



PARECER TÉCNICO-JURÍDICO

Interessado: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL – CNTSS

Assunto: Portaria Normativa nº 5, de 31 de agosto de 2016, do MPOG.

Em 1º de setembro de 2016, foi publicado no DOU a Portaria Normativa nº 5, de 31 de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MPOG. A referida portaria estabelece os procedimentos para a retificação dos atos de conversão do regime jurídico celetista para o regime estatutário dos beneficiados pela anistia de que trata a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994.

Ocorre que, como será devidamente demonstrado no presente parecer, a mencionada portaria normativa é flagrantemente ilegal, porquanto trata de temática abarcada pela decadência, além de ir de encontro a princípios constitucionais, tal qual o da segurança jurídica.

I – DA CONFIGURAÇÃO DE DECADÊNCIA – LIMITAÇÃO TEMPORAL DO PODER DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVO

De início, necessário frisar que a Administração Pública, no exercício de suas funções, possui autorização legal para rever ou anular seus atos, sem que haja a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, seja em razão de conveniência e oportunidade, ou para sanar ato ilegal e contrário ao interesse público.



Interessante pontuar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal emanou duas súmulas acerca do tema. Vejamos.

Súmula nº 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Todavia, embora possa ser definido como uma emanção do princípio da legalidade, este poder de autotutela não é irrestrito, de modo que se fez necessário o estabelecimento de limitações, a fim de que não houvesse afronta ao princípio da segurança jurídica e das teorias que dele decorrem. Uma dessas limitações diz respeito ao tempo, ou seja, para que seja possível a revogação ou anulação de algum ato, a Administração deve fazê-lo durante um determinado lapso temporal.

Nesse sentido, salutar analisar a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Destaca-se que a referida lei traz como princípios basilares a proteção aos direitos dos administrados, bem como o do melhor cumprimento dos fins da Administração.

Tendo tal visão como premissa, o legislador estabeleceu, mais especificamente no art. 54, o prazo decadencial para o exercício do poder de autotutela estatal, *in verbis*:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os



destinatários decaem em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (destacou-se).

Notável, portanto, que a pretensão de revisão ou anulação de ato administrativo deve obedecer, dentre outros fatores, o critério temporal de 5 (cinco) anos, sob pena de se configurar a ‘preclusão’ de tal direito. Isto porque, houve a preocupação em salvaguardar os direitos constituídos pelo ato a que se visava por fim, tutelando-se, dessa maneira, os princípios da pacificação e da prevalência de estabilização de direitos, os quais são oriundos da segurança jurídica.

Nesse sentido, interessante observar que o Conselho Nacional de Justiça, também esboçou tal preocupação em seu Regimento Interno quando em seu art. 95 e respectivo parágrafo único¹, dispõe que “*o controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do Conselho*”, excetuando-se aqueles que foram praticados há mais de cinco anos.

No caso a que ora se analisa, é possível observar que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MPOG editou a Portaria Normativa nº 5, de 31 de agosto de 2016, tendo por claro objetivo desconstituir ato administrativo de conversão de regime jurídico (celetista para estatutário) ocorrido em decorrência da anistia promovida pela Lei nº 8.878/94.

¹ Art. 95. O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do Conselho, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União. Parágrafo único. **Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco anos.**



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

A referida portaria foi editada tomando por base o teor do Acórdão nº 303/2015 do Tribunal de Contas da União, onde foi determinada ao MPOG a tomada de providências no sentido de reestabelecer o regime celetista para os beneficiários anistiados pela Lei nº 8.878/94.

Ocorre que, embora tenha sido reflexo da determinação do TCU, faz-se necessário observar que se trata de fato abarcado pela decadência administrativa. Ressalte-se que a imprescritibilidade a que se refere o § 5º do art. 37 da Constituição Federal refere-se, especificamente, as ações de ressarcimento ao erário, situação diversa da tratada no caso em análise.

Isto porque, faz-se notável, em análise do acórdão do TCU, que a decisão não trouxe nenhuma condenação que implicasse em ressarcimento ao erário pelos beneficiários anistiados, tratando-se, puramente, de determinação para que houvesse a ‘adequação’ de ato administrativo que reputou como ilegal.

Tal fato fica evidenciado em leitura do art. 8º da Portaria Normativa nº 5/2016 do MPOG que dispõe o seguinte: “*A modificação do entendimento administrativo de que trata esta Portaria Normativa não acarreta a reposição dos valores recebidos de boa-fé decorrentes da errônea interpretação da lei pela Administração, nos termos do Parecer AGU QG - 161, publicado na seção I do DOU de 9 de setembro de 1998*”. (grifamos).

Cabível frisar, nesse ponto, que a decisão proferida pelo TCU tem natureza administrativa e, em não se tratando de matéria financeira,



também se aplica a disposição contida no art. 54 da Lei nº 9.784/99, ou seja, não são passíveis de controle os atos administrativos, que tenham efeitos favoráveis aos seus destinatários, praticados há mais de 5 (cinco) anos.

Em face do flagrante vício de legalidade constante no Acórdão nº 303/2015 do TCU, conclui-se que este é **passível de controle judicial a partir do momento em que atingir efeitos concretos no mundo jurídico**, de modo que seja declarada a sua nulidade ante a constatação da ocorrência de decadência administrativa.

Por consequência, a Portaria Normativa nº 5/2016 do MPOG, que regula a revisão de ato administrativo praticado há mais de 5 (cinco) anos é, também, nula, uma vez que claramente configurada a ‘preclusão’ temporal do exercício de autotutela estatal.

II – DA NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO PREJUDICIAL

Como demonstrado no tópico anterior, a Portaria Normativa objeto da presente análise tenta promover a revisão de ato administrativo de conversão de regime (celetista para estatutário) dos beneficiários pela anistia promovida pela Lei nº 8.878/94.

Observando-se as disposições contidas na supramencionada norma, tem-se o seguinte:

Art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993. (Vide decreto nº 3.363, de 2000). (destacou-se).

Art. 4º A Administração Pública Federal e as empresas sob controle da União, **quando necessária a realização de concurso, contratação ou processo seletivo com vistas ao provimento de cargo ou emprego permanente, excluirão das vagas a serem preenchidas pelos concursados o número correspondente ao de postulantes habilitados na forma desta Lei para os respectivos cargos ou empregos.** (grifamos)

Notável que a intenção do legislador foi retornar os anistiados ao *status quo ante*, prevendo expressamente que estes seriam reintegrados no cargo ou emprego que anteriormente fora ocupado. Todavia, em algumas situações, o referido cargo/emprego fora transformado, razão pela qual, nesses casos, o anistiado retornaria às suas funções no cargo/emprego correspondente.

Seguindo essa interpretação, a Administração Pública reintegrou os beneficiários da anistia que anteriormente eram celetistas em cargos que passaram a ser ocupados por servidores estatutários. Frise-se que tais atos administrativos de conversão ocorreram há mais de 20 (vinte) anos, sendo obvio que seus efeitos foram sedimentados pelo tempo.

Dessa maneira, mesmo que seja supostamente reputada como ‘ilegal’ a sobredita conversão de regime, a Administração não pode, depois de decorridos mais de cinco anos da prática do ato, revê-lo tardiamente de modo a prejudicar os servidores beneficiários da anistia, sob pena de



afronta não apenas à legislação ordinária (art. 54 da Lei 9.784/99), mas também aos princípios fundamentais da Constituição Federal.

Nesse sentido, interessante colacionar ensinamento do Ilustre jurista Hely Lopes Meirelles, segundo o qual “*o particular não pode ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo*”². Notável, portanto, que a portaria normativa em análise possui flagrante violação ao princípio constitucional da segurança jurídica, porquanto visa desconstituir, ilegalmente, fato consumado em prejuízo dos destinatários do ato administrativo a que se tenta rever.

Na mesma linha de raciocínio é o posicionamento defendido pelo saudoso Diógenes Gasparini quando afirma que “*transcorrido o prazo prescricional, o ato, embora viciado, torna-se definitivo e intocável no âmbito da Administração Pública*”³.

Levando-se em consideração que a noção de princípio perpassa pelo entendimento de que este funciona, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, como “*mandamento nuclear de um sistema*”, tem-se que sua importância se manifesta em face de sua função de servir de base/sustentação ao sistema normativo.

Nesse contexto, há de se destacar que o princípio da segurança jurídica funciona como norma norteadora e garantidora do próprio Estado

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. Atualizado por Eurico A. Azevedo, Délcio B. Aleixo e José Eemmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores., 21a ed., p. 589).

³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, p. 567.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 771.



Democrático de Direito, fundando-se nos conceitos de ‘certeza’, ‘estabilidade sistêmica’ e ‘confiança legítima’.

Esse é o entendimento defendido pelo professor e jurista Heleno Taveira Torres quando define o princípio da segurança jurídica como sendo um “*princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger expectativas de confiança legítima nos atos de criação ou de aplicação de normas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento e confiabilidade na efetividade de direitos e liberdades, assegurada como direito público fundamental*”⁵.

Em decorrência da necessária observância e da garantia da segurança jurídica, pode-se concluir que esta serve como limitador do poder de autotutela estatal. Inclusive, a jurisprudência pátria é firme nesse sentido:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. **1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.** 2. O art. 55 da Lei 9.784/99 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, **estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, a contrario sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal,** mediante a

⁵ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 186/187.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício. 3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. 4. **O poder da Administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.** 5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica. 6. **Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.** 7. **A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.** 8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias.

(STJ, RMS 25652/PB, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Data de Julgamento: 16/08/2008, Data de Publicação no DJe 10/06/09).



Como bem destacado, não podem os administrados ficar eternamente à mercê da insegurança causada pela possibilidade de a Administração rever ou anular seus atos depois de transcorrido o prazo decadencial de cinco anos. Qualquer entendimento em contrário culminaria na mitigação da confiança legítima depositada pela sociedade na atuação estatal.

Tal confiança, nas palavras do ilustre Professor Juarez Freitas “*é uma princípio fundamental no Direito Administrativo e, ao lado da boa-fé, estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidedúcia mútua, no plano institucional*”⁶.

Desse modo, há de se resguardar o cidadão em face da possibilidade de se ocorrerem alterações inesperadas em situações que já haviam se estabilizado e consolidado no tempo. Ressalta-se que o dever de proteção à confiança legítima decorre da junção dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da própria legalidade, porquanto tem o dever de agir de maneira minimamente previsível e segura, sendo defeso ao Poder Público promover mudanças, tardiamente, em prejuízo dos administrados. Nesse sentido, transcreve-se decisão proferida pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR – AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA –

⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.



CEZAR BRITTO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

CINCO ANOS – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. O princípio da autotutela administrativa aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula nº 473 do eg. STF, que assim dispõe: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. 2. Mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado Geral de Polícia (publicado no DOE 18.08.1998), consubstanciado na anulação do procedimento licitatório – efetuado com vistas à reforma da Delegacia de Polícia e Cadeia Pública de Capão Bonito/SP – e invalidação do respectivo contrato celebrado com a empresa vencedora do certame em 06.12.1991, devidamente cumprido e executado. 3. A prerrogativa de rever seus atos (jurídicos), sem necessidade de tutela judicial, decorre do cognominado princípio da autotutela administrativa da Administração Pública. **4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico.** Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J. J. Gomes Canotilho: “Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a Administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina). (...) 9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg-RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2002; RE 158.543/RS, DJ 06.10.1995). Em consequência, **não é absoluto o poder do administrador**, conforme insinua a Súmula nº 473. **10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular.** Na esteira da doutrina clássica e consoante o consoante o art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/1999, o prazo



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

decadencial para anulação dos atos administrativos é de 5 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento. (...) 12. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 658.130/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 05.09.2006, DJ 28.09.2006, p. 195). (destacou-se).

Diante o cenário apresentado, torna-se clarividente que as alterações pretendidas pela Administração Pública, por meio das disposições contidas na Portaria nº 05/2016-MPOG são ilegais. Torna-se ainda mais gravoso, quando se percebe que a pretensão de reestabelecimento do regime celetista afetará, inclusive, os anistiados que estejam aposentados e, ainda, os beneficiários de suas pensões, consoante se pode depreender da leitura do art. 2º e seu parágrafo único:

Art. 2º - Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão instaurar processo administrativo, de ofício, para a regularização do vínculo dos servidores ativos e aposentados que tenham sido beneficiados pela anistia reconhecida nos termos da Lei nº 8.878, de 1994.

Parágrafo único - Aplica-se o disposto nesta Portaria Normativa aos beneficiários de pensão cujo instituidor tenha sido indevidamente incluído no regime jurídico estatutário.

Indubitável, portanto, que os atos administrativos operaram seus efeitos ao longo de mais de 20 (vinte) anos, sendo vedada à Administração Pública a alteração de situação fático-jurídica já consolidada no tempo.

Ademais, frise-se que, nem mesmo o Tribunal de Contas da União teria poder de rever tal ato administrativo, pois não se trata de hipótese coberta pelo manto da imprescritibilidade (art. 37, § 5º, CF/88⁷),

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:



CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

devendo-se aplicar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99. Cabível, neste caso, a apreciação pelo Poder Judiciário a fim de declarar a nulidade do Acórdão nº 303/2015 do TCU a partir do momento em que gerar efeitos concretos na esfera jurídica do servidor, tendo em vista a sua flagrante ilegalidade.

Por todo o exposto, resta evidenciada a impossibilidade de a Administração Pública, por meio da Portaria nº 5, de 31 de agosto de 2016, editada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MPOG, promover a revisão de ato administrativo praticado há mais de cinco anos, haja vista a configuração da decadência administrativa e o dever de observância, pelo Poder Estatal, dos primados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

É o que ora se expõe.

Brasília/DF, 19 de setembro de 2016.

CEZAR BRITTO
OAB/DF 32.147

RODRIGO CAMARGO
OAB/DF 34.718

YASMIM YOGO
OAB/DF 44.864

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.