FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEMISSÃO — RECURSO AO PODER JUDICIÁRIO

— O recurso ao Poder Judiciário, visando a obter a reparação, implica necessàriamente em impor ao recorrente o dever de provar a injustiça ou ilegalidade do ato discricionário de que lhe foi lesivo.

— Interpretação do art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Fazenda do Estado de São Paulo *versus* Elias de Siqueira Cavalcânti
Apelação n.º 59.346 — Relator: Sr. Desembargador
JOÃO M. C. LACERDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 59.346, de São Paulo, em que são apelantes o Juízo *ex-officio* e a Fazenda do Estado, sendo apelado o Dr. Elias de Siqueira Cavalcânti: Acordam em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, adotado o relatório de fls. como integrante dêste, dar provimento à apelação para reformar a sentença apelada de fls. e julgar a ação improcedente, pagas as custas pelo vencido.

O apelado foi contratado em 30 de junho de 1933 para exercer a função de auxiliar de Consultor Jurídico do Departamento de Administração Municipal e, logo depois, por fôrça do disposto no decreto estadual n.º 6.044, de 18 de agôsto do mesmo ano, foi efetivado naquele cargo.

Entretanto, pelo advento do decreto n.º 6.290, de 31 de janeiro de 1934, que reorganizou aquêle Departamento e extinguiu o cargo referido, foi êle dispensado sem ter sido aproveitado em qualquer dos cargos criados pelo novo decreto, se bem já fôse funcionário efetivo.

Sustenta ter sido ilegal e arbitrária a sua dispensa por isso que o decreto n.º 5.841-A, de 20 de fevereiro de 1933, já dispunha que, no caso de extinção do Departamento de Administração Municipal, os seus funcionários efetivos ficariam adidos às diversas Secretarias de Estado, com os direitos e proventos dos seus cargos até serem aproveitados em cargos semelhantes.

Todavia, tendo reclamado insistentemente contra o não reconhecimento do seu direito ao reaproveitamento, não foi o apelado atendido, ao contrário do acontecido relativamente a outros servidores na mesma situação.

Mais tarde, promulgado o decreto estadual n.º 7.237, de 24 de junho de

1935, que instituiu a Comissão Revisora dos atos discricionários que importassem em afastamento de funcionários — o apelado a ela recorreu reclamando o seu reaproveitamento no cargo de que fôra dispensado ou em outro equivalente, pronunciando-se a Comissão francamente favorável à pretensão do reclamante (fls.).

Mas, sem embargo dêsse parecer e não obstante continuasse pugnando por via administrativa no sentido de seu reaproveitamento, viu-se sempre desatendido pelo Executivo Estadual.

Promulgado que foi o Ato das Disposições Transitórias da Constituição federal, de 1946, cujo art. 30 assegurou aos que se valeram do direito de reclamação instituído pelo parágrafo único do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, a faculdade de pleitearem perante o Poder Judiciário o reconhecimento de seus direitos, salvo quanto a vencimentos atrasados, relevadas, destarte, quaisquer prescrições, desde que preenchidos determinados requisitos — em face dêsse dispositivo transitório da Constituição federal vigente, o apelado novamente reclamou ao Govêrno do Estado no sentido do seu reaproveitamento, mas teve ainda uma vez a sua reclamação desatendida pelo despacho de fls. que perfilhou o parecer de fls.

Inconformado com essa decisão governamental, o apelado reclamou mas não logrou atendimento (fls).

Assim historiando os fatos, veio o autor a juízo com a presente ação, fundando-a, substancialmente, na recusa do seu reaproveitamento assegurado pelo decreto estadual n.º 5.841-A, de 1933, e no disposto no art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal vigente, objetivando o seguinte : *a*) reintegração em cargo equivalente ao que exercia quando do ato do seu afastamento ; *b*) vencimentos atualmente deferidos ao desempenho de tais misteres ; *c*) contagem integral do tempo de serviço para todos os efeitos e sem solução de continuidade ; *d*) pagamento de todos os estipêndios a partir de 18 de setembro de 1946 até a sua efetiva reintegração ; *e*) honorários de advogado na base de 20 % sôbre o valor da causa, de vez que a Fazenda agiu com abuso de direito.

Contestando, a Fazenda do Estado alegou, preliminarmente, achar-se prescrita a ação do autor visando a reparação do ato da sua dispensa do Departamento das Municipalidades por fôrça do decreto n.º 2.690, de 1934, e que data de quase 18 anos até a propositura da presente demanda.

Sustenta a ineficácia do protesto interruptivo que instrui a inicial, porque levado a efeito quando a prescrição já se havia consumado desde 13 anos antes.

De mérito, a defesa nega poder o autor beneficiar-se com o citado art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição federal de 1946, por isso que o parecer favorável da Comisssão Revisora, valendo apenas como opinião, conselho, esclarecimento ou sugestão, não importou em reconhecimento de direitos de modo a obrigar jurìdicamente o Govêrno do Estado. A êsse propósito invoca-se o julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal, na *Rev. Forense* 71-67.

Sustenta ainda mais, que, contando o autor, quando da sua dispensa, apenas sete meses de exercício, não tinha assegurada a sua estabilidade no cargo, sendo, portanto, de acôrdo com a legislação então vigente, demissível *ad-nutum*.

O despacho saneador remeteu a questão da prescrição para a decisão final e, uma vez transladado para os autos o inteiro teor do processo administrativo, realizou-se a audiência de instrução e julgamento em que as partes debateram a causa.

Veio, então a sentença a fls. repelindo a arguição de prescrição e julgando a ação procedente com a condenação da Fazenda na conformidade do pedido inicial.

Recorreu o Juiz *ex-officio* e a ré apelou tempestivamente.

Em suas razões de apelação não insistiu a apelante com a mesma convicção na preliminar de prescrição que, aliás, foi muito bem repelida pela sentença. E' que, com efeito, o direito do autor à ação, não obstante o decurso de cêrca de 18 anos da sua dispensa do cargo, até o seu ingresso em juízo, foi restabelecido pelo art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal de 1946 que, de modo expresso, relevou de quaisquer prescrições a faculdade de pleitear perante o Poder Judiciário a reparação pela qual o autor demanda, desde que satisfeitos os requisitos enumerados.

Impunha-se, portanto, a apreciação da causa pelo seu merecimento, como a repulsa da alegação de prescrição.

No mérito foi que, para a maioria da turma julgadora, se afigurou menos acertada a conclusão da sentença, partindo como o fêz, do pressuposto da ilegalidade de todos os atos emanados do govêrno discricionário instituído após a vitória da revolução de 1930.

Não há dúvidas de que em 1934, ao ser dispensado do cargo que exercia no Departamento de Administração Municipal, para o qual fôra inicialmente contratado, o autor já era funcionário efetivo. A sua efetivação, comprovada pelo documento de fls. se deu por fôrça do decreto n.º 6.044, de 18 de agôsto de 1933. Ao tempo da dispensa contava êle cêrca de sete meses de exercício efetivo. Não tinha estabilidade na função, prerrogativa ou vantagem que a legislação então vigente desconhecia, por isso que sòmente aos magistrados, serventuários de justiça e professôres de curso superior se concedia vitaliciedade. O autor, portanto, era demissível *ad nutum*.

Invoca-se como principal argumento no sentido da estabilidade do autor o decreto n.º 5.841-A, de 20 de fevereiro de 1933, dispondo que "no caso de extinção do Departamento de Administração Municipal os seus funcionários efetivos ficariam adidos às diversas Secretarias de Estado com os direitos e proventos de seus cargos até serem efetivados em cargos equivalentes".

A primeira objeção a opor ao argumento é a de que a dispensa do autor não resultou da extinção do Departamento de Administração Municipal, mas da reorganização dêsse órgão da administração pública determinada pelo decreto n.º 2.690, de 1934. Atenda-se bem para essa circunstância : o aproveitamento de funcionários do Departamento das Municipalidades noutras Secretarias de Estado recomendado pelo decreto n.º 5.841-A, dar-se-ia na hipótese de extinção daquele Departamento; não assim no caso de dispensa decorrente de simples extinção de cargos em virtude de reorganização daquele organismo, como aconteceu relativamente ao cargo ocupado pelo autor.

Sem razão, portanto, a invocação, no caso, do já várias vêzes citado decreto n.º 5.841-A, de 1933, que estabelecia medida de ordem geral.

Fôsse o cargo do autor de provimento vitalício, ou gozasse êle de estabilidade e, então, obrigado estaria o Estado a designar-lhe função equivalente em que as mesmas vantagens e regalias lhe fôssem asseguradas, ou, ainda, declará-lo em disponibilidade com tôdas as vantagens.

Há ainda a considerar que a dispensa do autor não decorreu de ato do executivo estadual, mas da própria lei que reorganizou o Departamento das Municipalidades, ou seja o decreto n.º 2.690, de 1934. Dir-se-á que embora sob a forma de decreto-lei o ato de que resultou a extinção do cargo ocupado pelo apelado e a sua consequente dispensa, emanou do Interventor Federal no Estado. Pouco importa a circunstância contingente à natureza do regime político dominante em que se integravam na pessoa do Interventor os poderes legislativos e executivos, no âmbito estadual. Nem por isso o referido ato perdia a sua característica de lei, devendo como tal ser entendido e executado.

Sem consistência, portanto, o argumento do autor, fundado no decreto

n.º 58.841-A, porque, repita-se, a sua dispensa não resultou da extinção do Departamento em que servia, mas do fato de ter sido suprimido por lei, o cargo por êle ocupado sem ressalva de direitos ou vantagens acaso adquiridos.

O autor em suas contra-razões de apelação transcreve um ensinamento de Rui Barbosa em que o consagrado mestre sustenta não ser verdade que, em relação aos funcionários demissíveis, a demissibilidade seja ilimitada e de todo em todo arbitrária a competência do Govêrno.

A seguir, sustenta que "Na Constituição de 1934, matriz indisfarçável de quase todos os direitos pretendidos, desapareceu a categoria dos funcionários demissíveis *ad nutum*.

Reconhece, portanto, o autor, que até o advento daquela Constituição havia funcionários demissíveis livremente.

Faltou-lhe dizer que, sendo êle funcionário nomeado e dispensado anteriormente à promulgação da Constituição de 1934, exercendo cargo de provimento não vitalício, estava compreendido na categoria dos demissíveis *ad nutum*.

Faltou-lhe, outrossim, considerar o que páginas adiante nos mesmos Comentários à Constituição federal, escreveu Rui, a propósito da categoria de funcionários nem vitalícios nem demissíveis, os quais podiam sofrer destituição nas emergências, debaixo das condições, ou mediante as formas na lei previstas e capituladas (obra citada, 3.º, pág. 235).

Era o mais intrépido defensor dos direitos individuais a reconhecer a existência da categoria de funcionários livremente demissíveis. E, no caso do autor, a sua demissão ou dispensa resultou, como foi várias vêzes referido, do fato de um decreto-lei, o que reorganizou o Departamento das Municipalidades, haver extinguido o cargo por êle ocupado.

Impossível sustentar-se a ilegalidade ou arbitrariedade de ato que decorre da própria lei.

Nesse sentido, aliás, foi o próprio parecer da Comissão Revisora que apenas julgou justo o reaproveitamento do autor.

Argumentando com o disposto no art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal, com aquêle parecer favorável da Comissão Revisora e com o fato de não ter sido reaproveitado pelo Executivo Estadual, pretende seja indeclinável e certo o seu direito à readmissão em cargo equivalente.

Para tanto, porém, atribuiu ao citado dispositivo constitucional e ao parecer referido fôrça que êles não têm. O primeiro apenas restaurou o direito ao recurso ao Poder Judiciário, amenizando assim o rigorismo do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934 que, aprovando todos os atos do Govêrno Provisório e dos interventores federais, excluíra tais atos de qualquer apreciação judiciária, e ainda que possibilitando a sua revisão através a providência consignada no parágrafo único, reservou sempre ao Executivo a competência para reparar possíveis injustiças.

Admitindo a possibilidade de que decorridos 12 anos ainda houvesse prejudicados desatendidos pelo Govêrno, foi que o Constituinte de 1946 dispôs em seu prol no citado preceito de direito intertemporal.

Todavia, com o restaurar o direito à ação judicial, não proclamou, por si só, o direito à reparação pelo simples fato do interessado ter obtido parecer favorável da Comissão Revisora, de caráter meramente opinativo. Não fôra assim e outros seriam os dizeres do dispositivo, declarando, por exemplo, que, seriam reintegrados em seus cargos ou noutros equivalentes os funcionários afastados discricionàriamente que tivessem obtido parecer favorável da Comissão Revisora.

O recurso ao Judiciário visando a obter a reparação implica necessàriamente em impor ao recorrente o dever de provar a injustiça ou ilegalidade do ato discricionário que lhe foi lesivo.

No caso do autor já foi demonstrado que a sua dispensa decorreu da necessi-

dade de reforma do Departamento das Municipalidades, presumidamente feita no interêsse público.

Não se trata, evidentemente, de ato arbitrário, despótico ou ilegal porque como já se deixou demonstrado o autor não gozava de estabilidade no cargo para o qual fôra nomeado havia apenas sete meses e efetivado havia menos de quatro meses.

Cabe aqui mais uma observação, qual a de que o Poder Judiciário não julga da necessidade ou conveniência da readmissão do funcionário, mas apenas do seu direito ao reaproveitamento ou ao cargo.

E' o que está expresso no art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal vigente ao dizer "pleitear do Poder Judiciário o reconhecimento de seus direitos"".

De sua parte, o decreto estadual n.º 7.237, de junho de 1935, que instituiu a Comissão Revisora dos atos discricionários que importaram em afastamento de funcionários, não lhe atribuiu função julgadora da conveniência para o serviço público do aproveitamento do funcionário afastado, tendo, ao contrário reservado ao Govêrno a competência exclusiva para julgar daquela conveniência ou vantagem.

Foi por isso que, na sua alta sabedoria, o egrégio Supremo Tribunal Federal considerou o parecer da Comissão Revisora como valendo apenas como opinião, conselho, esclarecimento ou sugestão que não obrigava jurìdicamente o Govêrno e muito menos à Côrte Suprema (*Rev. For.*, 71-67).

Dêsse modo, sem poder fugir ao exame do mérito do ato da dispensa do autor, que houve como imune de ilegalidade ou arbítrio, foi que a maioria da turma julgadora entendeu não ser possível deferir o seu petitório para impor ao Govêrno do Estado a sua readmissão.

Daí o provimento da apelação da Fazenda e consequente declaração da improcedência da ação.

Custas pelo apelado.

São Paulo, 26 de setembro de 1952. — *João M. C. Lacerda*, Presidente e Relator. — *Justino Pinheiro.* — *Edgar de Moura Bittencourt*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto :

Dava provimento parcial a ambas as apelações, pelos seguintes fundamentos.

Verifica-se pela certidão de fls. que o autor, em 1933, foi efetivado no cargo de consultor auxiliar do Departamento da Administração Municipal.

Exonerado, pleiteou sua reintegração e obteve parecer favorável da Comissão Revisora, não sendo atendido pelo Executivo.

Presentemente, fundado no art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição federal, move a presente ação, que foi julgada procedente em primeira instância e improcedente pelos votos dos Srs. Desembargadores relator e revisor.

O citado dispositivo constitucional, restaurando, no âmbito abordado, a ordem jurídica, visou reparar as injustiças reconhecidas por parecer da Comissão Revisora.

Não foi outra coisa o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal, ao proclamar que "emerge do texto em foco a alteração de critérios adotados pelo legislador constituinte no propósito de permitir a reparação contra os excessos de poder, no que concerne à matéria exposta, e, assim, a atribuição que pertencia, antes, no regime da Carta Política de 1934 (art. 18 das Disposições Transitórias), ao Poder Executivo, passou à esfera do Poder Judiciário, perante o qual se facultou aos interessados o reconhecimento de seus direitos" (acórdão de 5 de julho de 1948, *in Arquivo Judiciário*, vol. 88-186).

E' certo que o parecer dessa Comissão revisora não obrigava o Executivo, como não obriga ao Judiciário, onde está aberta "margem a mais ampla apreciação sujeita a contrariedade e debate, em que não ficam estranhos os motivos relevantes da conveniência vinculados aos legítimos interêsses da administração pública", — segundo as

expressões do referido julgado do Supremo.

Assim, perante o Judiciário, nos têrmos traçados pelo art. 30 aludido, os interessados podem pleitear a reparação de injustiças, sanando-se os males que a ditadura criou entre os particulares, amparados pelo parecer de uma Comissão nomeada pelas próprias autoridades ditatoriais.

E' essa a inteligência do texto constitucional: uma oportunidade aos que sofreram injustiças para verem estas reparadas, pelo Poder Judiciário, na nova ordem legal.

A situação pode ser encarada com amplitude, sem se cuidar do critério do Executivo ao repelir o parecer da Comissão. Veja-se, que o n.º II do art. 30 mencionado, diz expressamente "não ter o Poder Executivo providenciado na conformidade do parecer da Comissão revisora, a fim de reparar os direitos dos reclamantes".

No caso, o parecer me convenceu de que o autor tem razão em pretender seu retôrno ao funcionalismo. Não poderia o Executivo deixar de ter providenciado na conformidade de tal parecer, sem praticar injustiça, que, pelo meu voto e *data venia*, deveria ser reparada.

Por aí, vê-se que a sentença está certa no ponto em que volveu o autor ao funcionalismo.

No que está, a meu ver, errada é no tocante aos atrasados, cuja ressalva é expressa no ato constitucional. Não se diga que essa ressalva atinge apenas o período que termina com a vigência da Constituição. Não. O interessado deveria pleitear a reparação junto ao Poder Judiciário; só após uma sentença transitada em julgado é que poderia retornar ao cargo, não se compreendendo que deixasse o tempo correr, com interrupções de prescrições, para pedir vencimentos atrasados, que a Constituição expressamente vedou.

Por isso, reformava em parte a sentença, para excluir os atrasados e para reduzir os honorários de advogado à quantia de Cr$ 30.000,00, que reputo razoável.