

Poder Constituinte, se houvesse cogitado da reintegração do funcionário não teria, a êste, recusado o direito à percepção dos vencimentos atrasados, pelo período de seu afastamento; 2.º) a reintegração pressupõe a perda do cargo em consequência de ato ilegal, não o sendo aquêle que levava o impetrante a preferir o cargo de professor ao de juiz de direito, embora a Constituição de 1937 houvesse inaugurado um regime de exclusão do direito adquirido.

Ora, não é somente o direito aos vencimentos atrasados que caracteriza a reintegração, como, também, não se caracteriza a readmissão pelo fato da contagem do tempo de serviço, em cargos anteriores, para efeito da aposentadoria. Se a primeira decorre de ato ilegal, a segunda resulta de ato precipitado ou injusto, ou quando se verifica a nenhuma inconveniência, para o serviço público, da exoneração processada a pedido do funcionário.

Pontos de contacto entre a readmissão e a reintegração: em ambas, volta o funcionário, de preferência, ao cargo que anteriormente ocupara, sendo que, na reintegração, se extinto o cargo dar-se-á o reingresso em cargo de vencimento ou remuneração equivalente, atendida a habilitação profissional (art. 75 do Estatuto dos Funcionários Públicos).

Nem se diga que a readmissão deixa de projetar-se no passado, pois se conta o tempo de serviço anterior do funcionário, a fim dêste ser aposentado, juntando-se, assim, ao do novo tempo.

O segundo argumento do tribunal paulista é de que não houve ato ilegal para a preferência, pelo impetrante, do cargo de professor da Faculdade

de Direito. Ato voluntário? Não. Adveiu inesperadamente. Carta Autoritária, em consequência de um golpe de Estado, em que se proibia ao magistrado ser professor, que o forçava a desacomular, consagrando a injustiça de, num cargo obtido mediante concurso de títulos e provas, obrigar o magistrado-professor à renúncia de um dos cargos. Era a estranha legalização do atentado ao direito adquirido.

Dentro da técnica jurídico-administrativa, evidentemente, não se cogita de readmissão de funcionário quando o preceito constitucional lhe assegura disponibilidade remunerada até o seu reaproveitamento em igual cargo efetivo. Como, também, não existe reintegração que é a reparação completa de um direito violado, pois nega à vítima o direito à percepção dos vencimentos atrasados.

Surge, portanto, uma situação intermédia: mais reintegração do que readmissão, sendo de assinalar-se, em favor do impetrante, a circunstância do texto constitucional não haver negado, expressamente, uma das características da reintegração: a contagem do tempo de serviço do antigo juiz desde a data em que optara por ser professor da Faculdade de Direito de S. Paulo.

Não desanimemos de, em casos futuros, já que não houve unanimidade na sua decisão, de 5 de maio de 1948, do Supremo Tribunal Federal, êste dê ao art. 24 das Disposições Constitucionais Transitórias a sua exegese verdadeira: a de uma reintegração com a contagem do tempo de serviço, vedado apenas ao prejudicado, o direito à percepção dos vencimentos atrasados.

É o Governador de um Estado da União funcionário público?

GALILEU CINTRA

Advogado nos auditórios de S. Paulo

NOS regimes de democracia representativa todo o poder emana do povo, origem da soberania nacional. Nessas circunstâncias, o Presidente da República ou o governador de um Estado da União (república-federativa), autônomo no seu direito de se organizar e administrar, é um

agente direto e eletivo “que encarna todo o pensamento e impulsão de poder executivo”, delegado por aquela soberania para a prática de atos de império em sua diretriz política e administrativa. Dentro dêste conceito é que deve ser compreendida a sua função. E nessa amplitude, o governador é

um funcionário público, porque desempenha uma função constitucional, essencialmente pública, de um dos poderes do Estado (poder executivo). Por êsse mesmo prisma, o eminente constitucionalista, Rodrigo Otávio, considerou funcionário o Presidente da República. Assim escreveu: "No Brasil, o Presidente da República não é, propriamente, um representante; pela sua origem, representaria apenas o partido que o levantou, o que seria inadmissível, pelo seu destino, não lhe compete servir a interesse de grupos, mas aos atos da Nação. O caráter que predomina, pois, no presidente, é o de *Funcionário Público*. E' o ocupante de um cargo. E' o empregado de mais alta categoria, o primeiro dos funcionários, o incumbido dos serviços mais importantes e da superintendência de toda a atividade oficial do Estado. Por isso uma linguagem universalmente aceita denomina o presidente o magistrado supremo da Nação". Rodrigo Otávio. (*Dir. Pub. e Const.* p. 233, *in fine*q).

Aos especialistas de direito administrativo repugna qualquer distinção de um modo completo e absoluto, entre atos de império e atos de gestão. O acatado jurista e escritor Osvaldo Bandeira de Melo opina: "Há, ainda, os que consideram como funcionários os que expressam a execução de ordens obrigatórias segundo as regras da sua competência — agentes diretos. Os outros agentes do Estado são considerados como simples encarregados de serviço, visto não terem o escopo de representar o Estado, mas apenas, o de satisfazer um interesse público, seja preparando os negócios da administração, como meros auxiliares — agentes indiretos; seja cumprindo as ordens dos funcionários, pelo exercício da forma pública — agentes de execução. Essa divisão tripartita se reduz, na verdade, na dual entre funcionários e empregados ou encarregados de serviços, aquêles exercendo atos de império e êstes atos de gestão". Mas logo adiante acrescenta: "essa classificação não tem fundamento lógico, porque mistura funções heterogêneas". (*Rev. Dir.* v. 24-90). Se em face da doutrina deve-se repelir semelhante distinção entre funcionários e empregados, todavia, em frente ao clima legislativo e dentro da tradição do nosso direito não podemos recusar admitir a significação dicótoma da expressão funcionário pú-

blico, em sentido "latu sensu" e "strictu sensu". Na primeira acepção já vimos o que seja e nela está incontrastavelmente incluído o governador de um Estado da União. No segundo caso ela emerge do estado legislativo criado por nossas leis e são funcionários "sòmente aquêles que estão sujeitos aos Estatutos particularmente editados para os titulares da função propriamente administrativa". (Bento de Faria, *Cód. Pen. Bras.* v. 5, p. 543v.).

Dessa conceituação que decorre do próprio "Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União", Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939, o governador não é funcionário público. Reza o artigo 1.º dêsse diploma: "Esta lei regula as condições de provimento dos cargos públicos, os direitos e vantagens, os deveres e responsabilidades dos funcionários das secretarias do Poder Legislativo e do Judiciário, no que não colidirem com os dispositivos constitucionais". Art. 2.º Funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público. Art. 3.º Cargos públicos, para os efeitos dêste Estatuto, são os criados por lei, em número certo, com denominação própria e pagos pelos cofres da União".

Do ponto de vista estatutário, que é hoje predominante, o governador não é funcionário, visto que não tem todos os requisitos que os estatutos exigem e nem auferem as vantagens de que gozam os titulares dêsses cargos, como estabilidade, profissionalidade, etc.

Mas se não é funcionário no sentido restritivo, está, todavia, de certo modo sujeito às leis penais, como funcionário que é na expressão "latu sensu", titular de uma função pública. O *Cód. Pen. Brasileiro* estatui, art. 327: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitòriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". Dentro dêsse conceito, para o efeito referido, deve ser compreendida a função pública, pouco importando a sua humildade ou importância, desde que entre na esfera de qualquer dos Poderes — legislativo, judiciário ou administrativo" (Bento de Faria, *ob. cit.*).

Daí resulta que represso às nossas leis não podemos recusar a divisão dual da expressão funcionário público, nas significações assinaladas. Resumindo, podemos responder que o governador não é funcionário, mas está sujeito a sanção de certas leis em virtude de exercer função pública.

PARECERES

APOSENTADORIA — PERDA DA FACULDADE DE LOCOMOÇÃO — CÁLCULO DE PROVENTOS

— *Devem ser aposentados com vencimentos integrais, todos os funcionários que por quaisquer causas ficarem definitivamente impedidos de locomover-se.*

— *Sendo o laudo dos peritos um elemento de informação deve a administração considerá-lo em funções das leis de assistência social que lhe compete aplicar.*

— *Interpretação do art. 201 do E. F.*

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARECER

É objeto do processo a aposentadoria de Herotildes da Costa Freire, funcionária do Ministério da Viação e Obras Públicas, invalida por doença incurável:

“Anquilose permanente da articulação do joelho direito, de origem reumatisal, com impossibilidade de locomoção”.

O Tribunal, em sua decisão de fls. 18, considerou a moléstia enquadrada no art. 201 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, e, portanto tendo a concessionária da aposentadoria direito a vencimentos integrais. Nesse sentido, com melhor exame dos autos, em parecer verbal, dado por ocasião da discussão e julgamento do processo, também assim opinamos, retificando o nosso parecer escrito à fls. 17 verso.

O citado artigo 201 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União determina:

“Será igualmente aposentado com vencimento ou remuneração o funcionário atacado de *tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra ou paralisia que o impeça de se locomover.*”

No caso concreto — a funcionária Herotildes da Costa Freire — está impossibilitada de se locomover, não em consequência de paralisia, mas, de reumatismo — uma *anquilose permanente do joelho direito.*

Dando, em certos casos, a aposentadoria dos servidores públicos com vencimentos integrais, teve o legislador em vista protegê-los quando afetados de moléstias que se inibem do contato social, — a alienação, a lepra e a tuberculose — estas duas moléstias contagiosas, e, noutros casos quando afetados de moléstias que não lhes permitirem obter mais qualquer outro meio de subsistência para melhorar as condições da inatividade — *o ocium dignitatem.*

Ademais, em todos os seis casos previstos pelo citado dispositivo, os servidores públicos inválidos pouco tempo têm de vida. A sua inatividade, em geral, custa pouco aos cofres públicos.

Tendo-se em vista os propósitos sociais e humanos das leis de aposentadoria, de pensões e montepios, a sua interpretação pode e deve sempre ser feita por analogia e equidade.

Para os altos objetivos que teve em vista o legislador, beneficiando melhor os servidores públicos, quando invalidados por certas moléstias, que importa *que a impossibilidade de locomoção decorra de paralisia* ou dum reumatismo, dum anquilose permanente dum dos joelhos?

Se em consequência da paralisia ou, dêsse reumatismo, a vítima dum dessas moléstias, ficou, igualmente, impossibilitada de se locomover, porque distinguir as duas espécies, dando, ali, proventos integrais, e, aqui, proporcionais?

O diagnóstico não deve ser o elemento decisivo para o critério da proteção social e humana a prevalecer na concessão da aposentadoria, mas, também o prognóstico, as consequências peculiares a moléstia.

No reexame das causas da invalidez da funcionária da aposentadoria objeto do processo, os Srs. Médicos do Serviço de Biometria ratificaram o seu laudo anterior. Reafirmaram à fls. 21 que: “a doença não pode ser enquadrada entre as previstas no art. 196, IV, combinado com o art. 201, do Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939”.

Realmente, a impotência locomotora decorrente dum reumatismo crônico, dum anquilose ou atrofia muscular por deficiência de função não pôde ser, sob o ponto de vista técnico, na terminologia médica, confundida com paralisia.

Paralisia e reumatismo, até os profanos sabem, se distinguem em rigor técnico, mas ambos podem conduzir à impossibilidade de locomoção.

As pessoas atacadas de reumatismo, em certos casos, acabam também por perder a faculdade de locomoção, tornam-se, como se diz, vulgarmente embora sem apoio científico, paralíticos.

O art. 201 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, tendo um elevado objetivo, qual seja o de dar uma melhor aposentadoria aos servidores públicos inválidos em virtude de certas moléstias merece-nos, pela sua deficiência, certos reparos.

Eis que deixou de prover diversos outros caso de invalidez, que, como os decorrentes de cegueira, lepra, tuberculose ativa, neoplasia maligna, alienação mental e paralisia, tolhendo a faculdade de locomoção, devem merecer igual proteção do Estado.

A espécie ventilada neste processo onde deparamos com uma funcionária inteira e decisivamente privada de sua locomoção, em consequência dum anquilose permanente do joelho direito, fortalece a nossa afirmativa. Porventura somente o impedimento definitivo da locomoção decorrente de paralisia deve ter uma melhor assistência dos poderes públicos?

Por que não dispensar essa mesma assistência aos que, por causa “*cutras*” *verbi gratia*, por um reumatismo incurável, também perderam a sua faculdade de locomoção?

Num alto, sentido social e humano, inspirador das leis de assistência do Estado moderno, naqueles e nesses casos, devem os servidores públicos merecer igual tratamento, ter, para a sua melancólica inatividade, os mesmos proventos.

A controvérsia suscitada no processo sobre as causas da invalidez da funcionária aposentada, acordos que são todas as opiniões sobre a perda definitiva da sua faculdade de locomoção, não deve, a nosso ver, ser resolvida apenas tecnicamente.

E' verdade que, nas aposentadorias por invalidez — acidentes de serviço, moléstias profissionais e outras que inabilitam para o exercício de funções públicas, o laudo médico é o elemento básico para a concessão. E' a sua formalidade prévia.

A administração pública deve, porém, em cada caso concreto considerar o parecer dos peritos médicos em harmonia com as leis de assistência social que lhe compete aplicar.

O laudo não é uma sentença propriamente dita, mas um elemento de informação.

Na interpretação das leis de assistência social está banido o axioma *dura lex, sed lex*, porque, nessas leis, deve prevalecer a pesquisa do seu fim social e humano.

A perda definitiva da liberdade de locomoção, conduzindo o servidor público a um irremediável estado de impotência para qualquer função, pode verificar-se como prognóstico duma paralisia ou duma manifestação reumática, de feição crônica, deformante e progressiva.

Não ocorreu ao legislador do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, prever senão a perda da liberdade de locomoção de corrente de paralisia.

As leis, como já doutrinava Portalis, estabelecem apenas as máximas gerais, os princípios fecundos em consequências, para que o aplicador delas, diante das exigências dos fatos, possa deduzir, dessas generalidades, os preceitos particulares que se acomodam às circunstâncias. (Clóvis, Teoria Geral do Direito, fls. 55).

Em regra, os legisladores, não podendo prever todas as contingências da vida sempre muito férteis e imprevistas, acabam por dizer, menos do que queriam ou deviam.

As leis de assistência social não podem ter interpretação restritiva. O seu intérprete inteligente e culto, o sociólogo do direito, o juiz moderno, não devem ater-se cegamente às suas expressões literais, e sim dar-lhes sempre uma aplicação de equidade e humana.

De acordo com essa orientação, por analogia, na proteção que o art. 201 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União teve em vista dispensar a certos servidores do Estado, devem ser acolhidos todos os que, por outras causas, ficaram impedidos definitivamente de se locomover.

Diante do exposto, estando a funcionária impedida, total e definitivamente, de se locomover, entendemos, aliás, reiterando diversos pareceres nossos em casos similares, quiçá idênticos, que a concessão deve ser dada com vencimentos integrais, isto é, com fundamento no art. 196 IV, combinado com o art. 201 do Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939.

Deve ser, pois, mantida a decisão de fls. 18.

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 1947. — Leopoldo Cunha Melo, Procurador junto ao Tribunal de Contas da União.

JULGADOS

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO EM CONCURSO

— A aprovação em concurso não obriga o Governo, na ausência de dispositivo legal dispondo o contrário, a nomear os candidatos na ordem em que foram classificados.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ACÓRDÃO

Apelação Cível n.º 8.709.

Relator: o Sr. Ministro Edgar Costa.

Apelante: Itamar Reis Salgado.

Apelada: a União Federal.

Acordam em Supremo Tribunal Federal, pela sua 2.ª Turma julgadora, — vistos e examinados estes autos de apelação cível número 8.709, do Distrito Federal, em que é apelante Itamar Reis Salgado, e é apelada a União Federal, — integrado neste o relatório de fls. 83, em negar

provimento à dita apelação e confirmar a sentença recorrida, na conformidade dos votos constantes das notas datilográficas que precedem.

Custas, como de direito.

Rio de Janeiro, D. F., em 8 de abril de 1947 (data do julgamento). — Orosimbo Nonato, Presidente. — Edgar Costa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edgar Costa — O apelante como extranumerário da Estrada de Ferro Central do Brasil, prestou concurso, em 1935, para praticante de condutor, tendo sido classificado em 12.º lugar: em junho de 1937, o governo nomeou o que fôra classificado em 50.º lugar. Em 1939, o Decreto-lei n.º 1.151, de 4 de março, autorizou o aproveitamento dos candidatos habilitados em concursos realizados anteriormente a Lei n.º 284, de 1936, concursos que haviam perdido sua validade em 31 de dezembro de 1938. O apelante foi, então, nomeado condutor de trem classe E, em 1942; mas, em vista do disposto no art. 3.º daquele Decreto-lei 1.151, — segundo o qual o aproveitamento dos candidatos obedeceria à ordem

de classificação obtida em concurso — a sua nomeação foi, para todos os efeitos, considerada a partir de 28 de abril de 1939, data em que se procedeu à publicação dos decretos de nomeação de outros candidatos com classificação imediatamente inferior à sua.

Entendendo, porém, que aquela data devia retroagir a 11 de junho de 1937, quando foi nomeado o classificado em 50.º lugar, reclamou administrativamente mas não foi atendido; sob a alegação de que êsse indeferimento acarretou-lhe prejuízo na promoção por antiguidade à classe imediatamente superior, — promoção que lhe tocava em setembro de 1943, — propôs contra a União a presente ação para haver a diferença relativa ao salário recebido desde 1937 até 1939 na classe E, e os vencimentos entre esta e a imediata, F, até ser a ela promovido efetivamente juro de mora, custas e honorários de advogado. — A ação foi, porém, julgada improcedente pela sentença de fls. 51, proferido pelo Dr. Juiz da 3.ª Vara da Fazenda Pública dêste Distrito, que considerou face à lei, ter o autor direito a nomeação a partir somente do Decreto-lei n.º 1.151, isto é, de 10 de março de 1939, pois que anteriormente a mera classificação no concurso não lhe assegurava com precedência sobre os demais candidatos inferiormente colocados.

Não se conformou o autor e interpôs a presente apelação, que arrazou a fls. 76. O Sr. Dr. Procurador Geral da República opina pela confirmação da sentença apelada, emitindo o parecer que se lê às fls. 82, nestes termos:

“Pela confirmação da m. sentença apelada que ber decidiu a hipótese dos autos.

Não há direito a amparar, porque não foi violada a lei, nem ferida a situação jurídica do autor, no quadro de suas atividades funcionais.

O judiciário só pode intervir para restabelecer o império da norma legal porventura desatendida pelo poder público. Ora, a sentença e as razões de fls. 73, bem demonstraram que não houve violação da lei pelo Governo que agiu de acôrdo com o critério que achou mais conveniente, sem desatender ao que se continha na disposição legal invocada.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 1946. — *Temístocles Brandão Cavalcanti*, Procurador Geral da República”.

E’ o relatório, com o qual sejam presentes os autos ao Sr. Ministro revisor.

Rio, 17-12-46. — *Edgar Costa*.

VOTO

O Sr. Ministro Edgar Costa (Relator) — A aprovação em concurso não obriga o govêrno, — na ausência de dispositivo legal dispondo o contrário, — nomeação dos candidatos na ordem em que forem classificados. O concurso é um meio de seleção intelectual dos candidatos; a classificação, a medida dêsse valor. Para a nomeação outros fatores ou elementos de escolha atuam na preferência governamental: a idoneidade moral, a idade, serviços públicos anteriores etc.

A sentença apelada fundamentou a sua conclusão nas seguintes considerações:

“As instruções do concurso a que se submeteu o autor, não mencionavam que a administração se obrigava a

fazer as nomeações na ordem de classificação, nem prazo de validade. Por fôrça do art. 2.º do Decreto-lei n.º 636, de 1938, êsse concurso teve a sua validade terminada em 31-12-1938, pois que se realizara anteriormente à Lei n.º 284, de 28-10-1936. Em 14 de março de 1939, surgiu o Decreto-lei n.º 1.151, pelo qual foi autorizado o aproveitamento dos candidatos aprovados em concursos realizados anteriormente à Lei n.º 284. Nesse Decreto n.º 1.151 é que, pelo art. 3.º ficou estabelecido que, “o aproveitamento dêsses candidatos obedeceria à ordem da classificação obtida no concurso”. Só, portanto, depois de 14 de março de 1939, — data do Decreto-lei n.º 1.151, surgiu a obrigação de ser respeitada a ordem de classificação no concurso.

“Joaquim Francisco de Arruda foi nomeado em 11-6-37. Em 30 de dezembro de 1939 o A. teve a sua nomeação para condutor de trem, classe E, recuando, essa nomeação, em seus efeitos, a 28 de abril de 1939.

“Decorre do exposto que o dever de observar, por parte do Poder Público, a ordem de classificação em concurso, data de 14 de março de 1939. Em 30 de dezembro dêsse ano o A. foi nomeado, fazendo-se essa nomeação recuar, em seus efeitos, a 28 de abril de 1939, porque somente nessa data, — e tendo-se presente a determinação contida no art. 3.º do Decreto n.º 1.151, — se procedeu à publicação dos decretos de nomeação de quem obteve classificação inferior à do Autor.

“Evidencia-se, assim, que o Poder Público reconheceu ao autor o máximo dos direitos que lhe assistiam, nada tendo êste a reclamar, com apoio legal.

“Tanto é certo que a simples classificação não podia ensejar os direitos pretendidos que, se não fôra o Decreto-lei n.º 1.151, a validade do concurso a que se submeteu o autor estaria esgotada em 31 de dezembro de 1938, por fôrça do Decreto-lei n.º 636, de 19-8-938”.

A setença, como se vê, assenta nas provas dos autos, que examinou atentamente, e nas disposições legais aplicáveis à espécie.

Nego provimento para confirmá-la por seus fundamentos.

VOTO

O Sr. Ministra Lafaiete de Andrada — Os argumentos do apelante não me convenceram e não destruíram os fundamentos da sentença.

Realmente quando o apelante se submeteu a concurso, as instruções respectivas não se referiam a obrigação da administração fazer as nomeações na ordem em que fôssem classificados os candidatos e nem mesmo faziam menção quanto ao prazo de validade. Daí o terminar êsse prazo em 1938.

Entretanto lei posterior, o Decretot-lei n.º 1.151, de 14 de março de 1939, autorizou o Govêrno a aproveitar os candidatos aprovados em concursos anteriores à Lei 284 “e que por fôrça do Decreto-lei 636, haviam tido a sua validade limitada a 31-12-33. Nêsse Decreto n.º 1.151 é que, pelo art. 3.º, ficou estabelecido que, *verbis* “o aproveitamento dos candidatos nas condições previstas neste decreto-lei (isto é, classificados em concurso anteriormente à Lei n.º 284) obedecerá à ordem da classificação obtida no concurso” (fls. 53).

E o Governante obediente a esse preceito, passou daí por diante a fazer as nomeações na ordem da classificação.

Por isso diz muito acertadamente o Juiz: "Joaquim Francisco de Arruda foi nomeado em 11-6-37. Em 30 de dezembro de 1939 o autor teve a sua nomeação para condutor de trem, classe "E" (fls. 10 letra b), recuando, essa nomeação, em seus efeitos, a 28 de abril de 1939 (inicial, 3.º P. 2.ª parte).

"Decorre do exposto que o dever de observar, por parte do Poder Público a ordem de classificação em concurso, data de 14 de março de 1939. Em 30 de dezembro desse ano o autor foi nomeado, fazendo-se essa nomeação recuar,

em seus efeitos, a 28 de abril de 1939, porque somente nessa data — e tendo-se presente a determinação contida no art. 3.º do Decreto-lei n.º 1.151 — se procedeu à publicação dos decretos de quem obteve classificação inferior à do autor, como esclarece o Ministério da Viação, pelo ofício de fls. 42.

O apelante obteve o máximo a que tinha direito. Nego provimento.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: negaram provimento. Decisão unânime.

SENTENÇAS

SEGURO SOCIAL — CONTRIBUIÇÃO DE MAGISTRADOS PARA O I. P. A. S. E. — IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

— *A contribuição devida ao I. P. A. S. E. pelos juizes é facultativa; dar-lhe caráter compulsório mediante desconto de vencimentos é interpretar e aplicar a lei em desacôrdo com a Constituição.*

— *Em sentido restrito não se pode considerar funcionário público o juiz que é órgão de um dos poderes da soberania nacional, como são os deputados e senadores e o Presidente da República.*

— *Interpretação do decreto-lei n.º 288, de 23-2-1938; idem do decreto-lei n.º 3.347, de 16-2-1941.*

JUÍZO DA 2.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DO DISTRITO FEDERAL

SENTENÇA

Ação ordinária:

Autores: Vicente Ferreira da Costa Piragibe e outros.

Réus: I. P. A. S. E. e União Federal.

Visto, etc.:

I — Os desembargadores Vicente Ferreira da Costa Piragibe, Antônio Vieira Braga, Henrique Fialho, Frederico Sussekind, Edgar Ribas Carneiro, Guilherme Estelita, Saul de Gusmão, Mário Guimarães Fernandes Pinheiro, Nelson Hungria Hoffbauer, João Severiano Carneiro da Cunha; os Juizes de Direito Milton Barcelos, Mário dos Passos Machado Monteiro, Leonardo Smith de Lima, Homero Brasiliense Soares de Pinho, Ernesto Stamberg, Roberto João da Silva Medeiros, Alberto Mourão Russel, Carlos Robillard de Marigny, Mário de Paula Fonseca, Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, José Prudente Siqueira, Emílio Pimentel de Oliveira Vicente de Faria

Coelho, Otávio da Silveira Sales, Álvaro Mariz de Barros e Vasconcelos, Antônio Mendes de Oliveira Castro, Severino Alves de Sousa e os Juizes Substitutos, Tiago Ribeiro Fontes, Mauro Gouveia Coelho, Ivan Castro de Araújo e Sousa, Anselmo de Sá Ribeiro, Edgar Limoeiro, todos da Justiça do Distrito Federal promoveram esta ação contra o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (I. P. A. S. E.) e União Federal, para o fim de se libertarem da obrigação de contribuir compulsoriamente para a realização do seguro social do servidor do Estado, instituído pelo Decreto-lei n.º 298, de 23-2-1938 e pelo 3.347, de 12 de junho de 1941, restituindo-se-lhes o que até hoje pagaram.

Dizem os autores que todas as Constituições republicanas, desde a de 1891 à de 1946, têm estabelecido, como uma das garantias do Poder Judiciário, irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados;

que o princípio foi extraído da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte onde o mesmo é absoluto e tem sido defendido pela Suprema Corte, em diversos julgados;

que, no Brasil, como na América do Norte, a irredutibilidade de vencimentos dos magistrados foi entendida, até 1930, de modo absoluto;

que, só em 1934, a constituição estabeleceu que aqueles vencimentos, apesar de irredutíveis, ficavam sujeitos aos impostos gerais;

que a Carta de 1937 reproduziu o preceito da Constituição de 1934, suprimindo a expressão "gerais", deixando assim, ditos vencimentos sujeitos a todos os impostos;

que, finalmente, a de 1946 repetiu os termos da de 1934; que todas as Constituições, só permitindo exceção relativa a impostos, não admitiam qualquer outra redução dos vencimentos dos juizes que decorressem exclusivamente de impostos;

que o Decreto-lei n.º 288, de 1940 e o 3.347 de 1941, tornaram obrigatoriamente segurados do Ipase os funcionários públicos civis e os extranumerários da União, sujeitos a uma contribuição mensal de 5% sobre o salário base, mediante desconto em folha de pagamento;

que estas contribuições, não entrando para receita da União, a quem também não cabe o ônus do pagamento do

seguro não podem ser consideradas como impôsto, para o efeito de se compreender na exceção ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos magistrados;

que, por isso, não podem ser elas obrigatórias para os juizes;

que, apesar disso, o Governo interpretou os referidos Decretos-leis de modo a incluir os juizes entre os segurados obrigatório do Ipase e a obrigá-los ao pagamento constitucional daquela contribuição, sob pena de não receberem seus vencimentos;

que, foi assim coagidos, que se inscreveram os autores como contribuintes do Ipase.

Pedem, afinal, em face do exposto, seja declarada inconstitucional sua inclusão como segurados obrigatórios do Ipase e sem vigor suas inscrições seja condenada a União a efetuar o pagamento dos seus vencimentos sem qualquer desconto e condenados o Ipase e a União a lhes restituem a importância das contribuições já pagas e as que, depois da propositura da ação, forem sendo descontadas, restituição que pedem seja feita com juros de mora e honorários de advogado.

Interveio no processo, como assistente aos autores, o Ministro José Tomás da Cunha Vasconcelos Filho, do Tribunal Federal de Recursos, invocando igual direito ao dos autores, dada a sua condição de contribuinte forçado do Ipase desde a vigência do Decreto-lei n.º 3.347, quando era Juiz da Justiça do Distrito Federal, até hoje, na qualidade de membro do Tribunal de segunda instância dos feitos da Fazenda Pública.

Entende o ilustre assistente que os magistrados não são funcionários públicos pois são órgãos do *poder público* e assim não estão incluídos na especificação do art. 3.º do Decreto-lei n.º 288.

Invoca na defesa dessa tese não só a lição de vários tratadistas nacionais e estrangeiros, como o próprio direito positivo, baseado em que o Decreto-lei n.º 6.788, de 1944 excluiu da contribuição ora impugnada os Ministros do Supremo Tribunal Federal, exatamente porque os mesmos são órgãos do Poder Judiciário.

No seu entendimento a exclusão se estende a todos os membros do Poder Judiciário, que estão *implicitamente* compreendidos no artigo 4.º do Decreto-lei n.º 288, sem o que não se justificaria o Decreto-lei n.º 6.788, corrigindo e interpretando o art. 3.º daquele, pois só assim se evitará a eiva de inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Contestando a ação a União Federal sustenta que a irredutibilidade de vencimentos da magistratura não impede o desconto nos mesmos da contribuição para o seguro social mantido pelo Ipase, a qual é dever de todos os funcionários públicos, inclusive os membros do Poder Judiciário;

que, assim não é inconstitucional o dispositivo do Decreto-lei n.º 3.347, de 1941, que tornou obrigatória aquela contribuição;

que, apenas um dos autores protestou contra o desconto em questão, aceitando-o os demais voluntariamente, de 1941 a 1947;

que vários magistrados se não beneficiado das vantagens que o Ipase oferece, como sejam empréstimos para aquisição de imóveis;

que o seguro social é de excelentes vantagens para a família do magistrado;

que não procede a distinção que pretende fazer entre "funcionários públicos" e "membros do Poder Judiciário".

que, por isso, não pode ele ser conformidade deve ser julgada.

Na sua contestação o Ipase salienta que o pedido, em relação a si se restringe à restituição das contribuições descontadas com o que os autores reconhecem a nenhuma responsabilidade do contestante pelo fato do desconto coercitivo daquelas contribuições, nas quais o Ipase não se julga com qualquer iniciativa ou intervenção;

que os descontos são feitos pela União e depositados no Banco do Brasil, a crédito do Ipase, para pagamento do prêmio de seguro social que este presta aos servidores do Estado, sob a denominação de "benefícios de família";

que, por isso, não pode ele ser condenado a restituir aos autores os descontos em questão, pois deles nada recebeu e com eles não tem nenhum contrato direto, cuja rescisão possa acarretar a pretendida restituição;

que as contribuições que recebe da União são, como as classifica a petição inicial, prêmios do seguro a que se obriga o IPASE;

que, assim, não está, também, obrigado a ressarcir a União de qualquer restituição a que seja condenada, pois o que há recebido constitui satisfação de uma obrigação bilateral, cuja prestação o IPASE vem cumprindo na forma estabelecida na lei que criou para ele esse encargo;

que, com o fundo de reserva constituído com esses prêmios de seguro iniciado apenas há seis anos, é que estão sendo pagos mensalmente os benefícios respectivos às famílias dos seguintes segurados falecidos, com a condição de magistrados, como os autores:

Desembargador Antônio Eugênio Magarinos Tôrres;

Juiz de Direito Francisco Gomes Malveira; e

Juiz substituto Osvaldo de Faria Limoeiro;

que a restituição pretendida pelos autores por parte do IPASE, importaria no desaparecimento do fundo de reserva constituído pela Magistratura e na conseqüente cessação do pagamento às famílias daqueles magistrados e na devolução das importâncias já recebidas;

que essa solução é antijurídica, pois iria afetar direitos líquidos e certos decorrentes de obrigações já cumpridas;

que a solução examinada iria também ferir interesses outros de cerca de vinte magistrados que obtiveram ou estão em vias de obter empréstimos hipotecários no IPASE, direito que decorre da situação de segurados 177.848 — 8 e 10 Book — Magalhães — 24-11-1948 obrigatórios;

que, em face do exposto, são os autores carecedores de ação contra o co-réu IPASE.

Pelas petições de fls. 60 e 61, os autores Drs. Tiago Ribeiro Pontes e Ivan Castro Araújo e Sousa desistiram da ação sendo os seus pedidos, com que concordaram os réus, homologados.

Na audiência de instrução e julgamento a que estiverem presentes os autores, o assistente e os réus por seus repre-

sentantes judiciais e legais, foi por aquêles apresentado um memoria! que depois de lido, se juntou ao processo. Nele foi sustentada a tese da inicial, explicado o motivo por que só agora os autores recorrem ao Judiciário e confirmando o pedido da declaração da inconstitucionalidade do desconto obrigatório e conseqüente condenação da União e do IPASE solidariamente. O assistente reportou-se à inicial, aos termos da petição com que ingressou na causa, teceu considerações em torno da matéria debatida nos autos e pediu fôsse a ação julgada procedente. A União se reportou à sua contestação e pediu que a ação fôsse julgada improcedente no que lhe tocava. O IPASE explicou o motivo por que não estendeu a sua defesa à parte referente a inconstitucionalidade da contribuição obrigatória dos juizes para o seguro social por êle mantido e sustentou que não lhe cabe a obrigação de restituir as contribuições recebidas dos autores.

Não me julgando no momento capacitado de proferir sentença, designei o dia vinte e três de fevereiro último para publicação da que haveria de prolatar, servindo-me, ainda, da prorrogação legal, pois só hoje, pelo vulto de serviço a cargo das Varas de Fazenda agora assoberbadas com algumas dezenas de mandados de segurança que é matéria preferente, me sobraria tempo para publicar decisão neste caso.

Pôsto isto:

II — Nesta demanda, três são os pedidos formulados: a declaração de inconstitucionalidade da inclusão dos autores como segurados obrigatórios do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE) e conseqüente cancelamento de suas inscrições; condenação da União a efetuar o pagamento dos seus vencimentos sem qualquer desconto; a restituição das contribuições já pagas e das que lhes forem sendo descontadas posteriormente à propositura da ação.

A questão principal é a primeira. Nela se fundam os outros pedidos.

A alegada inconstitucionalidade dos descontos que se vêm fazendo, para o IPASE, nos vencimentos dos autores, assenta na alegada incompatibilidade entre os mesmos e o princípio da irredutibilidade daqueles vencimentos.

Efetivamente, desde a primeira Constituição republicana, a de 24 de fevereiro de 1891, gozam os magistrados da irredutibilidade dos vencimentos que lhes paga o Estado.

O princípio vem da Constituição americana e visa proteger a independência da Magistratura contra as influências dos outros poderes.

Demonstrando as excelências do princípio, escreveu eminente comentador da Constituição dos Estados Unidos:

“No curso geral da natureza humana ter ação sobre a subsistência de um homem, importa em tê-la sobre sua vontade; e não podemos esperar nunca ver realizada, na prática, a completa separação do Poder Judicial do Legislativo, em um sistema qualquer que deixe o primeiro dependente, quanto a recursos pecuniários das dâdivas acidentais do segundo” (A. HAMILTON, em “O Federalista”, n.º LXXIX).

Essas palavras do devotado propagador da Constituição da grande República do Norte foram transcritas, por que aplicáveis aos argentinos, por Gonzales Caideron, em seu “Derecho Constitucional Argentino”, 3.ª edição, Buenos Aires, 1931, Tomo III, pág. 430.

Um grande magistrado brasileiro, que viveu e sentiu a vida de juiz assim se expressa, sobre a garantia de independência contida no princípio da irredutibilidade:

“Com escasso vencimento, não proporcionado à altura do cargo e à importância da sua missão o magistrado ficaria escravo da necessidade e “*Le besoin d'argent est la pire des servitudes*” (JOÃO BARBALHO, “Constituição Federal Brasileira”, pág. 21).

Foi propósito da Constituição de 1891 que o magistrado brasileiro tivesse independência econômica assegurada pelo Estado, pela fixação de vencimentos que o tornassem liberto de quaisquer influência, quer do poder público, quer dos que tivessem interesse em suas decisões.

Essa garantia foi estabelecida, menos em proveito da magistratura do que no do bem comum.

Se o juiz vive a debater-se com as suas necessidades, preocupado com empregos para os filhos que a sua condição econômica não permitiu encaminhar para uma vida melhor, a sua angústia há de refletir-se nos seus julgados; as questões serão mal julgadas pelo desperdício de tempo que aquelas preocupações consomem e a sua desventura se reflete sobre quem culpa delas não teve: as partes que perante êle litigam.

Com que segurança pleitearia um pobre funcionário da Prefeitura, contra injustiças da administração, perante um juiz que, premido pelas suas necessidades, tivesse um filho candidato a emprego dependente da mesma administração?

Como, em tais condições, a Justiça perderia, na independência que é dever do Estado acobertar contra influência dessas e de outras naturezas, para segurança do direito dos que a ela têm necessidade de recorrer!... membros do Poder Judiciário foi absoluto na Constituição à Justiça um privilégio odioso, ou é o ignorante da relevância da função de julgar ou é o empreiteiro da desordem para expansão de atividades a que a independência da magistratura constitui obstáculo.

O princípio da irredutibilidade de vencimentos dos membros do Poder Judiciário foi absoluto na Constituição de 1891.

Da reforma constitucional de 1926 para cá, tem sido estatuída uma única exceção: aquêles vencimentos apesar de irredutíveis, estão sujeitos a impostos gerais.

Por conseguinte, só uma redução se permite — a que derive de impostos.

Ao conceito de imposto, de todos conhecido, escapa a natureza da contribuição que atualmente se desconta dos vencimentos dos juizes para formação do seguro social instituído pelo Estado em favor das famílias dos funcionários públicos.

Aquela contribuição nada mais é do que um prêmio de seguro. Nesta conceituação estão acordes autores e o co-réu IPASE.

Ora, se o desconto em questão não é impôsto, é lógico que êle contraria a regra da irredutibilidade por se não enquadrar na exceção única que a mesma contém.

O desconto obrigatório é contrário, assim, à Constituição. Não só à atual (art. 95, III), como à Constituição outorgada, de 1937; art. 91, letra c, em cuja vigência foram promulgados os Decretos-leis ns. 288, de 1938 e 3.347 de 1941.

Isto que significa que aquêles decretos contenham dispositivos inconstitucionais. Inconstitucional é a interpretação dada ao art. 3.º, letra a, do de n.º 288, e ao art. 2.º, letra a, do de 1941, pretendendo-se incluir os membros do Poder Judiciário entre os funcionários públicos, para sujeitá-los a um desconto obrigatório de seus vencimentos, contrariando-se a proteção constitucional da irredutibilidade.

O vício de interpretação é evidente: deu-se a um dispositivo de natureza restritiva uma inteligência ampla, com menosprezo de uma regra da Lei Maior.

Não há dúvida de que em sentido amplo, os membros do Poder Judiciário são funcionários públicos.

Funcionário público, em sentido genérico, é como já disse alguém, o próprio Papa, na sua qualidade de Chefe do Estado do Vaticano.

Mas funcionário público, em significado restrito, (e outro não pode ter a lei que cria obrigação), não se pode considerar o Juiz, que é órgão de um dos Poderes da soberania nacional, como o são os Deputados e Senadores e o Presidente da República.

A situação dos órgãos do Poder Judiciário, em face do Decreto-lei n.º 288, é a prevista no seu art. 4.º, que diz:

“São contribuintes facultativos do IPASE os que exercerem função pública civil ou militar, federal, estadual ou municipal, inclusive os membros do Poder Legislativo e do Executivo”.

A expressão função pública, aí usada, não tem o sentido estatutário do Serviço Civil de “conjunto de atribuições, para as quais a lei não criou um cargo” (TITO PRATES DA FONSECA, *Lições de Direito Administrativo*, Rio, 1943, pág. 107), mas a que decorre da organização jurídico-administrativa, onde, no dizer do autor citado, a idéia de função compreende a de órgão (TITO PRATES, ob. e loc. citados).

E tem essa interpretação porque, aí, o caminho do intérprete é o oposto ao que êle deverá seguir na procura da inteligência do dispositivo anterior, visto que o art. 4.º não contém norma restritiva e sim uma faculdade que se transformará em direito a critério de seu titular.

E tanto aquêles artigos era aplicável aos membros do Poder Judiciário que o Decreto-lei n.º 1.124, de 1939, declarando que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, eram contribuintes facultativos do IPASE, fêz remissão expressa a êle.

Se a Constituição, no que se refere à irredutibilidade, não confere aos Ministros do Supremo melhor direito que os outros juizes, em relação a êstes outra não pode ser a interpretação que ressalta do citado Decreto-lei n.º 1.124

Daí resulta, como certo e incontestável que:

b) a interpretação que se vem dando à lei, para abrigar os juizes a contribuir para o IPASE, é inconstitucional;

b) os juizes são contribuintes facultativos daquele Instituto, na forma do art. 4.º do Decreto-lei n.º 288, de 1938, que nesta parte não está revogado pelo Decreto-lei n.º 3.347, de 1941, pois que não o declarou expressamente, não ocorre incompatibilidade entre o que um e outro dispõem, e êste último não regulou inteiramente a matéria de que tratava o anterior (art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Não pode, porisso, a União descontar compulsoriamente de seus vencimentos a contribuição em aprêço.

As inscrições que, para êsse fim, se fizeram não produzem efeito ante a desaprovação dos que com ela não concordaram.

III — Decidida, assim, a primeira e segunda partes do pedido, resultando a segundo como consequência da primeira, examinemos a última, isto é, a que diz respeito à restituição das contribuições até agora descontadas.

Antes de tudo, deixe-se, fixado que se a restituição fôr devida por ela não responde o IPASE, visto como não lhe competia recusar o seu recebimento que lhe foi impôsto por lei, a que devia obediência. E recebendo aquelas contribuições, o fêz em compensação do risco que assumiu, e por que até hoje responde, de um seguro de que ainda estão acobertadas as famílias dos juizes.

O recebimento tem, desta forma, de parte do IPASE, fundamento num contrato estabelecido em lei. Não foi, destarte indevido.

A União, sim, responde pela restituição do que os autores pagaram involuntariamente.

Resta examinar desde quando é devida essa restituição.

Alegam os autores que sempre pagaram coercitivamente as contribuições em causa e que não fizeram valer, desde logo, o seu direito, tementes das iras da Ditadura que podia tomar contra êles os revides que entendesse, dados os poderes de que se armou (memorial de fls. 65-68).

Se, assim, fôra, dúvida não haveria de que não ocorreria, em tempo algum, voluntariedade no pagamento cuja restituição hoje se pleiteia. Os autores teriam sempre estado sob coação.

Improcede, porém, a alegação.

A timidez alegada é incompatível com a qualidade de juiz. Se, assim, fôra, não teríamos tido Justiça no tempo da Ditadura, que, através da timidez dos juizes, teria também enfeixado em suas mãos o Poder Judiciário.

Se o juiz temia enfurecer César, defendendo o próprio direito, como poderia julgar os injustiçados do Ditador?

E, no entanto, tenho convicção de que tivemos Justiça durante aquêles hiato da nossa vida constitucional e de que os autores não desmereceram a honra da função que exerceram e ainda exercem.

E, por que assim foram é que não aceito a explicação do seu silêncio durante seis anos, dos quais quase dois decorreram depois da queda da Ditadura, e um depois de promulgada a nova Constituição.

Traduzo, porisso, o sentido do seu silêncio como consentimento na obrigação que lhe foi imposta.

E, assim, só depois de manifestada a sua vontade de fazer valer o direito que a Constituição lhe assegurava, é que têm os autores direito à restituição pretendida. Essa manifestação de vontade se fez com o ingresso em Juízo a 17 de setembro de 1947, exceto quanto ao autor Dr. Severino Alves de Sousa cujo direito se conta da data do seu protesto judicial (28-3-45).

Antes disso, pagaram voluntariamente e presumidamente pela aceitação das vantagens potenciais para uns e efetivas para outros juizes, decorrentes da lei reguladora da matéria.

O pedido de honorários de advogado não têm base em lei.

IV — Atento ao exposto, aos princípios de direito à espécie aplicáveis e ao mais que dos autos emerge:

Julgo, em parte, procedente a ação contra a União Federal, para declarar que os autores não estão sujeitos

a desconto obrigatório de seus vencimentos, data a irre-dutibilidade destes, em face da Constituição e, em consequência, devem ser canceladas suas inscrições para aquêle fim restituindo-lhes a Fazenda Nacional o que lhes foi descontado, desde 17 de setembro de 1947, exceto quanto ao Juiz de Direito, antigo Juiz Federal, Dr. Severino Alves de Sousa, que fez jus àquela restituição desde 28 de março de 1945.

E, em parte, julgo a ação improcedente no tocante à pretensão dos autores de restituição integral dos pagamentos feitos e honorários de advogado.

Quanto ao Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE), julgo a ação improcedente.

Custas pro-rata.

Na forma da lei recorro para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos da parte desta sentença contrária à União.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 3 de março de 1948. — *Raimundo Ferreira de Macedo.*

* *

*

Ampliação, para efeito de concessão de transporte à família de funcionário, do art. 172 do E. F.

— Tendo-se em vista não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de cousas para qual foi feita, não se poderá ampliar, para efeito de transporte, o art. 172 do E. F., o qual se refere aos casos de licença por motivo de doença em pessoa da família do funcionário.

— Processo n.º 6.093-48 — Parecer da D. P., em 9-8-48 — (D. O. 11-8-48).

* *

*

Nos termos do art. 23 do A. D. C. T.

— O fato do servidor ter sido admitido em outra função de caráter permanente, sem solução de continuidade, não lhe subtrai a estabilidade, de vez que não modificou as condições que então reunia para esse efeito.

— Processo n.º 3.360-48 — Parecer da D. P. em 11-5-48, aprovado pelo Diretor-Geral. — (D. O. 14-5-48).