
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO N.º 34.909 — GB

Ação Ordinária

Juiz — Dr. Jorge Lafayette Pinto Guimarães

Autor — Victorino Vianna de Carvalho

Ré — União Federal

SENTENÇA

Vistos, etc.

Victorino Vianna de Carvalho propôs uma Ação Ordinária contra a União Federal, para o fim de anular a sua demissão do cargo de Primeiro-Secretário, da carreira de Diplomata, do Ministério das Relações Exteriores, com a sua consequente reintegração, a partir de 9 de outubro de 1961, com ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo, desde a referida data, inclusive os vencimentos correspondentes aos períodos em que deveria estar servindo no exterior, que lhe deverão ser pagos em dólar e com as promoções a que, por antiguidade, fizer jus.

Alega que foi demitido de acôrdo com o art. 207, III, da Lei n.º 1.711, de 1952, tendo em vista o que consta do Processo Administrativo n.º 2/61;

que, todavia, o exame do fato atribuído ao Autor, constante do aludido processo administrativo, demonstrará que os atos nêle apurados não poderiam caracterizar a falta pela qual foi demitido — incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual;

que foi, assim, demitido por falta administrativa não enumerada no citado art. 207 do Estatuto dos Funcionários Públicos;

que foi removido da Itália, no Consulado de Gênova, onde servia, e res-

pondeu a inquérito, em virtude da apresentação ao *Banco Nazionale del Lavoro*, pelfa firma *Fratelli Romanó*, de dois cheques sem fundos, tendo o primeiro sido apresentado em virtude de um engano, como declarou Cesare Romanó, pois havia o Autor entregue em pagamento de móveis um cheque pós-datado, que foi apresentado ao Banco antes da data fixada, cheque que veio a ser pago pelo Autor regularmente;

que também por engano foi anteriormente apresentado à cobrança outro cheque, entregue à mesma firma, para apresentação 30 dias após, como ficara combinado, o qual veio a ser protestado;

que daí decorreu a instauração de um processo, perante a Justiça Italiana, por emissão de cheque sem fundos;

que, como consta do processo administrativo, o Cônsul-Geral do Brasil em Gênova, afirmou que o motivo determinante da remoção do Autor, por êle solicitada, foi a instauração dêste processo penal, não havendo influído qualquer outro aspecto da vida particular do Autor;

que, como resulta da informação do Cônsul Roberto Luiz Assumpção de Araújo, êste em Gênova, fazendo sindicâncias, não se tornou público o comportamento irregular do Autor, e o advogado Garaventi, contratado pelo Consulado-Geral, em Gênova, afirmou, nos esclarecimentos prestados, que o aludido processo, perante a Justiça Italiana,

terminaria sem qualquer publicidade, e sem debate público, o que de fato ocorreu;

que no Processo Administrativo número 2/61, a Comissão de Inquérito, em seu relatório, reconheceu a existência de falta grave, e propôs a pena de suspensão, por 90 dias;

que, todavia, o Ministro das Relações Exteriores, depois de determinar a audiência do Departamento Jurídico do Ministério, sobre a possibilidade de ser aplicada a pena de demissão, bem como quanto à existência de poder discricionário da administração, na aplicação de sanções disciplinares, sem submissão ao princípio do *nullum crimen sine lege*, concluiu, em face do parecer do aludido Departamento, pela demissão, enviando ao Presidente da República minuta do respectivo decreto, que foi baixado a 9 de outubro de 1961;

que, no direito brasileiro domine o princípio da adequação dos fatos ao dispositivo legal em que se baseia a demissão punitiva, como decorre do *caput* do art. 207 do Estatuto dos Funcionários Públicos, e da exigência da indignação, no ato de demissão, da causa da punição;

que neste sentido é a doutrina invocada às fls. 11/14;

que, ainda a admitir a natureza discricionária do ato de punição, não poderá o mesmo subsistir, se o motivo nele declarado não corresponder à realidade, ou se tornar improcedente diante da situação de fato, como proclamou o Tribunal de Justiça da Guanabara, em acórdão do qual foi Relator o Desembargador Homero Pinho;

que em face do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, o contróle jurisdicional atinge ao âmago dos atos administrativos;

que a “incontinência” consiste na falta de abstenção de prazeres sensuais, e

“incontinente” é sinônimo de imoderado sensual;

que, assim, o art. 207, III, do Estatuto, não tem adequação aos fatos invocados como suporte legal da demissão do Autor, que são referentes à sua vida privada.

Requisitado o Processo nº 2/61, como requerido pelo Autor, e feita a citação, contestou a União Federal (fls. 39), sustentando que o interesse do País exige das pessoas no exercício de funções de representação, no exterior, compostura, ponderação e decôro pessoal;

que o Autor, segundo conclusão da Comissão de Inquérito, era um devedor contumaz, tendo, inclusive, emitido cheques sem fundos;

que apurada a prática de ações reveladoras de sua incontinência incompatível com o Serviço Público, notadamente em se tratando de um agente diplomático, não poderia a administração tomar outra atitude, tendo-o demitido com inteiro apoio na lei (art. 207, III, do Estatuto, e art. 189, II, da Constituição);

que sendo o Autor funcionário estável, mas não vitalício, exigível não era, para a perda do cargo, prévia condenação judicial;

que, no caso, porém, de procedência da ação, não poderá daí decorrer qualquer condenação em moeda estrangeira.

À contestação foram anexadas as informações de fls. 43/52, acompanhadas de cópias dos pareceres de fls. 53/59 e 60/66.

Replicou o Autor (fls. 68), declarando que as informações prestadas pelo Ministério do Exterior apenas confirmam os fatos narrados na inicial, e que diante de uma falta grave, punível, no máximo, com suspensão, segundo o próprio parecer da Comissão de Inquérito, que não caracteriza incontinência pública escandalosa, foi punido com a pena de demissão, sem adequação à hipótese.

Saneado o processo (fls. 76), foram trasladadas as peças indicadas pelo Autor, do processo administrativo requisitado, sendo conferida a cópia anexada às fls. 23, e a União Federal se pronunciou sobre aquêles documentos (fls. 112 v.).

Realizada a audiência de instrução e julgamento (fls. 114), nela as partes ofereceram, oralmente, suas alegações.

Isto pôsto:

I — Não está em causa a necessidade de manterem os agentes diplomáticos, no exterior, pela sua posição de representante do Brasil, uma conduta compatível com esta qualidade, pela sua postura, ponderação e decôro, exigida pelos interesses nacionais, como afirma a Ré e não é negado pelo Autor.

O que se discute na ação — e esta é a controvérsia a decidir — é a legitimidade do ato que impôs ao Autor a pena de demissão, sob a invocação do art. 207, III, do Estatuto dos Funcionários Públicos.

Sustenta a União Federal a legitimidade da aludida demissão, diante da incontidência pública e escandalosa, apurada no inquérito administrativo realizado; já o Autor alega que a falta por êle praticada poderia dar lugar, no máximo, a uma suspensão, não configurando a hipótese para a qual o mencionado dispositivo comine a pena de demissão, pelo que, faltando o pressuposto de fato, exigido para a aplicação desta pena, invocado no próprio ato de demissão, nulo seria o ato.

II — Para solução da lide, não haverá necessidade de decisão quanto à natureza discricionária do ato, pelo qual se impõe pena disciplinar, pretendida pela Ré, com apoio no parecer de fls. 53, do Assistente Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Dr. Amílcar de Araújo Falcão, e na doutrina nêle invocada, ao sustentar que a Administração, no de-

sempenho do poder disciplinar, exerce um ajuizamento discricionário, não sujeito ao princípio *nullum crimen sine lege*, tese que é negada pelo Autor.

Admitido que seja o princípio defendido pela União Federal — e esta é, realmente, a doutrina dominante — nem por isso caberá o ajuizamento discricionário acima aludido, quanto às infrações disciplinares e determinação da penalidade a ser imposta, quando a lei expressamente vincular o exercício do poder disciplinar à ocorrência de fatos nela definidos, para os quais estabeleça determinada pena.

A discricionariedade reconhecida como regra, cede ao preceito legal existente, em contrário.

É o que sucede, por exemplo, com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil — Lei nº 4.215, de 1963 — que no seu art. 103 faz uma enumeração minuciosa e taxativa das infrações disciplinares, e nos arts. 106 a 111 estabelece as penas a aplicar, em cada caso.

Igualmente é o que ocorre quanto à pena de demissão, prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos (art. 207) que, havendo enumerado, de forma genérica, os deveres cuja violação constituirá infração disciplinar (arts 194 e 195), deixando a critério de autoridade a determinação da pena a ser imposta, dentre as estabelecidas no art. 201, segundo a gravidade da infração, no que diz respeito à demissão, além de exigir a menção, no respectivo ato, da causa da penalidade (art. 208), subordinou-a, de modo inequívoco, à prática de qualquer dos atos relacionados e definidos no art. 207.

Tem, assim, razão o Autor quando sustenta não caber, na imposição da pena de demissão, aquêle ajuizamento discricionário pretendido pela Administração, estando o ato demissório sujeito ao contrôle jurisdicional, com a conse-

qüente nulidade, no caso de haver sido praticado sem o indispensável pressuposto de fato, consistente em qualquer das faltas definidas e previstas no já citado artigo 207.

III — Mas, se assim não fôsse, e ainda diante da natureza discricionária pretendida pela Ré, tendo o ato de demissão feito referência ao art. 207, III, do Estatuto, como justificativa da pena imposta, cabível seria, como bem acentua o Autor, o aludido contrôle jurisdicional, porque ao mesmo estão sujeitos os atos discricionários, uma vez que, embora sem estar a tanto obrigada, a autoridade tenha mencionado o seu motivo determinante; verificada a inexistência do invocado motivo, inválido será o ato.

Neste sentido, o Autor invoca acórdão, relatado pelo Des. Homero Pinho, onde, com clareza e precisão, está exposto o verdadeiro princípio que é de ser acolhido.

Assim, aliás, já decidi no Mandado de Segurança impetrado por Arivaldo Martins Ferreira (Proc. nº 35.115), afirmando:

“Invocou a autoridade, todavia, como motivo determinante expresso, dita autorização, tornando manifesto que sem ela não efetuaría a nomeação.

Estamos, assim, diante de uma nulidade relativa aos motivos do ato, ou segundo a distinção feita por Laubadére, já mencionada acima, “por inexistência dos motivos invocados.”

Esta nulidade, por sua vez, atinge aos atos discricionários, como resulta ensinamentos supra-referidos e é justamente em relação a êstes atos que aparece a “inexistência dos motivos invocados”, como um fundamento autônomo de anulação, porque com referência aos atos vinculados esta inexistência vem a

coincidir, e a se confundir com a “ausência de motivos legais” (Laubadére, ob. cit. nºs 715 e 716), fato compreensível, uma vez que nêles a autoridade terá que invocar um motivo previsto em lei, ao qual está vinculado.

A propósito do problema, de modo sucinto e preciso, Hely Lopes Meireles assim se pronuncia:

“Quando, porém, o motivo não fôr exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo, sem motivação, mas se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar a sua efetiva ocorrência.” (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 159).”

IV — Cabe, em consequência, examinar se diante das provas colhidas no inquérito administrativo ficou caracterizada a infração invocada no decreto de demissão (fls. 23), isto é, o fato previsto no art. 207, III, do Estatuto, que estabelece aquela pena para o caso de:

“incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez habitual.”

Não estando em causa, segundo decorre do aludido processo administrativo e dos têrmos da contestação, as hipóteses de jôgo proibido e embriaguez habitual, dito exame restringir-se-á à verificação da ocorrência da “incontinência pública e escandalosa.”

O conceito restrito, defendido pelo Autor, que limita a aludida “incontinência” à imoderação sensual, é inadmissível.

Tem razão, no particular, o Assistente Jurídico, Dr. Amílcar Araújo Falcão quando demonstra (fls. 61/63), com apoio inclusive nos léxicos, que “incontinência” abrange qualquer falta de moderação, nas palavras, nos gestos e nas

atitudes (donde a exigência de ser “pública” e “escandalosa”), e outro não é o ensinamento de Alberto Bonfim, invocado pelo Autor, que no trecho citado às fls. 20 considera existente dita incontinência no ultraje público ao pudor, mas não a restringe a fatos desta natureza.

Pelo contrário, Alberto Bonfim (*O Processo Administrativo*, pág. 62/63), a propósito da “incontinência pública”, e ao exemplificar os atos compreendidos em seu conceito, menciona:

“quaisquer atos reiterados capazes de produzir a opinião generalizada de má conduta como cidadão.”

V — Os atos apurados no inquérito administrativo, porém, não permitem o seu enquadramento no dispositivo em causa.

Sem dúvida, incidiu o Autor em infração disciplinar, mas diversa da que foi indicada como motivo justificativo de sua demissão.

As dívidas contraídas em excesso e os cheques emitidos sem fundos constituem infração disciplinar, que não pode, porém, ser qualificada como “incontinência pública e escandalosa”.

É de ressaltar, a propósito, que segundo o documento de fls. 92 e seguintes — Relatório da Comissão de Inquérito — o Cônsul-Geral do Brasil, em Gênova, ao pedir a remoção do Autor, esclareceu (fls. 100):

“1) o pedido de remoção fôra ditado pela necessidade urgente de afastar de Gênova um funcionário que passara, em determinado momento, a não mais ouvir suas advertências para que regularizasse, definitivamente, as contas privadas;

2) o motivo decisivo do pedido de remoção fôra a instauração do processo penal pela emissão de cheque sem fundos;

3) a permanência do indiciado em Gênova não prejudicava, até então, o funcionamento nem o prestígio do Consulado-Geral;

4) nenhum outro aspecto da vida particular do indiciado influíra no pedido de remoção.”

Decorreu o pedido, assim, apenas de instauração do processo penal contra o Autor, em Gênova, e a permanência do mesmo na referida Cidade, como afirmado,

“não prejudicava, até então, o funcionamento nem o prestígio do Consulado-Geral.”

Não há, outrossim, prova de que o comportamento do autor tenha-se tornado público, nem causado escândalo, de modo a permitir sua qualificação como incontinência “pública e escandalosa”.

Houve desregramento financeiro, sem dúvida, censurável, com a emissão de cheques pós-datados, cuja apresentação antes da data fixada deu lugar à verificação de falta de fundos.

Este procedimento, por sua vez, embora injustificável, é menos grave, inegavelmente, do que a emissão, pura e simples, de cheque sem provisão de fundos, e ficou o mesmo comprovado pelas declarações do Diretor do *Banco Nazionale del Lavoro*, transmitidas pelo Cônsul Roberto Luiz Assunção de Araújo (fls. 84), *in verbis*:

“Disse-me também que a situação da conta do Sr. Vianna de Carvalho “quase nunca fôra perfeita, porquanto, inicialmente, o Sr. Vianna de Carvalho emitia apenas, antecipadamente, cheques que não ultrapassavam o valor de seu saque mensal, mas que, depois, passara o banco a receber, assinados também antecipadamente pelo Sr. Carvalho, cheques que não teriam cobertura nem mesmo no fim do mês.”

Daí porque concluiu a Comissão de Inquérito, acertadamente, afirmando (fls. 105/106):

“A juízo da Comissão de Inquérito, os atos imputados ao indiciado constituem faltas graves, que devem merecer punição. Não considera, porém, que seja o caso de se aplicar a pena de demissão. Esta não pôde ser contemplada pela Comissão de Inquérito, pois as faltas do indiciado não estão capituladas no Estatuto dos Funcionários Públicos (artigo 207) entre aquelas sujeitas a essa penalidade.”

VI — Falta, pois, o motivo determinante do ato, invocado no decreto de demissão, e cuja existência não ficou comprovada, do que decorre a sua nulidade.

Como afirmado na decisão dêste Juízo, já acima referida,

“Os casos de nulidade dos atos administrativos, que eram fixados, apenas, pela doutrina e jurisprudência, estão hoje regulados na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965”, que a propósito da ação popular os relaciona, no seu art. 2º

Entre os motivos de nulidade, na alínea *d* está o consistente na “inexistência dos motivos”, definida no parágrafo único, *in verbis*:

“*d*) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.”

Este motivo de nulidade era, por sua vez, reconhecido pela doutrina, como se verifica em Hely Lopes Meireles (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 206), que, citando palavras de Caio Tácito, e depois de declarar que “os atos administrativos quando tiverem sua prática

motivada ficam vinculados aos motivos expostos”, acrescenta:

“Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a êsses motivos como causa determinante de seu cometimento, e sujeitam-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.”

Do mesmo modo, Cretella Júnior (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, nº 127, pág. 209), afirma:

“O ato é ilegal seja porque os fatos ou situações que se apresentam como devendo condicioná-lo ou determiná-lo são materialmente inexistentes (inexistência material de motivo), seja porque tais fatos ou situações não reúnem os característicos fixados em lei para que possam servir de fundamento ao ato em causa (inexistência legal de motivos).”

Diversa não é a doutrina estrangeira, incluindo Marcelo Caetano, entre as hipóteses de nulidade dos atos administrativos, por violação da lei, a desconformidade entre os pressupostos do ato e a norma, declarando:

“A idéia falsa sôbre os fatos em que se fundamenta a decisão traz violação de lei na medida em que esta confere os poderes discricionários para serem exercidos dada a existência de certas circunstâncias ou de circunstâncias cuja apreciação conduza o agente a optar entre várias decisões possíveis, pela que considere mais adequada à realização do fim legal.” (*Manual de Direito Administrativo*, nº 139, pág. 261).

Também André de Laubadère (*Traité Élémentaire de Droit Ad-*

ministratif, nºs 704/716) menciona, ao lado das nulidades por “ausência dos motivos legais”, as que decorrem da “inexistência dos motivos invocados”, estando compreendida entre as últimas as resultantes de haver sido invocado no ato administrativo um motivo

“... qui se révèle matériellement inexact ou implique une erreur de droit...” (ob. cit., pág. 396). Ocorrendo esta hipótese, será suficiente a divergência entre o motivo invocado e a realidade, ou seja, o erro de fato ou de direito, para viciar e invalidar o ato (ob. cit., pág. 399).”

VII — Conseqüentemente, tem direito o autor à reintegração no cargo de Primeiro-Secretário, da Carreira de Diplomata, com o recebimento dos atrasados, e as promoções, por antigüidade, que teria obtido se não houvesse sido demitido.

Não tem direito, todavia, à percepção de vencimentos e vantagens em moeda estrangeira, como pretende.

O pagamento em moeda estrangeira depende da permanência do servidor no exterior, e o autor, em decorrência da sua demissão, não permaneceu fora do País ou, se continuou no exterior, foi por sua conta.

Não pode a União Federal, em conseqüência, ser condenada ao pagamento de atrasados, em dólar.

VIII — Assim sendo, julgo procedente, em parte, a ação, para anular o ato pelo qual foi o autor demitido, e determinar a sua reintegração, com as promoções a que tenha direito, por antigüidade, e sem prejuízo da compulsória em que haja incorrido, com a condenação da ré ao pagamento dos atrasados, como se apurar em liquidação de sentença, com juros de mora e honorários de advogado, que arbitro em 10 por cento sôbre ditos atrasados, tendo em vista a natureza da ação e as demais circunstâncias a atender em sua fixação, inclusive sua procedência parcial, de acôrdo com a Lei nº 4.632, de 1965, condenação que independe de pedido da parte, nos termos da aludida Lei e da doutrina (Pontes de Miranda, *Com. ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.^a ed., pág. 418, e Luiz Machado Guimarães, *Rev. Forense*, vol. 173, pág. 121).

Custas em proporção.

Recurso *ex officio*.

P. R.

Rio de Janeiro, 5 de abril de 1968. —
Jorge Lafayette Pinto Guimarães, Juiz Federal.