LICENÇA À FUNCIONÁRIA CASADA COM FUNCIONÁRIO — ANALOGIA

— E' de aplicar-se o art. 180 do Estatuto dos Funcionários em favor da funcionária casada com funcionário que se afastar do país, para prestar serviços à organização das Nações Unidas, nos têrmos do Decreto-lei n.º 9.538, de 1-8-46.

— Ao direito administrativo não repugna, em princípio, a aplicação analógica.

— Interpretação do art. 180 do Estatuto dos Funcionários.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

No processo n.º 9.356-46, do D. A. S. P., em que Gilta Maria Henault de Medeiros Gentil solicita concessão de licença nos têrmos do art. 180 do Estatuto dos Funcionários, o Sr. Consultor Jurídico emitiu o seguinte parecer:

"1. O art. 180 do E.F. confere à funcionária casada com funcionário federal, ou militar, direito à licença, sem vencimento ou remuneração, quando o marido fôr "mandado servir *independentemente de solicitação*, em outro ponto do território nacional ou no estrangeiro".

2. Gilta Maria Henault de Medeiros Gentil requereu, com fundamento no dispositivo indicado, licença para acompanhar seu marido, autorizado pelo Exmo. Sr. Presidente da República a prestar serviços à Organização das Nações Unidas, em Nova York.

3. Não tendo sido compulsório o afastamento do servidor porque precedido sòmente de *autorização* e não de determinação do Exmo. Sr. Presidente da República, nos têrmos do Decreto-lei n.º 9.538, de 1-8-46, indaga-se da legalidade da concessão.

4. Em verdade, segundo a regra estatutária, é requisito para o deferimento do pedido que o afastamento do marido ocorra em cumprimento de ordem superior. Constrangido a mudar de domicílio, foi assegurado ao funcionário chefe da sociedade conjugal (Cód. Civil, art. 233) o direito de ter ao seu lado aquela que assumiu pelo casamento "a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família" (Código Civil, art. 240). À mulher funcionária, em tais circunstâncias, se permitiu licenciar a fim

de colocar, acima dos deveres impostos pelo cargo público, os decorrentes do matrimônio. Procurou a lei evitar, desta forma, o conflito entre deveres disciplinares e matrimoniais. Se, porém, o exercício em outro local é solicitado pelo funcionário, a separação dos cônjuges não se dará por conveniência do serviço, mas por fôrça de interêsse privado. O marido procura, neste caso, satisfazer a uma aspiração ou desejo pessoal, sem injunções funcionais. Deverá conciliá-lo com a disciplina a que a espôsa está sujeita como ocupante de cargo público. Havendo separação do casal, o fato terá ocorrido por deliberação tomada voluntàriamente pelo chefe da sociedade conjugal, a quem cabe fixar e mudar o domicílio da família. Convencido da conveniência e da oportunidade de exercer suas funções fora do local onde a espôsa também as desempenha, poderá concordar com a separação ou constrangê-la a acompanhá-lo, ainda que esta venha a sofrer por isto penas disciplinares. Tudo será conseqüência do impulso voluntário de solicitação da mudança.

E' ainda circunstância relevante para caracterizar o propósito legal não conferir a lei ao marido funcionário direito à licença para acompanhar a espôsa transferida. A concessão só é dada quando o removido é o chefe da sociedade conjugal.

5. No caso do afastamento, permitido pelo Decreto-lei n.º 9.538, o Presidente não o determina, não o ordena; apenas o autoriza (art. 1.º). Não sendo compulsório, porque dêle poderá escusar-se o funcionário, sem incorrer em sanções disciplinares, o afastamento, todavia, não depende da iniciativa pessoal ou da opção voluntária do interessado.

"Em qualquer caso, caberá ao Departamento Administrativo do Serviço Público propor a concessão do afastamento, a convite nominal ou mediante seleção, bem como fazer as devidas comunicações e os expedientes complementares necessários" (art. 4.º).

6. Assumiu o Govêrno nacional compromissos em virtude da guerra e entre êstes o de participar da Organização das Nações Unidas. Na Secretaria desta devem trabalhar servidores de todos os países interessados. Sòmente os que forem julgados em condições para a missão é que poderão afastar-se do país. A iniciativa individual e a solicitação pessoal não têm cabimento e não podem ter acolhida.

Como se vê, não há "determinação", sem "solicitação" no sentido estatutário. O afastamento resulta de um conjunto de providências da administração e do acôrdo do servidor.

O afastamento obedece a um processo de seleção privativo da administração e visa possibilitar ao Govêrno a participação em serviços de natureza internacional.

7. A finalidade do afastamento satisfaz antes o interêsse nacional que o do servidor. Perceberá êste vantagens da entidade estrangeira, mas contará todo o tempo de serviço prestado no estrangeiro, para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade (art. 2.º), como se estivesse em exercício do cargo de que é titular no país.

8. Não pode, evidentemente, tal situação, reger-se pelos princípios que orientam o afastamento voluntário.

A hipótese mais se aproxima do afastamento no interêsse do serviço, por determinação superior. E' de aplicar-se, a meu ver, o art. 180 do E.F., por analogia, que é processo de interpretação legalmente autorizado, salvo em matéria penal: "Quando a lei fôr omissa, o juíz decidirá o caso de acôrdo com a *analogia*, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4.º do Decreto-lei n.º 4.657, de 4-9-42 — Nova Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro").

Conforme é corrente em doutrina:

"A analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ela não previstos".

"...funda-se na identidade da razão ou na semelhança dos motivos da lei". (Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, vol. I, art. 7.º, da ant. Intd.).

Para ser legítima a invocação, a analogia:

"Pressupõe: 1.º, uma hipótese não *prevista*, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2.º, a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3.º, êste elemento não pode ser qualquer e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo" (Carlos Maximiliano, *Herm. e Ap. do Direito*, 3.ª ed., 1941, págs. 256-257).

"Pela interpretação *analógica* aplica-se a lei a casos novos e não previstos por ela, nos quais se dão os mesmos motivos *fundamentais* e *gerais* que no caso previsto" (Paula Batista, *Teoria e Prática, e Herm. Jur.*, 8.ª ed., 1935, pág. 234).

Para Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, a *analogia* consiste na "aplicação de uma regra de direito, reguladora de certas e determinadas relações, a outras relações, que têm afinidade ou semelhança com aquelas, mas para as quais não está ela estabelecida..."

"...êsse processo tem por fundamento a identidade da *ratio legis*, inspirando-se no princípio que, onde existe a mesma razão de decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*". (*A lei de Int. ao Código Civil Brasileiro*, vol. I, 1943, pág. 131).

A noção de *analogia* dada pelos autores nacionais é também a corrente na doutrina estrangeira.

Ao direito administrativo não repugna, em princípio, a aplicação analógica, regra expressamente prevista no direito comum.

"Per l'interpretazione delle norme del diritto amministrativo valgono, di regola, gli stessi principi, *che disciplinano l'interpretazione delle norme giuridiche"*. (A. Lentini, *"Inst. di Dir. Amm."*, 1939, vol. I, p. 61, n.º 12).

"Ma molte norme di diritto pubblico studiate dal diritto amministrativo sono suscettive di aplicazione *per* analogia, *perchè, come già si é detto, il diritto pubblico constituisce* jus commune *quanto il diritto privato"*. (E. Presutti, *"Ist. di Dir. Amm. It."*, 1931, 3.ª ed., vol. I, p. 97).

A propósito da aplicação das normas do direito comum (direito civil) ao direito administrativo, informa F. D'Alessio:

"Ma oggi sarebbe une considerare il diritto amministrativo come un diritto eccezionale; ...e quindi un diritto autonomo indipendente cui patronno applicarsi tutte le norme di interpretazione". (*Ist. di Dir. Amm.*", 1932, vol. I, página 157).

9. No caso presente, a conseqüência da invocação da analogia é permitir que a mulher funcionária, fiel aos deveres do matrimônio, acompanhe o marido em missão ao estrangeiro. A licença não envolve percepção de vencimento e deverá vigorar pelo tempo que durar a nova função do marido.

Como se vê, a interpretação analógica se impõe para solução do caso em exame, verificando-se, como se verificam, todos os pressupostos indicados na doutrina.

Em conclusão: E' de aplicar-se o art. 180 do E.F. em favor de funcionária casada com funcionário que se afastar do país, para prestar serviço à Organização das Nações Unidas, nos têrmos do Decreto-lei n.º 9.538, de 1-8-46.

E' o meu parecer. — *S.M.J.*.

D.F., 16-11-46. — *Carlos Medeiros Silva,* Consultor Jurídico.

Despacho do Senhor Diretor-Geral: Defiro o pedido de acôrdo com o parecer. Ao S.A., para os devidos fins.

Em 21-11-46. — *A. M. Baltar.*