SERVIDOR PÚBLICO — APOSENTADORIA — RENÚNCIA

Presidência da República
Advocacia Geral da União
Parecer GQ-130

PARECER

Nº GQ — 130, de 4 de setembro de 1997. "De acordo. Em 4-9-97". (Processo nº 29000.005168/91-95, encaminhado ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil).

PROCESSO Nº 29000.005168/91-95

ORIGEM: Ministério dos Transportes

ASSUNTO: Inviabilidade do desfazimento de aposentadoria voluntária.

Parecer nº GQ — 130

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/WM-04/97, de 13 de maio de 1997, da lavra do eminente Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 4 de setembro de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO, Advogado-Geral da União

PARECER N. AGU/WM-04/97 (Anexo ao Parecer GQ-130)

PROCESSO N. 29000.005168/91/95

ASSUNTO: Inviabilidade do desfazimento de aposentadoria voluntária.

EMENTA: O retorno do inativo ao cargo em virtude do qual foi aposentado, a pedido, após o cancelamento da aposentadoria, somente se tornaria viável com a edição de lei autorizativa, em sentido estrito.

PARECER

No presente processo, indaga-se da juridicidade de a colher-se postulação, deduzida por servidor aposentado, voluntariamente, para que seja tornado sem efeito o ato de sua inativação, tendo em vista que se sente "*inseguro e apreensivo quanto a sua futura situação funcional, em decorrência da notícia de que a emenda à Constituição referente ao § 4º do art. 40, estaria no Congresso, com possibilidade de aprovação, o que viria a prejudicar a referida situação funcional do postulante...*".

2. A verificação da juridicidade dessa pretensão exige seja aquilatada a consistência da proposição de que, a pedido do inativo e a critério da Administração, a aposentadoria pode ser tornada em efeito, se não submetida à apreciação do Tribunal de Contas da União, retornando o servidor à atividade, dado o entendimento sedimentado no sentido de que pessoa livre e capaz pode renunciar a direitos, a qualquer tempo.

3. Em decorrência de o Sr. Diretor-Geral de Administração haver solicitado a manifestação da Srª Secretária-Geral de Consultoria, no que respeita à conveniência e oportunidade para que, no caso, seja tornado sem efeito o ato de inativação do interessado, esta autoridade exarou o seguinte despacho, na oportu-

nidade em que submeteu ao descortino do Sr. Advogado-Geral o alvitre de que, nesta Instituição, seja o assunto examinado também sob o prisma jurídico:

"Tornar sem efeito *um ato administrativo é maneira sutil de* anulá-lo. *O "tornar sem efeito" ou a anulação retroagem à data de vigência do ato anulado, produz efeitos* ex tunc. *Ao que parece, o ato em foco não apresenta qualquer vício que o torne ilegal e que reclame a sua anulação. Pelo menos não foi alegado. De outro ângulo, ficaria um vácuo de efetivo exercício do cargo no período compreendido entre a concessão da aposentadoria e a declaração de sua "nulidade".*

De outra forma, não havendo nulidade que determine tornar o ato sem efeito ou nulo, outro modo de desfazê-lo seria a sua revogação. Neste caso, o primeiro aspecto a examinar seria o da conveniência e oportunidade, entretanto, os efeitos do ato revogatório se projetariam para o futuro, produzindo efeitos *ex nunc*." (Os destaques são do original).

II

4. Inegável o entendimento doutrinário de que o titular de um direito pode dele dispor mediante renúncia, firmado por J.M. de Carvalho Santos (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Ed. Borsoi, vol. 17, p. 351), Meyer (citado por Vicente Ráo em O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo: Ed. Max. Limond, 2º vol. Tomo II, 2ª edição), Bernardino Carneiro, mencionado por Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 5ª ed, p. 288) e Clovis Bevilaqua (Teoria Geral de Direito Civil, 6ª ed. p. 363).

5. Essas opiniões são resultados de reflexões e ilações que se revestem do cunho de generalidade e adstritas aos atos de direito privado, presidido pelo raciocínio civilista de que é permitido fazer o que a lei não proíbe. Proposições tais abstraem-se do direito subjetivo proveniente de ato administrativo, regidos pelo princípio da legalidade.

6. Mesmo desenvolvidas essas teses sob a égide do princípio de liberdade de fazer-se, se inexistente vedação em lei, na própria transcrição do entendimento de Vicente Ráo são consignadas restrições ao exercício do direito de renúncia, *verbis*:

"Mas o titular de um direito pode prescindir de seu exercício em cada caso particular, sempre que seu exercício não envolva, de outra parte, um dever, ou que a lei não haja, também, proibido expressamente esta forma de renúncia" (Destacou-se) (O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo: Ed. Max Limond, 2º vol., Tomo I, p. 95).

7. Ainda no tocante aos atos de direito privado, a doutrina estabelece ressalvas quanto à renunciabilidade de direito, como o salientam Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed, Tomo III, 1979, p. 667), Carlos Maximiliano (ob. cit., 9ª ed, 1979, p. 219), Clovis Bevilaqua (op. cit., 4 ed, p. 304) e Vicente Ráo, que assim se expressou:

"*Relativamente à renunciabilidade ou irrenunciabilidade dos direitos públicos subjetivos, obervam os autores: "por mais que cada prestação satisfaça o interesse individual dos cidadãos, sempre conserva seu caráter de parte de um resultado de interesse geral. Preciso é, pois, ter em conta os fins superiores que o legislador quis alcançar, por exemplo, com o seguro operário, com a concessão de soldo ou pensão aos funcionários, ou com o reconhecimento da liberdade industrial. Daí se deduz que, em princípio, a renúncia de um direito público é ineficaz..."* (O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo: Ed. de Livros de Direito Max Limond, 2º vol., p. 92).

8. *Emerge da tese doutrinária que não se renuncia a direito em que o interesse público é preponderante ou se desse ato provier dever para a outra parte. Essas condições e a própria acepção da renúncia, conforme a qual o titular desiste ou abandona o direito* (cfr. os conceitos emitidos por Iêdo Batista Neves e De Plácido e Silva, respectivamente nas obras Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e Vocabulário Jurídico), não se adequam à intenção de cancelar-se a aposentadoria, ou os seus efeitos, e permitir a contagem do respectivo tempo de serviço para inativação em outra entidade jurídica, *a fazer até imediatamen-*

te, com maior valor de benefício ou de proventos. *Existiria ganho, mas não desistência.* A simples renúncia a esse direito alimentar, sem a perspectiva de atender a um maior interesse pessoal, como exercício de direito reconhecido por via interpretiva, afigura-se menos revestida do senso de razoabilidade e mais semelhante a uma construção jurídica teratológica.

III

9. A maioria dos doutrinadores entende que a renúncia implica extinção dos efeitos dos atos administrativos, o que equivale a afirmar que, se fosse cabível a renúncia ao direito de aposentadoria, subsistiria o correspondente ato, tido e havido como perfeito e acabado e adstrito à contagem do tempo de serviço, que ensejou a inativação. Desvincular este tempo da sua conseqüência (a aposentadoria) e conferir o direito de novo cômputo, para o mesmo efeito noutro regime jurídico, só e factível com a edição de lei.

10. São acordes com a ilação de que a renúncia resulta na extinção dos efeitos do ato administrativo o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello e Ana Maria Goffi, que destaca a preferência doutrinária pelo entendimento de que "*extinção é o desfazimento dos efeitos e não do ato... Renúncia é a rejeição por parte do interessado dos direitos oriundos da emanação do ato. Constitui a manifestação voluntária do particular de não se utilizar dos direitos a ele conferidos, através de um ato, pela Administração, cuja aquiescência nem sempre é exigível*" (Extinção dos Atos Administrativos, Revista de Direito Público, n. 30, julho/agosto de 1974, pp. 37 e 39), como é o caso de renúncia a um cargo de Secretário de Estado (exemplo fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello).

IV

11. Configura-se o direito à inativação por tempo de serviço com a implementação daquele exigido nas normas de regência. Se o direito subjetivo público à aposentadoria e à percepção dos proventos provém do tempo de serviço, não há como dissociar este daquelas, até mesmo com o só propósito de facultar a nova aposentadoria mais benéfica para o servidor e mais onerosa para o Estado.

12. *Não se trataria de renúncia, mas de mera troca de inativação, proveniente de um mesmo fato gerador, por isso que computou-se o tempo de serviço de que se originou o direito à aposentadoria e dessa medida adveio ato perfeito e acabado, que surtiu efeitos jurídicos. Seria pseudo renúncia de que promanaria direito que não prescinde de lei, stricto sensu. Limitasse a renúncia à percepção dos proventos desenganada seria a pretensão de contar o tempo de serviço, para efeito de outra inativação, pelo exposto e por isso que este é o suporte do ato de aposentadoria, que persistiria intocado. Esse outro cômputo do tempo constituiria direito novo, que seria incapaz de ser criado com a renúncia e exigiria autorização legislativa.*

13. A aposentadoria caracteriza-se como modalidade de vacância de cargo público e, a efetuada a pedido ou por invalidez, vigoro a partir da data de publicação do respectivo ato (cfr. os arts. 33, VII, e 188 da Lei n. 8.112, de 1990). Com sua divulgação, não somente o cargo torna-se vago e passível de imediato provimento, independentemente do julgamento da legalidade da inativação pela Corte de Contas, bem assim são transmudadas as normas de regência da situação funcional do servidor, desobrigando-se de deveres e modificando-se direitos: precipuamente, cessam a prestação de serviços, e a conseqüente percepção de estipêndios, e passam a ser devidos os proventos.

14. Se regularmente deferida, a aposentadoria constitui-se em ato perfeito e acabado e torna-se irreversível. Apenas nos casos especificados em lei, em sentido estrito, é admissível facultar ao inativo que, a seu livre arbítrio, escolha outra situação funcional, mais consentânea com seus proveitos, salvaguardados por normas legais, como seria o próprio cancelamento da inativação.

15. Não obstante vencido, a respeito da decisão adotada pelo *Supremo Tribunal Federal*, na oportunidade em que apreciou o Mandado de Segurança n. 22.182-8 — Rio de Janeiro, o Ministro Marco Aurélio assim manifestou sua opinião quanto à viabilidade de a aposentadoria ser alterada por ato unilateral de autoridade da Fazenda Pública:

"*O aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da Nação,* por títulos definitivos, perenes e irretratáveis".

16. Coerente com a noção de ato perfeito e acabado e da irretratabilidade da aposentadoria, o *Supremo Tribunal Federal*, ao fixar o entendimento de que a atual Constituição não permite a percepção de proventos em duplicidade com a remuneração da atividade, caso se trate de cargos efetivos inacumuláveis na atividade, decidiu que seriam renunciáveis os proventos, mas sem aludir à desistência do direito de permanecer-se na reserva remunerada:

"*Não sendo os proventos resultantes da reserva remunerada acumuláveis com os vencimentos do cargo de técnico judiciário, se o impetrante quiser tomar posse neste, deverá necessariamente optar por sua remuneração, o que implica dizer que terá de renunciar à percepção dos proventos resultantes da inatividade militar*" (MS n. 22182-8 — Rio de Janeiro, *in* D.J. de 10/8/95).

17. Esse entendimento encontra-se consignado no considerando do Decreto n. 2.027, de 1996 (disciplina a posse de servidores públicos inativos em cargos ou empregos efetivos), com a mantença da opção pelos estipêndios, relativos a essa cargos e empregos, sem exigir o cancelamento do ato de inatividade. Prevê a reaquisição do direito de auferir esses proventos, na hipótese em que o servidor seja desvinculado do cargo ou emprego.

18. Atenta à perenidade da aposentadoria, a Medida Provisória n. 1.573-9, de 1997, inseriu o § 3º no art. 118 da Lei n. 8.112, de 1990, a fim de considerar proibida a percepção acumulada de *vencimento* de cargo ou emprego efetivo *com provento* da inatividade, sem estatuir o desfazimento da aposentadoria.

V

19. A reassunção dos serviços gera alterações, de ordem administrativa e nos direitos do até então inativo, donde sobrelevam a necessidade de zelar-se pela primazia do interesse público e o comando do art. 37 da Carta, que pauta a atuação dos órgãos e entidades ao princípio da legalidade, cuja conseqüência é condicionar o fazer-se à norma autorizativa, sem o que é defeso ao administrador praticar o ato objetivado.

20. Visto que a renúncia à aposentadoria, como cogitada, no caso, extinguiria e criaria direitos e obrigações, somente seria admissível se autorizada em lei, em decorrência do comando do art. 37 da Constituição, que específica não só regras básicas a que se encontra sujeita a Administração Pública, na sua atuação administrativa, bem assim diretrizes, cuja observância não dispensa a edição de diploma legislativo, por imperativo explícito da norma. Assim é que estabelece o preceito constitucional aludido, *verbis*:

"*Art. 37.* A administração pública *direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios* obedecerá aos princípios de legalidade, *impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte...*" (O destaque não é do original).

21. *A expressão "administração pública"*, enquanto compreendida no sentido orgânico e no funcional, tem a abrangência da função administrativa de que as unidades federativas são incumbidas de desenvolver, no sentido amplo, as quais abrangem as suas variadas atividades.

22. Aludindo à renúncia por parte da Administração, Hely Lopes Meirelles condicionou-a à previsão em lei, nos seguintes termos:

"*Renúncia administrativa é o ato pelo qual o Poder Público extingue unilateralmente um crédito ou um direito próprio, liberando definitivamente a pessoa obrigada perante a Administração.* A renúncia tem caráter abdicativo e por isso não admite condição *e é irreversível uma vez consumada.* Em se tratando de renúncia por parte da Administração depende sempre de lei autorizadora, *porque*

importa no despojamento de direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público" (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 12ª ed, 1986, p. 149) (Há destaques que foram acrescidos).

23. A respeito do sentido que se atribui ao princípio da legalidade, de maneira fundamentada e consistente, Celso Antônio Bandeira de Mello manifestou-se, mais de uma vez, prelecionando, *verbis*:

"*No Estado de Direito, a Administração só pode agir, em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa.*

Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitida. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. *Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe serva de supedâneo...*

No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa.

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Não se há de pensar — advertiu a sabendas André Gonçalves Pereira — que a discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.

Assenta à fiveleta pôr em curso cita literal do magistério devido ao profundo e famigerado mestre português: "O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação".

Discricionariedade, pois, é a margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que este exercite o dever de integrar-lhe, in concreto, *o conteúdo rarefeito mediante um critério subjetivo próprio, com vistas a satisfazer a finalidade insculpida no preceito normativo.*

Ocorre, portanto, possibilidade de ação discricionária quando a norma antecipadamente legítima o juízo ou a vontade que vier a ser produzida pela Administração, desde que expendida dentro dos limites de liberdade contidos nos marcos ou referenciais constantes da lei e manifestada em ordem a implementar o específico objetivo público nela consagrado." (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed, pp. 301, 303/4).

24. Noutra produção de cunho jurídico, esse jurista reafirma suas proposições:

"*No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris — cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante — viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.*

Nos termos do art. 5º, *II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Aí não se diz "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". Logo, a Administração não poderá proibir ou impor o comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.*

Além dos arts. 5º, *II, e 84, IV, donde resulta a compostura do princípio da legalidade no Brasil, o art. 37 faz sua expressa proclamação como cânone regente da Administração Pública, estatuindo: "A Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade...".*

Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros." (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1994, 5ª ed, pp. 49/50).

25. Emerge, de forma inconteste e estreme de dúvidas, que o doutrinador concebe o princípio da legalidade como pautado pela previsão em lei, de modo a condicionar a atuação do administrador público.

26. De maneira idêntica, se bem entendido, Georges Vedel não oferece suporte para conclusão diversa da asserção de que, aplicado "*à Administração, o princípio da legalidade expressa a regra segundo a qual a Administração deve agir de acordo com o direito. Poder-se-ia pensar que não há aí nenhuma sujeição particularmente original e que a Administração, nesse ponto, não está submetida a regime diferente daquele a que se subordinam os particulares. Elaboraria em erro, porém, quem assim pensasse, porque, historicamente, houve períodos em que se admitiu que o Estado pairava acima do direito e em que os governantes estavam desvinculados da obediência às regras jurídicas*" (Citação feita por J. Cretella Jr. — Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 2.143).

27. Também, Toshio Mukai não expôs pensamentos diversos. Senão, vejam-se suas afirmações, *verbis*:

"*Quanto ao princípio da legalidade, significa que o administrador público só pode fazer aquilo que estiver expressamente autorizado em lei. No ensinamento de Hely Lopes Meirelles, "na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".*

Dissemos nós que atualmente este princípio sofreu grande transformação. O Estado pode fazer apenas aquilo que estiver de acordo com o direito. Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Vedel, *também observou esse aspecto: "A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como 'conforme ao direito', adquirindo, então, um sentido mais extenso".* (Administração Pública na Constituição de 1988, Editora Saraiva, 1989, p. 49). Ao referir-se a Bandeira de Mello e a Vedel, admite Toshio Mukai a conclusão de que comunga na proposição desses doutrinadores.

28. A conformidade ao direito, sentido a ser atribuído à expressão "*princípio da legalidade*", tem a acepção de que a atividade estatal deve encontrar-se contemplada não somente de forma expressa, mas deve dimanar das normas que compõem o direito. Este promana de forma explícita ou implícita da ordem jurídica. Toshio Mukai, Celso Antônio Bandeira de Mello e Vedel, como visto, não asserem que a autoridade administrativa, de maneira subjetiva e discricionária, pode criar o direito originariamente.

. 29. A discricionariedade não se recomenda, em vista de nossa cultura jurídica que o ordenamento jurídico rigorosamente adstringe à positividade das normas. "*O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei*

determina". A doutrina do direito livre implicaria resultados administrativos não desejados e incompatíveis com o direito e a liberdade, individuais, e ensejaria atuação político-administrativa inspirada no livre-arbítrio dos agentes públicos, num juízo subjetivo. *Não se coadunaria com o controle e fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial a que aludem os arts. 70 e 74 da Constituição.*

30. No artigo intitulado Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, publicada na Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, 1974, novembro de dezembro, p. 19, Celso Antônio Bandeira de Mello permitiu-se enfocar o tema do princípio da legalidade e reproduziu excertos dos pensamentos de Fritz Fleiner ("*Administração legal, então, é aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro dos limites de suas disposições*"), Seabra Fagundes ("*Administrar é aplicar a lei de ofício*") e Cirne Lima ("*Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar a regra de direito*").

31. Os demais juristas compilados posicionam-se de forma semelhante:

"*A supressão do princípio da legalidade subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a consciência da violação do dever jurídico, ou possibilidade dessa consciência*" (*Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, 1955, vol. I, tomo I, pp. 13/4*).

"*O princípio da legalidade, assim denominado por* Léon Duguit *e enunciado, em resumo, nas seguintes proposições: a) no Estado de direito, ou seja, que se admite ser governado pelo direito, nenhuma autoridade pode tomar decisão individual que não se contenha nos limites fixados por disposição geral, isto é, por lei no sentido material; b) para que um país possua o Estado de direito, é preciso que nele exista alta jurisdição, que reúna todas as qualidades de independência, imparcialidade e competência, diante da qual possa ser apresentado recurso de anulação contra toda decisão que tenha violado ou pareça ter violado o direito.*

Nenhum ato jurídico é válido a não ser que seja conforme às regras editadas pelo Estado. Nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes pode tomar decisões que contrariem normas válidas do sistema jurídico em que se encontram. Mesmo a mais alta das autoridades deve "suportar a lei que editou", até que esta seja derrogada por outra mais recente.

O princípio da legalidade, que informa todos os recantos da ciência do direito, não somente assume particular relevância no âmbito do direito constitucional, como no do direito administrativo, ou seja, informa todo o setor publicístico. É o grande princípio que denomina a atividade do Estado — o da submissão à legalidade lato sensu —, *sentido em que é tomado hoje, na linha tradicional da antiga fórmula do Estado legal ou Estado de direito.*

Aceito expressamente pelo nosso direito positivo que, sob várias formas, o exprime na proposição consagrada "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei", o princípio da legalidade paira sobranceiro sobre os sistemas jurídicos do Estado de direito de nossa época, informando-os como base e diretriz fundamental...

Em segundo lugar, o que caracteriza o princípio da legalidade, aplicado à Administração, é que ele não exprime apenas a submissão desta às regras vigentes. "Este princípio", escreve *Charles Debbasch*, "*está ligado ao Estado liberal. Significa a sujeição da Administração às regras de direito em vigor. Os particulares têm assim a garantia de que a ação administrativa será conduzida objetivamente e* não com parcialidade. *A terminologia empregada refere-se à legalidade porque, na tradição do direito público francês, a obrigação para a Administração de respeitar a lei apareceu como garantia necessária e suficiente da submissão ao direito, concepção que se explica pela tradicional fé na lei, encarnação da vontade geral. Apoia-se também na impossibilidade, pela Administração, instrumento do Poder Executivo, de modificar a lei, fruto do Parlamento. O princípio da legalidade é, desse modo, o meio de realizar a subordinação da Administração ao Parlamento e, pois, de proteger os cidadãos contra as iniciativas arbitrárias da Administração*"

(Droit administratif, *1963, p. 295). Acentua* Jacques Dembour *que "a Administração é titular de privilégios, de direitos e de poderes exorbitantes em relação àqueles de que dispõem os particulares, o que não quer dizer que a autoridade administrativa possa mostrar-se despótica e* agir arbitrariamente. *A Administração belga — como a Administração francesa — é submetida ao direito ou àquilo que se denomina de princípio da legalidade. Os poderes da Administração são limitados pela obrigação em que ela se encontra de respeitar determinadas regras" (Droit administratif, 1970, p. 23).*

O Estado de direito existe, conforme ensina Balladore Pallieri, *(Diritto constituzionale, 3ª ed., p. 80 e seguintes), onde (a) o Estado se submeta à jurisdição; (b) a jurisdição aplique a lei existente ao caso concreto; (c) a jurisdição se exerça por juízes imparciais com todas as garantias; (d) o Estado se submeta à jurisdição, como parte, em igualdade de condições com a outra parte." (J. Cretella Jr.) Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, pp. 2142/4).*

"Por outro lado, está presente a noção de que tudo que o administrador público faz é intrajurídico; em outras palavras, nada pode ele fazer, nada faz ele, que não esteja inserido no Direito. Mesmo a margem de opção, a discrição, *que se encontra, muitas vezes aberta para ele, é um branco interior em relação ao Direito, cercada de tipicidade por todos os lados, advindo, daí, a figuração gráfica dos dois círculos concêntricos, o externo representativo daquela tipicidade, e o interno da discricionaridade. Nada existe, pois, que seja extrajurídico, parajurídico, metajurídico, não nos esquecendo, ademais, das numerosas hipóteses em que* toda a atuação administrativa está preestabelecida na lei" (Sergio de Andréa Ferreira — Comentários à Constituição, Ed. Freitas Bastos, 1991, 3º vol., p. 68).

32. A ordem jurídica não contempla a renúncia à aposentadoria, donde inexistente esse direito, somente atribuível por lei, dado o princípio da legalidade.

33. Corrobora essa asserção a faceta de que se fez necessário prever em lei, relativamente à área da previdência social, os casos especiais de inativação dos juízes temporários, dos segurados anistiados e outros mais vantajosos previstos nos arts. 28, § 1º; 30, idem II; 61, alínea *b*; 75, alínea *b;* 122 e 123, da Lei n. 8.213, de 1991. Ressalte-se que todos esses preceptivos foram revogados ou modificados pela Lei n. 9.032, de 1995.

34. A exemplo do que ocorre com a reversão, *restrita às aposentadorias por invalidez (art. 25 da Lei n. 8.112),* seria imprescindível a edição de lei admitindo o retorno do aposentado ao serviço, mediante a renúncia, por isso que:

a) a inativação voluntária constitui um direito personalíssimo e do seu exercício advêm conseqüências para seu titular e a própria Administração, como visto;

b) essa volta à atividade geraria direitos e obrigações ao servidor e ao Estado e suscitaria aspectos a serem objeto de disciplinamento específico, como os da contagem do tempo de atividade e a fixação de interstício para permitir-se nova aposentação. O cunho de norma de ordem pública, concessiva de favor, de que se reveste o § 1º do art. 103 da Lei n. 8.112 contagem do tempo de aposentadoria para nova inativação), *de lege lata,* tem sua incidência adstrita à reversão, única hipótese em que a ordem estatutária admite o retorno do aposentado à atividade. Seria defesa sua extensão, por via interpretativa, ao caso de renúncia, se esta fosse factível independentemente de normatização em lei.

VI

35. Em conclusão, é de clareza meridiana a dissonância das medidas alvitradas, na espécie, com o princípio da legalidade. Harmônico com a ordem jurídica é tão-só o resultado de que a renúncia à aposentadoria e o novo e conseqüente provimento de cargo são coisas distintas. A primeira não implica necessariamente o segundo. O direito onde o inativo obter nova investidura, com renúncia à sua aposentadoria, não prescinde da edição de lei, em sentido formal.

Sub censura.

Brasília, 13 de maio de 1997

WILSON TELES DE MACEDO, Consultor da União