

4. TÉCNICAS

4.1. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico do Estado de Minas Gerais

MARCO PAULO CARDOSO STARLING

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

(conforme ato publicado no MG de 23/10/07)

PROCESSO Nº: XXXXX

MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: XXXXXXXXXX

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

RELATOR : DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDO 2º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

1. Relatório

Tratam os autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar, impetrado por XXXX contra ato atribuído ao Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais. Asserte a autora, servidora pública estadual e ocupante do cargo efetivo de Especialista em Políticas e Gestão de Saúde, que em virtude der ato absolutamente ilegal foi transferida *ex officio* do município de XXXX para o Município de XXXX, no dia 4 de julho de 2007. Argumenta a impetrante que possui direito líquido e certo de permanecer no seu primitivo local de trabalho, porquanto sua remoção foi levada a efeito mediante ato administrativo destituído de motivação. Nessa senda, verbera a autora que dita remoção para localidade distante daquele onde residia com a sua família, ensejará verdadeiro impeço no exercício de seu labor funcional, diante de inequívoca impossibilidade financeira para a assunção das despesas decorrentes.

Roga a autora a concessão de liminar, objetivando suspender os efeitos do vergastado ato administrativo, situação a ser consolidada na seara meritória. Junta os documentos de fls. 22/60. A r. decisão de fls. 66/7 indefere a pretensão liminar. Manifestou a autora embargos aclaratórios – fls. 70/7 (carreando os documentos de fls.78/88), os quais restaram rejeitados (fls. 90/2).

Por sua vez, a digna autoridade impetrada presta informações (fls. 102 e seguintes). A i. autoridade asseverte, em síntese que a remoção da autora foi lastreada no cânon do art. 80 da Lei nº 869/52, diante da inexistente consolidação de unidade administrativa microrregional da Secretaria da Saúde no Município de Além Paraíba. Adverte, ainda, haver convalidado o ato de remoção ora abominado, mediante publicação efetivada no *Minas Gerais* de 11 de dezembro de 2007. Junta documentos – fls. 112/20. Instada a manifestar-se acerca de eventual desnaturação do *writ*, diante da convalidação do ato administrativo fustigado (fls. 125/6), compareceu a autora aduzindo restar inaplicável o instituto da convalidação diante de ato administrativo nulo – fls. 129/33.

Em cumprimento ao r. despacho de fls. 137, foram os autos encaminhados ao Ministério Público. É o relatório, no essencial.

2. Fundamentação

Evidente que em face do mister público desempenhado, inexistente direito público subjetivo em prol da autora de molde a garantir-lhe eventual *inamovibilidade*, como bem acentuou a i. autoridade impetrada. A Lei nº 869/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais) é peremptória ao discriminar as possibilidades de remoção de servidores públicos civis:

Art. 80 - A remoção, que se processará a pedido do funcionário ou 'ex-officio', dar-se-á:

I - de uma para outra repartição ou serviço;

II - de um para outro órgão de repartição, ou serviço.

§ 1º - A remoção só poderá ser feita respeitada a lotação de cada repartição ou serviço.

§ 2º - A autoridade competente para ordenar a remoção será aquela a quem estiverem subordinados os órgãos, ou as repartições ou serviços entre os quais ela se faz.

§ 3º - Ficam asseguradas à professora primária casada com servidor federal, estadual e militar as garantias previstas pela Lei nº 814, de 14/12/51.

Entretanto, não obstante a firmeza da autoridade impetrada sobre a *discricionariedade* que rege a movimentação de servidores públicos civis – detentores de cargos efetivos – em razão de *interesse público*, tenho que tal conduta ou conveniência outorgada ao administrador público merece temperamentos. Tal autonomia, frise-se, há muito vem sendo mitigada não só pela doutrina de vanguarda como, também, pela jurisprudência atual.

Hely Lopes Meirelles¹ preleciona que:

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbitrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbitrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

[...]

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma, e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário, para ser ato arbitrário - ilegal, portanto.

E assim conclui o administrativista:

O bem comum, identificado como o interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. *Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.* (MEIRELLES, 2002, p. 116) (grifo nosso)

Nesse sentido, também oportuna a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro²:

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato,

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.115)

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000)

como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

[...]

A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma 'consideranda'; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada.

Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato vinculado, pois, nesse caso, a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constituiu garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; *a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.* (grifo nosso)

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello³ admoesta:

Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são donos da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição 'todo poder emana do povo [...]' (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000)

‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam. Há de se entender que as razões expostas, em princípio, exigem mais do que a simples enunciação ulterior das razões que o estribaram, vez que para a ciência a posteriori bastaria o supedâneo fornecido pelos incisos XXXIII e XXXIV, “b” do art. 5º, segundo os quais, e respectivamente, é garantido aos administrados o direito de receber dos órgãos públicos ‘informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral’, e obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II) e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do mesmo artigo), a fortiori deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes. [...] *se de ato discricionário se tratar, 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.* (grifo nosso)

Na hipótese vertente, o ato que deu causa ao mandado de segurança limitou-se a justificar a *remoção* da impetrante entendendo-a *conveniente*, lastreada no *interesse público*, uma vez que a Administração *pode* designar o servidor para desempenhar suas funções na unidade que está a exigir a sua presença (devendo prevalecer o interesse da Administração Pública que se confunde, pelo menos em tese, com o interesse dos administrados).

A motivação, portanto, é parâmetro ou a guia para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. A ausência da necessária motivação, tanto quanto o vício de finalidade ou causa determinante, configura ilegalidade, passível de controle jurisdicional.

O e. STJ tem ofertado hodiernamente as seguintes decisões sobre conturbado tema:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO
- ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO
I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE
INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES –

RECURSO PROVIDO.

I - *O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individualdos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes.*

II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão ‘fundamentada em razão do interesse do serviço’ nele contida.

III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. *Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.*

IV - Recurso provido.” (STJ, QUINTA TURMA, RMS 12856/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 08.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 214). (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.

2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.

3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência ‘ex officio’, para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

4. Recurso provido. (STJ, SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA DJ 16.05.2005 p. 417) (grifo nosso)

Com efeito, restou superado o entendimento jurisprudencial que costumava ser

corriqueiramente seguido por aquela e. Corte, abrindo vereda absolutamente oposta⁴.

No âmbito da Suprema Corte, mais uma vez, a motivação dos atos administrativos é reconhecida também como o norte para a aferição de sua legalidade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6º, parágrafo único, da Constituição de 1969, acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que *revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la*. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, *mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível* (Discrecionariedade e Controle judicial). (STF, Segunda Turma, RE 131661 / ES, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39209 EMENT VOL-01809-06 PP-01393) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAGISTRADO. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. RECUSA. INDISPENSABILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, X, DA CF. Nulidade irremediável do ato, por não haver sido indicada, nem mesmo na ata do julgamento, a razão pela qual o recorrente teve o seu nome preterido no concurso para promoção por antiguidade. Recurso provido. (STF, Primeira Turma, RE 235487 / RO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00099 EMENT VOL-02074-04 PP-00685)

Mister transcrever excerto do voto do Min. Sepúlveda Pertence no s autos do julgamento do Recurso Extraordinário n. 235487, feito esse que comportou severo debate permeando

⁴ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. DESNECESSIDADE.

- A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade.

- Precedente.

- Recurso ordinário desprovido.” (STJ, SEXTA TURMA, RMS 12312 / RJ, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 09.12.2002 p. 390)

a legalidade (ou não) de ato administrativo emanado de órgão jurisdicional colegiado:

[...] mostrou o eminente Relator que, no caso, recusou-se 'o juiz mais antigo', e, se houve motivação, qual acentuou o Tribunal *a quo* no acórdão recorrido, ela não se materializou: o que equivale à inexistência de motivação.

Entendo que à semelhança do que decidimos a respeito do veto imotivado a candidatos à magistratura, no RE 125.55, 27/03/92, de que V.Exa. foi Relator (RTJ 141/2/99), *também, e com mais razão, a recusa do juiz mais antigo há de ser motivada*: já o antecipara no MD 21.269, de que relator o eminente Ministro Francisco Rezek, já recordado em votos anteriores.

Alguns dos votos que me precederam afirmaram que o ato não é discricionário. Ao contrário, penso que o ato é discricionário. *Mas precisamente porque discricionário é que a recusa reclama motivação. O ato vinculado não a reclama, na normalidade dos casos, porque, ou o motivo legal necessário à sua validade existe ou não.* E, de regra, não é preciso que ele seja explicitado, porque o prejudicado pode demonstrar que não existe o único motivo que validaria o ato. *Já o ato discricionário, sim, deve ser motivado para submeter-se, não apenas ao controle de legalidade estrita, mas também ao do abuso de poder.* De tal modo que a mim me parece evidente a necessidade da motivação. (grifo nosso)

Ora, é incontroverso que dentro da borda de *discricionariiedade* da Administração Pública, certamente podem ocorrer (e como cediço, ocorrem muitos) atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade.

Nessa perspectiva, somente a análise do instituto da *motivação*, observada cada hipótese concretamente apresentada, poder-se-á verificar a correspondência do ato hostilizado, de acordo com os princípios que regem a lúdima atividade administrativa.

Portanto, a *oportunidade*, a *conveniência* e o próprio *mérito* do ato administrativo discricionário não poderão ser apurados olvidando desses princípios. Sim, porquanto semelhantes postulados trabalham como autênticos *critérios objetivos* da legalidade do ato administrativo e, portanto, devem imantar a *liberdade de escolha* do administrador público.

O poder discricionário deve encontrar limites não apenas na *finalidade legal* da norma que o instituiu, mas precipuamente, nas normas constitucionais⁵.

⁵ Vide BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005. t. 3, pág. 367.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte sobre a necessidade de motivação não só dos atos administrativos vinculados como também dos discricionários em sentido estrito, por entender que aquela constitui garantia de legalidade aos interessados e da própria Administração Pública (que deve ser regida legal e lícitamente).

Também, Odete Medauar⁶ pondera sobre a crescente tendência de exigir-se da Administração Pública justa *motivação* dos seus atos, quaisquer que sejam eles:

Durante muito tempo, vigorou no direito administrativo a regra da não obrigatoriedade de enunciar os motivos do ato, salvo imposição explícita na norma. A partir de meados dos anos 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância da exigência de motivação dos atos administrativos, principalmente daqueles que: restringem o exercício de direitos e atividades; apliquem sanção; imponham sujeições; anulem ou revoguem uma decisão; recusem vantagem ou benefício qualificado como direito; expressem resultado de concursos públicos.

Por outro lado, no que tange à graduação das nulidades, o saudoso Hely Lopes Meirelles considera inequivocamente nulo o ato eivado de vício. Já Celso Antônio Bandeira de Mello, propõe a distinção entre atos nulos, anuláveis e inexistentes. Segundo avaliação de Bandeira de Mello, ato inexistente é aquele cujo conteúdo possui um vício de tal seriedade que jamais pode ser alcançado pela prescrição, uma vez que o ordenamento jurídico expurga a sua existência.

Por sua vez, ato nulo é aquele cujo vício é insanável, ou seja, mesmo que a Administração Pública *repita* a sua prática, o vício irá perseverar, continuará. Já o ato anulável é aquele cujo vício pode ser sanado pela Administração Pública através da *convalidação*.

Esta última, nas palavras de Bandeira de Mello “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”.

Não sendo viável ou mesmo possível a convalidação do ato, a Administração Pública deverá proceder à anulação do ato eivado de vício. Essa extinção, também chamada por alguns de *invalidação*, “consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Judiciário”.⁷

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 167.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. pág. 191.

Com efeito, com respeitosa vênia, entendo, à símile da conduta administrativa fustigada nesta via excepcional, também desvalioso o ato administrativo materializado em 11 de dezembro de 2007, que convalidou a remoção da autora.

Por derradeiro, a questão trazida à balha não é nova e já foi por diversas vezes objeto de atiladas decisões desse e. TJMG:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM - SERVIDOR PÚBLICO - CARGO EFETIVO - INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PARA LOCALIDADE A 50 KM DO MUNICÍPIO - ILEGALIDADE DO ATO - INDISPENSABILIDADE DE MOTIVAÇÃO DIANTE DAS CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA DO ATO IMPUGNADO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (Apelação Cível n.º 000.308.485-2/00, 2ª C.Cív., rel. Des. BRANDÃO TEIXEIRA, DJ: 22.08.2003).

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - AFASTAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO - SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE VENCIMENTO - ABUSO DE PODER - NULIDADE DO ATO. O ato de remoção ou transferência oficial de servidor, embora faça parte das atribuições da Administração, no uso do poder discricionário que lhe é inerente, não dispensa a necessária fundamentação, principalmente quando evidenciados indícios de abuso de poder. É abusivo e ilegal o ato do Chefe do Executivo Municipal que aplica pena por infração funcional a servidor público sem observar o princípio do devido processo legal. (Apelação Cível n.º 000.265.149-5/00, 7ª C.Cív., rel. Des. WANDER MAROTTA, DJ: 27.03.2003).

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - **REMOÇÃO** - MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO - EXIGIBILIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. É lícito a Administração transferir servidor público, inserindo-se tal ato dentre as prerrogativas do Poder Executivo, desde que decorrente de interesse eminentemente público e efetivada através de ato devidamente motivado. Comprovada a ilegalidade do ato, ou o abuso de poder na sua prática, impõe-se a concessão da ordem.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.459918-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AUTOR(A)(S)(ES):

LUIZ CELSO ARRUDA - RÉ(U)(S): CHEFE POL Civil
ESTADO DE MINAS GERAIS - REMETENTE: JD DA 5ª
V FAZ COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR:
EXMO. SR. DES. EDILSON FERNANDES – Minas Gerais
de 26.8.2005.

3. Conclusão

Com efeito, manifesta-se o Ministério Público pela concessão da segurança, diante da inexistente motivação do ato administrativo ora vergastado.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2008.