



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO. ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO.**

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa na remoção de servidor público é possível não apenas em virtude de ilegalidade, mas também quando há a configuração de perseguições, preterições ou abusos por parte da Administração.

O impetrante foi removido do Presídio Estadual de Santiago para a Penitenciária Estadual de Santa Maria. O ato administrativo de remoção do servidor não foi justificado, tendo sido consignada na motivação genericamente a necessidade de serviço.

Esta remoção, como não foi a pedido do servidor, foi realizada de ofício, no interesse da Administração. Sendo a remoção de ofício, deveria ser precedida da devida motivação, até mesmo para possibilitar a análise da legalidade e impessoalidade do ato, o que é inviável com a ausência da motivação. a motivação é ato essencial, devendo se basear no efetivo interesse público, a fim de que não dê margem à eventual satisfação de interesses privados estranhos à finalidade pública.

Assim, evidenciado o direito líquido e certo do impetrante de não ser removido sem a adequada fundamentação, sendo pacífico o entendimento da câmara sobre a necessidade de que o ato administrativo de transferência ou remoção de servidor público deva ter a forma escrita, com os motivos sendo declinados, possibilitando o controle judicial.

Precedentes desta Corte.

**APELAÇÃO PROVIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.**

APELAÇÃO CÍVEL

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)

COMARCA DE SANTIAGO

CELSO GORSKI

APELANTE



LPO  
Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

SUPERINTENDENTE DOS SERVICOS  
PENITENCIARIOS DO RIO GRANDE DO  
SUL

APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em dar provimento ao apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES.ª MATILDE CHABAR MAIA (PRESIDENTE) E DR. RICARDO BERND.**

Porto Alegre, 24 de novembro de 2016.

**DES. LEONEL PIRES OHLWEILER,**  
Relator.

## RELATÓRIO

**DES. LEONEL PIRES OHLWEILER (RELATOR)**

CELSO GORSKI impetrou mandado de segurança em face de ato atribuído à SUPERINTENDENTE DOS SERVICOS PENITENCIARIOS DO RIO GRANDE DO SUL.

A magistrada de 1º grau decidiu pela denegação da ordem, nos seguintes termos:



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*DIANTE DO EXPOSTO, com fulcro no art. 269, I do CPC, JULGO IMPROCEDENTE o pedido contido no MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por CELSO GORSKI contra ato da SUPERINTENDENTE DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL, denegando a ordem pretendida.*

*Custas pelo impetrante, suspensas, já que litiga sob o pálio gratuidade judiciária.*

*Incabível a condenação em honorários advocatícios, de acordo com as súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça.*

*Comunique-se à autoridade coatora acerca da presente decisão.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

Em razões recursais (fls. 161/173), o impetrante tenta demonstrar a conveniência de permanecer lotado em Santiago, pois é casado com Maria Otilia Ribeiro Gorski, servidora pública estadual, professora em exercício da Escola Estadual Cândido Genro de Santiago. Aduz que o casal possui dois filhos menores, residindo a família em casa própria em Santiago. Sustenta a ilegalidade do ato administrativo de remoção do autor para a Penitenciária Estadual de Santa Maria. Defende a necessidade de motivação do ato administrativo. Refere que a alteração do local onde exercida a função acarretará um aumento em sua despesa mensal, pois terá de alugar moradia e custear suas demais despesas em Santa Maria e ao mesmo tempo custear as despesas de sua família em Santiago. Pede o provimento do recurso.

Foram oferecidas contrarrazões pelo Estado (fls. 189/191).



LPO  
Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Subiram os autos, e, neste grau, o Ministério Público, por meio de parecer (fls. 193/197) do Procurador de Justiça Eduardo Roth Dalcin, manifestou-se pelo provimento da apelação.

É o relatório.

## VOTOS

DES. LEONEL PIRES OHLWEILER (RELATOR)

### I – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

O recurso é tempestivo e está isento de preparo em virtude da concessão do benefício da gratuidade judiciária. Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

### II – MÉRITO

Conforme consta nos autos, CELSO GORSKI impetrou mandado de segurança contra ato da Superintendente dos Serviços Penitenciários do Estado, postulando o direito de permanecer lotado no Presídio Estadual de Santiago.

#### Cabimento do Mandado de Segurança

Conforme determina o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal:

*“conceder-se-à mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder*



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.*

A Lei nº 12.016/09, no seu artigo 1º, *caput*, igualmente prevê que:

*Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

O direito líquido e certo é aquele que se mostra inequívoco, sem necessidade de dilação probatória, urgindo, para sua configuração, a comprovação dos pressupostos fáticos adequados à regra jurídica. A propósito do tema, alude Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> o seguinte:

*“... o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há vir expresso em norma legal e trazer em si todos requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.”*

Sobre o tema, importa referir o entendimento do Ministro Luiz Fux:

---

<sup>1</sup> Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 14ª Edição, 1992, p. 25.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*“O direito líquido e certo no Mandado de Segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação do procedimento), que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a sua tutela através da via do Mandado de Segurança.*

*(...)*

*“O direito líquido e certo é, pois, requisito lideiro ao âmbito probatório, posto referir-se à comprovação dos fatos e não ao direito objetivo em si, emigrando para o campo eminentemente processual. É, então, titular do direito líquido e certo aquele que demonstrar, desde o ajuizamento da ação, a incontestabilidade do seu direito, mediante prova pré-constituída, em regra, consubstanciada em prova documental ou prova documentada, como v.g., uma justificação ou uma produção antecipada.*

*(...)*

*“A liquidez e a certeza, consoante a concepção ora lavrada, não erigem óbice à investigação jurídica da questio iuris envolta no mandamus, exigindo-se tão-somente que os fatos sejam comprovados de plano. Isso quer dizer que a complexidade da interpretação das normas atinentes ao direito invocado não apresenta óbice ao cabimento da ação, tratando-se inclusive de entendimento sumulado –Súmula n. 625 – pelo Supremo Tribunal Federal.”<sup>2</sup>*

A partir da regulação constitucional e da própria Lei nº 12.016/09, também se exige a presença de ilegalidade ou abuso de poder. Ao examinar tais expressões, M. Seabra Fagundes, em obra clássica sobre o tema do controle dos atos administrativos, destacou a abrangência do conteúdo “ilegalidade” tanto em relação à ilegalidade infraconstitucional, como a oriunda de violações de dispositivos

---

<sup>2</sup> *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro:GEN/Forense, 2010, p. 46-48.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

constitucionais<sup>3</sup>, sendo até desnecessária a referência do abuso de poder.

De qualquer modo, conforme Marçal Justen Filho:

*“O mandado de segurança destina-se a atacar a ação ou a omissão que configurem ilegalidade ou abuso de poder. A fórmula constitucional é tradicional e revela, em última análise, a tutela, não apenas aos casos de vício no exercício de competência vinculada, mas também no caso de defeito no desempenho de competência discricionária. Há casos em que a lei condiciona a existência ou a fruição de um direito subjetivo a pressupostos determinados, caracterizando-se uma disciplina vinculada. Se, numa hipótese dessas, houver indevida denegação do direito subjetivo assegurado a alguém, o interessado poderá valer-se do mandado de segurança para atacar essa ilegalidade. Alude-se à ilegalidade para indicar que a decisão atacada infringe a disciplina legal, uma vez que recusa ao interessado um direito cujos pressupostos e extensão constam da lei.*

*“Mas também cabe a impetração para proteger direito líquido e certo nos casos de abuso de poder, que se verifica diante das hipóteses de disciplina legislativa discricionária. A garantia constitucional impede que a denegação de uma pretensão individual se faça mediante a mera invocação da titularidade de uma competência discricionária. Assim, a previsão legislativa de que a autoridade pública poderá deferir um pedido não legitima todo e qualquer indeferimento. Se a denegação do direito do particular evidenciar abuso de poder, o mandado de segurança será cabível.”<sup>4</sup>*

<sup>3</sup> O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Atual. Gustavo Binenbojm. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 322: “Na expressão ilegalidade se compreende também a inconstitucionalidade, o que, vale dizer, se abrangem tanto a violação da lei ordinária, como a infração da lei constitucional.”

<sup>4</sup> Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1142.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

A situação dos autos admite, em tese, a utilização do mandado de segurança.

### **Remoção de Servidor Público Estatutário na Legislação do Município de Erval Grande e a Discricionariedade Administrativa**

Trata-se de questão relacionada ao regime jurídico estatutário. Conforme José dos Santos Carvalho Filho:

*“Regime estatutário é o conjunto de regras que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado. Esse conjunto normativo, como vimos acima, se encontra no estatuto funcional da pessoa federativa. As regras estatutárias básicas devem estar contidas em lei; há outras regras, todavia, mais de caráter organizacional, que podem estar previstas em atos administrativos, como decretos, portarias, circulares, etc. As regras básicas, entretanto, devem ser de natureza legal. A lei estatutária, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos mandamentos constitucionais sobre servidores. Pode, inclusive, afirmar-se que, para o regime estatutário, há um regime constitucional superior, um regime legal contendo a disciplina básica sobre a matéria e um regime administrativo de caráter organizacional.”<sup>5</sup>*

A Administração Pública submete-se à legalidade (art. 37, *caput*, da CF), constituindo-se parâmetro normativo importante para salvaguardar o Estado de Direito, por meio da compreensão de primazia da lei e reserva legal, como refere Itiberê de Oliveira Rodrigues:

*“Primazia ou supremacia da lei. Esse princípio determina que todos os atos estatais emanados na forma de lei possuem primazia ou supremacia em relação a todos os demais atos*

<sup>5</sup> *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 482-483.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*estatais infraconstitucionais, como, por exemplo, os decretos, instruções, portarias e circulares da Administração Pública.*

(..)

*“Em relação a todas as atividades da Administração Pública, esse princípio significa que ela necessita observar e aplicar as leis e que ela não pode substituir os comandos legais por suas próprias decisões.*

(..)

*“Reserva legal.*

*O princípio da reserva legal responde à questão se e até que ponto é necessária uma autorização legal expressa para que a Administração Pública possa agir frente a um determinado âmbito ou fato da vida concreta. Se então a Administração Pública age sem aquela autorização legal expressa, sua atividade será inválida.”<sup>6</sup>*

Sobre a importância da legalidade, refere Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da*

<sup>6</sup> *Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil*, In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Humberto Ávila(org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 55-57.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”<sup>7</sup>*

A Lei Complementar nº 10.098/94, ao tratar da remoção, prevê:

*Art. 58 - Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou "ex-officio", com ou sem mudança de sede:*

*I - de uma repartição para outra;*

*II - de uma unidade de trabalho para outra, dentro da mesma repartição.*

*§ 1º - Deverá ser sempre comprovada por junta médica, a remoção, a pedido, por motivo de saúde do servidor, do cônjuge deste ou dependente, mediante prévia verificação da existência de vaga.*

*§ 2º - Sendo o servidor removido da sede, dar-se-á, sempre que possível, a remoção do cônjuge, que for também servidor estadual; não sendo possível, observar-se-á o disposto no artigo 147.*

No entanto, a remoção do servidor não se reduz ao problema da legalidade, pois a decisão jurídica sobre o tema também se relaciona com a questão da discricionariedade administrativa. Cada vez mais, sem abdicar desta noção dogmática de discricionariedade, o Direito Administrativo percorre sua historicidade no sentido de eliminar espaços

---

<sup>7</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 102-103. Tal entendimento também é sufragado por JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 193: “A Constituição reservou a parcela mais significativa da competência normativa para o Poder Legislativo. Quando dispôs sobre a competência dos diferentes Poderes, a Lei Maior ressaltou claramente para o Poder Legislativo a atribuição de produzir leis. Por outro lado, estabeleceu o princípio da legalidade como garantia fundamental do cidadão e norteador da atividade administrativa do Estado. Essa garantia traduz-se na participação do povo ou de seus representantes na produção de normas que introduzam inovação na ordem jurídica.”



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

de decisões administrativas totalmente livres de critérios jurídicos. A institucionalização da legalidade como princípio epocal do Estado Liberal, em que pese admitir esferas de livre decisão, constituiu-se em importante elemento para a juridificação da Administração Pública.

A ação administrativa deveria ser fundada em atos jurídicos, alterando-se a concepção teórica da discricionariedade. Não mais uma esfera de decisão despida de quaisquer bases jurídicas. Como bem retratado por António Francisco de Sousa,

*“o reconhecimento do princípio da legalidade submeteu a Administração à lei (melhor, ao Direito), o que conduziu paulatinamente à juridificação da actuação administrativa. A actuação personalizada e subjectiva, típicas do Estado de polícia, cedeu gradualmente o lugar a uma actuação objectiva com recurso às formas jurídicas”<sup>8</sup>.*

Da inicial construção de vinculação negativa à lei, passando pela vinculação de carácter positivo, na qual a Administração Pública deveria fundar suas decisões somente em textos legais<sup>9</sup>, há algum tempo

<sup>8</sup> *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*. Lisboa: i-Editores, 1995, p.193.

<sup>9</sup> A discricionariedade vislumbrada sob a perspectiva do Estado Liberal de Direito adotava uma visão mais reduzida de legalidade, incapaz de abarcar todas as ações da Administração Pública. Aliada à concepção de que tal esfera de liberdade não alcançada pela lei estava imune ao controle jurisdicional, a Administração poderia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como tudo aquilo que a lei não proibisse. Posteriormente, agora sob a forte influência do positivismo jurídico, a legalidade no Estado Social de Direito adquire os contornos com os quais a dogmática tradicional a conhece atualmente. Em virtude de a legalidade passar a abranger toda a atividade administrativa, a Administração só poderia fazer o que a lei permite, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26-27 e 37. Sobre a vinculação positiva e a vinculação negativa à lei menciona GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, I, p. 427-428. “La Administración podría hacer ‘no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe’ (Meyer-Anschütz). Más en particular: habría de entenderse que la Administración puede de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. La discrecionalidad operaría así en el gesetzesfrei Raum, en el espacio libre de Ley.(...)Se há llamado con acierto a esta gran concepción de la legalidad de la Administración, tan decepcionante en



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

desvelou-se um novo modo de compreender a questão do fundamento do Direito Administrativo. Trata-se da idéia de *juridicidade*, cujo aprofundamento teórico decorre da constitucionalização do Direito. Qual o significado e importância disto para a discricionariedade administrativa? Segundo Paulo Otero,

*“a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Nesse sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa...”<sup>10</sup>.*

No âmbito do conjunto de decisões judiciais, não se pode olvidar a crescente modificação jurisprudencial relativamente ao tema, no sentido de alterar os parâmetros de controle jurisdicional sobre o exercício das competências administrativas, bem como a tendência de limitar os espaços de conformação do Administrador Público, sempre com o objetivo de salvaguardar direitos fundamentais ou os princípios da Administração Pública (artigo 37, “caput”, da Constituição Federal), de modo a evitar práticas arbitrárias ou decisionismos jurídicos.

---

*sus consecuencias finales, la doctrina de la negativa Bindung(Winkler), de la vinculación negativa de la Administración por la Ley: ésta operaría, en efecto, como un limite externo a una básica libertad de determinación”. Em outra passagem: “La construcción kelseniana no podía admitir ningún poder jurídico que no fuese desarrollo de una atribución normativa precedente; incluso la eficacia jurídica de la autonomía más amplia, sea privada o de los entes públicos, y por tanto de la discrecionalidad...(...) Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la positive Bindung, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad(Winkler), que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado”(p. 428-429).*

<sup>10</sup> *Legalidade e Administração Pública. O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade.* Coimbra: Almedina, 2003, p. 15.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas tão-somente com o intuito de destacar a linha de interpretação do Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>, já nos anos noventa, a questão do controle de legalidade assume contornos diversos por meio da utilização, ainda que um tanto imprecisa, da razoabilidade, como no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 205.535-2, o qual examinou edital de concurso público, relativamente à pontuação atribuída a títulos referentes de pós-graduação. A questão da legalidade, igualmente foi vislumbrada a partir da finalidade do ato administrativo, especialmente para fins de controlar a caracterização ou não de ato de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92, como no julgamento do Agravo no AI nº 312.488-MG, no qual houve controle sobre decisão administrativa de colocar servidores em disponibilidade.

Sobre a amplitude do controle sobre atos da Administração Pública, o Recurso Ord. em Mandado de Segurança nº 24.699-9/DF, debateu este tema em relação ao ato administrativo praticado no exercício do poder disciplinar. Examinando-se a decisão constata-se a preocupação de controlar o arbítrio da decisão administrativa, referindo-se no acórdão que:

*“a autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os*

---

<sup>11</sup> Esta análise da jurisprudência do STF partiu do trabalho desenvolvido por FIDELIS, Andressa Lin. *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle da Administração Pública: uma releitura do controle dos atos administrativos*. São Paulo: 2008, site da Sociedade Brasileira de Direito Público.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.”*

Mais recentemente, no ano de 2012, vale mencionar o julgamento do Recurso Ord. em Mandado de Segurança nº 28.911/RJ no qual a compreensão do controle de legalidade abarcou a ofensa às liberdades e garantias individuais, sendo que em 2013 também houve decisão neste mesmo sentido por ocasião do julgamento do Ag. Reg. Recurso Extraordinário 654.170. Também digno de nota a questão do controle jurisdicional sobre decisão administrativa de remoção de servidor público, AI 6433444/RS, do ano de 2011, na qual prevaleceu o entendimento segundo o qual é possível o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa na hipótese de remoção não apenas em virtude da ilegalidade, mas também quando há perseguições, preterições ou abusos por parte da Administração.

Por fim, destaco a linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal relativamente ao controle das omissões administrativas em matéria de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais à saúde e à educação. Em relação a este último, no julgamento do ARE 639337 AgR/SP, destacou-se a posição de controle jurisdicional para bem salvaguardar a integridade da Constituição Federal e neutralizar os efeitos lesivos e perversos provocados pela omissão estatal na realização de políticas públicas. Portanto, esta é a linha de compreensão do tema sobre possibilidades e limites do controle da discricionariedade administrativa aqui adotada.

### **A Situação Concreta dos Autos**

Narra o autor na inicial que é servidor público estadual do Quadro da SUSEPE, lotado no Presídio Estadual de Santiago desde



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

05/12/2014. Afirma que é casado com Maria Otilia Ribeiro Gorski, servidora pública estadual, professora em exercício da Escola Estadual Cândido Genro de Santiago. O casal possui dois filhos menores, residindo a família em casa própria em Santiago. Sustenta a ilegalidade do ato administrativo de remoção do autor para a Penitenciária Estadual de Santa Maria. Defende, ainda, a necessidade de motivação do ato administrativo. Ainda segundo o autor, a alteração do local onde exercida a função acarretará um aumento em sua despesa mensal, pois terá de alugar moradia e custear suas demais despesas em Santa Maria e ao mesmo tempo custear as despesas de sua família em Santiago.

A Lei Complementar nº 10.098/94, ao tratar da remoção, prevê:

*Art. 58 - Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou "ex-officio", com ou sem mudança de sede:*

*I - de uma repartição para outra;*

*II - de uma unidade de trabalho para outra, dentro da mesma repartição.*

*§ 1º - Deverá ser sempre comprovada por junta médica, a remoção, a pedido, por motivo de saúde do servidor, do cônjuge deste ou dependente, mediante prévia verificação da existência de vaga.*

*§ 2º - Sendo o servidor removido da sede, dar-se-á, sempre que possível, a remoção do cônjuge, que for também servidor estadual; não sendo possível, observar-se-á o disposto no artigo 147.*

No caso em questão, o ato administrativo removeu o impetrante do Presídio Estadual de Santiago para a Penitenciária Estadual de Santa Maria. Referido ato justificou a remoção do servidor consignando o seguinte: "REMOVE, por necessidade de serviço, do



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Presídio Estadual de Santiago para a Penitenciária Estadual de Santa Maria” (fl. 55).

Esta remoção, como não foi a pedido do servidor, foi realizada de ofício, no interesse da Administração. Sendo a remoção de ofício, deveria ser precedida da devida motivação, até mesmo para possibilitar a análise da legalidade e impessoalidade do ato, o que resta inviável com a ausência da motivação. A motivação é ato essencial, devendo se basear no efetivo interesse público, a fim de que não dê margem à eventual satisfação de interesses privados estranhos à finalidade pública.

A motivação, ato da administração de exteriorizar os motivos que o levam a praticá-lo, é conduta obrigatória da administração pública, como explicitado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“...se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, ‘fabricar’ razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato”<sup>12</sup>.*

A conduta da autoridade coatora de trazer a motivação do ato somente ao prestar informações no *mandamus* em nada altera no caso concreto a ilegalidade da portaria, conforme será destacado. De qualquer modo, não se afigura constitucionalmente legítima a vetusta tese de a discricionariedade ou mérito administrativo como obstáculos para o cumprimento do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A

---

<sup>12</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 407.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

motivação dos atos administrativos caracteriza-se como autêntica garantia dos cidadãos!

Também vale a advertência de Juarez Freitas sobre o tema:

*Contudo, urge reconhecer que a era da motivação, na vida real, longe está de consolidada. Ceticismo à parte, faz-se inadiável confirmá-la: “motivação de ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”. Não há como tergiversar: a motivação haverá de funcionar como escudo à disposição da cidadania contra arbitrariedade daquelas escolhas motivadamente vinculadas, de modo consistente e congruente, a princípio, objetivos e direitos fundamentais.<sup>13</sup>*

Vale citar, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

*MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO. PORTARIA SEAP Nº 390/2015. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. Muito embora o impetrante não goze da garantia da inamovibilidade, a Portaria SEAP nº 390/2015 carece dos motivos pelos quais a Administração Pública o removeu, de ofício, da IDA Canguçu para a IDA Piratini, a evidenciar direito líquido e certo, porquanto não se ostra possível aferir a legalidade do ato mediante o controle judicial. Concederam a segurança. Unânime. (Mandado de Segurança Nº 70067749911, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator:*

<sup>13</sup> O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios fundamentais. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91-92.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em  
11/03/2016)*

*APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO. - REEXAME NECESSÁRIO - A sentença que concedeu a segurança, caso dos autos, está sujeita ao reexame necessário por força de previsão legal expressa no § 1º do artigo 14 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. - MÉRITO - O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa na remoção de servidor público é possível não apenas em virtude de ilegalidade, mas também quando há a configuração de perseguições, preterições ou abusos por parte da Administração. A Portaria nº 616/2014, ao remover o autor do Setor de Transporte Escolar para o Departamento de Cultura do Município de São Francisco de Assis, não expôs os motivos pelos quais a administração removeu o servidor. Na situação, ausente a motivação, não é possível verificar a legalidade do ato, que diz respeito não só ao interessado como à própria Administração Pública. Assim, evidenciado o direito da parte autora de não ser removida com base na portaria retro aludida, sendo pacífico o entendimento da Câmara sobre a necessidade de que o ato administrativo de transferência ou remoção de servidor público deve ter a forma escrita, com os motivos sendo declinados, possibilitando o controle judicial. Precedentes desta Corte. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC, POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70067286443, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 17/02/2016)*

*APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MOTORISTA DA SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. MUNICÍPIO DE VIAMÃO. SERVIDOR EM DISPONIBILIDADE. I - O ato de disponibilidade e*



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*remoção de servidores públicos, embora discricionário - observado o critério da conveniência e oportunidade -, reclama motivação em conformidade com a finalidade legalmente traçada. II- A justificativa da Secretaria da Educação para a transferência do recorrente para a Secretaria da Administração não guarda fundamento legal. A razão oficial reside na comunicação aos seus superiores das condições precárias dos veículos municipais conduzidos pelo apelado. Sinal evidente de cunho disciplinar no ato administrativo de disponibilidade e movimentação do servidor, em desacordo com o estabelecido no artigo 159 da Lei Municipal nº 2.663/98. Exigência de processo administrativo para punições dessa natureza. Precedentes jurisprudenciais. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70064527765, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 01/10/2015)*

*SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE HORIZONTALINA. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OBRIGATÓRIA DA SENTENÇA QUE O CONCEDE. CONHECIMENTO. MOTORISTA. ALTERAÇÃO DA DESIGNAÇÃO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. NULIDADE. A sentença que concede o mandado de segurança fica sujeita à remessa obrigatória (§ 1º do art. 14 da Lei nº 12.016/09). A alteração da lotação do servidor público deve pautar-se pela necessidade, conjugada com o poder discricionário reservado à administração. No caso concreto, a alteração da lotação do impetrante não veio acompanhada da motivação. Lesão a direito líquido e certo confirmada pela sentença e pelo parecer do Procurador de Justiça. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Reexame Necessário Nº 70051186252, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 26/01/2015)*



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE TRABALHO. ALEGAÇÃO DE PERSEGUIÇÃO EM RAZÃO DE DENÚNCIA. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O servidor público não detém direito à inamovibilidade, sujeitando-se, no interesse da administração, à remoção para outro local de trabalho, desde que o ato esteja fundamentado no interesse superior da administração e do serviço. 2. O exame dos autos revela que o ato de transferência é verdadeiramente imotivado. Isso porque o memorando juntado apenas informa que a impetrante deixará de exercer suas funções junto à Escola Arthur Coelho Borges em razão de transferência para a E.M.E.F Duque de Caxias, sem qualquer espécie de justificativa administrativa fundamentada. 3. Segurança denegada na origem. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056726854, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, julgado em 18/12/2013)*

Outrossim, conforme consignou o e. Procurador de Justiça que oficiou neste grau, Eduardo Roth Dalcin, ainda que se pudesse admitir a convalidação do ato administrativo de remoção pela motivação *a posteriori*, conforme certa linha jurisprudencial do STJ, na hipótese concreta *antes da prática do ato de remoção de ofício do impetrante, publicada em 20.05.2015 (fl. 55), a Administração Estadual autorizou sete remoções a pedido de diversos servidores da Penitenciária Estadual de Santa Maria para outros estabelecimentos penitenciários do Estado (vide fls. 58/63). Essa atitude incongruente, contraditória e inconsistente do Administrador Público acrescida da ausência de motivação prévia e contemporânea no ato de remoção de ofício do impetrante impede qualquer convalidação. Assim, a administração deverá renovar o*



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

*ato administrativo, devidamente fundamentado.*

Não se pode confundir **motivo do ato administrativo** com a **motivação**. Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, o motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato, caracterizando-se como a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato, mas:

*Não se pode confundir o motivo do ato administrativo com a 'motivação' feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a "formalização" do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.<sup>14</sup>*

Não há, portanto, como sustentar que a motivação do ato administrativo pertence ao âmbito do chamado mérito administrativo, permitindo-se a controle de juridicidade com base no artigo 5º, XXXV, CF. Como aludido pelo Ministério Público de 2º Grau, a própria relação de pertinência lógica do ato praticado é frágil, pelos motivos referidos no parecer, e a ausência de maiores esclarecimentos, com documentos comprobatórios, sobre a situação de modernidade do impetrante no Presídio de Santiago. É inadmissível que a Administração Pública, em pleno Século XXI, com mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, ainda adote práticas administrativas arbitrárias, ou seja, despidas da devida e constitucional motivação.

---

<sup>14</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 29ªed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 401 e 404.



LPO

Nº 70071023154 (Nº CNJ: 0312509-21.2016.8.21.7000)  
2016/CÍVEL

Merece provimento o recurso para conceder a segurança, anulando, *ex officio*, o ato administrativo de remoção do impetrante para o Presídio Estadual de Santa Maria e determinando o retorno do servidor ao Presídio Estadual de Santiago.

### III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação para conceder a segurança postulada, anulando, *ex officio*, anulando, *ex officio*, o ato administrativo de remoção do impetrante para o Presídio Estadual de Santa Maria e determinando o retorno do servidor ao Presídio Estadual de Santiago.

Custas pelo Estado, ressalvadas as despesas de condução de Oficial de Justiça. Sem honorários, em virtude do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

**DR. RICARDO BERND** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª MATILDE CHABAR MAIA (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª MATILDE CHABAR MAIA** - Presidente - Apelação Cível nº 70071023154, Comarca de Santiago: "DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ANA PAULA NICHEL SANTOS