CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Netônio Bezerra Machado, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

RESUMO: Questionamento da aposentadoria de servidora cedida por outro Estado, cuja remuneração foi cassada diante da ilegalidade do ato de aposentação.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria considerada ilegal pelo Tribunal de Contas; suspensão dos vencimentos, sem a observância do devido processo legal; restabelecimento com efeito retroativo.

INTRODUÇÃO

Mandado de Segurança contra ato que determinou a suspensão do pagamento da aposentadoria da servidora, cedida por um outro Estado sem ônus, por considerar ilegal a aposentação em face da ausência das condições legais. Voto vencido pela concessão da ordem, restaurando a aposentadoria e reiniciando os pagamentos com efeito *ex tunc* desde a data da impetração do *mandamus*.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0007/2011
PROCESSO Nº 2011100827

Impetrante: CIDÁLIA MARIA BARROS GAMA
Impetrado: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE
Advogada: BELA. LÍCIA MARIA ALCÂNTARA MACHADO
Relator: Des. CLÁUDIO DINART DÉDA CHAGAS
Membro: Des. NETÔNIO BEZERRA MACHADO

VOTO VENCIDO
(Desembargador Netônio Bezerra Machado)

Dada a magnitude do elemento material de conteúdo substanciador

da postulação garantística ora examinada, não obstante os respeitáveis fundamentos já manifestos pelo eminente relator Desembargador Cláudio Dinart Deda Chagas para denegá-la e pelo não menos eminente Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto em seu voto de vista para conceder, parcialmente, a ordem impetrada, achei prudente pedir vista dos autos na Sessão Plenária de 25 de maio transato para analisar mais detida e detalhadamente o caso em testilha.

I- BREVE RELATO DOS FATOS E DAS ETAPAS DO PROCESSO

1- Em síntese, cuida-se de impetrante que, em razão de requisição feita pelo Governo deste Estado de Sergipe, datada de 11/12/1980 (fl. 13) ao Governo do Estado da Paraíba foi, por este, cedida em 16/03/1981 para aqui ser, como o foi, lotada na Secretaria de Educação e Cultura, **sem ônus** para o Governo da Paraíba (fl. 14).

2- Lotada na Secretaria de Educação deste Estado no cargo de Professor, com equivalência salarial ao Nível IV-E, Símbolo MGD (fl. 15) **teve, em 31 de maio de 1984, por força da Portaria nº 861/84, do Secretário de Estado da Educação e Cultura deste Estado de Sergipe, transformado o cargo de Professor no qual fora lotada, para Assistente Social com equivalência salarial ao Nível NS-01 (fl. 15)**.

3- No sobredito cargo de Assistente Social permaneceu até fevereiro de 2008 quando, através da Portaria nº 1581, do ilustre então Secretário de Estado da Administração do Governo de Sergipe **foi aposentada "*por tempo de contribuição*"** (fl. 16).

4- Em outubro de 2009 –**após 01 ano e 08 meses de aposentada**- o Colendo Tribunal de Contas deste Estado, apreciando o processo de aposentadoria da ora impetrante decidiu, pela sua Primeira Câmara, considerar "*Ilegal o ato de inativação da servidora Cidália Maria Barros Gama, em face da ausência de condição legal para sua aposentação*" (*verbis*, fls. 17/19).

Essa decisão do TCE induziu o então Secretário da Educação e Cultura deste Estado a expedir a Portaria nº 6427 de 23.11.2009, tornando sem efeito a Portaria nº 1581/2008 que aposentou a ora impetrante.

5- Contra a desconstituição da sua aposentadoria insurgiu-se, administrativamente, a ora impetrante, colimando a reconsideração, pelo órgão estatal, da Portaria 6.427/2009, a cujo Processo Administrativo nº 018.000.36962/2007-4 teve parecer da douta Procuradoria Geral do Estado de Sergipe no sentido de manter-se a anulação da Portaria nº 1581/2008 que aposentou a impetrante (fls. 21 a 30), parecer esse aprovado pela Chefia da ilustrada Procuradoria (fl. 33).

6- Em dezembro de 2010, o digno Secretário de Estado da Administração autorizou ao Diretor Geral de Pessoal da aludida Secretaria a suspender a remuneração da ora impetrante (fl.34), que em novembro de 2010 percebia, líquido, o valor de R$1.500,70 (fl.35).

7- Contra o ato do ilustre então Secretário de Estado da Administração, consistente na suspensão da sua remuneração, datado de 16.12.2010 (fl.34), insurge-se a impetrante neste *mandamus*.

8- O pedido liminar formulado neste processo garantístico colimando assegurar à impetrante a percepção da sua remuneração foi rechaçado pela douta relatoria originária deste processo garantístico (fls. 57/59).

9- A autoridade indigitada como coatora prestou as informações de fls. 65/71, suscitando preliminar de mérito com escopo de ver declarada a inépcia da inicial pelo fato de não haver a impetrante, em sua exordial, indicado a pessoa jurídica à qual estaria vinculada a declinada autoridade coatora, vulnerando, no seu entender, a exigência inscrita no art. 6º da Lei nº 12.016/2009 versando sobre mandado de segurança.

Essa única preliminar suscitada foi rejeitada pelo íntegro e culto Relator em seu respeitável voto condutor.

10- A ilustrada Procuradoria de Justiça deste Estado, em expressivo parecer da lavra do douto Procurador Geral de Justiça, Dr. Orlando Rochadel de Oliveira, pugna pela denegação da ordem.

11- O eminente Relator deste processo denegou a ordem, sob o fundamento de que, se o vínculo funcional estatutário da impetrante é com o Estado da Paraíba e não com o Estado de Sergipe, por este não poderia ser aposentada, devendo sê-lo por aquele outro ente federativo.

Acrescenta, ainda, o insigne Relator que, embora anulada ou revogada a aposentadoria da impetrante, não há cogitar-se da sua permanência no cargo antes exercido na Secretaria do Estado de Educação, porquanto se inscreve na esfera da discricionariedade do Estado a continuidade da impetrante como funcionária cedida pelo Estado da Paraíba a este Estado de Sergipe.

Essa a linha de raciocínio norteadora do respeitável voto condutor na Sessão Plenária de 18 de maio transato.

12- Na mesma Sessão Plenária, o eminente Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto pediu vista dos autos e na Sessão seguinte, em 25 do mesmo mês de maio, em seu voto de vista, abriu a dissidência do voto condutor.

Embora comungando o douto magistrado dissidente com a parte do voto do Relator no tangente à vedação da sua aposentadoria pelo Estado de Sergipe em razão de pertencer ao quadro funcional do Estado da Paraíba, o voto de vista refutou o ato de suspensão da remuneração da impetrante e, assim, manifestou-se pela preservação do *status quo ante*, com relação à percepção da remuneração da impetrante.

Ou seja: sufragou o Desembargador Roberto Porto a tese de que, embora cancelada a aposentadoria, à impetrante caberia continuar percebendo a remuneração correspondente ao cargo ocupado neste Estado.

13- Esse é o cenário até agora apresentado, de forma superficial por mim exposto nesta fase preambular.

II- CONTEXTUALIZANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS CONFORMADORAS DA SITUAÇÃO AQUI CONCRETIZADA

1- Da regularidade da requisição e cessão da impetrante.

1.1- A **requisição** da impetrante pelo Governo de Sergipe (fl. 13), ao Governo da Paraíba e a respectiva **cessão** por este àquele (fl. 14) pautaram-se pela absoluta obediência à lei, inclusive quanto ao ônus dessa cessão ser

carreado exclusivamente ao Estado de Sergipe.

2- Da **transformação** do cargo ocupado pela ora impetrante por iniciativa do Estado de Sergipe.

2.1- Consoante se extrai da Portaria nº 861, de 31 de maio de 1984, expedida pela Secretaria de Estado da Educação e Cultura de Sergipe, operou-se por tal instrumento "*a* ***transformação*** *do cargo de professor com equivalência salarial ao nível IV, Símbolo MGD, para o cargo de Assistente Social com equivalência salarial ao nível NS-01, da servidora contratada do Estado da Paraíba, Cidália Maria Barros, colocada à disposição do Governo do Estado de Sergipe lotada na Diretoria Metropolitana de Educação e Cultura – DEC, em 200 horas mensais, servindo na Escola de 1º e 2º Graus Professor Gonçalo Rollemberg Leite nesta Capital*" (*sic,* fl. 15).

3- Do ânimo da Administração do Estado de Sergipe em considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora.

3.1- Não bastasse a denominada "Transformação" do cargo beneficiando a ora impetrante (Portaria 861/84, fl. 15), é relevante registrar que:

a)- cedida pelo Estado da Paraíba a este Estado de Sergipe em 16/03/1981 (fl. 14), sem alusão a qualquer lapso temporal dessa cessão, nenhum outro ato relativo à continuação dessa cessão ou qualquer alusão a esse tipo de ato se vislumbra das informações da Administração através da douta Procuradoria Geral do Estado (fls. 65/71);

b)- a Portaria nº 1.581, de fevereiro de 2008 (fl. 16), que após 27 anos de serviço da ora impetrante a esta aposenta, não faz qualquer alusão a ser a aposentada mera funcionária cedida a este Estado de Sergipe por qualquer outro ente federativo, nem seu contracheque de aposentada menciona qualquer elemento nesse sentido (fl. 35).

3.2- O ânimo é de que o Estado de Sergipe, ainda que por via oblíqua, absorvera a ora impetrante como sua efetiva servidora, daí constar da sobredita Portaria de aposentação: "*Aposentar Por Tempo de Contribuição Cidália Maria Barros Gama, RG nº 1.169.101/SE, Assistente Social, Categoria S-2, Classe A, Padrão IX, Referência 15, do Grupo Ocupacional Apoio Técnico Operacional, do* ***Quadro Permanente de Pessoal Efetivo*** *do Poder Executivo, lotada na Secretaria de Estado da educação, com os proventos mensais a que*

faz jus de acordo com a legislação em vigor" (*verbis*, fl. 16). E nada mais diz a respeito da aposentada.

3.3- O ânimo do Estado era, pois, o de considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora.

4- Da irrelevância da titularização da ora impetrante como servidora pública, à luz do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4.1- Relembre-se que, como já assentado nos itens 2.1, 3.1, 3.2 e 3.3, deste capítulo, é evidente o ânimo do Estado de Sergipe de considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora.

E, se não foi investida no cargo público por concurso, como disciplina o art. 37 da Constituição de 1988, já alertando para o fato de que a emblemática "transformação" do seu cargo operada neste Estado deu-se em 1984, portanto antes da Constituição de 1988, incidiria em sua proteção o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim redigido:

> Art. 19. Os servidores públicos civis da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autarquias e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e **que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.** (Grifei).

4.2- Ora bem. A ora impetrante desde 1981, 07 anos antes da Constituição de 1988, estava exercendo função pública na Secretaria de Estado da Educação de Sergipe, sem que tivesse sido admitida na forma do art. 37 da atual Constituição que, aliás, ainda não era, sequer cogitada.

E é exatamente por ter sido admitida da forma não prevista na ulterior dicção do art. 37, que o Constituinte de 1988, no precitado art. 19 do ADC, amparou essas situações excepcionais.

4.3- A conduta da Administração do Estado de Sergipe impregnou de

certeza a ora impetrante, quanto a ser ela efetiva servidora pública deste Estado.

E o próprio Estado de Sergipe estava imbuído dessa condição funcional da ora impetrante.

Tanto isso é verdade, que a aposentou, conforme Portaria nº 1.581/2008 (fl. 16), sem fazer a menor alusão a ser a aposentada cedida a este Estado por outro ente da Federação.

4.4- Essa confiança da ora impetrante restou cimentada pelo decurso do tempo e pela conduta da Administração deste Estado.

Veja-se, na substancialidade analítica, o assinalamento de MIGUEL REALE, nos idos de 1968, quando ainda era uma tanto débil a proteção da dignidade da pessoa humana, reproduzindo o pensamento de OLIVIER DUPEYROUX que adotou a tese de DE SOTO:

> "A solução do Conselho de Estado consiste, em suma, em admitir, de um lado, que nenhum direito subjetivo pode, em princípio, nascer de uma decisão irregular da Administração, mas, de outro lado, que **o decurso de certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e transforma uma situação de fato em situação jurídica, em direito subjetivo. Haveria, desse modo, uma espécie de prescrição aquisitiva de um direito subjetivo à manutenção do ato".**
> A ideia de recorrer à doutrina civilista da "prescrição aquisitiva" é engenhosa, mas revela ainda certo apego a critérios privatísticos, sendo preferível reconhecer, pura e simplesmente, que o problema da sanatória ou convalidação dos atos nulos se coloca em termos menos rígidos na tela do Direito Administrativo, **não por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas. O que se**

> **não pode é recusar à autoridade administrativa**, como expressão que é do organismo estatal, o poder de convalidar dada situação de fato, cuja permanência lhe pareça justa, em virtude não só do tempo transcorrido, mas à vista de circunstâncias que excluam a existência de dolo, **ou quando se revelem, sem maiores indagações, valores éticos ou econômicos positivos a favor da permanência do ato irregular**. (No livro REVOGAÇÃO E ANULAMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO, pp. 83 e 84, Forense, 1ª edição, Rio, 1966).

Na mesma obra, o saudoso jusfilósofo já chamava a atenção para o avanço do Direito Administrativo europeu admitindo que "*o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia*" e conclui, ainda aludindo ao Direito Administrativo daquele continente, pela "*possibilidade de haver-se como legítimo um ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição em tais casos, de* ***direitos adquiridos***". (ob. cit.p.82).

Por isso mesmo, hoje, como bem esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, discorrendo sobre os limites do poder de revogar, embora a Administração "*sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá de invalidá-lo*" adverte, porém, o Mestre, quanto à impossibilidade dessa invalidação, quando "***a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema****. Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito "prescricional", para a Administração invalidar o ato; b)* ***quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável***". (**In** *Curso de Direito Administrativo*,

p. 432, 15ª edição, Malheiros Editores, 2000. Sem grifo no original).

E, logo adiante, em excelente e didática formulação, reconhecendo a importantíssima função do princípio da legalidade enfatiza, porém, a inescusável necessidade da sua assimilação numa dimensão mais ampla e profunda, escoimando a interpretação desse princípio de eventual estreiteza interpretativa, ofertando-nos a grandeza do seguinte escólio:

"***As asserções estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente****. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A* ***decadência*** *e a* ***prescrição*** *demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o* ***princípio da boa-fé*** *– sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao ato administrativo de boa-fé.*

Sendo certo, pois, que a invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação" (Ob. Cit., p. 433, sem grifo no original).

A propósito, porque de rara felicidade o seu conteúdo formal e material, transcrevo o magistério de WEIDA ZANCANER sobre a matéria:

"*Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque estarão*

abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé. (**In** Da CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, p. 59, Ed. RT, 1990).

Essa é uma visão social e humana do Direito, compartilhada, dentre outros, pelo também saudoso e inexcedível Mestre do Direito CARLOS MAXIMILIANO quando, verberando velha parêmia, exorta a todos para a conscientização de que ao Direito "*não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça*".

E prossegue:

"Para isso, até mesmo no campo do Direito Privado, encontra hoje difícil acolhida, tolerada apenas em sentido restrito, nos casos excepcionais de disposições claríssimas, a antiga parêmia, varrida há muito do Direito Público e filha primogênita da exegese tradicional, rígida, geométrica, silogística – Fiat justitia, pereat mundus: *"Faça-se justiça, ainda que o mundo pereça".*

A interpretação sociológica atende cada vez mais às consequências prováveis de um modo de entender e aplicar determinado texto; quanto possível busca uma conclusão benéfica e compatível com o bem geral e as ideias modernas de proteção aos fracos, de solidariedade humana. Faça-se justiça, porém de tal sorte que o mundo prossiga a rumo dos seus altos destinos.

A frase vetusta e terrível passou a ser olhada com antipatia por muitos, com desconfiança, pelo maior número; alguns a repetem com ironia, outros em tom patético; raros a invocam ainda como um motivo de decisão, e nem como escusa merece apreço; decididamente perdeu a antiga popularidade". *(**In** HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO, p. 168, Forense, 10ª edição, Rio).*

4.5- E, como bem expõe o publicista sergipano JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE ao debruçar-se sobre a nossa Carta Política para perquirir "*o regime*

jurídico do ato nulo, considerado o decurso do tempo no direito", remata que, "*uma leitura atenta dos seus princípios induz o leitor à conclusão de que tudo quanto nela não se deseja é que o tempo seja um indiferente jurídico que transita entre o nada e coisa nenhuma, desimportante nas relações entre indivíduo e Estado. A técnica usada para tanto é a regra geral e a da exceção. Ou, na conhecida fórmula latina, 'inclusio unis est exclusio alteris' (a inclusão de um é a exclusão de outros). Como regra a Constituição garante a* ***inviolabilidade*** *como direito à segurança (art. 5º, caput), inconfundível com direito à incolumidade à integridade física e mental da pessoa humana (art. 5º, inciso XLIX e art. 144), estas abrangidas naquela, mas que não a esgotam. Da segurança e da sua inviolabilidade cuida a Constituição logo no Preâmbulo e o faz como valor supremo, de par com a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, esta última diferente da jurisdição enquanto função estatal"* (**in** Revista Brasileira de Direito Público, ano 9, nº 32, p. 12, janeiro/março 2011).

4.6- No mesmo trabalho, traz a lume excerto de voto da eminente Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.307/ REF-MC/DF, Pleno, no DJE nº 40, divulgado em 04.03.2010 e publicado em 05.03.2010, de que foi relatora: "*Se nem certeza do passado brasileiro pode ter, de que poderia ele se sentir seguro no Direito? [...] Já se disse que o Brasil vive incerteza quanto ao futuro (o que é da vida), mas também insegurança quanto ao presente (o que precisa ser depurado para que as pessoas vivam com o conforto da certeza das coisas). O que é, entretanto, pior e incomum, parece que é ter como regular ter-se a incerteza quanto ao passado*" (0b. cit. p. 11).

4.7- Ainda colho no trabalho jurídico do publicista sergipano a sua referência à proclamação, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 14/1982, do Estado do Paraná, com a redação da Lei Complementar nº 93/2002, na ADI nº 2.904/ PR, Pleno, em 15.04.2009, no DJE nº 1181, divulgado em 24.09.2009, de que foi relator o Ministro Menezes Direito, na qual decisão, apesar de pronunciada a **inconstitucionalidade da lei**, "*foram expressamente mantidas as aposentadorias concedidas durante sua vigência*" (0b. cit. P. 21, sem grifo no original).

4.8- Também na mesma fonte encontro referência ao MS nº 22.355/ DF, "*que cuidou do reenquadramento de servidores e situação constituída, no*

informativo STF nº 432/2006 relator Ministro Eros Grau, em 22.06.2006". (0b. cit. p. 21).

4.9- Invoco, mais uma vez, literalmente, as expressões do publicista sergipano, com respaldo da Suprema Corte de Justiça do Brasil, afirmando que, "*Do quanto exposto resulta que todo um conjunto articulado de princípios – segurança jurídica; unidade da Constituição; máxima efetividade; presunção da confiança; da boa-fé; da veracidade e legalidade do ato administrativo – que o STF inovadoramente já chamou de presunção de veridicidade*" (sem o destaque no original, MS nº 25.284/DF, no DJE nº 149, divulgado em 18.08.2010 e publicado em 13.08.2010, relator o Ministro Marco Aurélio) – aponta para uma única direção: o decurso do tempo, tocado pelo Direito, a partir da Constituição, sepulta o passado e o ato contaminado na origem está purgado do seu pecado original, salvo situações de gravidade excepcional. Relembro que no autorizado magistério do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o monopólio da última palavra na interpretação constitucional, [...] ***presentes não só razões de segurança jurídica, mas também excepcional interesse social (preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio -primado da segurança jurídica- capazes de prevalecer sobre o postulado da nulidade da lei inconstitucional*** *[...] (ADI/nº360 ED/DF)*" (ob. cit., p. 22), **haverá de preservar-se não só a situação fática constituída à margem da lei, como até a que se consumou à revelia da própria Constituição, para preservar-se princípios fundamentais da mesma Carta Política, *verbi gratia* o da segurança jurídica e o da dignidade da pessoa humana**.

4.10- Não se olvide que, como já assentado neste Capítulo nos itens 2.1, 3.1.a e b, 3.2, 3.3 e 4.1, deste meu voto, era evidente o ânimo do Estado de Sergipe de considerar a ora impetrante como sua efetiva servidora consoante se infere do teor do quanto exposto nas letras **a** e **b** do item 3.1 deste mesmo voto.

4.11- O **princípio da confiança** protege a impetrante, garantindo-lhe segurança jurídica, esta também elevada à categoria de princípio fundamental cravado já no preâmbulo da Carta e no *caput* do seu art. 5º.

4.12- Ao lado deste princípio o interesse social da preservação da

dignidade da pessoa humana, esta tal dignidade erigida em princípio fundante do Estado conformado pela Constituição Federal, no inciso III do seu artigo 1º, fazem prevalecer o ato da sua aposentadoria, sob pena de "*desenvolver-se a arte de fazer tombar um inocente*" como dito por KAFKA em sua extraordinária obra *O Processo*, fazendo dessa conclusão **crudelíssima** o cerne da tragédia humana da impetrante, pois sem aposentadoria e sem emprego (em sentido amplo) terá a aguardá-la a **indigência**.

Em situações mais graves, porque de inconstitucionalidade se tratava, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, como no RE 359.043-0/AM, julgado em 03/10/2006, do qual foi relator o eminente Ministro Eros Grau, na seguinte linha de raciocínio (fl. 702 do acórdão):

> "É certo ademais que, na linha do que observou o Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 328.232, DJ de 20.4.05, embora a lei inconstitucional pereça mesmo antes de nascer, os efeitos eventualmente por ela produzidos podem incorporar-se ao patrimônio dos administrados, em especial quando se considere o princípio da boa-fé, extraído do disposto no artigo 37, *caput,* da Constituição do Brasil:
>
> *'No caso, ao recorrido foi concedida a gratificação quando da sua aposentadoria. Vinha ele percebendo essa gratificação, quando sobreveio a Constituição de 1988, que não contém a proibição que se inscrevia na CF/1967, art. 102, § 2º. Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com observância alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente,não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida*

dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz".

E concluiu que, **embora inconstitucional** a lei em que se sustentou o ato administrativo, ainda assim seus efeitos haveriam de permanecer "*porque concedidos e obtidos com base na boa-fé*".

4.13- Ainda que esses fundamentos não militassem ao prol da impetrante – e militam – bastaria a escancarada ofensa ao princípio do devido processo legal, perpetrada tal violação pelo órgão estatal anulador da sua aposentadoria – a Secretaria de Estado da Administração – quando anulou, com a Portaria nº 6.427/2009 (fl. 20) a Portaria nº 4.581/2008 (fl. 16) que aposentara a impetrante, promovendo unilateralmente essa anulação sem ensejar-lhe oportunidade de defender-se previamente evidencia *quantum satis* a flagrante violação aos princípios do devido processo legal e, com efeito, aos do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Política).

Aliás, a partir da Lei 9.784, de 29/01/1999, o ordenamento jurídico subconstitucional, detalhando os mandamentos constitucionais, positivou:

> Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, **segurança jurídica**, interesse público e eficácia. (Sem grifo no original).

Ora. Indubitavelmente a anulação de uma aposentadoria implica processo administrativo e, como tal, inafastável a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos de matriz constitucional.

Se assim é, irremissivelmente caberia ao Estado de Sergipe via sua Secretaria de Estado de Administração, instaurar processo administrativo e assegurar à ora impetrante a ampla defesa garantida pela Constituição, sem o que, resta inválido o anulamento da mencionada aposentadoria.

O Excelso Pretório nacional tem, reiteradamente, decidido no sentido de que:

> Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja

> formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada **unilateralmente**, porque é comum à Administração e ao particular.
> (Rec. Extr. nº 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 06/10/95, p. 33.135. Sem grifo no original).

Em decisão mais recente – Mandado de Segurança nº 24.268-0/ MG, julgado em 05/02/2004, DJ de 17/09/2004, Relatora Originária a Min. Ellen Gracie e Relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, foi o "*Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º, LV)*".

4.14- Mas este não é o ponto nodal, não é o núcleo da minha argumentação.

Trouxe à baila este enfoque apenas para demonstrar quão débil e sob múltiplos aspectos insustentável é o ato do anulamento da aposentadoria da impetrante (Portaria nº 6.427/2009. Fl. 20).

Não é ocioso dizer, com CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, que "*O Estado é uma realidade instrumental (...) Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando*" – (O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, in JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS, organizado por José Aderico Leite Sampaio, 2003, p. 388).

III- CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

1- O Egrégio Tribunal de Contas deste Estado de Sergipe negou o registro do ato da aposentadoria da impetrante tão-somente "*em virtude*

da servidora ser integrante do quadro de pessoal permanente de outro Estado da Federação" (*verbis,* fl. 18).

2- Todavia, como já superado esse óbice em razão dos fundamentos expendidos neste meu voto, à luz da doutrina e da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal na sua valoração dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica a escoimar dos efeitos desses atos já incorporados ao patrimônio jurídico do cidadão qualquer padecimento comprometedor de sua eficácia e, lembrando, com CAIO TÁCITO, citado no multirreferido trabalho de JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE publicado na já mencionada *Revista Brasileira de Direito Público*, Ano 9, nº 32, janeiro/março 2011, p. 39, convém salientar como averbou CAIO TÁCITO, que "*O tribunal (reportando-se ao Tribunal de Contas) não concede a aposentadoria, reforma ou pensão, nem tampouco lhes configura ou ratifica a concessão. Apenas examina a legalidade do ato, para efeitos financeiros, registrando a despesa correspondente (...). Não há, no sentido jurídico estrito, aprovação do ato da administração, mas apenas, forma de controle de legalidade do* ***ato acabado****, cuja executoriedade fica suspensa até que se opere o julgamento do ente fiscalizador*" (*Revista de Direito Administrativo*, nº 53, p. 216, 1958). No mesmo sentido, anos mais à frente, LAFAYETE PONDÉ, na *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, p.p 41/47,1988", como registrado na página 39 do citado trabalho de Sérgio Monte Alegre.

3- Vencida a questão da ilegalidade porque suplantada essa eiva pelos vetores constitucionais subjacentes dos princípios da confiança, segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana a incidirem sobre os efeitos do ato administrativo indigitado –o aposentamento da impetrante- sou pela CONCESSÃO DA ORDEM para que o Estado de Sergipe, através da sua Secretaria de Estado da Administração, restaure a aposentadoria da impetrante e reinicie o pagamento dos seus proventos com efeito *ex tunc* a partir da impetração deste *writ,* **única forma que concebo para assegurar à postulante a fruição do seu direito líquido e certo a percepção da remuneração interditada pelo ato administrativo materializado na Portaria nº 6.427, de 23 de novembro de 2009**, editada pelo ilustre então Secretário de Estado da Administração (fl. 20) malferindo o princípio da segurança jurídica (preâmbulo da Constituição Federal e *caput* do seu art. 5º, teleologicamente interpretados) no qual se imbricam os princípios da

boa-fé e da confiança, bem como ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1º, da Carta da República), notadamente em se tratando de verba de natureza exclusivamente alimentícia.

É como voto.

Aracaju, 15 de junho de 2011.

Desembargador *NETÔNIO BEZERRA MACHADO*
MEMBRO