

## O DIREITO E A VIDA DO DIREITO

Por Maria Cristina Zucchi<sup>52</sup>

“A noção de justo é a pedra angular  
de todo o edifício jurídico”

Del Vecchio

### INTRODUÇÃO

Onde há um direito, é preciso dar-lhe vida, permitindo que seu titular possa exercê-lo e tê-lo respeitado.

Por mais certas que essas assertivas possam ser, na realidade é muito comum nos depararmos com um direito que, embora existente, não pode ser exercido, em razão de atos de terceiros, públicos ou privados, e que requerem providências dos órgãos competentes para que a lesão ao direito seja

terminada, e ele, o direito existente, possa ter vida, e ser exercido livremente.

Com este trabalho, pretendo trazer a história de um direito multifacetário o qual, embora existente, teve seu exercício cerceado pela Administração Pública Municipal. A exposição que para aqui trago mostra como o Poder Judiciário trabalha para detectar a existência (ou não) do direito alegado pela parte e, se encontrá-lo, realmente protegê-lo da lesão que o acomete, permitindo seu exercício pleno por parte de seu titular.

Trata-se de caso verídico, com decisão superior já publicada, mas preservo a identidade das partes, omitindo os dados que permitam sua identificação.

### O significado do Direito

O Direito tende à proteção do homem. Para tanto, porém, ele não considera o homem isoladamente, mas sim na convivência com seus semelhantes, como parte de um todo social, em que convive.

O que significa a palavra “direito”?

Trata-se de palavra que tem origem no latim *directum*, que exprime *o que está conforme à regra*. Com tal sentido, o vocábulo “direito” encontra similar em todas as línguas neolatinas e, de forma geral, nas línguas ocidentais modernas: *droit* (francês), *diritto* (italiano), *derecho* (espanhol), *recht* (alemão), *right* (inglês).

---

<sup>52</sup> Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (desde 2001). Possui Mestrado em Direito Constitucional Comparado pela Universidade Samford, Cumberland School of Law (2000) e Doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2005). Atualmente é professora adjunta da Cumberland School of Law, Samford University, professora do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), professora do Centro Universitário Padre Anchieta e professora convidada nos cursos da PUC COGEAE. Atua, ainda, como coordenadora e professora nos Cursos de Capacitação nos Meios Alternativos de Solução de Conflitos na Escola Superior da Advocacia OAB /SP e no Instituto dos Advogados de São Paulo IASP. Sua formação jurídica acadêmica tem ênfase na área jurídica, principalmente em DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO e em DIREITO FALIMENTAR E RECUPERACIONAL e nos MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Em latim, porém, *rectum* tem um sentido mais moral do que jurídico,<sup>53</sup> em razão do que o direito é, propriamente, designado pela palavra *jus*<sup>54</sup>. No vocábulo *jus* muitos veem uma derivação de *justum*, isto é, aquilo que é justo ou conforme a justiça.<sup>55</sup>

O direito segue o ser humano desde o momento em que ele é concebido (art. 2º, CC). No caminho entre o começo e o fim do ciclo vital, o direito considera o homem não apenas individualmente, mas também como parte de uma comunhão, a sociedade, fora da qual o homem não poderia viver civilmente. O homem é, pois, considerado um ser social. Assim sendo, sociedade e direito se pressupõem, um não existe sem o outro – *ubi societas ibi jus*. Entende-se, pois, que se da natureza humana resulta a sociedade, desta mesma natureza decorre, portanto, também o direito.

O direito adquire força coercitiva sempre que ele se consubstancia em normas ou regras positivas destinadas a realizá-lo. Tal força faz com

que haja proteção jurídica, correspondendo a uma intervenção eventual desta força, se necessário, para manter a ordem social efetiva, mediante o respeito às faculdades atribuídas às pessoas e à obrigatoriedade dos respectivos deveres. É assim que esta proteção coercitiva torna-se elemento constitutivo do direito, assegurando sua finalidade suprema, que é o aperfeiçoamento do indivíduo por meio da coexistência social harmonicamente organizada.

Tais ideias nos permitem constatar que quando o Poder Público intervém coercitivamente em defesa do direito ameaçado ou lesado, ele o faz representando a proteção-coerção do direito, visando manter, efetivamente, a vida em sociedade harmonicamente organizada.

O direito, assim, deve ser entendido com o caráter de força social propulsora que ele possui, que visa proporcionar o meio de aperfeiçoamento e progresso do homem, tanto individual quanto socialmente em consequência.

Com o surgimento do Estado Constitucional – o Estado estruturado e regido por uma norma suprema, a sua Constituição – os direitos humanos – individuais e sociais – foram guindados à posição de fundamentais, constitucionalmente outorgados e, portanto, reconhecidos e garantidos, revestidos assim de uma proteção suprema, a partir da Carta Magna de cada país. No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dá aos direitos humanos fundamentais

---

<sup>53</sup> *Rectum* é “o que está conforme a régua”, cf. André Franco Montoro in *Introdução à Ciência do Direito*, ed. Revista dos Tribunais, 25ª. edição, 2000.

<sup>54</sup> Planiol, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tome I, 1.

<sup>55</sup> James Goldschmidt (*Problemi Generali del Diritto*, ed. Cedam, 1950) define o direito como sendo o “complexo das normas gerais e invioláveis produzidas pela cultura de uma comunidade e inspirada na idéia de justiça; para tornar possível a coexistência dos homens, estas normas lhes impõem deveres de fazer e de não fazer, tipicamente correspondentes a outros tantos direitos e, geralmente, estatuem que a comunidade organizada reprimirá a violação de tais deveres”.

priorização total, disciplinando-os logo a partir do seu artigo 5º, em razão do que foi cognominada “Constituição cidadã”.

### **O Direito em exame neste trabalho**

Após as breves considerações sobre o direito e seu significado para o indivíduo e para a sociedade, passo à apresentação do direito que vamos analisar aqui – o direito de uma professora da rede municipal de ter garantida a licença de afastamento sem vencimento, por dois anos, visando salvar seu direito à preservação da sua família e do seu casamento.

### **Esse o caso concreto:**

Tratava-se de servidora pública municipal com lotação e exercício em uma Escola Municipal de Educação Infantil - EMEI, que estava afastada da função de professora, em que atuou por 25 anos, tendo passado a exercer o cargo de Coordenadora Pedagógica por dois anos em CEI (Centro de Educação Infantil e Creche Conveniada) e atualmente o de Diretora da EMEI. No final do ano de 2017, precisou requerer licença de afastamento para acompanhar sua filha menor, visando a residir com ela e seu marido, pai da menor, nos Estados Unidos, uma vez que seu cônjuge foi transferido para aquele país pela empregadora do mesmo, a empresa General Motors. Esta, com o fim de manter a integridade familiar de seu empregado, estando

próximo o vencimento do prazo para a transferência da família, providenciou a cobertura da passagem aérea da mãe e da filha menor, com data de 10 de março de 2018, a formalização de permanência das mesmas, viabilizando sua residência fixa, e os estudos para a menor até a fase universitária.

O pedido de licença foi deferido pela Supervisora Escolar na chefia imediata, uma vez que restavam quatro professoras efetivas na unidade de exercício da servidora sem aulas atribuídas, o que viabilizaria a substituição caso o pedido de licença fosse deferido. Porém, sob o fundamento de “necessidade de serviço”, as demais instâncias administrativas indeferiram o pedido de licença.

A professora alegou seu desespero por encontrar-se longe do marido, que já estava afastado da família desde março de 2017, e por precisar acompanhar a filha, menor, em idade que precisa muito da presença e orientação da mãe, e para ajudá-la a adaptar-se em país e escola estrangeiros, tudo o que, se não permitido o afastamento, redundaria no perecimento de seu casamento, de sua família e de seu emprego.

Diante do indeferimento administrativo, a professora ingressou com mandado de segurança contra o sr. Prefeito, o que levou o processo à competência do Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu Órgão Especial, competente para julgar o caso em sendo autoridade coatora o Prefeito do Município.

## O Poder Judiciário bandeirante e o caso da professora

O Tribunal de Justiça de São Paulo organizou o exame do caso pela análise dos seguintes pontos fulcrais: 1. Tem a impetrante (professora da rede municipal) direito líquido e certo a ser protegido pela via mandamental? 2. Se há direito líquido e certo a ser protegido, pode a Administração Pública, no caso a Prefeitura local, violá-lo alegando “necessidade de serviço”? 3. Se há direito líquido e certo a ser protegido, e se a autoridade coatora deixar de reconhecê-lo, pode o Judiciário impedir uma abusividade constatada?

Com essa ordem de análise do caso, passou-se ao exame de cada tópico indicado.

### *1. Tem a impetrante direito líquido e certo a ser protegido pela via mandamental?*

Por direito líquido e certo<sup>56</sup> deve ser entendido aquele que é incontestável, não restando dúvida quanto aos fatos em razão das provas pré-constituídas apresentadas pela parte. Como já dizia o inesquecível Ministro Costa Manso, “desde que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se

---

<sup>56</sup> Expressão que é utilizada no texto constitucional brasileiro desde a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 24), e assim introduzida na Lei 1.533 (art. 1º), mantida também no texto da Carta Magna de 1988 (art. 5º, LXIX) e na vigente

apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança”.<sup>57</sup>

O direito líquido e certo da autora se apresenta, no caso concreto, sob dois importantes ângulos – o administrativo [a] e o constitucional [b].

[a] A impetrante é funcionária pública municipal, cargo que exerce há quase 28 anos – 25 anos como Professora de Educação Infantil e Ensino Fundamental I, desde 01/02/1991, dois anos como Coordenadora Pedagógica no CEI (Centro de Educação Infantil e Creche Conveniada), e atualmente como Diretora da EMEI (Escola Municipal de Educação Infantil). Portanto, ela é detentora legítima do cargo que ocupa como servidora pública municipal há 27 anos – atualmente não como professora, mas sim como Diretora da Escola Municipal, sem nenhuma indicação de mácula ou desabono quanto à sua atuação.

Ao servidor público municipal é assegurado o direito de obter licença sem vencimento para tratar de interesse particular, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos (art. 153, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município).<sup>58</sup>

---

lei regulamentadora do remédio constitucional (Lei 12016/2009, art. 1º).

<sup>57</sup> *apud* Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 5ª. edição, RJ., 1956, pgs. 92-83.

<sup>58</sup> Estatuto dos Servidores Públicos do Município – Lei 8.989/1979 - Art. 153 - O funcionário estável poderá obter licença sem vencimento para tratar de interesse particular, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos.

A chefe imediata da impetrante deferiu o pedido de afastamento, tudo o que demonstra que quem está mais próxima da real situação da autora não vê problema algum no afastamento da mesma, uma vez que restaram quatro professoras efetivas na unidade de serviço da servidora sem aulas atribuídas, para as substituições que venham a ser necessárias, o que viabilizaria a substituição diante do deferimento do pedido.

A impetrante, ademais, contava com mais de dois anos de efetivo exercício (na verdade, contava com 27 anos de serviço), não respondia a inquérito administrativo, não tinha débitos pendentes com a PMSP, HSPM ou IPREM, e contava com a concordância da chefia imediata.

Pelos dados levados aos autos, portanto, entendeu o douto Colegiado que a impetrante preenchia os *requisitos administrativos* apontados para obter licença sem vencimento. Quanto a isto, a Prefeitura Municipal nada alegou ou opôs em suas informações, e a prova apresentada o comprovou.

Quanto ao *interesse particular* justificador do pedido, pode ele ser assim identificado: a autora é casada e seu marido foi designado para trabalhar na sede americana de sua empregadora, General Motors, residindo nos Estados Unidos desde

03/2017 por conta desta remoção. A autora continuou residindo no Brasil com a filha menor, porém a empresa empregadora tomou as providências necessárias para viabilizar a manutenção da família e, antes do vencimento do prazo de transferência da família aos Estados Unidos, promoveu o envio das passagens, com data de 10/03/2018, garantindo ainda o custeio dos estudos da menor, com as aulas se iniciando em março de 2018, e residência fixa pela formalização dos documentos de permanência das mesmas no país. A Prefeitura em sua manifestação não questionou nem se insurgiu quanto aos dados apresentados pela funcionária requerente.

Concluiu-se, portanto, que o direito líquido e certo para espeque do pedido de licença existia, e estava comprovado de plano.

Da análise do interesse particular em questão, porém, verificou-se que o âmbito do direito a ser considerado *in casu* era muito maior do que o de direito líquido e certo ao cargo e à licença sem vencimento nos termos da regulamentação legal. Tratava-se também de direito fundamental constitucionalmente garantido, qual seja, o direito da servidora pública de ter protegida e garantida a sua família. Assim,

---

§ 1º - A licença referida neste artigo poderá ser negada quando o afastamento do funcionário for inconveniente ao interesse do serviço.

[b] nos termos do art. 226 da Constituição Federal<sup>59</sup>, a família é afirmada como base da sociedade, guindada à proteção constitucional pelo fundamento insculpido no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai todos os direitos fundamentais do homem, “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”<sup>60</sup>.

A autora comprovou que seu cônjuge foi transferido a trabalho para os Estados Unidos desde março de 2017 (fls. 69), sendo que o casal possui uma filha ainda menor, de acordo com a certidão de nascimento apresentada. Também comprovado e não combatido nos autos que, a partir do fim do ano de 2017, a empresa empregadora viabilizou à família de seu empregado condições de preservar e manter seu vínculo familiar. Não se trata, pois, de qualquer interesse particular, mas sim de preservar o núcleo familiar da servidora, bem como o de assegurar o direito da menor à convivência familiar, previsto no art. 227 da Constituição Federal. A proteção constitucional à família e aos menores constitui direito fundamental, ao qual nenhuma norma ou ato pode sobrepor-se, sob pena de perpetrar inaceitável violação a comando principiológico supremo no direito brasileiro.

---

<sup>59</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Justificada estava, pois, a necessidade do afastamento da impetrante, para manter sua família, dando a esta condição de viver dignamente protegida, preservando o vínculo afetivo e social. E não apenas por esse critério, devendo ainda ser lembrado que, sob a égide da valoração da família como base da sociedade, nossa Carta Magna também imputa à família e ao Estado, o DEVER de assegurar à criança e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à dignidade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência<sup>61</sup>. Do que deflui que não apenas a impetrante, mas também a Administração Pública estão constitucionalmente jungidos ao DEVER de preservar a família, o que lastreia, fortemente também, o direito líquido e certo em exame. Por simetria, a Constituição Estadual de São Paulo também normatiza tal proteção, observando-se, porém, que ela exige do Poder Público,

---

<sup>60</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª. ed., Coimbra Ed., 1984, pgs. 58/59.

<sup>61</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (n/grifos).

primeiramente, e da família ao depois, a proteção da família, nos termos que estabelece.<sup>62</sup>

A confirmação do direito líquido e certo pode ser dimensionada também em função dos danos que o indeferimento do pedido de afastamento causaria. Negando o afastamento à sua servidora, esta perderia definitivamente:

- o direito de salvar e manter o seu casamento;
- o direito de salvar e manter sua família e a convivência com sua filha menor;
- o direito de salvar e manter toda a sua carreira – 27 anos de exercício profissional, com a proximidade de sua aposentadoria;
- o direito de salvar e manter sua dignidade pessoal e a sua capacidade de continuar trabalhando como servidora.

Constatada a existência do direito líquido e certo da impetrante, prosseguiu a C. Corte no exame do caso vertente, respondendo à segunda indagação:

---

<sup>62</sup> Constituição do Estado de São Paulo – art. 277 – Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão. (n/grifos).

## ***2. Se há direito líquido e certo a ser protegido, pode a Administração Pública, no caso a Prefeitura local, violá-lo alegando “necessidade de serviço”?***

É consabido que a lei confere ao administrador, diante de alternativas de conduta, liberdade para agir ou decidir, mas sabe-se também que isto significa que quando a lei confere ao agente público competência discricionária, ela atribui ao agente o poder-dever de escolher a melhor conduta, a conduta ótima, dentre um universo de condutas possíveis, para a plena satisfação do interesse público.

Isto significa que o legislador, não podendo antecipar qual seria a melhor medida para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga de discricionariedade, de adotar a escolha ideal, buscando atender o melhor possível à finalidade da norma e ao interesse público.

O conceito de interesse público é um conceito jurídico. Assim, o que seja interesse público, categoria jurídica, somente é encontrável no Direito Positivo. O interesse público é delineado pelo sistema normativo – será interesse público aquele que o sistema normativo reconhece com tal qualidade. E os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais enquanto participantes da sociedade.

Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o sentido e alcance do interesse público no direito contemporâneo, traz a divisão dele em interesse

público primário e interesse público secundário<sup>63</sup>, e em função desta divisão afirma que

[...] em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.<sup>64</sup>

Pois bem. No caso analisado, via-se que a Prefeitura Municipal estava indeferindo pedido de licença de afastamento sem vencimento, em razão de interesses particulares, sob o fundamento de que havia 717 cargos de professor em aberto, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, o que estaria causando um *déficit* funcional no quadro de servidores a que pertence a impetrante, do que

---

<sup>63</sup> Interesse público primário é o pertinente à sociedade como um todo, cabendo ao Estado buscá-lo, por ser representante do corpo social. Interesse público secundário é o da pessoa jurídica (quer seja a União, o Estado ou o Município) que seja parte em determinada relação jurídica, e em busca dos interesses de seu próprio organismo. Esta distinção é de origem italiana (Renato Alessi, Camelutti, Piccardi, com seguidores na doutrina brasileira, tais como Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Luís Roberto Barroso).

<sup>64</sup> Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*, Ed. Saraiva, 7ª. ed., p. 97.

resultaria que seu pedido não fosse conveniente nem oportuno para a Administração Municipal. Deferir o afastamento da servidora significaria, segundo a Prefeitura em questão, atender a interesses pessoais em detrimento do interesse da Administração e a necessidade e manutenção dos serviços públicos. Examinando as razões apresentadas pela autoridade coatora, vê-se que:

[a] o fundamento utilizado não se mostra, por si só, como um critério razoável para a aferição da conveniência do ato administrativo, por revelar apenas a necessidade genérica de reposição funcional, retirando a coerência do ato administrativo.

Mais uma vez sob as luzes do ilustre professor Bandeira de Mello, “Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem-fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido” .<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Idem, pag. 68.

Negar a licença à professora não iria solucionar o *déficit* funcional municipal, pois continuariam existindo as mais de setecentas vagas em aberto, porém tal indeferimento iria fulminar direito constitucionalmente protegido e a legitimidade do pedido objeto do *writ* a ser decidido. A única razão apresentada pela Municipalidade para a negação do afastamento sem remuneração estava relacionada, apenas e tão somente, à necessidade genérica de reposição de servidores – repita-se, o que não resolveria o problema da falta de servidores, sendo portanto insuficiente para contrapor-se à motivação do pedido, totalmente lastreado na Constituição e na lei, como já demonstrado. O direito da impetrante é protegido por uma cláusula de direito fundamental. Era de rigor, portanto, coibir que tal violação fosse perpetrada.

[b] em nenhum dos indeferimentos apresentados está sequer mencionada a existência da filha da servidora. O interesse particular da servidora foi referido nos autos, pela Administração, como sendo apenas o de “acompanhar seu marido”. Em nenhum dos indeferimentos da Prefeitura Municipal sequer é mencionada a existência da filha da impetrante, o direito de proteção à família da mesma sequer é considerado, não sendo mencionada a necessidade imperiosa da mãe acompanhar a filha menor, e o interesse público invocado o foi apenas sob a alegação de “interesse da Administração e

necessidade de manutenção dos serviços públicos”, o que é destituído de coerência e desborda dos limites da discricionariedade, como já visto mais acima, sobrepondo o “alegado” interesse público ao “efetivo” direito constitucionalmente garantido de proteção à família do servidor público, e que não pode ser ignorado pela Administração, como ela pretende.

Ademais, o *déficit* a que se refere a Prefeitura diz respeito a *professores*, e esta não é a função que a autora estava ocupando nos últimos três anos. A inicial demonstrava a existência de 4 (quatro) professoras substitutas, sendo três delas irremovíveis, que já a têm substituído, pois esta a função delas. Portanto, prejuízo ao serviço não haveria, principalmente considerando tratar-se de afastamento sem vencimento.

Verificou-se, ainda, que o fundamento trazido pela Administração Pública tornava-se inócuo, na medida em que o legislador conferiu o direito ao servidor de se licenciar sem vencimentos, quando precisar. Sabendo-se que todos os servidores exercem função útil e, portanto, necessitam ser substituídos quando usufruem de licença, a necessidade de reposição, por si só, não se mostra um critério razoável para a aferição da conveniência do deferimento ou não da licença sem vencimentos, sob pena de tal benefício tornar-se letra morta.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> No escólio de Celso A. Bandeira de Mello, “Não há como esquivar-se a este dilema: ou as palavras da lei significam sempre, em qualquer caso, realmente alguma

O indeferimento, reiterou-se, não traria nenhuma solução para o problema funcional da Administração, mas com ele a impetrante perderia, definitivamente: o seu direito de salvar e manter o seu casamento; o seu direito de salvar e manter sua família e a convivência com sua filha menor; o seu direito de salvar e manter toda a sua carreira – 27 anos de exercício profissional, com a proximidade de sua aposentadoria; o seu direito de salvar e manter sua dignidade pessoal e a sua capacidade de continuar trabalhando como servidora.

Cabe aqui trazer lição de Enterría, segundo a qual “Quando um cidadão se vê prejudicado em seu âmbito material ou moral de interesses por atuações administrativas ilegais adquire, pela conjunção dos dois elementos de prejuízo e de ilegalidade, um direito subjetivo à eliminação dessa atuação ilegal, de modo que se defenda e restabeleça a integridade de seus interesses”.<sup>67</sup>

A impetrante estaria sendo prejudicada ilegalmente com o cômodo indeferimento incongruente do pedido de que tanto necessitava. O interesse público pertinente à Administração, aqui, era o de atender à necessidade de sua funcionária, permitindo que ela tivesse seus direitos respeitados, para manter a integridade de sua família e de seu casamento, e *poder voltar a trabalhar* quando

encerrado seu afastamento. Em franco respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e em total sintonia com o sistema normativo vigente.

Inegável a coincidência do interesse público da Prefeitura com o da impetrante, no caso dos autos. Se a família da servidora fosse destruída, ela não teria mais condição alguma de continuar trabalhando, e a discricionariedade da Prefeitura não pode causar tal dano inclusive ao interesse público geral. É nítido o limite imposto pelo próprio sistema constitucional vigente ao poder discricionário da Administração. Como afirma, ainda, o preclaro Bandeira de Mello,

é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado; ou seja: sua defesa não é apenas do interesse do particular que possa vir a ser afetado, mas é de interesse de toda a coletividade que seja defendido.<sup>68</sup>

Como corolário, ademais, da atitude ilegal da Administração, o ato administrativo que ora se examina afrontava nitidamente, sob qualquer ângulo que se o examine, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Como preleciona Maria Sylvia Zanella di Pietro

---

coisa, ou nada valem, nada identificam – que seria o mesmo que inexistirem. Reduzindo tudo a uma expressão última: ou há lei, ou não há lei, pois negar consistência a suas expressões é contestar-lhe a existência” (op. cit, p. 1007).

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 981.

<sup>68</sup> Idem, p. 69.

[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. ....Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução [...] Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.<sup>69</sup>

Nesse sentido, valiosos precedentes indicando a sensibilização crescente da C. Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça para casos como o vertente:

MANDADO DE SEGURANÇA – Professora Municipal de Jundiá – Licença sem remuneração para tratamento de interesses particulares, por dois anos – Pedido de licença para acompanhar o marido, transferido pela empresa em que trabalha para outro país – Administração Pública que indeferiu o pedido, sob o fundamento da necessidade de reposição de vaga – Apesar de se tratar de questão que se insere no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, este encontra limites nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Inteligência do art. 226 da CF, que reconhece a família como base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado – Decisão administrativa sem motivo suficiente para o indeferimento – Sentença mantida. Recursos oficial e voluntário improvidos.<sup>70</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. Servidor Público Estadual – Licença não remunerada prevista no art. 202 da Lei n. 10.261/68 – Admissibilidade –

<sup>69</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, Ed. Forense, 31ª. ed., p. 106.

<sup>70</sup> Apelação Cível n. 0016452-17.2012.8.26.0309 – Voto 17.339 – Relator Des. Carlos Eduardo Pachi- 12.02.2014.

Requisitos preenchidos – Violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Concessão da ordem que se impõe – Recurso provido.<sup>71</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de Segurança. Servidora pública municipal. Pretensão à concessão de licença não remunerada por dois anos para tratar de assuntos particulares. Admissibilidade. Companheiro que fora transferido para a cidade do Rio de Janeiro e a impetrante possui dois filhos menores. Manutenção do vínculo familiar preconizado pela Constituição Federal. Ato discricionário submetido ao critério do Administrador que, no entanto, deve estar pautado nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Direito líquido e certo suficientemente demonstrados. Ausência de prejuízo do interesse público diante dos pareceres favoráveis da Diretora de Escola e Diretora Regional de Educação. Sentença de concessão da segurança mantida. Negado provimento aos recursos oficial e voluntário.<sup>72</sup>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Servidora da LEMEPREV. Procuradora da autarquia. Pedido de licença para tratar de interesse particular, pelo período de 2 anos e sem remuneração. Liminar indeferida. Inadmissibilidade. Licença para acompanhar o cônjuge, que foi transferido para a Espanha, desde setembro de 2017. Direito constitucional à proteção da família e da criança. Inteligência dos arts. 226 e 227, da CF. Presentes os requisitos do art. 7º, III, da Lei 12.016/09. Decisão agravada reformada.<sup>73</sup>

Inegável o limite que o sistema constitucional vigente estabelece para o poder discricionário da Prefeitura. Esta não pode

<sup>71</sup> Apelação Cível n.1057427-17.2016.8.26.0053 – Voto 21.069 – Relatora Des. Luciana de Almeida Prado Bresciani – 20.10.2017.

<sup>72</sup> Apelação n. 0007183-43.2012.8.26.0053. Voto 9731 – Relator Des. Oswaldo Luiz Palu – 05.06.2013.

<sup>73</sup> Agravo de Instrumento n. 2037571-44.2018.8.26.0000. Voto 16.547. Relator Des. Paulo Galizia – 16.07.2018.

ultrapassar tal limite, acomodando-se sob fundamento genérico que não constitui solução para seu problema funcional e que foge aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, prejudicando a sua servidora, acabando com o seu casamento, sua família, seu emprego e sua capacidade de trabalhar como servidora pública.

A Corte Suprema Estadual passou, então, a examinar o terceiro tópico estabelecido para sua análise:

***3. Se há direito líquido e certo a ser protegido, e se a autoridade coatora deixou de reconhecê-lo, deve o Judiciário impedir uma abusividade constatada?***

A noção de Estado de Direito não só exige que o Estado esteja “sotoposto, como qualquer outro sujeito, às leis e à jurisdição”<sup>74</sup>, mas também traz, imanente, a soberania popular, por conta da contenção do Poder. Como bem pondera Celso Antonio Bandeira de Mello,

[...] a ordem normativa no Estado de Direito nem se apresenta apenas como um valor objetivo, nem se propõe a ser um esquema de condutas que interesse prevalentemente à pessoa do Estado. Antes, assume o caráter de quadro garantidor de interesses, simultaneamente da coletividade e, particularmente, de cada indivíduo que a compõe, sempre que a quebra da legitimidade cause ao administrado um

<sup>74</sup> Pallieri, Balladore. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, 3ª. ed., 1953, pag. 85.

agravo pessoal ou a subtração de uma vantagem que pessoalmente lhe adviria se fora mantida íntegra a ordem jurídica.

A adoção desta tese, encampada pelos textos constitucionais, seja ou não respeitada na praxis política, envolve consequências jurídicas de transcendente relevo para a interpretação quer da a) “admissibilidade das postulações do administrado em juízo”, quer para b) delimitar-se a “extensão do controle judicial dos atos administrativos.”<sup>75</sup>

Assim, a legalidade tem função protetora do indivíduo, e com base nesta baliza, busca-se saber se a conduta administrativa é legítima ou não, e se ilegítima, se dela resulta ou não um prejuízo quanto a uma proteção conferida pela ordem jurídica e que seria fruída pelo indivíduo, na conformidade dela, se a conduta da Administração estivesse conforme o Direito. É o que vemos em mais um lapidar ensinamento de Enterría:

Toda ação administrativa que force um cidadão a suportar o que a lei não permite não apenas é uma ação ilegal, é uma agressão à liberdade de dito cidadão. Deste modo a oposição a um ato administrativo ilegal, é, em último caso, uma defesa da liberdade de quem resultou injustamente afetado por dito ato.<sup>76</sup>

No caso da professora municipal, o balizamento suplementar da discricção abstrata se deu pela perquirição da atuação conforme a Constituição e conforme a lei. Verificado que a Administração acomodou-se no campo discricionário da

<sup>75</sup> Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*, RDP n. 65, ano XVI, jan./mar. 1983.

necessidade genérica de serviço, sem elidir as provas trazidas de que a situação da servidora em tudo se amolda ao que a lei exige, demandando também a realização da proteção constitucional que lhe é assegurada, necessária mostrou-se a intervenção do Poder Judiciário, trazendo proteção judicial contra a violação desta garantia.

No Estado de Direito, o principal objetivo é o de dar o Poder ao Estado, mas também o de conferir real proteção aos administrados, efetivamente tutelando seus direitos e assegurando-os. Sem qualquer infringência à tripartição dos Poderes, porquanto também assegurada na Constituição, a atribuição de diligente investigação do Poder Judiciário, com o conseqüente controle dos atos administrativos, só pode redundar em garantia constitucional dos direitos fundamentais que ela outorga e protege.

Deve ser ressaltado que, por diligência de iniciativa do próprio Poder Judiciário, foi verificado que, conforme divulgada notícia no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal impetrada, em 08 de maio de 2018 houve convocação de mais 2.400 (dois mil e quatrocentos) professores “aprovados em concurso de Educação Infantil e de Ensino Fundamental II e Médio”, o que evidenciou que o argumento utilizado pelo órgão municipal caía por terra, deixando de haver suporte, também por tal razão, para mantê-lo.

---

<sup>76</sup> *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello, Eduardo Garcia de Enterría, op. cit., p. 979.

Do exame do caso analisado, tanto em relação à proteção constitucional quanto em relação à lei regente, viu-se que a Administração extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de Direito aplicável à hipótese, pelo que, ao dimensionar sua extensão, concluiu a Corte Bandeirante que o ato de indeferimento requer controle de legalidade pelo procedimento extrínseco do mandado de segurança. E concluiu ser de rigor a concessão da segurança, determinando à autoridade impetrada que concedesse o afastamento não remunerado à professora, pelo período requerido, a partir da data do início da licença pleiteada.

### **Conclusão**

Deve-se levar em conta que embora, em regra, não seja cabível ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo discricionário – classificação na qual se enquadra o ato que aprecia pedido de licença de servidor para tratar de interesse particular –, não se pode excluir do Judiciário a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato, sempre que verificado abuso por parte do administrador.

Diante de manifesta ilegalidade, como verificado pela análise do caso examinado, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos

ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa.

Constatou-se, no caso sub examine, que os fundamentos elencados pela Administração para recusa de licença à professora para tratar de interesse pessoal eram inidôneos e infundados, pois se apoiaram em elementos inverossímeis, sendo ausente, ademais, eventual prejuízo ao interesse público. O ato administrativo deve sempre mostrar-se adequado à finalidade anunciada, o que é requerido e consentâneo com o Estado Democrático de Direito. Se não o é, precisa ser corrigido pelo Poder Judiciário, sob pena de inaceitável ilegalidade e afronta ao Direito. A utilização do conceito de interesse público tem que ser feita com cautela e respeito diante da pluralidade e contrariedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade.

E não se pode deixar de lado a baliza indicando que os motivos externados pela Administração não podem sobrepor-se à proteção da família, de basilar consagração pela Constituição da República Federativa do Brasil, tampouco ferir totalmente os direitos individuais existentes, ignorando a dimensão pública (social) que eles detêm, não sendo esta a direção da legalidade no Direito Brasileiro.

Onde há um direito, é preciso dar-lhe vida, permitindo que seu titular possa exercê-lo e tê-lo respeitado!

## Referências:

AGRAVO de Instrumento n. 2037571-44.2018.8.26.0000. Voto 16.547. Relator Des. Paulo Galizia – 16.07.2018.

APELAÇÃO Cível n. 0016452-17.2012.8.26.0309 – Voto 17.339 – Relator Des. Carlos Eduardo Pachi – 12.02.2014.

APELAÇÃO Cível n. 1057427-17.2016.8.26.0053 – Voto 21.069 – Relatora Des. Luciana de Almeida Prado Bresciani – 20.10.2017.

APELAÇÃO Cível n. 0007183-43.2012.8.26.0053. Voto 9731 – Relator Des. Oswaldo Luiz Palu – 05.06.2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 jul. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra, 1984.

CASTRO NUNES, José de. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemi Generali del Diritto*. Padova: Cedam, 1950.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Controle judicial dos atos administrativos*. RDP n. 65, ano XVI, jan./mar. 1983.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALLIERI, Balladore. *Diritto Costituzionale*. 3. ed. Imprenta: Milano, 1953.

SÃO PAULO. *Constituição Estadual do Estado de São Paulo*. 1989. Disponível em:  
<<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>  
Acesso em: 18 jul. 2019.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome I,1.

SÃO PAULO. *Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Paulo*. Lei 8.989/1979.  
Disponível em:  
<[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/Servidores%20-%20Estatuto\\_1265987442.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/Servidores%20-%20Estatuto_1265987442.pdf)> Acesso em: 18 jul. 2019.