

gações que os citados contratos, redundantemente, nada mais fazem que reproduzir. Deve-se atender ainda que a aeronavegação no nosso país é mais um regime legal que contratual.

Mas, sobretudo, tal instrumento não só seria impertinente à índole do nosso Direito Administrativo, que só o exige quando haja monopólio ou privilégio para o serviço, como ainda e principalmente contraria o princípio cardeal do Direito Aéreo, tão bem expresso no art. 39 do nosso código do ar, o qual declara que *o tráfego da aeronave sobre o território brasileiro é livre*, observadas as suas restrições e os seus regulamentos.

Desta sorte, considerando que, de um lado, o contrato tem como pressuposto uma concessão, importando em privilégio ou monopólio; e, do outro, que a tradição legal reguladora do tráfego aéreo — desde a lei n. 4.911 até o Código Brasileiro do Ar — é o da livre concorrência, da liberdade de navegação, dependente tão só de autorização por decreto do Governo, cuido que esse instrumento seja, para o fim em causa, desnecessário, pecando por excesso.

Nem se diga que o fato do Governo conceder às empresas de navegação aérea uma subvenção quiométrica seja motivo legítimo para a celebração do contrato. A subvenção é uma forma pela qual o Governo procura fomentar a aeronavegação,

quando as empresas particulares ainda não conquistaram uma autonomia econômica. São empresas pioneiras de um sistema de transporte que interessa à coletividade, e por consequência cumpre ao Governo suprir certas deficiências econômicas em que se debatem. E é essa precisamente a maneira mais feliz de os Governos contribuírem para o desenvolvimento desse meio de transporte e comunicação, que interessa a fundo o progresso econômico, social e político das nações, sem embargo de ser ainda, em época de guerra, uma inestimável reserva para as forças armadas.

Não se poderá confundir monopólio com subvenção, para o efeito de se considerar exigível o contrato, ainda porque a subvenção poderá ser retirada a qualquer tempo, independentemente de circunstâncias especiais, e o monopólio só expirará no fim de um prazo determinado, ou por inadimplemento das cláusulas contratuais.

Concluindo, sou, com esses fundamentos, pela desnecessidade de contrato, para exploração de tráfego aéreo, entre o Poder Público e a empresa autorizada, de vez que essa autorização não constitui, em forma jurídica, uma concessão, mas tão somente uma permissão legal.

PARECERES

CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO — VARIABILIDADE PERANTE A LEI E A DOUTRINA — INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL

— *Para fixar a inteligência da expressão — "funcionário público" — em algum ato jurídico ou diploma legal, faz-se mister verificar o fim a que se destina a cláusula ou preceito que a contém.*

— *A definição estatutária não foi adotada com o caráter de um princípio rígido e dogmático, mas tem as suas consequências restritas à própria finalidade do Estatuto, por isso que foi enunciada, apenas, "para os efeitos deste" (decreto-lei n. 1.713, arts. 2.º e 3.º), não podendo ser invocada para reger assunto que não se retira a "direitos e vantagens, deveres e responsabilidades dos funcionários civis da União".*

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO
PÚBLICO

PARECER

A Viação Aérea São Paulo S.A., "V.A.S.P.", firmou com o Governo da União, aos 4 de agosto de 1936, um contrato por força do qual se comprometeu, nos termos do art. 13, § 18, do decreto n. 24.023, de 21 de março de 1934, a conceder o desconto de 50% no preço de suas passagens, "aos funcionários civis ou militares que viajarem em objeto de serviço e mediante requisição da autoridade competente".

Ultimamente surgiram dúvidas sobre a aplicação da cláusula em aprêço, porque, viajando em objeto de serviço não só funcionários públicos *strictu sensu*, mas também pessoal extranumerário, entende o D.A. do Ministério da Educação e Saúde que aquele abatimento se refere a ambas as modalidades de servidor público, enquanto a Empresa interessada, invocando os conceitos constitucional e estatutário, sustenta referir-se a sobredita cláusula apenas aos ocupantes de cargo público.

Essa a controvérsia objeto do presente processo e cujo esclarecimento é solicitado ao D.A.S.P., tanto pelo referido D.A., como pela Empresa contratante.

II — O conceito da expressão "funcionário público" é eminentemente mutável, adquirindo, quer na linguagem da ciência, quer na linguagem da lei, ora conceito mais amplo, ora mais restrito, como adverte LOENING :

"Mit dem worte "Beamter" wird in der Sprache der Gesetze wie in der der Wissenschaft bald ein weiterer, bald ein engerer Begriff verbunden" (EDGARD LOENING, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, Leipzig, p. 115).

Por isso mesmo, algumas vezes se compreendem no termo todas as pessoas a serviço do Estado, e outras, incluem-se, apenas, certos servidores componentes de categorias mais ou menos arbitrárias. E', precisamente, a asseveração de JULIAN RUIZ Y GOMEZ :

"funcionario, para unos, puede abarcar todas categorias de personas que concurren a la prestación de los servicios publicos mientras que para otros el concepto es específico" . . . (Principios Generales de Derecho Administrativo, p. 35).

E, não havendo qualquer discriminação expressa ou não decorrendo o caráter restritivo da própria finalidade com que se emprega a expressão, esta deve ser tomada no sentido amplo, no qual compreende

"tout individu qui est au service de l'État à un titre quelconque de droit'public, sans restriction" (OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, Tomo I, p. 301; Cfr., ainda, DIEGO TOBON ARBELAEZ, *Principios Fundamentales del Derecho Administrativo*, p. 256; FRANKLIN J. GOODNOW, *Le Droit Administratif aux États Unis*, p. 250; H. BERTHELEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 13.ª Edição, p 51).

III — Por outro lado, para se chegar à inteligência rigorosa da expressão, torna-se necessário verificar o *tim* a que ela se destina, pois nos vários diplomas que a empregam assume um sentido particular — *un sens particulier* — que ordinariamente se apresenta claro e positivo (Cfr. H. BERTHELEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, p. 51).

Entre nós, por exemplo, verifica-se que o conceito adotado pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (arts. 3.º e 4.º) não coincide exatamente com o conceito da Constituição (art. 156, a) e, por sua vez, o Código Penal adota noção muito mais ampla (art. 327).

IV — Assentadas essas premissas, passando-se à análise da expressão no contrato em tela, faz-se mister, *ab initio*, perquirir da razão que ditou a cláusula sobre cuja exegese se discute.

Evidentemente, o Governo, ao baixar o decreto n. 24.023, de 1934, concedendo facilidades e privilégios a companhias de navegação aérea, que lhe assegurasse o abatimento de 50% nas passagens de "funcionários civis ou militares", outro objetivo não colimava senão o de garantir preço mais baixo para o transporte de todas as pessoas que viajassem a seu serviço.

O Governo não tinha, nem podia ter, o intuito de exigir o abatimento sómente quando uma certa classe de servidores necessitasse de transporte aéreo. E, assim, ao usar da expressão "funcionários", o fez, como é óbvio, empregando-a no sentido amplo, irrestrito, largo, compreensivo de quantos exercem uma "função pública".

Tanto assim é, tanto o Governo empregava a expressão no sentido amplo, que, para logo, aditou "civis ou militares", tornando claro, evidente e manifesto o intuito de incluir quantos se encontrem a serviço do Estado.

Tem, pois, plena aplicação à hipótese a observação de MARSHALL, segundo o qual, se da imperfeição da linguagem resultarem dúvidas sobre a interpretação de algum instrumento, a finalidade que o ditou deve ter grande valor na inteligência de suas cláusulas :

"it is a well settled rule that the objects for which it was given, specially when those objects are expressed in the instrument itself, should have great influence in the construction" *Gibbons, v. Ogden*, 9 Wheat 1.

V — Na hipótese, havendo, além da citada lei, cláusula contratual expressa, há mister que se busque fixar a intenção das partes, deixando para segundo plano o seu invólucro verbal : *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* (Dig., L. 4, Tit. 16, fr. 219).

A exegese que se deixasse dominar simplesmente pelas palavras, olvidando a vontade que as ditara, construiria um *monstrum vel prodigium*, como aquela cabeça desprovida de cérebro a que aludia KANT : "eine Kopf... dass keine Gehirn hat".

Daí a regra firmada pelo Código Civil Alemão, no sentido de que "para a exegese de uma declaração de vontade é necessário procurar a vontade real — *wirklich Wille* — e não o sentido literal da expressão" :

"Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist wirklich Wille zu erforschen und nicht an dem buchstabilchen Sinne des Ausdrucks zu hasten" (B.G.B. § 133).

E' também, *in essentia*, a norma firmada pelo art. 85 do nosso Código Civil, segundo o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem".

Nem outra é a lição dos doutores, magnificamente expressa por EMIDIC PACIFICI — MAZZONI, no passo adiante :

"Si deve innanzi tutto indagare quali sia stata la vera intenzione dell'agente, e penetrar si nello spirito delle clausole, la cui portata sia imperfettamente indicata dalle parole (PACIFICI — MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, vol. II, 3.ª Ed., p. 270).

Ora, a vontade, não só do Governo, mas da própria V.A.S.P., transluç na finalidade da cláusula e resulta clara da atitude de ambos os contraentes logo após a assinatura do contrato : o primeiro requisitando passagens, indistintamente, para contratados e funcionários *strictu sensu*; a segunda fornecendo tais passagens, sem opor qualquer dúvida.

Só ultimamente, decorridos vários anos dessa interpretação pacífica, é que a Companhia pretende restringir os efeitos da cláusula, advogando uma interpretação restritiva, incompatível com a "vontade unitária superior", que o acôrdo das partes fez nascer e que pela sua autonomia não pode ficar ao leu dos caprichos de qualquer dos contratantes.

VI — Vale notar que, para sustentar o seu ponto de vista, a Emprêsa interessada invoca a definição constante do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis. A invocação é, porém, despicienda, uma vez que esse diploma é muito posterior à celebração do contrato em aprêço, não podendo, portanto, ter regido a vontade das partes anteriormente declarada.

Além disso, a legislação vigente ao tempo da lavratura do contrato não adotara ainda a classificação bipartida de "funcionários públicos" e "pessoal extranumerário", que só aparece, nítidamente caracterizada, na lei n. 284, de 28-10-36 (art. 19). Até então distingua-se apenas entre "funcionários titulados" e "funcionários não titulados" e

entre "funcionários efetivos" e "funcionários contratados".

Por seu turno, a definição estatutária não foi adotada com o caráter de um princípio rígido e dogmático, mas tem as suas consequências restritas à própria finalidade do Estatuto, por isso que foi enunciada, apenas, "para os efeitos deste" (decreto-lei n. 1.713, arts. 2.º e 3.º), não podendo ser invocada para reger assunto que não se refira a "direitos e vantagens, deveres e responsabilidades dos funcionários civis da União". Na hipótese, não está em jôgo qualquer interesse dos servidores, mas, apenas, o interesse do próprio governo a cuja conta corre o transporte.

Ex-positis, sou de parecer que falta amparo legal à orientação adotada pela V.A.S.P., devendo ser neste sentido respondida a consulta que formulou. Quanto à proposta do D.A. do Ministério da Educação, penso que se deve aguardar novo pronunciamento da referida Emprêsa, em face da opinião aqui manifestada.

Em 2-10-1943. — *Carlos Alberto Lúcio Bittencourt*, consultor jurídico.

De pleno acôrdo. Em 7-1-43. — *Luiz Simões Lopes*.

JULGADOS

LEI FISCAL — ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI

— *O princípio da igualdade perante a lei, em matéria fiscal, não significa que todos os cidadãos devem pagar indistintamente os mesmos impostos. Essa teoria levada às suas últimas consequências resultaria em verdadeiro absurdo, visto que, na prática, os cidadãos domiciliados no interior do território nacional ficariam eqüiparados para os efeitos fiscais aos moradores das grandes cidades e da Capital do País.*

TRIBUNAL DE APelação DO DISTRITO FEDERAL

Agravo de Instrumento n. 6.526

Relator: — *Desembargador FLAMÍNIO DE REZENDE*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de arguição de inconstitucionalidade no agravo de petição n. 6.526, entre partes: agravante a Prefeitura do Distrito Federal e agravada dona Edite Correia da Silva Vilas (Espólio de Francisco Simeão Correia da Silva), acordam os juízes do Tribunal de Apelação, em sessão plena, julgar improcedente a arguição de inconstitucionalidade do n. IX, segunda parte, da tabela

anexa ao decreto municipal n. 4.613, de 2 de janeiro de 1934, que assim preceitua:

"Se o herdeiro, ou legatário, ao se abrir a sucessão residir fora do território da República, não tendo em serviço público dos Estados, ou Municípios — 5%". Alegou a argüente que esse dispositivo de lei, gravando com um imposto maior o quinhão hereditário dos herdeiros residentes fora do país, violava o art. 122, n. 1, da Constituição que textualmente dispõe o seguinte:

"A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

I — Todos são iguais perante a lei". Em primeiro lugar convém desde logo acentuar que o princípio da igualdade perante a lei foi estabelecido, conforme consta da Constituição, para vigorar sómente no território nacional, não se podendo, portanto, ampliar os seus efeitos aos cidadãos residentes no estrangeiro.

Em segundo lugar o imposto acima referido não viola o princípio constitucional da igualdade perante a lei porque a taxa de 5%, recai sóbre a herança de todos os herdeiros nacionais, ou estrangeiros que na abertura da sucessão tiverem residência fora do país, sem exceção alguma.

A desigualdade perante o fisco que existe entre os herdeiros, residentes no país e no estrangeiro se verifica porque é diversa a situação entre êles em face do critério estabelecido para a incidência do imposto. Entretanto se todos os herdeiros fôssem residentes no estrangeiro, em igualdade de condições, a cobrança do imposto seria uniforme.

A mesma desigualdade ocorre na cobrança do imposto de herança entre herdeiros necessários, colaterais ou testamentários, como em geral em quasi todos os demais impostos, mas nem por isso essa desigualdade perante o fisco torna

o imposto inconstitucional desde que em face do critério estabelecido para a incidência do imposto todos os contribuintes fiquem sujeitos a uma tributação uniforme.

O princípio da igualdade perante a lei, em matéria fiscal, não significa que todos os cidadãos devem pagar indistintamente os mesmos impostos. Essa teoria levada às suas últimas consequências resultaria em verdadeiro absurdo, visto como na prática os cidadãos domiciliados no interior do território nacional ficariam equiparados, para os efeitos fiscais, aos moradores das grandes cidades e capitais do país.

Mas, além disso, semelhante interpretação da lei seria até contrária à própria Constituição porque tendo a Constituição outorgado aos Estados e Municípios a necessária competência para decretar impostos ela admitiu a possibilidade de ficarem os habitantes do território nacional submetidos a regimes fiscais diferentes com a possibilidade de vigorar entre eles a desigualdade de tributação. Custas na forma da lei.

Rio, 19 de maio de 1943. — Edgard Costa, presidente. — Fláminio de Resende, relator. — José Duarte. As razões e sólidos fundamentos do acórdão me permitem adicionar o voto que proferí por ocasião do julgamento e após haver pedido vista dos autos para inteirar-me com mais segurança da espécie em foco.

I — É chamado, mais uma vez, este Tribunal a manifestar-se sobre a constitucionalidade do decreto n. 4.613, de 2 de janeiro de 1934. Acolho a advertência de Marshall, que Fletcher secunda, assim anunciada: a constitucionalidade ou não da lei é matéria muito delicada.

Não pode ser decretada por meras presunções, com sofismas ou conjecturas. O juiz sómente pode decretar a inconstitucionalidade quando, argumenta Whitaker, por um estudo muito sério se lhe gerar no espírito a convicção inabalável de que há, realmente, entre a lei e o texto da Constituição verdadeira incompatibilidade.

Eu não me sinto de posse dessa convicção. Rui Barbosa, com a sua autoridade sem par, ponderara certa vez, que quando a lei contém cláusula que abra conflito com o texto constitucional ou que neste não pudesse entrar, sem lhe contradizer as bases essenciais, é que existe inconstitucionalidade.

Cabe aos americanos a honra de prioridade dessa intuição, levando aos tribunais a apreciação dos casos concretos. A declaração de inconstitucionalidade, a que os juristas americanos chamam *judicial veto* (ALLEN SMITH — *The Spirit of American Government* pág. 95) — carece, assim, de um apôlo seguríssimo.

A presunção é, sempre, em favor da validade da lei, ensina COOLEY (*Principles* pág. 160) e outros lhe aplaudem a lição (*Black's hand-book*, pág. 59; ARMS HERSHEY — *Die Kontrolle über Gesetzgebung* pág. 36).

É preciso afastar qualquer arbítrio que possa colocar em posição de insegurança e de incerteza o interesse público, que a própria Constituição quer resguardar. Não é lícito, por isso, proclamar a inconstitucionalidade de uma lei senão quando ela viola, expressamente, um artigo da Constituição, fazendo-se evidente e irrecusável essa transgressão.

Ainda Cooley, lúcidamente, é de parecer: sempre que for possível evitar a declaração de ser inconstitucional uma lei, deve o Tribunal abster-se de tocar nesse ponto delicado. O mesmo Cooley, noutra obra, proclama: para declarar inconstitucional uma lei, é de mister que o juiz não ali-

mente dúvida razoável — beyond all reasonable doubt — acerca desse vício (*Treatise on the Constitutional Limitation* pág. 216 — 6.ª ed.).

Veremos que Black, em *Constitutional Law* § 339 defende a mesma tese. Destas premissas que ninguém contesta e que se podem, hoje, chamar de universais, porque raro o país que as não acolhe, é que emana o grande princípio de que, na dúvida, subsistirá, sempre, a constitucionalidade da lei.

E' o caso dos autos. As respeitáveis opiniões que se opõem ao que acabo de expôr merecem, evidentemente, o meu aprêço, mas me não persuadem. As leis do pensamento ensinam, porém, que dois juízos opostos, contraditórios, isto é, um que afirma e outro que nega, apenas um será, necessariamente, falso.

E' o princípio de contradição. Um só, pois, será verdadeiro, porque domina a regra de exclusão do terceiro. E' possível que não seja a doutrina que propugno a verdadeira, e tenham razões melhores os meus contraditores, mas, por enquanto, como os fiadores a que me aporro, estou compenetrado que o será.

E porque há verdades que não contêm em si mesmas o caráter de evidência, como o teorema de Pitágoras e, em geral, as proposições matemáticas, cumpre demonstrá-las. E' a isso que me proponho.

II — Desde os tempos coloniais a jurisprudência americana reconhece ao poder judiciário, como função primitiva, declarar a inconstitucionalidade das leis. Coube, todavia, a Marshall, no caso *Marbury V. Madison*, fixar as linhas estruturais do grande princípio do controle judicial. No entanto, na libérrima Constituição americana não se topa um texto que, expressamente, outorgue esse poder. Só ilativamente se buscara no art. III secção 2.ª que reza — “o poder judiciário estabelecer-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição ou das leis dos Estados” — o fundamento para o seu exercício.

Em três lances, porém, ressalta o tratamento constitucional da matéria, no Brasil, o que vale lembrar para boa orientação do julgado, dentro das superiores normas de coerência e de exegese constitucional. A Constituição de 1891, nos arts. 59, § 1.º e 60, fôra mais explícita que a americana e, com apôlo nesses textos, os tribunais brasileiros se não esquivaram ao exercício daquela suprema atribuição nos casos concretos, julgados em espécie.

E' isso que Bryce considera *um dever e não um poder*. Se cabe ao judiciário interpretar as leis e a interpretação é que dá vida à lei, evidentemente, existe a função implícita de verificar se elas se acham em conformidade com a Constituição.

E' a lição de STORY—Comment — II, § 1.576, pág. 393.

Aí, pois, se encontra, no direito brasileiro a raiz de sindicância constitucional da judicatura, o que, todavia, não implica, nem poderia implicar, sob nenhum aspecto, uma invasão do âmbito de outro poder: o legislativo. A Constituição de 1934, se mostrou mais precisa ou categórica com conferir à Corte Suprema a competência para declarar a inconstitucionalidade e, para evitar que, não obstante o pronunciamento do judiciário em espécie, continuasse a lei a ser aplicada, permitiu-se ao procurador geral da República, comunicar ao Senado a decisão, afim de que o poder coordenador declarasse a inexistência da lei impugnada, o que escapava, como ainda escapa, ao poder judiciário.

Neste particular a Constituição se vantajou ao sistema americano e acolheu o ensinamento das Constituições escritas de após-guerra, pois que, na Europa, "se generalizou o Tribunal das inconstitucionalidades".

O contrôle jurisdicional sobre as leis, se examina magistradamente, na obra de Carlo Exposit *La validità delle leggi* — ed. 1934, Milão. Deve-se essa tendência ao fenômeno de "racionalização", conforme acentuou Calderon. A Constituição de 1937 não conservou esse sistema e deu outra feição à matéria, assegurando-se, da mesma sorte, a prerrogativa do judiciário, com estatuir o contrôle do art. 96, porém, inseriu uma cláusula que está a aconselhar maior prudência no pronunciamento dos tribunais.

Eu me quero referir ao parágrafo único do art. 96, que, no caso do bem público ou do bem estar do povo, a juízo do Presidente da República, submeter-se-á a lei ao exame do Parlamento, que poderá confirmá-lo, ficando, destarte, *sem efeito a decisão do Tribunal*.

"Cada regime tem a atmosfera do sistema que o anima". Desde que, no atual regime, os direitos enumerados na Carta Constitucional, as garantias individuais que se lhe normeiam, são protegidos contra as leis que os transgredirem, há, realmente, uma força capaz de promover a reintegração ou obstar a violação. E' o judiciário. Mas, se sobreleva o interesse público ou o bem estar do povo, a voz do judiciário pode emudecer com se proclamar a subsistência da lei condenada como inconstitucional. Ao pronunciante do judiciário se contrapõe o administrativo, como vontade do Estado, ou se preferem, do povo, em nome de quem se legisla.

III — Deixo à margem essas considerações para atingir ao objeto da demonstração a que me propus, atinente à constitucionalidade do decreto n. 4.613. Primeiramente, não é uma questão que tenha sabor de novidade. Já o Estado de São Paulo, em as leis n. 686, de 16 de setembro de 1899, e 1.249, de 1910, cogitaram desse imposto sobre herança que saísse do país. A taxa adicional era, também, de 5%. Debatera-se, por igual, a tese da constitucionalidade, que venceu, resistindo a lei a todas as arremetidas. A tributação é, sempre, no tempo e no espaço, objeto de largas controvérsias e fortes oposições. Vale lembrar que, no Império, tivemos a célebre questão sobre imposto que recaia sobre legados deixados a herdeiros necessários. Entendia-se que, além do *bis in idem*, se estabelecia uma desigualdade. A controvérsia veio até a República.

A lei de 1874 se converteu na lei paulista de 27 de dezembro de 1907, que se considerou constitucional. No entanto, a alegação principal está em: são os herdeiros necessários tratados desigualmente. Mas, ao tempo do Império, Teixeira de Freitas sustentara que não havia semelhante desigualdade, pois que, quando o herdeiro sucede em linha reta, por direito próprio, é herdeiro necessário, e paga o respectivo imposto, mas quando recebe um legado, não é herdeiro necessário e está sujeito ao *imposto especial*.

No primeiro caso há herança necessária e no segundo liberalidade do *de cuius*. Ver-se-á, então, que se distinguem as situações e são diversas as categorias sobre que incidem os impostos.

IV — A celeuma contra a lei é porque não respeita ela o princípio constitucional de *igualdade*. Convém, todavia, insistir na proposição surrada: precisamente não há igual-

dade porque as situações são, necessariamente, imperativamente, desiguais em face da lei, que as distingue. Não há igualdade quando não existe identidade de condições. Nenhuma coisa é igual a outra coisa sem que entre ambas se lobre ou patenteie uma identidade ou seguríssima semelhança, que as não diferencia. E tanto é isso irrecusável que o "mesmo" é o concreto de igualdade. Um triângulo só é igual a outro triângulo, mas se lhe retirarmos um dos lados, surge outra figura. A simples invocação do texto — art. 122, n. 1 — nada prova porque prova de mais — *nihil probat, quia nimis probat*. E prova de mais porque não há texto mais amplo, mais abstrato, mais elástico, mais suscetível de interpretação, uma vez que envolve conceito, que filosófica ou sociologicamente, se presta a uma vastíssima controvérsia. Basta ferir a tecla da *igualdade*, o mais complexo, debatido e relativo atributo, no terreno social, econômico, político, civil e moral.

Porque a Constituição é um sistema, essa igualdade de que ela mesma cuida, sob diversos aspectos, está subordinada às próprias limitações, aparentes ou explícitas, necessárias ou implícitas e inevitáveis. Não há cogitar de um conceito absoluto. No entendimento dos textos constitucionais ou legislativos o que se quer saber não é a intenção dos seus autores, mas o sentido que têm as palavras de que se serviram. "In the construction of constitutional provisions and statutes, the question is not what was the intention of the framers but what is the meaning of the words they have used" (*Corpus-Juris*, vol. XII, pág. 704).

No terreno sociológico as próprias tendências igualitárias não lograram reunir, unanimemente, os pioneiros das várias correntes, como se apura em Bouglé, *Les idées égalitaires* — Paris — Alcan — 3.ª edição — 1925. Já se inquirira, para realizar o ideal de igualdade entre os homens, distribuindo-se conforme as exigências igualitárias, os bens e os males, se era necessário reformar a justiça e a aplicação do direito, o curso das transações comerciais, o exercício das funções públicas, os direitos eleitorais, modificar as instituições civis e jurídicas, políticas e econômicas. Eis como uma questão de técnica social empresta singular relevância ao problema de igualdade. O ideal de igualdade deve ser um *fato* e, portanto, é preciso estabelecer, indutiva ou dedutivamente, as relações com outros fatos. Já isto obsta a que nos liguemos à sua idéia absoluta de igualdade.

Crenças, necessidades, sentimentos, vocações, caracteres anatômicos, preferências, nível de cultura, impulsos, métodos de trabalho, condições econômicas, preconceitos, tudo influe em relatividade da idéia de igualdade. Em face do fato social ainda é mais pronunciada essa influência porque se manifesta através de sociogeografia, da tecnologia, da antropologia, da psicologia, da economia política, da organização do Trabalho, da religião, da moral, etc. Vivemos uma democracia e, portanto em igualdade e para a igualdade, mas o problema vive na interdependência de outros fatores políticos, econômicos, sociais, que obrigam dentro mesmo da lei, a fixar diferenciações, estabelecer desigualdades concretas. "Déclarer les hommes égaux c'est édicter une façon de les traiter: jugement de droit non jugement de fait, prescription, non constatation". Que todos os homens tenham direitos, ninguém contesta. Mas que os gozem da mesma maneira ou que sejam êsses direitos absolutos, também é outra coisa que se não afirmara: "Nous ne pouvons

reconnaitre aux hommes des droits égaux sans leur reconnaître une certaine identité de nature". A igualdade perante a lei teve, nas democracias, o mérito de abater privilépios, castas, monopólios, funções hereditárias, leis particulares.

O princípio do velho direito romano era *non sunt privatae leges*. Entende Bouglé que se não pode deduzir dos comandos de igualdade a uniformidade das sanções, que a sociedade deveria aplicar aos indivíduos: "Reclamer l'égalité des facultés juridiques n'est pas proclamer l'égalité des facultés réelles. Reconnaître aux individus les mêmes droits n'est pas demander qu'a leurs actions, pour inégales, qu'elle soient les mêmes sanctions soient réservées, mais seulement que ces sanctions soient départies à ces actions inégales suivant les mêmes poids et les mêmes mesures". Em face à igualdade econômica o Estado procura regular as relações do capital e do trabalho, mas não extingue as outras desigualdades ligadas à própria condição do capitalismo. A igualdade jurídica e civil não tolera diferenças individuais, sanções especiais, privilépios.

Mas há, necessariamente, jurisdições especiais, tratamento particular para certas situações jurídicas. A igualdade política, tanto quanto possível, assegura o direito de votar e ser votado e de ascender às funções públicas. No entanto, são em grande número as exceções, que nesse setor sómente abrange uma classe de indivíduos. Vejamos que temos, no curso dos anos, evoluído muito, mais, a própria natureza das coisas não permite que desapareçam as desigualdades da face da terra. A Declaração de Direito, da Revolução Francesa, só admitia a distinção "de leurs vertus et de leurs talents" — e nem por isso cessaram as desigualdades. E' de observar, no entanto, que a Declaração dos Direitos do homem precede à Declaração dos Direitos do cidadão.

Em face dessas desigualdades inevitáveis é que Pierre Leroux demonstra que no meio da desigualdade prática, se manifestam os princípios igualitários (*De l'égalité*, 1.ª parte).

O Direito antigo se nutria de distinções, enquanto o moderno é, ainda, ávido de igualdade, PELLOCL — *Introduction à l'étude de la science politique*, p. 321).

Os estoicos inauguraram essa transformação e nessa escola figuraram: um escravo como Epicteto, um cavaleiro como Muserius Rufus, um consular como Seneca, um imperador como Marco Aurélio (Friedlander — *Darstellungen* II, p. 674), e se Aristóteles, cedendo à pressão de sua época, não ousou assimilar os escravos aos homens a reação não tardou (HAVET — *Le Christianisme et ses origines*, IV — cap. XIV). A divisão do trabalho, condição necessária de todo progresso humano, como de todo aperfeiçoamento biológico, a especialização, técnica, a cultura, a economia geraram, insensivelmente, desigualdades, que, todavia, não violam o princípio humano e jurídico de igualdade relativa.

A lei busca, precisamente, reduzir ao mínimo essas desigualdades, estabelecendo princípios perante os quais todos se consideram iguais. Mas, os dois polos são inevitáveis: igualdade e desigualdade, homogeneidade e heterogeneidade, unidade e pluralidade. Já PLATÃO falava do ser e do não ser, da unidade, da multiplicidade. FEUILLÉE escreveu "à notre avis l'humanité s'approche aujourd'hui troisième période... ou les ressemblances croissantes n'empêcheront pas les différences croissantes. BENETIÈRE observou: *On*

ne se ressibiera pas tous! Mais les différences n'auront plus vien ou presque vien d'etrinique, elles seront individuelles". O ponto de vista antropológico é o mesmo ponto de vista sociológico. V — Ao regime financeiro compete a tributação. Os brasileiros e estrangeiros, aqui residentes, se encontram sob uma tríplice jurisdição administrativa e financeira: da União, dos Estados e dos Municípios.

A tributação, dentro dos limites constitucionais, compete a todas essas entidades e visam ao bem público, cometendo-se na prestação ou manutenção de serviços coletivos.

Na Constituição se traçam as normas da competência tributária. Mas, se fôssemos admitir princípios absolutos e rígidos, na interpretação das hipóteses, estariam a lobiçar multiplicidade e desigualdade de tributos, de taxas, em tudo quanto visa à atividade, à profissão, ao comércio, à economia, etc. Vem a propósito lembrar a discussão que se travou a respeito dos impostos que atingiam a cabotagem, isenta de tributação, e que constituía um impecilho ao livre comércio.

Afirmou-se, nessa ocasião, que o poder que tem o Estado de tributar pode ir a extremos que asfixie a própria liberdade de comércio. O Supremo Tribunal americano proclamara, de uma feita, que se este poder existe, um Estado não tem limites a não ser na discreção deles. "O poder de taxar é de tal monta, atingindo muita vez, os direitos decorrentes da Constituição — que MARSHALL declarou, em certo julgamento que o poder de taxar envolve o poder de destruir — *the power to tax involve the power to destroy*.

OVOLEY o reafirma em "On Taxation" pág. 5, e RUI BARBOSA escreveu: o direito de taxar no Governo, a que se delegou, é uma função legislativa contra cujos abusos não existe corretivo possível. Ainda o egrégio jurisconsulto é quem ensina: a autoridade competente para lançar tributo é a única habilitada a lhe determinar o peso. No exercício legítimo desse poder cobram, indistintamente, o imposto fiscal, o imposto protecionista, o imposto proibitivo (*Impostos Interestaduais* — *Direito*, vol. 92, pág. 356).

A Constituição outorgou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para cobrar o imposto *causa-mortis*. Não lhe traçou, nem podia traçar, limites, além daqueles que atendessem ao interesse público e às necessidades financeiras do Estado.

O *quantum*, o modo de cobrança, a incidência, a proporção, as isenções, as modalidades que reveste, cai, tudo, na exclusiva economia do poder que tem a faculdade de o criar ou de taxar. O imposto de renda, também já se acoimara de inconstitucional; não abrange a todos e os que atinge, trata desigualmente. Nos Estados Unidos foi proclamada a inconstitucionalidade. Depois o projeto Cummins Bailey, em 1909 o quis adotar, afim de atender às necessidades do tesouro. Não obstante a insistência de CUMINS pela constitucionalidade da *income tax*, ELIHU ROOT se opôs, tenazmente, e caiu o projeto tal como sucedera em 1895 (*Congressional Record*, vol. 44, pág. 4.022).

Aqui não vingou a argüição de inconstitucionalidade. O imposto, no entanto, só atinge uma categoria de indivíduos: aqueles que têm renda superior a um certo limite. São indeclinavelmente iguais, perante a lei, no estrito tratamento legal ou jurídico, os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes. E, porque o são é que gozam indistintamente, dos direitos e garantias que se desdobram especificamente, no

art. 122. Os mais sabentes, possivelmente, encaram o problema com uma visão mais ampla e transcendente, mas, por isso mesmo, menos prática, menos "técnica" menos "racionalizada" e mais romântica. Os subtilizadores esquecem, então, as restrições que emanam da própria Constituição ou de leis especiais. A liberdade, por exemplo, é o que há de mais relativo. Não consiste em cada cidadão obedecer, exclusivamente, à sua vontade, aos seus caprichos, aos seus impulsos... *libertas quid libertaciendi*, porque, como dissera Blackstone, essa liberdade seria a de um tigre e não de um homem. A liberdade mesma está condicionada a uma série de restrições, de imperativos, de normas de ação, de deveres, que na teoria dos "absolutistas" constituiram uma indébita limitação do mais precioso dos bens. Intervém o Estado, necessariamente, para limitar a duração do trabalho, fixar o salário regulamentar e dirigir a produção, orientar a economia, reformar o sistema da importação e de exportação, refundir o regime financeiro, organizar as classes, impedir especulação, policiar o capital, punir a usura, restringir a aquisição de imóveis nas fronteiras, impor maiores onus à propriedade. Na França libérrima a lei de locação de prédios houvera em consideração, a nacionalidade do proprietário e do locatário (Leis de 1 de abril de 1926 e de 30 de junho de 1926 e 22 de abril de 1927). Isto sem embargo dos tratados de comércio, assegurando a igualdade de tratamento aos estrangeiros, que eram assinados ou celebrados.

Chamados os tribunais franceses a dirimir a questão, a Corte de Cassação resolveu que, na espécie, o legislador quisera "créer au profit des seul Français, um rocubeaux droit civil dont les étrangers ne peuvent jouir que dans les conditions déterminées par la loi"...

Aqui, recentemente, a legislação sobre estrangeiros, mesmo residentes no país, impôs no interesse público, uma rígida alteração no conceito amplo que se contém no art. 122 da Constituição, do ponto de vista de equiparação dos nacionais e estrangeiros. A noção de igualdade dever-se-á, então, examinar à luz da legislação nova. RIPERT examina com agudeza esse problema da igualdade perante a lei, em sua obra "Le régime démocratique et le droit civil moderne", p. 447, n. 222.

Todos nascem iguais em face da lei, toda pessoa humana é a regra e a incapacidade, a exceção; a igualdade suces-soral é assegurada; as funções hereditárias não existem. Eis um esquema da igualdade perante a lei. Não há distinção por motivo de culto, de côr, de raça, de hereditariedade, de serviço militar. Ainda outro aspecto. A recente legislação sobre filhos ilegítimos, abrangendo os filhos de desquitados, veio imprimir uma feição nova à igualdade de filhos. As desigualdades, porém, que são inevitáveis e necessárias, nascidas do interesse público e previstas nas leis ou decorrentes de circunstâncias naturais, que o poder humano ou social não remove, essas não podem acoimar de contrariar a letra e ao espírito da Constituição. Em nenhum campo, de um modo geral, se percebem mais desigualdades que na locação do serviço no âmbito da produção. As leis modernas já não comportam a completa assimilação dos nacionais e dos estrangeiros. A tendência niveladora do século 19 vai cedendo terreno. E' verdade que se não aplaude o exagero de Babeuf: "l'égalité et tout autre chose, qui une belle et stérile fiction de la loi", mas, a pró-

pria lei se incumbe de demonstrar que a tese não é absoluta, sofre profundas restrições, na prática. Montesquieu observou: *Toute inégalité dans la democratie doit etre tirée de la nature de la democratie et du principe même de democratie*. Aqui mesmo com apôio na Constituição, temos a contribuição de melhoria que, aparentemente, envolve uma gritante desigualdade. Sómente imóveis de uma determinada zona, sómente alguns proprietários estão sujeitos à tributação. No entanto, como observou Francisco Campos, "as cidades não constituem, com efeito, do ponto de vista dos serviços públicos, uma área homogênea ou que deva ser tratada sob o aspecto tributário de maneira igual". O princípio que se embebe de um visceral espírito igualitário que a sociologia divulga é que a tributação destina-se a alcançar o bem geral, a satisfazer encargos de serviços públicos, em constituir-se benefício da coletividade. E', pois, socialmente salutar e igual e não anti-social, a tributação de melhoria, como qualquer outra, que só atinge uma determinada categoria de proprietários, de cidadãos, que se encontram nas mesmas condições previstas na lei. E' a tributação um *meio* e não um *fim*. V — No espírito de muitos cala, por sem dúvida, a amplitude, o indeterminado, o abstrato da expressão igual perante a lei — mas esse critério de igualdade é a própria lei que define oferecendo as condições que lhe são inerentes. Sómente do ponto de vista concreto e objetivo é que podemos auferir dessa igualdade.

Na hipótese dos autos não há violação do princípio, não se descumprirá o texto constitucional. As situações juridicamente consideradas, não são idênticas, e, portanto, o tratamento fiscal não pode ser o mesmo ou igual, porque a lei estabeleceu a distinção. A exigência da taxa de 5% está condicionada à *residência do herdeiro* e portanto só uma categoria é atingida por essa lei mas toda ela sem privilégios, sem exceção.

Adam Smith chamaria uma *particular contribuição*. A lei fala em *residência* — questão de fato. E' a habitação ordinária, permanente, voluntária, aquela que serviu de base à teoria do domicílio — *ubiquis larem rerumque a portunarium suarum summan constituit*.

Não é, de certo, a viagem de recreio que a caracteriza, nem a ausência temporária do país, em vilegiatura, em comissão do Governo, ao serviço do Brasil. Quis a lei considerar a especial circunstância do nacional ou do herdeiro que vive noutro país, sem participar da vida de sua pátria ou do país em que se abriu a sucessão, alheiado dos seus negócios, dos seus problemas, das suas necessidades. Ao tempo da lei ainda havia o motivo relevante da imigração do capital, o que leis mais justas vieram evitar.

O pressuposto dessa exigência fiscal é, pois, a residência no estrangeiro, situação que difere, do ponto de vista social, político e legal, daquelas dos herdeiros que residem no Brasil. E, ao invés de se referir a lei a *herdeiros residentes no estrangeiro*, taxasse, particularmente, os *legados* a pessoas instituições, que residem ou têm sua sede fora do território nacional, seria constitucional? A solução que preferimos, na legislação brasileira, com o decreto que se examina, não tem sequer o mérito de novidade. E' a tese, apenas, que se vê removida. A lição no mesmo sentido, se encontra em Fandman. *Treatise on State Federal Control and Person Property*, pág. 647 — *The States has undubitid power to tax anything that a wad value, the sub-restriction being*,

that there must be equality and uniformity in the imposition on the particular tax upon all who came within that a particular classification. Aqui e agora, a prova de que, antes mesmo da lei paulista, que precedeu a lei do Distrito Federal, e sem incidir no vício de inconstitucionalidade, nos Estados Unidos, já se cuidara de idêntica tributação. Foi o Estado de Louisiana, com a lei n. 85, de 1828, criando o imposto especial para os herdeiros residentes no estrangeiro.

A doutrina e a jurisprudência americanas reconheceram que não era violado o princípio da igualdade, mas podia ofender os tratados firmados pela União com as nações cujos nacionais fossem sujeitos ao imposto (John Gray — *Limitation of Taring Power*, pág. 535; Balckmor and Panaroth — *Instance Taxes*, pág. 49). Aliás, vem de lance salientar que o Supremo Tribunal Federal, na sua alta sabedoria, em acórdão de 1 de julho de 1918, também, proclamou essa verdade, invocando o mesmo exemplo. VI — Por derradeiro, ainda apraz-me declarar que, em matéria tão delicada e complexa, é prudente o Tribunal não variar, facilmente, na interpretação do texto constitucional, em face da lei que se inquia de contrariá-lo. Ora, se este Tribunal em acórdão de 25 de março do ano fluente e ainda, nos julgados ns. 5.937, 6.338 e 5.364, proclamara a constitucionalidade da lei municipal, que ao meu ver, é lei federal, dada a organização política do Distrito Federal, absorvido na União e perdendo o caráter do município, que, então, lhe outorgara outra Constituição, devemos perseverar na jurisprudência, que se orientou com acerto. A maleabilidade da jurisprudência é condição de progresso, mas, a oscilação, a breve espaço, ao sabor de correntes ou maiorias ocasionais, a meu ver, não constitue elemento de estabilidade do direito e igual tratamento da justiça, para os casos idênticos, prova, ainda, do quanto é relativo o critério de igualdade.

O mudar ou errar é humano e já Rui Barbosa acentuara, certa vez, que os maiores tribunais da terra, desde a Corte de Cassação, em França, até as Supremas Côrtes Americanas, variam de jurisprudência. Também mudam os grandes mestres do direito em suas obras, de uma edição para outra. Todavia, é preciso que o variar ou o mudar denote progresso, evolução, e não mero capricho doutrinário ou filosófico. Eu entendo, sem autoridade, que devemos sustentar a jurisprudência cristalizada em cinco julgados, que se amparam a argumentos sólidos e irrefutáveis. Razão a mais para lhe dar o meu apoio. Rejeito, assim a arguição de inconstitucionalidade. — *Henrique Fialho*, vencido, pelos fundamentos do voto proferido por ocasião do julgamento, aliás, em conformidade com os proferidos em outros casos idênticos, em que penso haver demonstrado a inconstitucionalidade da lei estabelecendo diferença de tratamento entre herdeiros da mesma classe.

ESTABILIDADE — FUNCIONÁRIO EM COMISSÃO

— A garantia de permanência no cargo diz respeito ao funcionário cuja investidura tem lugar com os atributos da efetividade, não podendo abranger quaisquer outros servidores,

maxime os que tenham sido designados para exercer cargo em comissão.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL

Apelação Cível n. 2.189

Relator: — Desembargador RIBEIRO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, e relatados estes autos de apelação cível n. 2.189, em que são apelantes: 1.º, o Juízo da 3.ª Vara de Fazenda Pública; 2.º, a Prefeitura do Distrito Federal; apelado: Afonso Segreto Sobrinho; Acórdão os juízes da Quarta Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, pelos votos do relator e do juiz imediato, desembargador Raul Camargo, dar provimento a ambos os recursos para o fim de reformar a sentença recorrida, e julgar a ação improcedente contra o voto do revisor, desembargador Oliveira Figueiredo, que a confirmara, negando provimento àqueles recursos.

Custas ex-lege.

A sentença apelada julgou procedente a presente ação para o efeito de assegurar ao autor, Afonso Segreto Sobrinho, comissário em comissão da Polícia Municipal, que fôra exonerado deste cargo, o direito à reintegração ex-yi do disposto no art. 75 do decreto-lei n. 3.770, de 28 de outubro de 1941, e bem assim a percepção dos vencimentos durante o tempo em que esteve afastado, com todas as vantagens inerentes ao cargo e aumentos verificados, até que se dê a sua efetiva reintegração.

Pela portaria de fls. 9, foi o apelado designado para exercer, em comissão, o cargo de comissário da Polícia Municipal. Essa investidura se deu a 21 de junho de 1935, sendo a dispensa do apelado de data de 13 de julho de 1936.

Reconheceu a sentença que o autor, ora apelado, tem direito à reintegração naquele cargo, consoante já fôra decidido, em relação a outros funcionários, em idênticas condições pelos acórdãos da 4.ª e 5.ª Câmaras, fls. 20 e 48.

A razão pela qual o acórdão desta Câmara, de que foi relator o ilustre desembargador Oliveira Figueiredo, assim decidiu, assenta no fato de que "os funcionários em causa estavam em pleno exercício dos seus cargos quando por ato do Sr. Padre Olímpio de Melo, Prefeito interino, sem causa, nem justificativa, foram exonerados de suas funções públicas, atos fundamentalmente ilegais, face a Constituição do País. De fato, as exonerações ocorreram quando em vigor a Constituição Federal de 1934, que no parágrafo único do seu art. 169, dispunha que os funcionários públicos que contassem menos de dez anos de serviços, não seriam destituídos de seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

Assim dispendo emprega a lei a expressão — funcionário, — sem criar distinções".

Afigura-se que o art. 169, invocado na sustentação do acórdão, não se adapta, não abrange de maneira incontestável a situação especial do apelado, porque o mesmo fôra apenas designado, por ato do diretor da Polícia Municipal,

para exercer, em comissão, o cargo de Comissário desta repartição.

Trata-se de função provisória, desprovida de quaisquer garantias, sem os atributos de estabilidade inerentes a função de natureza permanente ou efetiva. Aplica-se o parágrafo único do art. 169, da Constituição Federal de 1934, sómente aos funcionários que contarem menos de 10 anos de serviço efetivo.

Não era essa a situação do apelado. Ele não estava investido de função permanente, efetiva, para ser considerado o seu tempo de exercício como de serviço efetivo.

Só o exercício de cargo, em caráter efetivo compreende o serviço efetivo. Ora, o serviço do apelado era em comissão e, assim, provisório, de duração precária, sujeito a dispensa à critério discricionário do poder público.

A questão encontra solução plena pelo disposto no art. 169, *in princípio*, estabelecendo nítida distinção sobre as garantias extensivas aos funcionários públicos — depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas e, em geral, — depois de dez anos, de efetivo exercício.

No caso *sub judice*, trata-se de funcionário em comissão, com menos de dois anos de serviço e sem concurso de provas, não havendo margem para aplicação das garantias estabelecidas naquele artigo.

Igualmente se não aplica à espécie a garantia instituída pelo parágrafo único daquele inciso.

Qualquer dessas garantias é sómente extensiva ao funcionário público investido no cargo com os atributos que a Constituição exige, ou seja, mediante nomeação por ato da autoridade competente para o exercício da função, em virtude de concurso de provas, quando a lei assim o exija, ou em caráter efetivo.

Logo, o parágrafo único do art. 169, provê a garantia de permanência no cargo em relação ao funcionário, cuja investidura se verifica em razão do preceito legal, com os atributos de efetividade, não podendo abranger quaisquer outros servidores, maxime os que tenham sido apenas designados.

dos, por um chefe de repartição, para exercerem o cargo em

Demais disso, a investidura deve decorrer de ato da autoridade competente, do agente do poder público autorizado para prover a nomeação do funcionário. Na espécie, sómente o Prefeito do Distrito Federal teria competência para expedir o ato de nomeação, mas nem esse ato existe, porque o apelado não foi nomeado para o cargo que exercia, em comissão, e sim designado por um chefe de serviço.

Não colhe a invocação à providência adotada pelo art. 1º do decreto n. 97, de 21 de setembro de 1936 que dispensava os funcionários da exigência do concurso de provas.

Essa dispensa não teria o alcance da efetivação automática no cargo.

Essa condição estaria subordinada, primeiramente, à expedição do ato, ou seja, do título de nomeação conferindo ao apelado a efetividade no cargo.

Quer dizer que para a investidura, em caráter efetivo, se lhe dispensava um dos requisitos.

Contudo, mesmo que se reconhecesse àquele dispositivo tal alcance, não teria ele abrangido a situação do apelado,

que fôra exonerado do cargo a 13 de julho de 1936, sendo, pois, aquele decreto muito posterior, isto é, de 21 de setembro do mesmo ano e assim, sem aplicação retroativa, como ora se pretende.

Nesse sentido já foi decidido caso análogo pelo acórdão proferido pela Terceira Câmara, na apelação cível n. 1.426, de que foi relator o ilustrado desembargador Lafaiete de Andrade (*Diário da Justiça*, de 25 de janeiro de 1943), firmado, em síntese o seguinte: "Funcionários comissionados dispensados por atos do Prefeito, não têm direito à reintegração porque são funcionários sem estabilidade.

A nomeação de efetivação de funcionários compete privativamente ao Prefeito".

Rio, 14 de maio de 1943. — *Edmundo de Oliveira Figueiredo*, presidente e revisor, vencido com o voto abaixo. — *A. M. Ribeiro da Costa*, relator. — *Raul Camargo*, desempatador, vai o voto em separado, datilografado. — *Edmundo de Oliveira Figueiredo*, revisor, vencido porque negava provimento para confirmar a sentença recorrida.

O ato administrativo de exoneração do apelado é nulo por direito, ao ferir as garantias próprias nas vantagens inerentes ao cargo público que exercia, dando lugar à indenização.

A Prefeitura Municipal, por seu preposto, o inspetor geral da Polícia Municipal investiu o apelado no cargo de comissário de Polícia tendo sido pagos emolumentos cobrados pelo Poder Público para a efetiva posse do cargo público.

Havia pleno exercício do cargo quando, por ato administrativo e sem causa, nem justificativa, foi o apelado exonerado da função pública, contra expressa disposição da Lei Magna do País, a Constituição Federal de 1934, cujo art. 169, parágrafo único, dispõe que funcionários públicos, com menos de dez anos de serviços, não serão destituídos de seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

A expressão legal, *funcionário público* está expressa na lei, sem nenhuma restrição, a qual é vedada criar fora da lei.

A Polícia Municipal não fez prova de justa causa ou motivo de interesse público para a destituição, o que ignorado pelo apelado demolido, não o habilitaria a refutá-lo. Ilegal a demissão é nulo o ato, por contrário à lei.

Raul Camargo : — O apelado foi designado para, em comissão, exercer o cargo de comissário de Polícia pelo inspetor geral da Polícia Municipal, em 21-6-35, f. 9.

Foi exonerado em 13-7-36. Invoca em seu favor o art. 169, da Constituição Federal de 1934, pretendendo que o texto constitucional não distingui os funcionários efetivos dos comissionados para os efeitos das garantias conferidas aos funcionários, entre elas a inadmissibilidade da demissão sem justa causa ou motivo de interesse público (parágrafo único).

Pretende ainda que o ampare a lei 97, de 21 de setembro de 1936, que considerou efetivados os nomeados em comissão.

A Prefeitura nega ao A. apelado a qualidade de funcionário para gozar das garantias constitucionais, pois exercia um cargo designado em comissão, sem ter sido efetivado. Convém desde logo afastar da discussão um argumento por exclusão, e para facilitar o julgamento.

A meu ver a lei 97 não socorre o apelado. Os seus dispositivos podem ser considerados inaplicáveis.

Essa lei 97, de 21 de setembro de 1936, referida nos julgados citados pelo Apelado, dispensa do concurso os nomeados em comissão para a Polícia Municipal, pelo que seriam considerados como efetivados.

Mas, acontece que quando foi promulgada essa lei, já o apelado fôra exonerado do cargo.

Não há como aplicá-la ao caso em aprêço, em seu benefício.

Não poderia aproveitar-lhe uma lei inexistente ao tempo da investidura e da dispensa.

Mas, esta lei, pelo contrário, não vem em seu favor, porque se mandou dispensar de concurso as pessoas investidas nesse cargo em comissão, confirmou que para a nomeação seria necessário concurso.

E se era necessário o concurso, o apelado não entra na categoria dos referidos no texto constitucional, isto é, aqueles que se tornam efetivos depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas.

Ora, o apelado, não fez concurso, nem tinha dois anos de exercício, assim não poderia pretender a categoria daqueles funcionários para cuja demissão fôsse necessária sentença judiciária ou processo administrativo.

Este argumento é da máxima importância para o julgamento do caso em aprêço.

O apelado foi exonerado no regime da Lei Orgânica Municipal de Janeiro de 1936, já calcada na Constituição de 1934.

O apelado não chegou a preencher os requisitos para ser considerado funcionário público da Prefeitura, pois que, para tal, seria necessário concurso.

Ele foi apenas investido, por designação de uma autoridade inferior para, em comissão, exercer as funções de determinado cargo.

Consequentemente, não houve sequer nomeação para o ingresso.

Se ele não chegou a ter a qualidade, não pode pretender as regalias e garantias do respectivo cargo.

A caracterização de funcionário público, e de seus requisitos está definida no texto legal, e ali se faz uma referência especial à nomeação, "nomeados" diz a lei.

Os §§ 1.º e 2.º não alteram o critério legal, quanto à característica do funcionário, e nem seria crível que o fizesse.

O § 2.º em que se estriba o apelado, apenas entra em detalhe quanto à contagem de anos de serviço e à justificativa da exoneração.

Isto quanto à lei orgânica municipal. Quanto à questão constitucional. O que diz a Constituição de 1934, em seu art. 169, que é a pedra de toque da questão, é o arrimo do apelado, é o seguinte: "Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas e, em geral, depois de 10 anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária, ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e no qual lhe será assegurada defesa plena.

Acrescenta o parágrafo único: Os funcionários que contarem 10 anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos de seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

Segue-se que o texto constitucional abrange, tão somente, os funcionários nomeados.

E quando se diz "nomeados", presume-se nomeação por autoridade competente, que no caso seria o Prefeito, não se podendo confundir com "designação" feita por autoridade inferior.

O apelado nem sequer poderia ser nomeado sem concurso, exigível para o preenchimento do cargo, formalidade essa que só foi dispensada por lei posterior à exoneração. Consequentemente, o apelado não está incluído no referido texto constitucional.

Agora, o que diz o parágrafo único "os funcionários que contarem menos de 10 anos...". Mas, quais são êsses funcionários? Certamente, aqueles já caracterizados anteriormente, que preencherem aqueles requisitos, apenas com a diferença da contagem do tempo.

Não cabe a censura de não se poder distinguir, onde a lei não distingue.

Mas, é exatamente o contrário.

E' a lei que não distingue, e não o faz, porque ela já definiu o seu critério, que é o da nomeação. Aliás, não seria preciso fazê-lo, porque a designação em comissão é equívocamente à "em confiança" e esta é por sua própria natureza precária. Por êsses motivos, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para julgar a ação improcedente, reformada a sentença recorrida. — Camargo. Ressalva às rasuras: "não, — Apelado e públicos depois de". Camargo.