FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CARGO EM COMISSÃO — DEMISSÃO — TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES — ATOS DISCRICIONÁRIOS

— O afastamento de servidor de cargo em comissão não está condicionado a qualquer motivo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Luís Rey *versus* Fazenda do Estado
Apelação cível n.º 195.140 — Relator: Sr. Juiz
J. M. ARRUDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n.º 195.140, da comarca de São Paulo, em que é apelante Luís Rey, sendo apelada a Fazenda do Estado: Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, pagas as custas pelo apelante.

O Dr. Luís Rey, médico atualmente residindo no México, promoveu ação ordinária contra a Fazenda do Estado e contra a Universidade de São Paulo dizendo, em resumo, que em agosto de 1951 fora nomeado pelo então Governador do Estado para o cargo de Assistente, padrão K, de tempo integral, do grupo I, da PP, do Quadro da Universidade de São Paulo, lotado na Faculdade de Medicina, enquanto durasse o impedimento de outro funcionário. Depois, em junho de 1954, ocorrida a vaga do cargo em virtude de exoneração daquele servidor, foi ele autor nomeado para exercer, em comissão, esse mesmo cargo já então no padrão R.

Em seguida, por ato de outro Chefe do Executivo estadual, foi exonerado de suas funções na Universidade de São Paulo, procedimento esse baseado no Ato Institucional n.º 1, e "à vista do inquérito policial-militar que lhe moveu a Comissão Geral de Investigações".

Acontece, porém, que tal Comissão jamais apurou qualquer irregularidade na conduta dele autor como, em ofício de 23/10/1964, afirmou o Almirante Paulo Bosísio, presidente da mesma.

Com tais esclarecimentos, pediu o autor a anulação daquele ato de demissão, sendo ele reintegrado na função que vinha exercendo na Universidade de São Paulo. Invocou a propósito o art. 11 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo e lembrou, na lição de Francisco Campos, que "desaparecido, por verificada a sua improcedência, o motivo determinante do ato, motivo sem a convicção da qual a Administração não teria agido como o fez, claro que a conseqüência lógica, razoável e legítima deva ser, com a quota do motivo, a do ato que nele se originou ou que o teve como causa declarada e suficiente".

A Fazenda do Estado contestou a ação depois de a Universidade, por seu Magnífico Reitor, haver admitido essa defesa como legítima e abrangendo os interesses dela.

A contestação negou o direito pretendido, por isso que no caso teriam sido observadas as formalidades extrínsecas exigidas pela lei, não sendo, assim, possível reexame da demissão pelo Judiciário. Além disso, o autor era servidor em comissão e, portanto, demissível *ad nutum* e dispensável, em conseqüência, a indicação dos motivos determinantes do ato do Governo.

O magistrado acolheu a defesa, julgando improcedente a ação com custas e honorários de advogado a cargo do vencido que, não conformado, apelou da sentença, renovando na oportunidade os argumentos antes apresentados e não acolhidos.

O apelo, em verdade, não merece acolhida, negando-se provimento ao mesmo.

O autor, como salientou o magistrado, exercia, em comissão, cargo de Assistente, padrão R, na Universidade de São Paulo. Como tal, era demissível *ad nutum*, dispensado, portanto, o Governo do Estado de qualquer justificativa de seu ato.

Os argumentos do apelante impressionam pela forma como foram lançados e pelo respeito que merecem os advogados por ele constituídos. Mas a verdade é que, no caso, o reconhecimento da inexistência do motivo que determinou a demissão não tem a conseqüência pretendida e que seria, de acordo com os ensinamentos invocados, a anulação do ato impugnado. É que, considerada a condição de servidor em comissão, seu afastamento do serviço público não estava condicionado a qualquer motivo além da resolução do Chefe do Executivo estadual.

A sentença destacou esse aspecto da questão, lembrando ainda que não seria admissível a reintegração de funcionário estável e salientando na oportunidade que o art. 11 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo já foi declarado inconstitucional pelo STF. Nega-se provimento ao recurso.

São Paulo, 16 de março de 1971. *Carmo Pinto*, Presidente. *J. M. Arruda*, Relator.

Cordeiro Fernandes, vencido, com a seguinte declaração de voto: 1. Trata-se de uma ação ordinária movida contra a Fazenda do Estado, na qual o autor, Luís Rey, médico e Docente-livre em "Parasitologia", assevera que, aos 23/8/1951, foi nomeado assistente, padrão K, de tempo integral, do grupo I, da PP, do Quadro da Universidade de São Paulo, lotado na Faculdade de Medicina, enquanto durasse o impedimento de outro funcionário, e, no dia 25/6/1954, diante da ocorrência de vaga no cargo, foi nomeado em comissão (padrão R). Assim, o demandante exerceu as funções inerentes a esse cargo até que o ex-Governador Adhemar Pereira de Barros, com fundamento no Ato Institucional n.º 1, de 1964, e à vista do inquérito policial-militar "que lhe moveu a Comissão Geral de Investigações", o demitiu "de suas funções na Universidade de São Paulo".

Ocorre, entanto, que, conforme ofício encaminhado ao demandante, aos 23/10/1964, pelo Almirante Paulo Bosísio, Presidente da Comissão Geral de Investigações, ficou estabelecido o seguinte: "Do exame da investigação sumária extraída do IPM da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, procedido pelo Tenente-Coronel Ênio dos Santos Pinheiro, esta Comissão concluiu pela não aplicação, a Vossa Senhoria, de qualquer das sanções previstas no § 1.º do art. 7.º do Ato Institucional."

Por outro lado, o autor foi absolvido, na Justiça Militar, da acusação que lhe fora feita, com base na Lei n.º 1.802, de 5/1/1953.

Daí a sua pretensão no sentido de ser reintegrado no cargo que ocupara.

Mas, não logrou êxito em primeira instância.

Apelou e a Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, negou provimento ao recurso.

2. A douta maioria, confirmando o decisório inferior, negou ao autor o direito de retornar às suas funções.

Para assim decidir, sustentou, em suma, que no ato impugnado, foram observadas todas "as formalidades extrínsecas exigidas pela lei"; além disso, o demandante era servidor em comissão e, portanto, demissível *ad nutum*. Em conseqüência, o seu afasta-

mento não estava condicionado a qualquer motivo, além da resolução do Chefe do Executivo estadual.

3. *Data venia*, a meu ver tal entendimento desmerece preponderar.

Não há dúvida alguma de que, em se tratando de servidor dispensável *ad nutum*, a Administração Pública não estava obrigada a declarar o motivo da demissão.

Mas, se como o fez, declarou expressamente, o motivo e invocou o § 1.º do art. 7.º do Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, inexistindo ou desaparecendo o motivo invocado, o ato não poderia mais prevalecer.

Realmente. Com a sua característica precisão, lembra Maurice Hauriou que a Administração não é animada, no que ela faz, de uma vontade interior legal; ela é animada de uma vontade executiva livre sujeita à lei como a um poder exterior. Segue-se, daí, que, nas matérias de sua competência, quando seu poder não está vinculado por disposições legais, é inteiramente autônomo, e, de outra parte, nos assuntos em que seu poder parece vinculado pela lei, lhe resta sempre uma certa escolha de meios que lhe permite se conformar voluntariamente com a lei.

Contudo, regulamentação e moralidade administrativa contribuem, também, para a formação de regras jurídicas, às quais os administradores estão submetidos nas decisões que tomam para o cumprimento de sua missão.

A moralidade administrativa, nota Hauriou, é freqüentemente mais rigorosa do que a legalidade. A instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos administrativos, funda-se tanto sobre a noção de moralidade administrativa como sobre a de legalidade, de tal sorte que a Administração, em uma certa medida, está vinculada à moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder (Cf. M. Hauriou, *Précis Élémentaire du Droit Administratif*, 1938, 4.ª ed., p.229-32; Claude Goyard, L'Administration et le milieu social, *in Traité de Science Administrative*, 1966, p. 162).

No mesmo sentido, a recente opinião de Landmann, Giers e Proksch, *in Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4.ª edição, 1969, p. 168.

A propósito, ainda, não se pode olvidar o que professa Waline.

Dizia-se, outrora, de um ato administrativo que era discricionário quando, sob a condição de agir no interesse público, a autoridade administrativa tinha todo o poder para praticar esse ato, sem que o juiz pudesse controlar o uso, a forma de uso deste poder.

Esta categoria de atos administrativos, observa Waline, desapareceu há meio século.

A passagem da noção de "ato discricionário" para a de "poder discricionário" foi marcada nitidamente por um aresto de 13/6/1913.

Conhecer, portanto, os limites do "poder discricionário" é de importância primordial para cada cidadão, pois aí é que reside a nossa defesa contra o arbitrário administrativo.

Assim, por exemplo, quando a lei autorizava o administrador a tomar uma certa decisão senão quando certas condições estivessem previamente reunidas, e o administrador pretende que elas o estavam, mas é inexato, a sua decisão perde a base legal.

Se o motivo invocado pela Administração é inexato há um vício de inexatidão de motivos.

Finalmente, a lei não dá nunca ao administrador o poder de agir senão subentendido: "no interesse público". A Administração desvia, portanto, os seus poderes de seu fim legal quando visa interesses privados (Cf. M. Waline, *Droit Administratif*, 9.ª edição, p. 449-51; Auby e Ducos-Ader, *Institutions Administratives*, 1966, p. 300; Cino Vitta, *Diritto Amministrativo*, 4.ª ed., v. I, p. 323).

Certamente, há quem aceite como correta a afirmação segundo a qual o poder discricionário "não é suscetível de mais ou menos. Ele é ou não é". Dessa opinião é Laubadère.

Todavia, esse mesmo jurista reconhece, a seguir, que uma competência pode ser mais ou menos estreitamente vinculada e dar margem a um controle jurisdicional mais ou menos extenso.

Outrossim, esclarece Laubadère, na França, o Conselho de Estado tem exercido controle sobre atos discricionários, impondo-lhes censura, quando impregnados de ilegalidade relativamente à qualidade do autor (incompetência), ao fim perseguido (desvio de poder), à forma (vício de forma), à existência dos motivos alegados (erro de fato ou de direito). Na realidade, para Laubadère, estes diversos controles e limitações constituem, antes, compensações do poder discricionário do que propriamente restrições. Não nega, porém, o eminente mestre de Paris, que, em particular, o controle do desvio de poder é sempre possível, em relação a qualquer espécie de ato administrativo, porque todo e qualquer ato administrativo deve perseguir um fim de interesse geral.

Uma outra "compensação" do poder discricionário, diz Laubadère, resulta de interessante jurisprudência relativa ao dever da Administração de proceder ao exame particular das circunstâncias dos negócios sobre os quais é chamada a deliberar. Mesmo quando ela dispõe de poder discricionário, por exemplo, para conceder ou recusar uma autorização solicitada, a autoridade administrativa tem o dever de examinar as circunstâncias próprias do negócio; ela não pode fundar-se, exclusivamente, em considerações gerais de princípios.

Em outras hipóteses, é sobre o próprio objeto do ato e sua justificação, pelos motivos que o provocaram, que o juiz do excesso de poder exerce seu controle e isso "dans les domaines où la loi parait bien avoir laissé liberté d'action à l'administrateur".

Daí resulta que a lei não é a única [illegible] vinculado; uma outra fonte é a jurisprudência, ao lado do que se poderia chamar "le pouvoir lié par la loi", existe "un pouvoir lié par le juge lui-même".

A existência deste poder vinculado de origem jurisprudencial não tem nada de anormal. A noção de legalidade é mais ampla do que a noção de lei (Cf. André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 4.ª ed., 1967, p. 226 e segs.).

A confirmação desse entendimento está no trabalho de M. Long, P. Weil e G. Braibant, *in Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 5.ª ed., 1969, p. 128: "O aresto Camino tornou-se célebre porque marca com nitidez o controle da exatidão material dos fatos pelo juiz do excesso de poder. Alguns anos mais tarde, o Conselho de Estado anulou como fundado sobre um fato inexato e, por conseguinte, sobre uma "causa jurídica inexistente", uma dispensa de prefeito, a pedido, quando, na verdade, o interessado não havia formulado pedido algum. Desde então, o Conselho de Estado tem considerado que o controle da exatidão material dos fatos sobre os quais a Administração se fundou para tomar sua decisão constitui, com o controle do erro de direito, do erro manifesto de apreciação e do desvio de poder, o controle *minimum* por parte do juiz do excesso de poder, mesmo em relação aos atos para os quais a Administração dispõe de um poder discricionário.

Por derradeiro, cabe, aqui, referência à teoria dos motivos determinantes em direito público exposta por Gaston Jèze, segundo a qual quando um agente público expressa, no próprio ato, os motivos que o levaram a agir, estes motivos, uma vez que se acham expressos no ato, são considerados, em princípio, determinantes. O Conselho de Estado,

observou Jèze, aplica, neses caso, a teoria dos motivos determinantes. Esta regra ajusta-se estritamente quando o agente público deu os motivos, porque a leu ou um regulamento criou uma obrigação. Mas, a regra é aplicável, também, embora com menor severidade, quando o agente declarou os motivos espontaneamente, fora de qualquer obrigação legal ou regulamentar de motivar sua decisão (*Princípios Generales d l Derecho Administrativo*, Buenos Aires, tomo III, p. 233).

E essa doutrina encontrou pleno eco entre nós, como se lê no *Direito Administrativo*, de Francisco Campos, mencionado nas razões do patrono do autor.

No mesmo rumo, há o entendimento de Hely Lopes Meirelles, Bandeira de Mello e Caio Tácito.

4. Na hipótese, cuida-se de um cientista, de renome no campo da Parasitologia, nomeado, em comissão, para exercer o cargo de Assistente, na Faculade de Medicina da Universidade de São Paulo, da qual, aliás, é Docente-livre, habilitado em concurso.

Essa nomeação resultou, sem dúvida, de sua competência, de sua plena adequação ao exercício do cargo, com repercussão no campo da pesquisa científica.

E a sua demissão se deu, exclusivamente, em virtude da existência de um inquérito policial-militar.

Esse motivo foi expressamente declarado.

Ora, se o inquérito foi arquivado, se nada se apurou contra ele, desapareceu, em conseqüência, o motivo de sua demissão.

Pouco importa se tratasse de servidor demissível *ad nutum*.

Se o agente público declarou o motivo e esse motivo, que tinha correlação com o interesse público e fundamento político, desapareceu completamente, a razão de ser da demissão, também desapareceu.

Por todas essas razões, acolhi a demanda, nos termos do pedido inicial. Participou do julgamento, com voto vencido, o Des. Salles Abreu.