FUNCIONARIO PÚBLICO — DIPLOMATA — DISPONIBILIDADE — ATO DISCRICIONARIO

— As razões do ato discricionário escapam à investigação do Poder Judiciário.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Dr. Sílvio Romero Filho *versus* União Federal

Apelação cível n.º 1.823 — Relator: Sr. Ministro AGUIAR DIAS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 1.823, do Estado de São Paulo:

Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, na 1.ª Turma, em negar provimento ao recurso de ofício e a ambos os recursos voluntários, por unanimidade de votos, tudo de conformidade com as notas taquigráficas anexas, que dêste ficam fazendo parte integrante.

Custas "ex-lege".

Rio, 15-5-1956. — *Vasco Henrique d'Avila*, Presidente. — *Aguiar Dias*, Relator.

RELATÓRIO

Sr. Ministro Aguiar Dias — A sentença de primeira instância lavrada pelo eminente magistrado, Dr. Cantidiano Garcia de Almeida, assim decidiu a hipótese dos autos (fls. 124):

"O autor, pôsto em disponibilidade ativa, regularmente, em 17 de setembro de 1935. Fundou-se o Govêrno em texto expresso de lei a autorizar a providência (Dec. n.º 24.239, de 15-5-1934, art. 43). — Disso não se queixa o interessado, a despeito de aureolar-se como prêmio movimento que representava ùnicamente uma busca de vagas, para colocação dos amigos do momento.

Não havia mesmo fundamento para reclamos. A ação governamental arrimada ao poder *discricionário*, apresentando-se o executivo, nessa oportunidade e modo de agir" (cf. Seabra Fagundes. O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, n.º 48, página 79), não se extravazando dos limites aludidos para cair no excesso de *poder* (cf. Raneletti, Atti Amministrativi Speciali, n.º 83, pág. 103).

O ato discricionário não tem as razões entregues à investigação do judiciário (cf. Seabra Fagundes, ob. cit., n.º 37, pág. 59). Ou como diz Castro Nunes: "...o conteúdo ou merecimento do ato... escapa ao exame do Judiciário em se tratando de medidas de caráter discricionário, que só poderão ser anuladas se incompetente fôr a autoridade ou preterida houver sido alguma formalidade prescrita na lei, *limites não discricionários*, no dizer de Freud, *do exercício dos podêres discricionários*". (Revista de Direito Administrativo, vol. II, pág. 693).

Com a Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936, a situação não se modificou. Os funcionários em disponibilidade, ativa ou passiva, não contemplados nas tabelas da lei. Conservaram-se afastados do quadro, ocupando terceiro o antigo lugar. A disponibilidade é *ativa*, porque se ressalva aproveitar o funcionário, de futuro, ao contrário do que acontece com o em disponibilidade *inativa*. Desliga-se, contudo, do exercício do cargo, "no gôzo de alguns dos privilégios e garantias..." (cf. Themístocles Cavalcanti, Tratado de Direito Administrativo, vol. III, pág. 387). Sòmente de alguns, não se confundindo com a atividade, à qual volta, com o aproveitamento, a juízo da Administração (cf. Themístocles Cavalcanti, ob. e vol. cits., págs. 389-413). — Não claudicou, assim, o Ministério das Relações Exteriores por manter as condições dêsses funcionários, inalcançados pelas novas disposições, restritas aos quadros então estabelecidos.

Regular à sombra da legislação em vigor, não se transformou o ato com a pro-

mulgação de outras leis. Ou com a assinatura da Carta de 1937.

É verdade, não deixariam de proteger os acolhidos em seu bojo. O autor, porém, não foi dos beneficiados, omissos os mandamentos acêrca de seu destino.

As proibições posteriores não desfariam o afastamento consolidado sob legislação que o sancionava (cf. Beviláqua, Cód. Civil, vol. 1.º, 1931, páginas 99-100). A mudança do sistema não aproveitaria os funcionários visados anteriormente, salvo clara outorga nesse sentido. Isso não ocorreu, na espécie, sempre deslembrados os inativos nas alterações subseqüentes.

Não estava, em conseqüência, o Govêrno forçado a reverter o autor em cargo das novas carreiras instituídas, persistindo o fundamento da disponibilidade, os superiores interêsses do Brasil, ainda não passasse de um eufemismo, a encobrir a vontade discricionária dos ocupantes do poder.

Aliás, lacuna houvesse, seria sanada diante de manifestação do prejudicado, de acôrdo com o rumo traçado na Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936 (Disposições Transitórias, art. 6.º).

Segundo o art. 45 do Decreto n.º 24.239, de 15 de maio de 1939, a reversão, ou a nova nomeação, não era obrigatória, tanto se previa cinco anos após, a aposentadoria, compulsòriamente, inaproveitado o funcionário.

O Decreto-lei n.º 791, de 14 de outubro de 1938, no entanto, revogou expressamente *todo* o Decreto n.º 24.239, de 15 de maio de 1934 (art. 46). Dessa forma, os funcionários em disponibilidade do Ministério das Relações Exteriores, na data da publicação dêsse decreto, não mais ficaram sujeitos à aposentadoria, cumprindo o qüinqüênio da disponibilidade. A lei nova não os alcançou, nem os equiparou, para os efeitos acima, aos cargos criados. Tão só aos funcionários em exercício que se ajustavam à padronização imposta (artigo 33, § 2.º).

Os dispositivos que vieram autorizar a aposentadoria compulsória, depois dos cinco anos de disponibilidade, para os Diplomatas da classe M, não conseguiriam atingir o autor, que não era Diplomata classe M, sim Cônsul Geral, em disponibilidade.

Nem se diga que em lugar correspondia ao outro.

Ao tempo da disponibilidade do autor a carreira dos Cônsules distinta da dos Diplomatas. — Quando equiparadas, já em disponibilidade, não lhe tocando os regulamentos posteriores. Não o incluiu o quadro dos Cônsules Gerais remanescentes (24), todos em atividade. Não passou a figurar na classe M, da carreira única de *Diplomata*, então estabelecida.

A lei em vigor, em outro de 1940, só facultava a aposentadoria compulsória de determinados funcionários (das classes M e N da carreira de Diplomata), olvidando-se de qualquer outro (art. 33, § 2.º). Talvez fôsse um cochilo do legislador, abandonando os demais adstritos, até aí, a essa natureza da aposentadoria, em virtude de leis anteriores, explicitamente revogadas, por inteiro (art. 46). A pretexto de interpretação não será permitido ao julgador, neste instante, estender a outrem uma medida restritiva de direitos (cf. Carlos Maximiliano. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 1925, n.º 287, págs. 251-253), agora limitada a uns, aliviados aquêles de seu alcance, pela abolição dos preceitos que a apoiavam.

Tornou-se perfeita a disponibilidade do autor sob o regime do Decreto n.º 24.239, de 15 de maio de 1934. Por êsse diploma estaria sujeito à aposentadoria compulsória, dentro de cinco anos, não revertido à atividade. Todavia, antes de decorridos, sem fôrça a cominação voltou a reger-se pelo regime comum, desde que omisso a respeito dos antigos funcionários; o especial, relativo aos componentes do Ministério das Relações Exteriores.

A aposentadoria compulsória do autor não se ampararia no disposto no art. 33, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 791, de 14 de outubro de 1938, a referir com exclusividade aos Diplomatas das classes M e N, em que não se transformou.

Passou, pois, a propósito, a subordinar-se aos Estatutos dos Funcionários Públicos, que não contempla a aposenta-

doria compulsória, em semelhantes circunstâncias, sem embargo de prevalecer para os Diplomatas, não obstante a Carta de 1937 (art. 157), ou os referidos Estatutos (art. 193), a criação de outras hipóteses solucionáveis com o remédio.

Irregular, enfim, a aposentadoria, nos têrmos em que expedida, procedendo a ação, em parte, para invalidá-la, retornando o autor à situação em que permanecia, com as naturais conseqüências. Não fica a Fazenda, porém, compelida a satisfazer outras diferenças, desobrigada de reintegrá-lo, em 1936, ou 1937, como se decidiu. Ou a cobrir-lhes os danos morais, reparado econômicamente o êrro da aposentadoria (cf. Revista dos Tribunais, vol. 176/228).

Nem se contempla com honorários de advogado, desconhecidas, aqui, quaisquer das ocorrências previstas em lei (Código de Processo Civil, art. 64).

Prejudicado fica, por outro lado, o restante do pedido.

E assim deixo decidido, pagas as custas, em proporção.

Recorro de ofício para o Egrégio Tribunal Federal de Recursos, subindo os autos, oportunamente".

Com o recurso de ofício, subiram apelações do autor e da ré, ambos insatisfeitos com o decidido.

Parecer da douta Subprocuradoria, a fls. 172, pelo provimento do recurso da União.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aguiar Dias (Relator): — Confirmo a sentença apelada, Sr. Presidente, pelos seus doutos fundamentos.

Trata-se de diplomata pôsto em disponibilidade ativa e que foi irregularmente aposentado. Deu-lhe a sentença a situação anterior, garantindo a disponibilidade que tinha. Não lhe deu honorários de advogado porque indevido na espécie.

Eu confirmo integralmente, negando provimento a todos os recursos.

DECISÃO

A seguinte:

Negou-se provimento ao recurso de ofício e a ambos os recursos voluntários, por unanimidade de votos. Os Srs. Ministros Henrique D'Avila (Revisor) e João José de Queiroz votaram com o Sr. Ministro Relator. Não compareceu o Exmo. Sr. Ministro Macedo Ludolf, por se achar convocado para funcionar no Egrégio Supremo Tribunal Federal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Henrique D'Avila.

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte.