FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CARGO DE CARREIRA — CONCURSO — IGUALDADE PERANTE A LEI

— Limitar a investidura em cargos de carreira àqueles que os exercem interinamente, ou já pertençam ao serviço público, é fraudar o princípio constitucional de igualdade perante a lei.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Prefeitura do Distrito Federal *versus* Dr. Euris Maia Dolana e outros
Apelação cível n.º 10.161 — Relator: Sr. Desembargador
MEM DE VASCONCELOS REIS

* ACÓRDÃO

Vistos e examinados êstes autos de apelação cível n.º 10.161, em que é apelante — a Prefeitura do Distrito Federal, e apelados — os Drs. Euris Maia Dolana, Olímpio Menezes Vaz, Nagib Jorge Farah Gomes dos Santos, Benjamin Ruben, Carlos Artur Cabral de Menezes, Donatelo Sparvoli, Francisco Valias de Resende Filho, Francisco Scaraboni, Valdir Figueiredo Ramos e Henrique Ruben: Acordam os Juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, contra os votos dos Desembargadores Romão Côrtes de Lacerda, Narcélio de Queirós, Milton Barcelos, Machado Monteiro e Sousa Santos, acolhendo a argüição de inconstitucionalidade do preceito contido no art. 6.º da Lei número 133, de 14 de outubro de 1948, e § 2.º do art. 11 da Lei n.º 260, de 26 de novembro dêsse mesmo ano.

Custas *ex-lege*.

E assim decidem porque dispondo o referido art. 6.º daquela primeira lei, que: "Fica o Prefeito autorizado a prover efetivamente, no cargo inicial da carreira, mediante concurso de títulos, os médicos nomeados interinamente para o cargo vago e os extranumerários, que estejam no exercício de suas funções na data da promulgação desta lei, desde que o requeiram dentro de trinta dias"; e o § 2.º, do art. 11 da segunda que: "Ficam, também, considerados na expressão "extranumerários" do art. 6.º da Lei n.º 133, de 14 de outubro de 1948, os médicos que tenham sido admitidos e estejam em exercício de qualquer função na Prefeitura do Distrito Federal, óbvio que atenta, não contra o art. 184 da Constituição federal de 18 de setembro de 1946, como se pretende, por isso que êste diz respeito a outra situação, ou seja o da igualdade dos cidadãos, independentemente das condições de fortuna e posição social pela inexistência de privilégios de raça, casta ou classe, relativamente às vantagens e ônus instituídos pelo regime democrático, porém, contra o preceito contido no seu art. 186 e que diz respeito à primeira investidura em cargo de carreira e em outros que forem em leis determinados.

* NOTA DA RED.: A respeito do assunto, ver comentário de Alfredo de Almeida Paiva, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, pág. 97.

O princípio contido no § 1.º do artigo 141, da atual Constituição, reprodução do § 2.º do art. 72 da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ou seja de que, *todos são iguais perante a lei*, jamais foi entendido, como traduzindo a absoluta igualdade de direitos e obrigações para todos os indivíduos membros do Estado, como nô-lo mostram os arts. 38, parágrafo único, n.º I, 80, 90, parágrafo único, n.º I, 99; 132, ns. I e II e outros mais, e que se referem respectivamente aos cargos de deputado e senador, exigindo para êsses cargos a condição de brasileiro, nos têrmos dos ns. I e II do art. 129 terem nascido no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, não residindo êstes a serviço de seu país e os filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no estrangeiro, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou não o estando vierem residir no país, caso em que atingida a maioridade deverão, para conservar a nacionalidade, optar por ela dentro de quatro anos, o que equivale dizer, os chamados brasileiros natos, de Presidente da República e Vice-Presidente; de Ministro do Supremo Tribunal Federal, que além dêsses requisitos, deve ter também o de notável saber jurídico e elevada reputação; e da exclusão do direito do voto.

A igualdade a que se refere o artigo 141, no seu § 1.º, sempre foi entre nós entendido não gerar desigualdade para o gôzo de garantias individuais, as condições de fortuna e posição social, dada a inexistência entre nós de privilégios de raça, casta, ou classe, como bem assinala João Barbalho, comentando o § 2.º do art. 72 da Constituição de 1891, ao escrever: *"Todos são iguais perante a lei.* Isto é, os direitos que a Constituição assegura são os mesmos para todos os indivíduos; os meios e recursos estabelecidos para garantí-los competem igualmente a todos. Não há, perante a lei republicana, grandes, nem pequenos, senhores, nem vassalos, patrões, nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não tem que influir nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública, em qualquer de seus casos. A lei, a administração, a justiça serão iguais para todos".

Pontes de Miranda, insígne jurista, que honrou esta casa, com a sua grande cultura e agudeza, depois de demonstrar que o preceito contido no § 1.º do artigo 141 é um caso supra estável, mostra que o "direito de igualdade perante a lei" não é absoluto, sofre exceções, quando escreve na sua obra — *Comentários à Constituição de* 1946: "Tooos são iguais perante a lei, a Constituição de 1934 supèrfluamente acrescentara não haver privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas, ou idéias políticas" — A igualdade perante a lei civil é, em certos casos, supra estatal; perante a lei de direito público, não; ou pelo menos, raramente. Por outro lado o conceito de igualdade é *a priori*, preexiste, como dado lógico efetivo das Constituições. A lei não o pode alguém refazer: o § 1.º do art. 141, constitui direito fundamental absoluto. Mas o direito de igualdade, perante a lei, sofre exceções: na ordem econômica, o Estado pode impor as restrições mais profundas, à aquisição de certos bens por estrangeiros, ou determinadas terras, com intuito de proteção ao interêsse nacional, ou de simetria social".

Como se vê, não só por aquêles exemplos como por êstes, dados por Pontes de Miranda, a igualdade a que se refere o § 1.º do art. 141 da Constituição, não é a igualdade absoluta, compreendendo indistintamente a todos os cidadãos, porém, uma igualdade absoluta dentro da relatividade, subordinada em muitos casos, tal como no caso vertente a requisitos especiais, pertinentes às condições da cidadania, ou técnicas, ou de capacidade para o exercício de certas e determinadas funções.

Neste último caso está a de investidura em cargo de carreira para a qual o art. 186 da Constituição exige o concurso, processo democrático para a seleção das capacidades no setor administrativo dos que exercem função pública.

Limitar-se a investidura em cargo de carreira, como é a de médico da apelada, àqueles que exerçam êsse cargo interinamente, ou que não o exercendo, nêle são providos, tão sòmente porque pertençam ao quadro dos funcionários municipais, é fraudar o preceito constitucional e ferir, portanto, o princípio da igualdade perante a lei, assegurado àqueles que preenchendo as condições técnicas, ou melhor, ao grupo de indivíduos que as tenham, estabelecendo uma desigualdade proibida pela Magna Carta.

Nem se diga que não há violação do preceito constitucional, por dispensada não ter sido a formalidade do concurso, porque êste não é uma mera formalidade de ordem administrativa, porém, um processo de seleção, procedido entre todos aquêles, que pertencem a um grupo de indivíduos, com presumida capacidade para o exercício da função do cargo na Administração pública.

Daí, decretar-se, como se decreta, a inconstitucionalidade do art. 6.º da Lei n.º 133, de 14 de outubro de 1948, e do § 2.º do art. 11 da Lei n.º 260, de 26 de novembro dêste mesmo ano.

Rio de Janeiro, 5 de agôsto de 1954. — *Ari de Azevedo Franco*, Presidente. — *Mem de Vasconcelos Reis*, Relator.

Romão Côrtes de Lacerda, vencido, pois rejeitava a argüição. Como bem argumenta o acórdão, as leis em aprêço, cuja inconstitucionalidade se alega, não atentam contra o princípio do art. 141, § 1.º, da Constituição, que assegura a igualdade perante a lei; também não são contra o art. 184, que torna os cargos públicos acessíveis a todos os brasileiros, pois essa acessibilidade, como se vê do texto, é subordinada às condições que a lei estatuiu, donde se tira que o legislador pode estabelecer essas condições segundo sua discrição. Assenta o acórdão que violam as ditas leis o art. 186, que exige concurso para a investidura na primeira classe de quaîquer carreira. Mas as leis questionadas exigem o concurso; além da exigência dêste, condicionam, como o permite a cláusula final do art. 184, a mais uma condição: já ser funcionário da Prefeitura. Ora, a lei pode, a par do concurso, estabelecer outras condições que o legislador a seu critério julgar convenientes; foi o que êle fêz. Para a douta maioria, o art. 186, tem por fim estabelecer a igualdade perante a lei, tanto assim que o acórdão, depois de haver firmado que as leis em aprêço não ofendem o princípio da igualdade, resulta, no final, a êste, para julgá-lo violado. Ora, a exigência do concurso tem por objetivo garantir sejam os cargos iniciais das carreiras providos por quem tenha *competência* técnica ou profissional, e não assegurar a todos os brasileiros, sem mais condições, a obtenção dos empregos. Assim, o que a lei não pode é dispensar o concurso apurador das habilitações profissionais; mas, pode estabelecer, para o ingresso, outra condição. Feito o concurso os funcionários a quem êle se limita podem, até, não lograr aprovação; então, é que a administração terá que chamar a concurso pessoas que não tenham a condição de interinas nos cargos a preencher. O fim da disposição constitucional — apuração de habilitação para o exercício dos empregos — estará preenchido. O art. 186 não reza que o concurso será aberto a todos; não veda que a lei ponha outras condições, além da de possuir diplomas, como seja a de já ter exercido ou estar exercendo o cargo, de ter certo tempo de exercício, ou outra, como o permite o art. 184, parte final. Ter o art. 186 como proibitivo da criação de outras condições de acesso, além de equivaler a incluir nêle o que nêle não figura, é ir contra o artigo 184, parte final. De tudo isso se verifica que, pelo menos, a infringência do texto pelas leis em aprêço não é *beyond all reasonnable doubt*, de modo a poder ser anulado pelo Judiciário.

Narcélio de Queirós, vencido, de acôrdo com o voto do Des. Romão Lacerda.

Homero Pinho — Apesar de ter sido, no acórdão, omitido o meu nome na ilustrada companhia dos vencidos, fui também, pela rejeição da argüição de inconstitucionalidade, como se poderá verificar da certidão do julgamento às fôlhas 149 que, nesse ponto, retifico. Estou inteiramente de acôrdo com o claro e brilhante voto do douto Sr. Desembargador Romão Côrtes de Lacerda, que, por isso mesmo, *data venia*, subscrevo.

Milton Barcelos — Vencido, poris sempre tenho intentado, apoiado em Castro Nunes e em Pontes de Miranda, incontestáveis mestres do Direito Constitucional que deve o Juiz se abster de decretar a inconstitucionalidade das leis que não sejam manifestamente contrárias à Constituição federal. A Administração pública não pode sofrer limitação em seu âmbito de ação senão em casos excepcionais, sendo esta a lição dos doutores e cujos princípios se consolidaram em torrencial jurisprudência.

Com a doutrina e jurisprudência está o voto do Des. Romão Côrtes de Lacerda, que subscrevo sem restrição.

Mário dos Passos Machado Monteiro — Vencido — Subscrevo *in totum* o voto do Des. Romão Lacerda.

Sousa Santos, vencido, de acôrdo com o voto do Des. Romão Côrtes de Lacerda.

Ciente. — 9 de dezembro de 1954. — *Fernando Maximiliano.*