço público.

Tal emenda prevalece, de modo que o art. 102 da Constituição de 1967, tal qual promulgada em 24 de janeiro, reproduz o art. 50 da Constituição de 1946, com a redação traçada pela Emenda Constitucional nº 19.

É certo que outros abusos, além do já apontado e reprimido, se insinuaram na legislação ordinária e na prática. De novo, procurou-se fórmula que os evitasse. Veio ela com o Ato Institucional nº 7, de 26 de fevereiro de 1969, voltado contra a contagem em dobro desse período de serviço que é o mandato. Assim, o art. 6º desse diploma dispôs:

"Nenhum funcionário público da União, estados, Distrito Federal, territórios e municípios, assim como das respectivas autarquias, poderá contar, para qualquer efeito, o período correspondente ao exercício de mandato eletivo por tempo excedente à efetiva duração deste."

Merece sublinhar que esse dispositivo, editado em momento de notória hostilidade aos parlamentares, a *contrario sensu* reconhece por válida a contagem dita *simples* do período de exercício de mandato parlamentar, "para qualquer efeito". De modo algum renega a interpretação de que esse período pode e deve ser contado para efeitos outros

que a promoção, exceto por antigüidade. Assim, aliás, foi sempre entendido pelo Tribunal de Contas de São Paulo, que à época contou, para todos os efeitos, não só o período de mandato parlamentar do consulente como o de vários outros.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ao dar nova redação à Constituição de 1967, não fugiu nesse ponto ao padrão anterior. Com efeito, no art. 104 se lia:

"O funcionário público investido em mandato eletivo federal ou estadual ficará afastado do exercício do cargo e somente por antigüidade será promovido.

§ 1º O período do exercício de mandato federal ou estadual será contado como tempo de serviço apenas para efeito de promoção por antigüidade e aposentadoria.

§ 2º A lei poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato a mandato eletivo, diplomado para exercê-lo ou já em seu exercício.

§ 3º O funcionário municipal investido em mandato gratuito de vereador fará jus à percepção de vantagens de seu cargo nos dias em que comparecer às sessões da Câmara."

O § 1º, como se vê, reitera as disposições constitucionais precedentes. A interpretação deveria, portanto, permanecer a mesma, e foram elas que reiteraram, em grande maioria, os órgãos chamados a fazê-lo.

Assim os Tribunais de Contas várias vezes decidiram. Inclusive e principalmente o Tribunal de Contas da União. Por exemplo, no Processo nº 57/71 (*DOU* de 16 de março de 1971, p. 2.043 e segs.). Em lúcido parecer, o ilustrado Dr. Sebastião Baptista Affonso, procurador junto a esse e. Tribunal, dá por "incontroverso" que a restrição contida no citado preceito constitucional era meramente "impeditiva da contagem" do período de exercício de mandato parlamentar "para efeito de promoção por merecimento mas não para os qüinqüênios". E sublinha: "De resto, o exercício de mandato legislativo... não poderia deixar de ser considerado como tempo de serviço público efetivo para qüinqüênios" (*DOU*, 22 maio 1978. p. 7.564).

E, à guisa de exemplo, no Processo nº 29.294/75, referente à aposentadoria do Min. Aliomar de Andrade Baleeiro, do Supremo Tribunal Federal, contaram-se para todos os efeitos 2 anos, 7 meses e 9 dias de mandato de deputado estadual na Bahia, 2 anos, 1 mês e 26 dias de deputado estadual na Guanabara e 16 anos, 4 meses e 9 dias de deputado federal (ver *DOU*, 22 maio 1978. p. 7.564).

Houve, é certo, decisões discrepantes. A mais importante delas é a que tomou o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 79.030. O v. aresto dá uma interpretação literal ao art. 104, § 1º, da Constituição, tal qual redigida pela Emenda Constitucional nº 1. De fato, entende que o período de mandato parlamentar apenas e tão-somente se conta para promoção ou aposentadoria por antigüidade. Não se pode, porém, falar em jurisprudência. É decisão isolada.

Essa interpretação restritiva também está presente em algumas opiniões de juristas (e pelo engano que outrora cometi, aqui me penitencio).

Entretanto, essa interpretação restritiva não pode prevalecer. Ela ignora que o exercício de mandato parlamentar é serviço público por natureza. E por natureza relevante, como antes se demonstrou.

Mais do que isso, essa exegese é absurda. Como não se computar esse tempo para efeitos como adicionais quando o período de serviços relevantes, mas menos relevantes que o de representante do povo, são para tanto contados. Como aceitar que o tempo em que atua como jurado um cidadão totalmente desvinculado da organização estatal seja tempo de serviço público, e não o seja o período em que um deputado se dedica ao debate de projetos de lei e outras medidas de mais alta importância para a nação?

Para eliminar dúvidas, todavia, em 1976, pela Emenda Constitucional nº 6, de 4 de junho, redação translúcida foi dada ao art. 104 da Constituição vigente:

"O servidor público federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, exercerá o mandato eletivo obedecidas as disposições desse artigo.

(...)

§ 4º Em qualquer caso em que lhe seja exigido o afastamento para o exercício de mandato, o seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento.

(...)"

Hoje, pois, não se há de negar que o período de exercício de mandato, de deputado e de vereador, é *contado para todos os efeitos legais,* exceto para promoção por merecimento. Assim, o texto do § 4º do art. 104 corrobora o entendimento majoritário, e justo, que um Themístocles Brandão Cavalcanti, por exemplo, já firmara diante de texto menos claro.

Adotando esse entendimento, o Tribunal de Contas da União, na Súmula nº 141, explicita:

"Conta-se, para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento, o período de exercício de mandato legislativo, considerado como tempo de serviço público efetivo, mesmo quando anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 6, de 4 de junho de 1976, que tornou explícito o direito preexistente e independentemente da condição de funcionário na época do mencionado exercício."

A esse entender se soma agora o da Consultoria-Geral da República. Esta, no citado Parecer n-60, adota o mesmo entender. Como está na sua ementa:

"Conta-se, para fins de aposentadoria e demais efeitos legais, exceto promoção por merecimento, o período correspondente ao exercício de mandato legislativo, considerado como tempo de serviço público efetivo, independentemente da condição de funcionário."

4. *Lei interpretativa, retroatividade e* jus superveniens

A Súmula nº 141 do Tribunal de Contas da União avança a tese de que a Emenda Constitucional nº 6, de 1976, tem caráter interpretativo. De fato, como se vê do texto acima reproduzido, entende esse alto Tribunal que essa Emenda "tornou explícito o direito preexistente". Assim, cumpriu a finalidade própria das leis de interpretação, que é explicitar o direito anterior, dando-lhe o sentido autêntico, verdadeiro. A mesma orientação transparece de pronunciamento de juristas, como o já referido de Sebastião Baptista Affonso no processo de aposentadoria do eminente Ministro Aliomar Baleeiro (*DOU* de 22 de maio de 1978, p. 7.564).

Falta à citada emenda um preâmbulo que tornasse indiscutível e indisputável a intenção do legislador. Os debates que precederam à sua aprovação não são explícitos a esse respeito. Parece óbvio, porém, que, em face das dúvidas, um texto tão firme e claro não tivesse a intenção de interpretar o direito anterior, eliminando de vez qualquer controvérsia.

Ora, como registra José de Oliveira Ascensão, professor catedrático na Universidade de Coimbra: "Se a fonte expressamente nada determinar, o caráter interpretativo pode resultar ainda do texto, quando *for flagrante a tácita referência da nova fonte e uma situação normativa duvidosa preexistente*" (*Enciclopédia Saraiva de Direito.* São Paulo, Saraiva, v. 49, p. 51, verbete Lei interpretativa).

Por sua vez, desde Justiniano se reconhece o chamado efeito retroativo às leis interpretativas. É o que o grande imperador determinou na Novela nº 143: "Quam interpretationem non in futuris tantummodo casibus, verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali promulgata fuit." Ou em vernáculo, na tradução de Carlos Maximiliano: "Assim, pois, determinamos que a interpretação prevaleça, não somente em casos futuros, mas também nos anteriores, como se a nossa lei tivesse sido promulgada desde o início com semelhante inteligência" (ver *Direito intertemporal.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946. n. 40).

A doutrina brasileira perfilha essa lição. É o que expõe Eduardo Espínola Filho, em longo e erudito estudo (Conflito de leis no tempo. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Borsoi, v. 11, espec. p. 104). Afirma que "sempre a interpretação, obrigatoriamente firmada pela lei posterior... alcança as relações jurídicas anteriores". E traz à colação a opinião de constitucionalistas como Pimenta Bueno, processualistas como Paula Baptista, comercialistas como J.X. Carvalho de Mendonça.

Ascensão, no trabalho citado, lembra que "Rui Barbosa defendeu veementemente a admissibilidade de leis interpretativas, sem pôr sequer em dúvida a sua qualificação como leis retroativas: seriam leis inevitavelmente retroativas. Só que essas leis estariam submetidas à reserva geral de não poderem contrariar os direitos adquiridos". Está isso no v. 25, t. 4, das obras completas do mestre baiano (cf. Ascensão, art. cit. loc. cit. p. 53).

Tal ressalva, aliás, a preservar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, é subscrita pela unanimidade da doutrina (cf. Maximiliano, op. cit. loc. cit.).

Acrescente-se que, para a doutrina, em se tratando de emenda constitucional, essa retroatividade aparece como indisputável e indiscutível.

Com efeito, é lição monotonamente repetida pelos doutos que "retroagem sempre as leis constitucionais". Registra-o Wilson Mello da Silva, catedrático na Universidade Federal de Minas Gerais, ao fazer, no trabalho Conflito de leis no tempo, uma síntese da questão. Nesse sentido arrola o ensinamento de Huc, Beviláqua, Laurent, Aubry e Rau, Barbalho, Salvat, Machado, Iniguez, Bento de Faria etc. (cf. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. op. cit. v. 18, p. 73).

Ainda que se ponha de lado, *ad argumentandum*, a tese do caráter interpretativo, e, portanto, retroativo, da Emenda Constitucional nº 6, a sua aplicação a situações ainda não definitivamente constituídas ou desconstituídas é inafastável em face dos princípios jurídicos.

Examine-se o primeiro caso: o das situações ainda não definitivamente constituídas. Nesta hipótese, o princípio de que a lei tem efeito imediato e geral, no Brasil norma constante do art. 6º da Lei de Introdução, leva a essa conclusão. E esse efeito imediato e geral só é afastado por direito adquirido, coisa julgada ou ato jurídico, situações que não ocorrem, ainda não estando definitivamente constituída a situação.

De fato, esse princípio tem por efeito reinterpretar juridicamente fatos, mesmo ocorridos anteriormente, para que, imediatamente e doravante, tenham a significação que a norma lhes empresta e da qual resulta a conclusão, que é o mandamento, eventualmente atributivo de direito. Do contrário, se se recusasse o direito, ocorreria o absurdo de prevalecer a lei velha contra a lei nova.

Quem, pois, estivesse pleiteando a contagem como de serviço público do período de exercício de mandato parlamentar, quando do advento da Emenda Constitucional nº 6, necessariamente haveria de ter acolhido o pedido, pelo efeito imediato dessa norma.

Por outro lado, se a situação estivesse em vias de desconstituição, por via administrativa ou judicial, essa Emenda, como *jus superveniens*, poria termo ao procedimento, fazendo prevalecer a situação estabelecida.

A doutrina do *jus superveniens* é uma das grandes contribuições de Chiovenda (ver *Instituições de direito processual civil*. trad. port. São Paulo, Saraiva, v. 1, p. 257). É hoje acolhida pela doutrina processual, tanto estrangeira (Redenti, Andrioli, Micheli; Tamburrino, Zanzucchi etc.) como nacional (Buzaid, Alfredo. *Ação renovatória*. São Paulo, Saraiva, 1957. p. 373; Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 3, n. 679; Martins, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 281). E é igualmente perfilhada pela jurisprudência tam-

bém estrangeira e nacional (cf. Buzaid. op. cit. loc. cit.).

Segundo o princípio dos efeitos substanciais do pedido, as leis postas em vigor durante o curso do processo ou os fatos àquele supervenientes, não deveriam ser levados em conta pelo julgador. A doutrina de Chiovenda, ao contrário, sustenta que os fatos constitutivos do direito pleiteado, quando ocorrem no curso do procedimento, têm de ser tomados em consideração pelo julgador.

Esta lição tem por si o bom senso. Do contrário, o julgador seria levado a negar o que é dado pela lei no momento da decisão.

Disto decorre que, se for reconhecido um direito (embora erroneamente) e estiver em curso procedimento destinado à sua desconstituição, caso nesse ínterim sobrevenha lei que, insofismavelmente, conceda esse direito, a referida desconstituição não poderá vingar. Com efeito, a acolhida da desconstituição equivaleria a negar o que a lei no momento da decisão concede.

Não se argumente que isto é inaplicável em matéria constitucional, porque o ato inconstitucional é, segundo a doutrina clássica, nulo e írrito. Na verdade, para a melhor doutrina, o ato inconstitucional não é nulo e sim anulável *ex tunc*, retroativamente (ver parecer do autor na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 16, p. 378 e segs.).

É esta a doutrina de Kelsen, para a qual não pode haver algo como a nulidade na ordem jurídica: "uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável". E acrescenta: "Esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás desse sejam destruídos." A inconstitucionalidade é fundamento de anulação retroativa, *ex tunc* (*Teoria pura do direito*. 2. ed. trad. port. Coimbra, Amado, 1962. v. 2, p. 159).

Essa anulação de ato inconstitucional pode e deve ser paralisada pelo *jus superveniens*, desde que, evidentemente, este direito novo seja de hierarquia constitucional.

III

Resposta aos quesitos

Ao primeiro, que indaga:

"Foi jurídica a contagem de tempo de serviço público acolhida na deliberação de 22 de outubro de 1969 do Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, relativa ao consulente, Conselheiro Nicolau Tuma? Especialmente no tocante ao tempo de exercício de mandato de vereador e de deputado federal? E no tocante ao tempo de serviço militar?

Sim.

O direito então vigente (art. 102 da Constituição de 1967), conforme a melhor interpretação, autorizava a contagem do período de mandato parlamentar, quer como deputado federal, quer como vereador, como de serviço público, para todos os fins, exceto o de promoção por merecimento.

Quanto ao tempo de serviço militar, o art. 142 do Decreto-lei nº 9.500, de 23 de julho de 1946, concede ao agente público o direito de contar para aposentadoria o período em que prestar serviços às Forças Armadas. Não veda ele que esse tempo seja levado em conta para outros fins, desde que haja substrato legal para tanto.

Com efeito, reza ele:

"O funcionário público ou extranumerário federal, estadual ou municipal, contará, de acordo com a legislação militar, para efeitos de aposentadoria, o tempo de serviço ativo prestado quando incorporado nas Forças Armadas."

Ora, em relação a agentes públicos do Estado de São Paulo, existe a base legal para o cômputo desse período para outros fins. A Consolidação das Leis referentes aos funcionários públicos civis do Estado de

São Paulo, no art. 277, IV, o prevê. E claramente prevê que esse tempo de serviço militar seja contado como de "efetivo exercício".

É verdade que há decisão a isto contrária do colendo Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 79/573). Há, porém, decisão também a favor daquela tese (*RTJ* 70/851), que aceita a contagem do tempo de serviço militar para todos os efeitos. Não há jurisprudência definida, pois.

Ao segundo quesito, que pergunta:

"Da referida contagem decorre direito adquirido em favor do consulente?

Esta contagem foi tempestivamente impugnada. É, por isso, ato jurídico perfeito, do qual resulta direito adquirido em favor do consulente.

Não se diga que essa contagem violou a Constituição e como tal é inválida *ex tunc*, de modo que não podia gerar direito adquirido. De fato, ela foi feita segundo uma interpretação do texto constitucional largamente aceita e de há muito acolhida. Ora, como lembra Maximiliano, "forte é a presunção da constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação quando datam de um grande número de anos" (*Hermenêutica e interpretação do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, nº 365). Para acrescentar logo adiante que a presunção delita em favor da constitucionalidade, de tal sorte que a inconstitucionalidade somente pode ser declarada se estiver "acima de toda dúvida razoável" (nº 366).

Ao terceiro quesito, que indaga:

"Independentemente desse direito adquirido, qual seria, hoje, a situação do consulente quanto à contagem de tempo de mandato de vereador e de deputado federal, tendo-se em vista as disposições a esse respeito editadas pela Emenda Constitucional nº 6, de 4 de junho de 1976, à Constituição da República?"

Conforme se demonstrou, a Emenda Constitucional nº 6 pôs termo a qualquer dúvida que pudesse existir ou que se pudese levantar quanto à referida contagem, inclusive do ângulo da constitucionalidade.

Forte argumentação a apresenta como lei interpretativa. Como tal, vem corroborar a interpretação que prevaleceu na decisão do Tribunal de Contas do Estado de 22 de outubro de 1969 acerca dessa contagem.

Se não fosse lei interpretativa e sim lei nova, a referida emenda conferiria ao consulente o direito de contar o período de mandato parlamentar para todos os fins. Dela resultaria o direito que se pretende negar.

Não importa que o mandato tenha sido exercido anteriormente à edição dessa emenda. A regra constitucional de igualdade (art. 153, § 1º) proíbe todo e qualquer tratamento discriminatório. Ora, seria tratamento discriminatório, porque sem razão lógica, e de caráter arbitrário dar ao mesmo fato — o exercício de mandato parlamentar — conseqüência diversa, beneficiando uns e prejudicando outros.

A questão, aliás, está de há muito resolvida. Themístocles Brandão Cavalcanti, na obra já mencionada, observa: "Tem-se discutido se o exercício do mandato anterior ao ingresso no serviço público, deve ser computado no tempo de serviço. Tenho entendido que sim. Em parecer proferido na Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, defendi a tese em face do preceito constitucional que não justifica a discriminação, antes equipara a atividade legislativa à função pública" (op. cit. p. 64).

Este é o entender atual da Consultoria-Geral da República, conforme o já citado Parecer n-60.

Nele está:

"O tempo de mandato legislativo, por corresponder a um "serviço público", deve ser contado, inclusive, para efeito da gratificação adicional, desde que seja "efetivo" o seu exercício, independentemente de ser ele federal, estadual ou municipal, *quer desem-*

penhado antes da investidura do funcionário em cargo público ou enquanto dele esteve afastado" (p. 23) (grifei).

E corresponde, como tal parecer relata, ao entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Diverso, ainda, não é o entendimento seguido, administrativamente, no egrégio Supremo Tribunal Federal, em que tem sido admitida a contagem do tempo de mandato legislativo estadual, mesmo que anterior à investidura de cargo público federal de caráter efetivo ou vitalício, conforme concessões objeto das Portarias nºs 32, de 2.3.1966 e 228, de 14.11.1969" (*DJ* de 4.3.1966 e 18.11.1969, respectivamente).

Por outro lado, ainda que lei nova, incidiria na questão levantada pelo eminente Conselheiro George Oswaldo Nogueira como *jus superveniens*. Impediria a desconstituição da contagem mesmo que fosse ela, ao tempo de sua efetivação, inconstitucional.

É o meu parecer.

São Paulo, 12 de março de 1981. *Manoel Gonçalves Ferreira Filho,* professor titular de direito constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; doutor em direito pela Universidade de Paris.