

**MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - APOSENTADORIA - ATO ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO - PROVENTOS - REDUÇÃO - AMPLA DEFESA - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INOBSERVÂNCIA**

**Ementa:** Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Servidor público municipal inativo. Valor dos proventos inadequados ao cargo em que ocorreu a aposentação. Supressão da importância excedente pela Administração Pública. Ausência de processo administrativo. Ato que atinge a esfera de direitos subjetivos. Ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. Direito líquido e certo configurado. Concessão da segurança. Manutenção. Inteligência do art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República.

**- Se certo é que todo ato nulo não gera efeito, mais correto ainda é que, quando ele afeta direito subjetivo, deve ser precedido de contraditório e ampla defesa, pois o interesse público somente se sobrepõe sobre o privado se os direitos individuais, consagrados no texto constitucional, são preservados.**

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0194.05.053277-0/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 2006. -  
*Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

**Notas taquigráficas**

*O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira* - Trata-se de apelação interposta pelo Município de Coronel Fabriciano em face da sentença de f. 282/289-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, proferida nestes autos de mandado de segurança impetrado por Francisca da Conceição Dias dos Santos em face de ato praticado pelo Prefeito Municipal de Coronel Fabriciano, que concedeu, parcialmente, a segurança pleiteada, no sentido de que fossem mantido os proventos de aposentadoria da impetrante como Docente II, objetivando sua

reforma, sustentando, para tanto, que ela não foi promovida para o mencionado cargo, portanto não pode receber os proventos de aposentadoria estranhos ao *munus* que exercia quando de sua inatividade, uma vez que a Lei Municipal nº 2.754/1998, em seu art. 5º, dispõe que a passagem do docente de um cargo de atuação para outro depende de aprovação em concurso público, portanto se reveste de ilegalidade o ato administrativo que adequou os proventos da requerida ao cargo para o qual não prestou certame, sendo desnecessário o processo administrativo para que seja constatada a irregularidade, porque o desvio de função não gera direito, tudo como posto nas argumentações desenvolvidas às f. 297/310-TJ.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

A prefacial suscitada pela autoridade apontada como coatora, quando da apresentação de suas informações, no sentido da inadequação da via por necessidade de dilação probatória, foi corretamente rejeitada pelo ilustre Prolator do trabalho decisório, uma vez que vislumbro presente a comprovação, de plano, dos fatos que ensejaram a impetração da segurança, a alicerçar, em exame prévio, a existência de direito líquido e certo.

Inacolho, também, a preliminar.

Adentrando o mérito, a questão central travada nos presentes autos é a possibilidade de anular o ato administrativo que implica redução dos proventos da impetrante, sem o devido processo legal, ou seja, em flagrante violação ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República.

Nesse sentido, é a lição do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles, em sua preciosa obra *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99, segundo o qual:

Assim, segundo Ada Pellegrini Grinover, 'a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas

estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes'. E - arremata a renomada autora - 'litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta'.

Assim, se houve violação do devido processo legal, garantia consagrada pelo Estado Democrático de Direito, que assegura a todos os cidadãos o direito ao contraditório e à ampla defesa, tanto nos processos judiciais, quanto administrativos, não pode a Administração Pública alicerçada na existência de ilegalidade do ato, que indevidamente determinou o pagamento de proventos à impetrante correspondente a cargo diverso daquele por ela ocupado quando da sua aposentação, determinar a sua nulidade sem assegurar o exercício ao direito de defesa da ex-servidora.

Por outro, se certo é que todo ato nulo não gera efeito, tal qual o alegado desvio de função, mais acertado ainda é que, quando ele afeta direito subjetivo, deve ser precedido do contraditório, pois o interesse público somente se sobrepõe sobre o privado se os direitos individuais, consagrados na Magna Carta, são preservados.

Nesse sentido é que vem afirmando-se a doutrina administrativista, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância. No entanto, vai-se firmando o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, por força do art. 5º, LV, da Constituição (*in Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 225).

De fato, a questão atinente à ilegalidade do ato administrativo que adequou os proventos da requerente ao cargo para o qual não prestou concurso público, contrariando o disposto no art. 5º da Lei Municipal nº 2.754/1998 (f. 123/138-TJ), deve ser apurada em procedimento que permita debate das partes no exercício do contraditório, pois o administrador não gera negócio particular, mas, sim, interesse de toda a coletividade, cuja gestão exige respeito à legalidade, à transparência e à fundamentação dos atos praticados.

Aliás, é esse o posicionamento adotado pelo colendo STJ, como se constata do aresto adiante colacionado:

Processual civil - Mandado de segurança - Servidores celetistas - Empresa Brasileira de Transportes Urbanos (EBTU) - Anistia - Reintegração - Portaria nº 698/94 - Decisão judicial trãnsita em julgado (MS 96.01.40577-1-DF) - Anulação de ato administrativo - Ofensa a direito subjetivo - Impossibilidade - Resolução nº 08 e Portaria nº 69, de 18 de março de 1999 - Ineficácia - Situação constituída - Precedentes do STF e do STJ.

- A anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais não prescinde da instauração de processo administrativo, assegurado o direito ao contraditório, ensejando a audição daqueles que terão modificada a situação já alcançada.

- Presentes as circunstâncias fático-jurídicas que positivam a abusividade comportamental da Administração em relação aos impetrantes, amparados por decisão judicial trãnsita em julgado e não intimados para o devido processo administrativo, há que ser concedida a segurança para declarar os requerentes não atingidos pelos efeitos da Resolução nº 08 e Portaria nº 69.

Segurança concedida (1ª Seção, MS nº 6.315/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 27.10.1999, DJ de 17.12.1999, p. 313).

Contudo, como bem posto pelo digno Julgador monocrático, o direito líquido e certo da impetrante restringe-se à “ausência do devido processo legal, e não na legalidade de seu enquadramento funcional como Docente II” (*litteris*, f. 288-TJ).

É que a ilegalidade e, por conseqüência, a declaração de nulidade do ato administrativo que adequou os proventos da recorrida ao cargo para o qual não prestou concurso público até pode subsistir, porém ela deverá ser discutida em procedimento que ofereça o contraditório e a ampla defesa, não se admitindo ato administrativo contrário às disposições constitucionais, mormente quando violado direito subjetivo, uma vez que o direito à defesa é garantia constitucionalmente consagrada de todo aquele que sofra qualquer tipo de restrição, nos termos do art. 5º, LV, da Carta Magna.

Com tais considerações, em reexame necessário, rejeito a preliminar e confirmo, integralmente, a sentença monocrática, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores: *Maria Elza e Nepomuceno Silva*.

**Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.**

-:-:-