ATO ADMINISTRATIVO — PODER DISCRICIONÁRIO

— O ato discricionário está sujeito ao requisito de forma.

— O ato baseado em processo inexistente, se deve considerar incompleto e sem causa.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

União Federal *versus* Otávio Fialho e outros
Recurso Extraordinário n.º 19.720 — Relator: Sr. Ministro
OROSIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n.º 19.720, recorrente União Federal, recorridos Otávio Fialho e outros.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, segunda turma, integrando neste o rela-

---

COMENTÁRIO

CONTRÔLE DOS MOTIVOS NOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

I — Em comentário anterior nesta Revista, * tivemos ensejo de apreciar a acolhida, no Supremo Tribunal Federal, da teoria da inexistência dos motivos como fundamento à nulidade dos atos adminis-

1 Vol. 36, ps. 78/81.

tório retro e na conformidade das notas taquigráficas precedentes, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas da lei.

Rio, 17 de junho de 1952 (data do julgamento). — *Orosimbo Nonato*, Presidente e Relator.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Determinou-se a convocação regimental, declarando impedimento os Srs. Ministros Lafayette de Andrada, Afrânio da Costa, Ábner de Vasconcelos e Rocha Lagoa.

Deixaram de comparecer os Excelentíssimos Srs. Ministros Edgar Costa e Hahnemann Guimarães, por se acharem em gôzo de licença, sendo substituídos, respectivamente, pelos Exmos. Srs. Ministros Afrânio da Costa e Ábner de Vasconcelos.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — Decidiu o egrégio Tribunal Federal de Recursos, pelo acórdão de fls. 208, que na vigência da Lei Constitucional n.º 2, de 16 de maio de 1938, podia o Govêrno aposentar funcionários civis cujo afastamento se impusesse a juízo exclusivo da Administração, no interêsse do serviço público ou por conveniência do regime" (vêde fls. 208 e 216). Houve, porém, embargos, que tiveram êxito feliz, tomando-se, então, o venerando acórdão de fls. 244, *verbis*:

"Ementa: Aposentadoria no interêsse do serviço público. Ato discricionário e ato de império; distinção. Ao contrário do ato de império, o ato discricionário não escapa à apreciação funcional do Poder Judiciário. Quando motivado, ou quando a lei o permite por motivos mais ou menos definidos, o ato discricionário pode ser aquilatado em razão dêsses motivos determinantes. Falhando ou inexistindo a causa, é ilegal o ato.

"Acórdão: Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos na apelação cível n.º 1.483, do Distrito Federal, em que são embargantes Otávio Fialho e outros e embargada a União Federal:

"Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena e por maioria de votos, vencidos os Srs. Ministros Relator e Alfredo Bernardes, receber os embargos, na conformidade das notas taquigráficas em anexo, que ficam fazendo parte integrantes dêste.

Rio, 22 de agôsto de 1951. — *Cunha Vasconcelos Filho*, Presidente. — *João José de Queirós*, Relator designado."

Daí, o presente recurso extraordinário, pedido nos têrmos de fls. 246 e seguintes:

---

trativos. Revisamos, na oportunidade, a evolução da jurisprudência nacional na progressiva aceitação da análise da matéria de fato como instrumento necessário ao contrôle da legalidade.

Não há, nessa perquisição da prova, nenhuma ingerência jurisdicional no mérito do ato administrativo, ou seja, na porção discricionária, de livre cogitação do administrador. Os dados probatórios são compulsados, mitigadamente, pelo juiz com o fito exclusivo de exercer o diagnóstico, que lhe é peculiar, da legitimidade — e jamais da conveniência e oportunidade — do ato administrativo.

As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, sòmente podem ser aferidas mediante o conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado.

Dai a conhecida síntese de Paul Duez de que "o poder do juiz de verificar a legalidade não se limita, estrita e necessàriamente, ao exame

"Não conformada com o V. Acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Pleno, a fls. 244 e v. dos autos da Apelação n.º 1.483, a União Federal vem tempestivamente (publicação fls. 244 v. e art. 245 e 22 do Regimento Interno) interpor o presente Recurso Extraordinário para o colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 101, III, alínea *a* e *d*, da Constituição, desde que a mesma decisão afrontou a letra do art. 197, alínea *a* — redação antiga — do Estatuto dos Funcionários Públicos (Decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-1939) e a do art. 177 da Constituição de 1937, bem como entrou em divergência com iterativa Jurisprudência do Excelso Pretório (sem aludir à dêste Tribunal) manifestada, muito especialmente, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 12.834 e nos interpostos nos autos das Apelações Cíveis ns.º 1.161 e 24 (numeração do Tribunal Federal de Recursos).

Quanto ao fundamento na letra *a* cabe acentuar o seguinte:

"Proferido o V. Acórdão de fls. 208, que rejeitou a argüição de inconstitucionalidade, a egrégia 1.ª Turma deu provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário da União.

Fê-lo, entretanto, por maioria, propiciando embargos providos também por maioria decorrendo daí ofensa frontal ao art. 197, letra *a*, do Estatuto dos Funcionários Públicos e, em conseqüência, também ao art. 177 da Constituição n.º 2, de 16-5-38, que restabelecera, por tempo indeterminado, a vigência do mencionado art. 177, e ao artigo único da Lei Constitucional n.º 12, de 7-11-45, que revogou o mesmo art. 177.

Efetivamente, desprezada, pelo Tribunal Pleno, a argüição de inconstitucionalidade, permaneceu no tablado, em sua inteireza, a disposição autoritária que concedia ao Govêrno, a seu exclusivo juízo, a faculdade de aposentar ou reformar servidores públicos, têrmos em que não se apresentava lícito, *data venia*, investigar os motivos da aposentadoria dos recorridos, de nenhuma interferência, por outro lado, no debate, a Lei Constitucional n.º 12, que se limitou a revogar, desde a sua vigência, ou seja, a partir de 7 de novembro de 1945, o malsinado art. 177, e mais especìficamente na hipótese, o Decreto-lei n.º 8.253, de 29-11-45, que deu nova redação ao art. 197 do Estatuto dos Funcionários Públicos, excluindo a regra contida na alínea *a* do mesmo dispositivo.

No alusivo à letra *d* do art. 101, III, da Constituição, cabe assinalar que a respoitável decisão recorrida — sôbre não ter atendido ao preceituado no V. Acórdão de fls. 208 do egrégio Tribunal Pleno, que rejeitara a argüição de inconstitucionalidade — deu aos textos

---

das questões de direito; êle adquire o poder de apreciar certos fatos quando êles estão ìntimamente ligados à questão de legalidade. Assim, a oposição legalidade — oportunidade não corresponde à oposição questão de direito — questão de fato. [2]

II — O acesso do juiz à intimidade do ato administrativo é, em suma, uma das ferramentas de seu mister jurídico. Os seus critérios e preferências pessoais sôbre os rumos da administração não podem contaminar a apreciação que lhe incumbe emitir sôbre a legalidade dos atos administrativos. Com referência aos motivos — já assinalei documentadamente, naquele trabalho anterior — a sua investigação jamais excederá ao tema da *existência* material ou jurídica dêles. A *valorização* dos motivos é matéria afeta, privilegiadamente, à consideração do administrador no exercício do poder discricionário.

---

2 Paul Duez, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935, p. 12.

invocados, interpretação diversa da que lhe atribuiu o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento unânime do Recurso Extraordinário n.º 12.834 (recorrente: Dr. Raul de Freitas Bocanera; recorrido: Estado do Rio Grande do Sul) e dos Recursos Extraordinários por nós interpostos nos autos da Apelação Cível n.º 24 (numeração do Tribunal Federal de Recursos) em que foi recorrente a União Federal e recorrido o Cônsul Henrique Pinheiro de Vasconcelos, e nos da Apelação Cível n.º 1.161 (numeração também dêste Tribunal) sendo recorrente a União e recorrido o Cônsul Ildefonso Navarro Leitão.

Quanto ao Recurso Extraordinário n.º 12.834, citado, a respectiva emenda declara:

"Recurso Extraordinário. Art. 177 da Constituição de 1937. Lei Constitucional n.º 2, de 1937. Sua aplicação regular. Os juízes não estavam afastados de incorrerem nesses dispositivos".

"A teor dos votos do Relator — Ministro Lafayete de Andrada — e de V. Exa., verifica-se que o Pretório Excelso, contràriamente ao ponto de vista vencedor no V. Acórdão ora recorrido, não só considerou constitucional o restabelecimento do art. 177 da Constituição de 1937, "porque estava o Presidente da República investido das funções legislativas, podendo decretar leis, praticar os atos que competiam ao Parlamento Nacional", como também declarou que "A Lei Constitucional (a de número 12) que baniu da nossa legislação o art. 177, não tem efeito retroativo, não pode reparar ou alterar situações jurídicas firmadas anteriormente."

"Dessa lei em diante — continua o julgado — não mais poderiam ser aposentados funcionários e magistrados pelos motivos constantes do art. 177, mas sua aplicação não retroagiu. Nenhuma disposição deu êsse efeito. Sem dúvida que as leis constitucionais e a Constituição têm efeitos imediatos. Êsses efeitos regulam todos os casos, claro, porém, que a partir de sua vigência; os fatos já ocorridos são mantidos. Cumpre assinalar que a Lei Constitucional n.º 12 apenas revogou o art. 177, não anulou a sua aplicação anterior, como o poderia ter feito."

"Diante do exposto, a União Federal pede e espera da eminente autoridade de V. Exa., a admissão do presente Recurso Extraordinário, que deverá ter o prosseguimento previsto nos arts. 246 e seguintes do Regimento Interno.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 1951. — *Alceu Barbedo*, Subprocurador Geral da República."

Razões a fl. e fls. (ler).

A própria enumeração dos motivos sòmente é obrigatória quando a lei assim o determine, ou melhor, quando o ato está legalmente vinculado a motivos pré-estabelecidos. É característico do chamado ato discricionário a ausência de motivação, podendo o administrador silenciar sôbre a causa determinante de seu procedimento.

III — Se, no entanto, o administrador, embora desobrigado de explicitar os motivos do ato, manifesta, *ex abundantia*, os alicerces de fato de sua decisão, abre-se ao juiz a possibilidade de excogitá-los.

Observei, em monografia escrita há cêrca de quatro anos, que "não é preciso que a lei tenha previsto os motivos do ato (hipótese de vinculação), ou que determine ao agente a obrigação de enunciá-los. Se não é obrigatória a motivação, mas o agente manifesta de forma expressa, os fundamentos da decisão, poderá o Juiz examinar-lhes a exatidão. [3]

3 Caio Tácito, *Desvio de poder em matéria administrativa*, Rio, 1951, p. 26.

Falou, por derradeiro, o eminente Procurador Geral da República, Exmo. Sr. Dr. Plínio Travassos. Disse S. Exa.:

"O recurso foi manifestado com fundamento nas letras *a* e *d* do art. 101, n.º III, da Constituição federal, e visa a reforma do venerando acórdão de fls. 244, que reformou o de fls. 216.

Como salienta o ilustre Dr. Subprocurador Geral da República, em suas razões de fls. 251, o venerando acórdão recorrido decorreu de simples maioria ocasional, pois até então as decisões em casos idênticos, proferidos por êste egrégio Tribunal, foram sempre divergentes da recorrida, como as proferidas nos Recursos Extraordinários ns.º 16.200 e 17.748, em que foram recorrentes os diplomatas Drs. Henrique Pinheiro de Vasconcelos e Ildefonso Navarro Leitão, como se poderá ver nos *Diários da Justiça* de 19-7-1950 e de 5-1-951.

Assim, peols bem deduzidos fundamentos da petição de fls. 246-249 e das razões de fls. 251-253, somos pelo conhecimento do recurso, por ambos os fundamentos e pelo seu provimento.

Distrito Federal, 4 de abril de 1952. — *Plínio de Freitas Travassos*, Procurador Geral da República."

A julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Relator) — No venerando acórdão de fls. 216, cuja reforma provocou o presente recurso extraordinário se enuncia que "na vigência do art. 177 da Carta de 1937, vivificado pela Lei Constitucional n.º 2, de 1938, podiam ser aposentados de acôrdo com a legislação em vigor os funcionários civis cujo afastamento se impusesse a juízo exclusivo do Govêrno, no interêsse do serviço público ou conveniências do regime.

Em tais casos, por fôrça de preceito inelutável, não se podia fazer sentir a censura do Judiciário.

Se êste, como órgão da soberania, tem sua função específica em "dizer", em "declarar" o direito, nos casos litigiosos, é certo, entretanto, que a lei política suprema de então retirava o caso do âmbito de sua jurisdição.

E fôrça era se atendesse ao preceito, não obstante a dureza da ordem, que êle encerrava.

Funda-se o venerando aresto recorrido em que, ao revés do ato de império, pode o ato discricionário incidir na apreciação funcional do Poder Judiciário, quando motivado ou quando a lei o permite por motivos mais ou menos definidos.

O reconhecimento da existência de ato discricionário não importa o da existência de uma "órbita do abuso", de um "campo de ilimitada expansão, onde a autoridade possa matar a fome do arbítrio ou saciar a sêde da violência", como se exprime Nogueira Itagiba (*O Pensamento Político Universal e a Const. Bras.*, vol. I, pág. 637).

Não é nova essa tendência, que Maurice Hauriou condensava, no início do século, nessas palavras:

"Qu'une autorité administrative ait motivé son acte parce qu'elle y était obligée, ou qu'elle l'ait fait spontanément sans y être obligée, le motif n'en est pas moins incorporé, à l'acte et n'en appartient pas moins au juge." [4]

Mesmo nos casos em que a motivação não é legalmente obrigatória cabe ao juiz examinar os fatos invocados pela administração, a fim de controlar o excesso de poder que macule a legalidade do ato.

IV — O acórdão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 19.720, representa a aplicação, em nossa jurisprudência, dêsse conceito de auto-limitação do poder discricionário. Obser-

4 Maurice Hauriou, *Nota sobre* affaire Grazetti, 1902.

E corrobora Velasco, citando Goodnow e Haurion:

"... *el poder discrecional sigue siendo juridico no un poder arbitrario, es una discreción legal por razon de la cual no puede adoptar medidas arbitrarias, caprichozas, inquisitoriales e opresivas*" (*El Acto Administrativo*, págs. 156-157).

Está, assim, sujeito a temperamentos que possam derivar do *détournèment de pouvoir*, consoante a lição de Garcia Oviedo (*Der. Adm.*, 2.ª ed., págs. 80-81): "*La Administración puede obrar de dos maneras: discrecional e reglada mente. Obrar regladamente, significa tener que ajustar su actuacion a contenido requisitos o limites dictados por una norma o precepto anterior. Obrar discricionalmente equivale a obrar libremente, "si bien acomodando la conducta a un fin publico especifico": fin fiscal, fin de policia, etc. La differencia entre el acto discrecional y el acto arbitrario percibese ahora claramente: es una differencia teleologica. El acto discrecional se convierte en acto arbitrario cuando la Administración no ajusta su conducta al fin en vista del cual a ley lo autorizó; si por ejemplo, la Administración realizó un autorizada por una ley de policia o de sanidad con un fin fiscal e politico.*

"*Este es el caso de la llamada "desviación de poder*: d'tournément de pouvoir..."

"Não importa para que se reconheça a situação discricional, que haja lei, desde que esta permita à Administração operar com liberdade de movimento".

É o que ainda pondera Garcia Oviedo: "*Es de advertir que la discrecionalidad se da tanto cuando no hay normas — y suee ser mayor — que cuando as hay, pero permittiendo al administrador obrar con liberdad de movimientos*" (liv. cit., pág. 81, nota).

A só limitação, pois, que se arma contra a expansão do ato discricionário é a vedação do desvio de poder, aplicação, no campo administrativo, da doutrina do abuso do poder, com a qual, entretanto, não se confunde inteiramente (vêde Henri Welter, *Le Contrôle Jurisdicitionel de la Moralité Administrative*, págs. 85 e seguintes).

O *dètournement de pouvoir* que se pode opor aos desmedimentos no exercício do ato discricionário é um caso especial de excesso de poder, de extralimitação, como diz Fleiner (*Der. Adm.*, trad. espanhola, pág. 119), e que Haurion pretende caracterizar dêste modo: "*Le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui... tout en ne commetant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que cets en vue desquels ce pouvoir lui a été conferé...*" (*Prècis*, ed. 1927, pág. 419).

Fica, então, como diz Haurion, a autoridade fiel à letra, mas *sai do espírito de sua função*.

---

va o ilustre relator, Ministro Orosimbo Nonato, na parte inicial de seu voto, que a disposição do art. 177 da Constituição de 1937, revigorada pela Emenda Constitucional n. 2, exprimia aspecto de discricionaridade absoluta, submetendo a medida de proteção ao regime e ao interêsse do serviço público ùnicamente à mensuração do Executivo, ou, segundo a terminologia constitucional, "a critério exclusivo do Govêrno".

Nesse diapasão afinou o entendimento jurisprudencial: "No regime da Constituição de 1937, era lícito ao chefe do Executivo aposentar a funcionários, ainda que sem motivação", declarou o Tribunal Federal de Recursos (*Revista Forense*, vol. 144, pág. 195; *Revista de Direito Administrativo* — vol. 24, pág. 111). "O reformado ou aposentado pelo art. 177 da Constituição não pode pretender a revisão ... da medida adotada, mesmo se injusta", por ser "insuscetível de

E, como já dizia, ainda Haurion na 5.ª edição de seu precioso livro *"il n'y a pas d'acte de l'Administración ou principe que l'on ne puisse atteindre par le détournement de pouvoir, si la preuve en peut être administré* (pág. 291).

Tudo isso é certo.

Advirta-se, porém, que é certo, em linha de princípio. E ainda aqui deve o juiz proceder *com caute et indicio* na análise da prova dos extremos do excesso do poder. O exame dos motivos do ato, considera-se Laferrière, citado em Haurion, *três délicat.*

E Rivet, citado em Henri Welter (*Le Contrôle*, pág. 36) ensina que *"l'autorité administrative, chargee par le législateur dassurer l'execution des lois, a reçu un pouvoir discretionnaire pour aprecier, dans chaque espéce, en faisant état des "circonstances de fact et, parfois, de raisons d'opportunité et de bonne administration", si le teste était ou n'était pas applicable".*

É exato que tais considerações não excluem o exame da ocorrência do excesso do poder. Põem, entretanto, em relêvo, o excepcional da anulação do ato, a essa conta, sem o que se retiraria à Administração a margem, que razão é se lhe reconheça, onde sua atividade se possa expandir com certa liberdade de movimentos.

No caso, entretanto, não se pode relegar a oblívio a situação política em que o princípio constitucional foi estabelecido e que representava para o Executivo, arma de usos amplíssimos, em nome das conveniências da administração e do regime novo que se criava, de origem caracterìticamente revolucionária. No julgamento da possibilidade da adptação dos funcionários a êsse regime diferente foi que se reservou ao Executivo função que excluía a intervenção de outros poderes.

Em tais casos é que é possível falar, como Velasco (liv. cit., pág. 158 *in fine*) em *"discrecionalidad absoluta, cuando los actos se abandonan integralmente al arbitrio del Poder ejecutivo, el cual, entonces, solamente provoca responsabilidades politicas".*

É certo, ainda, que aquêle regime não perdura, voltando-se a um sistema de garantias a cidadãos e a funcionários que lutam arca a arca com aquela *discrecionalidade absoluta.*

Tratava-se, porém, quando do advento do novo regime, de fato consumado que, na melhor censura de direito, fica sobranceiro à retroatividade, ainda da lei que estabelece garantias e define direitos.

Nem o caso é semelhável ao da restauração de garantias essenciais a um dos poderes soberanos do Estado, como na hipótese dos magistrados, a que se alude a fls.

---

exame judicial a motivação do ato do afastamento", proclamou o Supremo Tribunal Federal (*Revista de Direito Administrativo,* vol. II, pág. 724). O contrôle dos motivos de interêsse público "arredaria, contra texto expresso de lei, o juízo exclusivo do govêrno", afirmou o Ministro Orosimbo Nonato, com o apoio unânime da 2.ª Turma do Pretório Máximo (*Revista de Direito Administrativo,* vol. 28, pág. 98).

Firmada essa premissa de discricionaridade plena da aposentadoria em causa, entendeu, porém, o ilustre relator do feito — com o acompanhamento do voto do Ministro Nelson Hungria — que o Govêrno, tendo feito constar no preâmbulo do decreto a remissão a determinado processo, renunciou a essa faculdade discricionária e vinculou o seu ato à motivação alegada.

Ora, inexistindo o processo ali referido, são "tais atos *materialmente incompletos,* tornando-se patente sua desformalização". Daí a afirmação de nulidade do ato em virtude de falso motivo.

A causa, pois, nos aspectos assinalados não se mostra favorável aos recorridos.

Dá-se, porém, que a aposentadoria dos recorridos se deu "tendo em vista" o que consta de processos de numeração expressamente mencionada.

E tais processos não existem. Não houve inquéritos administrativos.

A informação de fls. 97, do Sr. Chefe do Departamento de Administração é terminativa:

"Não existem os processos ns.º 35-1943, 25-1943, 24-1943, 27-1943, 18-1943 e 16-1943. Êsses números de ordem correspondem apenas às aposentadorias determinadas pela autoridade superior ao órgão de pessoal incumbido de elaborar os atos, que tinham que ser feitos rigorosamente de acôrdo com o modêlo n.º V-8 (aposentadoria pelo art. 197 — em cargo de carreira "Modelos de Decretos" página 43) mandados adotar no serviço público pelas Portarias n.º 640, de 23-1940 e n.º 717, de 8-8-1940, do Departamento Administrativo do Serviço Público. Muitas vêzes se vê a administração em dificuldades para confecionar determinado ato por não se ajustar o mesmo aos modelos, criando, assim, dificuldade que as autoridades administrativas dos Ministérios procuram contornar, como no caso de que se trata."

O esclarecimento não pode deixar de ser recebido como expressão da verdade. Êle, entretanto, não pode alterar a declaração constante nos atos de aposentação dos recorridos: tais atos atenderam, declaradamente, *ao que constava do processo*. "Tendo em vista o que consta do processo n.º..." é o que se afirma naqueles atos. Entretanto, inexistem os processos a que êles aludem, o que torna tais atos *materialmente incompletos*, tornando-se patente sua desformalização.

Ora, ao revés do direito privado, o direito público é eminentemente formal.

Recaredo de Velasco:

"El derecho publico es esencialmente formal, y no puede acoger el punto de vista contrario, predominante en el derecho privado. La razón de esa diferencia no admite duda alguna. La decición, que en el particular es un fenômeno psicologico, para la Administración, es y a juridico, o era forma. E interés, como motivo causa o final, no rebasala propia apreciación del individuo en cambio, para la Administración, es externo y objetivo: el bien publico. Por lo tanto, en orden a la Administración: 1. Sin forma no hay decisión. 2. Sin forma no se puede descobrir el fin perseguido. Como cualidad esencial a los actos, y como garantia la forma es circunstancia inevitable en Derecho publico. Al particular le basta querer; la Administración necesita querer para un fin publico..." (liv. cit., págs. 195-196).

É a *communis opinio*, citando, ainda Velasco, no lance transcrito Gaston Jèze, Trentin, Meucci e Brunialti.

Se o ato mesmo discutido apresenta como base o que consta de determinado

---

V — Os fundamentos teóricos do voto vencedor mereceriam exame minucioso, não fôsse, *data venia*, a sua desconformidade com a matéria de fato, como bem assinalou o Ministro Luís Gallotti, vencido na causa.

Em que têrmos se evidenciaria, no caso, a motivação do ato administrativo? Nas expressões, integrantes do decreto de aposentadoria, de sua lavratura "tendo em vista o processo n....". Tal referência numérica não correspondia, porém, a processo pròpriamente dito, mas ao expediente em que, sem enunciação de razões, foi determinada pelo Govêrno a aposentadoria dos recorridos. Não houve, assim, a alegada renúncia ao teor discricionário da competência, executada em sua plenitude. A ordem administrativa, que se materializou formalmente no ato da aposentadoria, não foi senão a livre manifestação do

processo (*verbis*, tendo em vista o que consta...) e se êste processo inexiste, o ato se mostra materialmente incompleto e apresenta como fundamento o nada.

O ato discricionário está sujeito, também, ao requisito da forma (vêde Seabra Fagundes (*O Contrôle de Atos Adm.*, 2.ª ed., pág. 95, citando Aurelino Leal, Rui Barbosa e Bonard), e, demais disso, aludindo a fundamento que constaria de processo (*tendo em vista o que consta*) apresentou causa fora do exercício do poder descricionário.

Assim, conheço do recurso pela letra *d*. E, passando a julgar a causa, nego provimento ao apêlo, tendo em vista as razões expostas.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Hungria — Sr. Presidente, nego provimento ao recurso, nos têrmos do voto do eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Sr. Presidente, estou de acôrdo com V. Exa. quanto ao conhecimento do recurso. Relativamente ao mérito, sem embargo do voto magistral que V. Exa. acaba de proferir, peço vênia para dar provimento ao recurso, coerente com meus pronunciamentos anteriores. Se o ato se reportasse a qualquer falta apurada em processo existente e nesse processo a tôda evidência, nada constasse contra o aposentado, estaria eu de acôrdo com V. Exa. O ato faz, porém, referência a processo que consistiu apenas na ordem para ser o mesmo ato lavrado, mera formalidade burocrática, como bem acentuou V. Exa., e isso, a meu ver, raramente significa que a autoridade apenas usou da faculdade discricionária que então lhe outorgara a Constituição de 1937.

Assim, conhecido o recurso, dou-lhe, *data venia*, provimento, de acôrdo com meus votos anteriores e a jurisprudência do Tribunal em casos análogos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Conheceram do recurso unânimemente e negaram-lhe provimento contra o voto do Sr. Ministro Luís Gallotti.

Impedidos os Exmos. Srs. Ministros Lafayete de Andrada, Rocha Lagoa, Ábner de Vasconcelos e Afrânio Costa, sendo os dois últimos substitutos, respectivos, dos Exmos. Srs. Ministros Hahnemann Guimarães, que se acha em gôzo de licença, e Edgard Costa, que se acha afastado, para ter exercício no Tribunal Superior Eleitoral.

Compareceram, convocados na forma regimental, os Exmos. Srs. Ministros Luís Gallotti e Nelson Hungria, à vista dos impedimentos verificados.

"juízo exclusivo do govêrno" que, por sua essência, excedia ao plano da perscrutação judicial.

A motivação sintética, que se cuidou afirmada na remissão introdutória ao ato, não bastaria, aliás, para exaurir o conteúdo discricionário da medida que, dentro do sentido autoritário a ela emprestado na Constituição de 1937, era, essencialmente, ato político de defesa do regime e das instituições administrativas moldadas à sua imagem.

Ousamos, portanto, consignar a nossa modesta discrepância com a maioria vencedora da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sem embargo da fidelidade à opinião de que a motivação voluntária do ato administrativo possibilita, em tese, o contrôle jurisdicional de sua exatidão material ou jurídica.

CAIO TÁCITO

Professor na Fac. de Direito do Rio de Janeiro e Consultor Jurídico do D.A.S.P.