



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO DE SALVADOR**

**PROCESSO Nº 04817e22**

**PARECER Nº 00663-22**

SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À CF/88. ESTABILIDADE CONSTITUCIONAL. ART. 19, ADCT. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. CONSIDERAÇÕES.

1) Permanece inalterado o posicionamento perfilhado por este Tribunal de que não estão incluídos no regime previsto no caput do art. 40 da CF/88, os servidores contemplados com a estabilidade extraordinária do art. 19, ADCT, como também aqueles que permaneceram na Administração Pública sem vínculo adequado. Trata-se de entendimento pacífico e assentado no E. STF;

2) A certidão de tempo de contribuição, quando solicitada adequadamente, deverá ser emitida pelo órgão gestor do Regime Próprio, obedecida a legislação de regência para confecção do registro oficial;

3) A capacidade de autotutela inerente à Administração Pública, nas situações que envolvem interesses de particulares contrários ao desfazimento do ato, vem sendo mitigada pela doutrina e pela jurisprudência, exceto em casos flagrantemente inconstitucionais, o que não retira a necessidade do devido processo legal;

4) Não cabe a este Tribunal de Contas, que possui competência constitucional e regimental para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal pormenorizar os desdobramentos administrativos para concessão de benefícios previdenciários;

5) Em situações pontuais, havendo grande insatisfação na condução da matéria, caberá ao Judiciário a pacificação do tema, acaso seja provocado.

O Diretor-Geral de Previdência e Gestor do FUMPRES do MUNICÍPIO DE **SALVADOR-BA**, Sr. Daniel Ribeiro Silva, acompanhado do Secretário Municipal de Gestão, Sr. Thiago Martins Dantas, por meio de ofício nº 135/2022 endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 04817e22, remete dúvida sobre a “possibilidade de concessão dos benefícios de aposentadorias e pensões por morte pelo RPPS do Município de Salvador, em favor dos servidores não efetivos (estáveis ou não), que ingressaram nos quadros do Município através de contrato de trabalho antes da Constituição Federal de 1988.”

Após contextualizar com o repertório jurisprudencial da controvérsia relacionada ao tema, traz os seguintes questionamentos:

- (a) Qual entendimento desse Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Bahia acerca da concessão de benefícios previdenciários pelo Regime Próprio de Previdência em favor dos servidores considerados não efetivos, estáveis (artigo 19 do ADCT - CF/88) ou não, e seus dependentes, uma vez que a forma de ingresso no serviço público se deu antes da Constituição Federal de 1988 e sem prévia aprovação em concurso público?
- (b) No caso de entender pela impossibilidade de concessão do benefício previdenciário, poderá o servidor requerer certidão de tempo de contribuição, para fins de averbação em outro regime de previdência?
- (c) Nos casos de flagrante inconstitucionalidade, qual a inteligência dessa Corte Contas acerca da aplicação dos institutos da prescrição e decadência para fins de revisão dos benefícios já concedidos? Na hipótese de inocorrência da prescrição e decadência, é passível a manutenção desses benefícios em obediência ao princípio do segurança jurídica?
- (d) Os dependentes, quando devidamente comprovada essa condição, poderão gozar do benefício de pensão por morte instituído por ex-servidor(a) não efetivo(a), excepcionalmente estabilizados ou não, nos termos da Constituição Federal de 1988, uma vez que, a época do óbito, encontrava-se, de fato, vinculado(o) ao Regime de Próprio de Previdência Municipal, seja na condição de servidor(a) ativo(a) ou de aposentado(a)?
- (e) Em caso negativo, quais os procedimentos deverão ser adotados pelo RPPS, com vistas a resguardar o direito líquido e certo dos reconhecidos dependentes ao gozo do benefício previdenciário de pensão por morte que fazem jus?

De início, é oportuno esclarecer que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, por força do art. 3º, §4º, da Resolução TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.

Ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Esclarecidas as premissas inaugurais, pontua-se que no âmbito desta Corte de Contas, a apreciação da legalidade para fins de controle e registro dos atos de concessão e revisão de aposentadoria e de pensão por morte, disciplinada na Resolução TCM nº 1369/2018, atende ao comando constitucional insculpido no art. 71, inc. III da Carta Magna, que delimita a competência dos Órgãos de Controle externo para “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal...”.

Tem-se, portanto, que a Resolução deste Tribunal, atualmente vigente, prevê que na apreciação dos atos de concessão e revisão de aposentadoria e pensão, sujeitos a registro por este TCM-BA, será considerado ilegal e negado o registro dos atos em que tenham sido identificadas ilegalidades (art. 10, inc. II), dentro dos limites da sua ação fiscalizatória.

Assim, em observância ao pleno atendimento dos requisitos da Resolução TCM nº 1369/2018, a atuação deste Tribunal se limitará aos critérios e procedimentos delimitados na mencionada Resolução, de modo que a apuração minuciosa de cada caso concreto há de ser feita no órgão de origem do beneficiário.

Dito isso, tendo em vista que os questionamentos do Consulente envolvem diversos aspectos dos servidores não efetivos (estáveis ou não), que ingressaram nos quadros do Município antes da Constituição Federal de 1988, com o intuito de elucidar as questões de forma mais didática, passa-se a tecer os esclarecimentos necessários em tópicos individualizados para cada quesito.

**(a) Qual entendimento desse Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Bahia acerca da concessão de benefícios previdenciários pelo Regime Próprio de Previdência em favor dos servidores considerados não efetivos, estáveis (artigo 19 do ADCT - CF/88) ou não, e seus dependentes, uma vez que a forma de ingresso no**

## **serviço público se deu antes da Constituição Federal de 1988 e sem prévia aprovação em concurso público?**

A Constituição Federal de 88 considerou estáveis os servidores públicos que, mesmo sem terem prestado concurso público, estavam a pelo menos um quinquênio ininterrupto na Administração Pública no momento da promulgação do texto constitucional. Tais servidores adquiriram o direito constitucional de permanecer no serviço público com a proteção da estabilidade.

Contudo, não se deve confundir estabilidade no serviço público com efetividade do cargo público. A efetividade somente é adquirida com a prévia aprovação no concurso público, nos termos do art. 37, inc. II, da CF/88. A estabilidade aqui estudada ocorre com a incidência da hipótese prevista no art. 19 do ADCT/CF/88.

Esta distinção já foi objeto da ADI nº 114/PR, no qual o STF afirmou que: “... independentemente da estabilidade, a efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, II, da Constituição da República.”

Mais recentemente, novamente tal tese foi fixada no Tema 1157 com repercussão geral (ARE 1.306.505 STF, ainda em fase recursal):

### **Tema 1157 – STF**

Situação do tema: Acórdão de mérito publicado.

Questão submetida a julgamento: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, LV, e 37, II, da Constituição Federal, a possibilidade de reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, do servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e em período não abrangido pela estabilidade excepcional do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com fundamento na segurança jurídica e na proteção à confiança.

**Tese firmada:** É vedado o reenquadramento, em novo Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração, de servidor admitido sem concurso público antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo que beneficiado pela estabilidade excepcional do artigo 19 do ADCT, haja vista que esta regra transitória não prevê o direito à efetividade, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal e decisão proferida na ADI 3609 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe. 30/10/2014). (g.n.)

Este Tribunal de Contas, em tese, nos pareceres consultivos desta unidade jurídica, possui entendimento pacificado de que os servidores que ingressaram antes de

05/10/1988 na Administração Pública, sem concurso, estáveis ou não, em que pese possam ser abarcados pelas normas estatutárias, não podem ser filiados ao Regime Próprio de Previdência Social, haja vista não serem detentores da efetividade exigida no comando do art. 40, da CF/88.

O detalhamento do posicionamento encontra-se no processo de Consulta TCM nº 09315e19, disponível para consulta no site deste Tribunal na aba “Jurisprudência”.

Neste aspecto, cumpre anotar que, a recente alteração da redação do *caput* do art. 40 evidenciou que o regime próprio é específico dos servidores públicos efetivos:

Art. 40. O **regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos** terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (g.n.)

Portanto, a Constituição Federal é clara ao estabelecer que a participação no regime próprio de previdência é prerrogativa dos agentes públicos que, após aprovação em concurso público e nomeação para o cargo, ostentam o atributo da efetividade.

Por tal razão, não estão incluídos no regime previsto no *caput* do art. 40 da CF, as pessoas contempladas pelo art. 19 do ADCT, visto que, embora, por expressa determinação constitucional, detenham estabilidade, não possuem, como já frisado neste parecer, a necessária efetividade.

Não é outra a orientação traçada pelo E. STF, no julgamento da ADI nº 5.111/RR, com relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 20/09/2018:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 28 da Resolução nº 49, de 27/12/05, da Assembleia Legislativa do Estado de Roraima. Exaurimento da eficácia. Prejudicialidade. Artigo 3º, inciso I, parte final, da Lei Complementar nº 54, de 31/12/01, do Estado de Roraima, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 138, de 26/6/08. **Violação do art. 40 da Constituição Federal. Norma de absorção obrigatória pela legislação infraconstitucional. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.**

1. Com a edição da Resolução nº 3/2015 da Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, ocorreu o esvaziamento da eficácia do parágrafo único do art. 28 da Resolução nº 49/2005 do mesmo órgão. Nesses casos, tem decidido o Supremo Tribunal Federal pela extinção anômala do processo de controle normativo abstrato, motivada pela perda superveniente de seu objeto, que tanto pode

decorrer da revogação pura e simples do ato impugnado como do exaurimento de sua eficácia. Precedentes: ADI nº 2859/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 21/10/16; ADI nº 4365/DF, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 8/5/15; ADI nº 1.979/SC-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 29/9/06; ADI nº 885/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJe de 31/8/01.

2. O art. 3º, inciso I, parte final, da Lei Complementar nº 54, de 31/12/01, do Estado de Roraima, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 138, de 26/6/08, **promove ampliação do rol previsto no art. 40 da Constituição Federal ao determinar que estão incluídos no regime próprio de previdência também os “servidores declarados estáveis, nos termos da Constituição estadual”, expressão que acaba por abranger servidores estabilizados, embora não efetivos, de que trata o art.19 do ADCT. Portanto, o preceito em tela viola o art. 40 da Constituição Federal, norma de absorção obrigatória pela legislação infraconstitucional, consoante jurisprudência da Suprema Corte.** Precedentes: ADI nº 101/MG, Relator o Min. Celio Borja, Rel. p/ o ac.Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 7/5/93; ADI nº 178/RS, Rel.Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 26/4/96; ADI nº 369/AC, Rel.Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 12/3/99.

3. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para que sejam ressalvados da decisão aqueles que, até a data de publicação da ata do julgamento, já estejam aposentados ou tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria sob o regime próprio de previdência do Estado de Roraima, exclusivamente para efeito de aposentadoria. (...). (destaques no original).

Por bem representar a jurisprudência da Suprema Corte, cita-se mais um julgado:

A G REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.069.876 SÃO PAULO

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. **Servidores públicos detentores da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT. Inclusão no regime próprio de previdência social. Impossibilidade.** Precedentes.

1. Os servidores abrangidos pela estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT não se equiparam aos servidores efetivos, os quais foram aprovados em concurso público. Aqueles possuem somente o direito de permanecer no serviço público nos cargos em que foram admitidos, não tendo direito aos benefícios privativos dos servidores efetivos.

2. **Conforme consta do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 42/2003, pertencem ao regime próprio de previdência social tão somente os servidores titulares de cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações. (...) (g.n.)

O mesmo entendimento também já foi objeto de pronunciamento das Cortes de Contas. Destaca-se aqui trecho da Resolução de Consulta nº 22/2016 – TP do Tribunal de Contas do Mato Grosso sobre a vinculação do servidor estabilizado excepcionalmente no Regime Próprio:

Não é possível o ingresso, no RPPS, de servidores estabilizados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e não efetivos, já filiados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, tendo em vista que sem a efetividade no serviço público esses servidores detêm apenas o direito à

estabilidade e respectiva permanência no cargo ocupado, não implicando no acesso a direito de filiação ao regime próprio.

No que se refere aos servidores não estáveis e não efetivos, diante da precariedade da relação travada com o ente público, devem estar vinculados ao RGPS, já que não possuem vínculo com a Administração Pública, podendo ter encerrada a prestação de trabalho a qualquer momento. Esses agentes não detêm estabilidade, tampouco efetividade.

Assim, conclui-se que tais servidores, estáveis ou não estáveis, filiam-se ao Regime Geral da Previdência Social, a quem cabe suportar os benefícios previdenciários que façam jus.

Contudo, em situações de controle de constitucionalidade, notadamente sobre os atos administrativos que aposentaram servidores estáveis ou não de forma irregular, o STF ponderou os efeitos da decisão, para resguardar os aposentados e os servidores que haviam preenchidos os requisitos da aposentação, a fim de garantir a continuidade do pagamento de benefícios pelo Regime Próprio. Neste sentido, colhe-se trecho da ADI 4876 DF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Modulação dos efeitos**. Procedência parcial.

1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe.

2. O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04; ADI nº 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE nº 167635/PA, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97.

3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88).



4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. **Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.**
5. Ação direta julgada parcialmente procedente. (g.n)

Diante desta realidade, deverá o gestor sopesar as situações concretas no município e decidir administrativamente no exercício diligente de sua atuação, de modo a conformar as situações fáticas à jurisprudência dominante, aliado as boas práticas de gestão, atualmente exigidas pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB, que foi regulamentada pelo Decreto nº 9830/2019, destinadas não somente a atuação judicial, mas também incidente na esfera administrativa e controladora.

Neste aspecto, frise-se, em especial, o quanto disposto no art. 24 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que possui o seguinte teor:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

**(b) No caso de entender pela impossibilidade de concessão do benefício previdenciário, poderá o servidor requerer certidão de tempo de contribuição, para fins de averbação em outro regime de previdência?**

.



Em breves linhas, tem-se que a Certidão de Tempo de Contribuição é o documento que comprova o tempo de contribuição e os respectivos salários de um trabalhador em um determinado regime de previdência.

A certidão visa a averbação do tempo de contribuição em outro regime de previdência, ou seja, ela possibilita a contagem recíproca do tempo de contribuição entre os regimes de previdência existentes (INSS e os RPPS), garantindo o aproveitamento de todo o tempo de contribuição do trabalhador ao longo de sua vida, para a obtenção de um benefício previdenciário.

A CTC confere publicidade na utilização do tempo de contribuição perante o órgão de destino no qual será apresentada. Assim, evita-se fraudes e contagens duplicadas do mesmo período em regimes distintos.

Quando solicitada adequadamente, deverá ser emitida pelo órgão gestor do Regime Próprio, obedecida a legislação de regência para confecção do registro oficial, reconhecendo-se o tempo de vínculo do ex-servidor com o regime previdenciário.

**(c) Nos casos de flagrante inconstitucionalidade, qual a inteligência dessa Corte Contas acerca da aplicação dos institutos da prescrição e decadência para fins de revisão dos benefícios já concedidos? Na hipótese de inoccorrência da prescrição e decadência, é passível a manutenção desses benefícios em obediência ao princípio do segurança jurídica?**

Neste ponto, crucial se faz delinear os contornos jurídicos atinentes ao princípio da autotutela administrativa, bem como a aplicabilidade dos institutos da decadência e da prescrição na questão.

No exercício da sua atividade, a Administração Pública pode reconhecer que praticou ato contrário ao direito vigente, e, diante de tal irregularidade, anular o ato administrativo, com a instauração do competente procedimento administrativo que garanta ao interessado o contraditório e a ampla defesa.

Tal fato decorre do princípio da autotutela aplicável à Administração Pública, que, por sua vez, possui o dever de controlar seus próprios atos, revendo-os e anulando-os, *ex officio*, quando houverem sido praticados com alguma ilicitude. A autotutela funda-se no princípio da legalidade administrativa: se a Administração Pública só pode agir dentro do que a lei permite, é de se considerar que os atos administrativos eivados de ilegalidade devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.

Precisas são as lições do Mestre José dos Santos Carvalho Filho, na sua Obra “Direito Administrativo e Administração Pública”, 17ª edição, p. 27:

“(…)

Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado.

Registre-se, ainda, que a autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa:

- 1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e
- 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento”.

A autotutela, portanto, abrange tanto o poder de anular, como o de revogar atos administrativos. É o que se extrai da redação do art. 53, da Lei nº 9.784/99, assim como, das Súmulas nº’s 346 e 473, ambas do E. Supremo Tribunal Federal:

Lei nº 9.784/99

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

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.

Entretanto, a capacidade de autotutela inerente à Administração Pública, nas situações que envolvem interesses de particulares contrários ao desfazimento do ato, vem sendo mitigada pela doutrina e pela jurisprudência.

Isto porque, não se admite a anulação dos atos, que, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade, sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativa a oportunidade de se defender, no curso do devido processo legal, a sua legitimidade. É um direito fundamental assegurado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).

Desta forma, sempre que um ato administrativo refletir na esfera jurídica do administrado, mesmo que este seja ilegítimo ou ilegal, a Administração Pública deve, inevitavelmente, permitir ao que amargará os efeitos da invalidação a oportunidade para se manifestar, sob o crivo do princípio do contraditório e do devido processo legal.

O E. STF, em análise sobre a matéria ora em foco, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.” (RE 594296).

Assim segue a jurisprudência recente da Corte Maior:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. CANCELAMENTO DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu ser necessária a prévia instauração de procedimento administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, sempre que a Administração, exercendo seu poder de autotutela, anula atos administrativos que repercutem na esfera de interesse do administrado (RE 594.296-RG, Rel. Min. Dias Toffoli). (...). (RE 94681, AgR/pr. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 18/11/2016).

O dever da Administração Pública de rever seus próprios atos eivados de legalidade, em regra, não é *ad eternum*, havendo previsão na legislação de prazo decadencial a ser observado pelo Erário, conforme dispõe do art. 54, da Lei Federal nº 9784/99, abaixo destacado:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovado má-fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Tal dispositivo tem previsão semelhante no art. 39, da Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia, Lei nº 12.209/2011:

Art. 39 A Administração tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

§1º Os atos administrativos ilegais de que decorram efeitos favoráveis ao administrado deverão ser invalidados no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados.

§2º Na hipótese de comprovada má-fé do administrado, a qualquer tempo, a Administração invalidará o ato ilegal e adotará medidas para o ressarcimento ao erário, se for o caso.

Deste modo, afirma-se que a regra é que consumado o prazo decadencial aludido acima, a esfera individual do sujeito será alcançada pelos princípios da segurança jurídica e da confiança, de modo que a situação fática, já incorporada à vida do cidadão, será consolidada pelo decurso do tempo.

Cessa-se, desta forma, o poder potestativo da Administração sujeitar o indivíduo ao seu juízo unilateral, de forma que a impossibilidade de alteração da relação jurídica e a sua consequente estabilização atingirão tanto os atos que deixaram de ser convenientes e

oportunos para o Estado, quanto os atos sobre os quais tenham questionamentos sobre eventuais vícios de legalidade.

A esta invalidação opera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo à data em que o ato foi emitido, retornando as partes ao *status quo ante*. Desfazem-se, pois, as relações jurídicas que se originaram do ato inválido, resguardando-se, contudo, os direitos de terceiros de boa-fé que não deram causa à sua invalidação.

Em aprofundamento ao tema, cumpre-se afirmar que a decadência administrativa tratada acima não encontra guarida quando o ato administrativo que se pretende anular ou revogar implicar em prestações de trato sucessivo, consoante observa-se da jurisprudência da Suprema Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. Prazo para ajuizamento. Decadência. Não consumação. Impetração contra ato concernente a vencimentos de servidor público. Prestações de trato sucessivo. Inexistência de indeferimento expresso da pretensão pela autoridade administrativa. Renovação mensal da pretensão. Preclusão afastada. Provimento ao recurso para esse fim. Precedentes. **O prazo decadencial para ajuizamento de mandado de segurança renova-se mês a mês, quando o ato impugnado respeite a pagamento de prestações de trato sucessivo, sem que tenha havido indeferimento expresso da pretensão pela autoridade**” (RMS nº 24.250/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluzo**, Dje de 05/03/10).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REAJUSTE DE PROVENTOS. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. **O juízo, que é prejudicial ao mérito da própria impetração, sobre o possível transcurso do prazo de decadência do mandado de segurança, há de levar em conta a natureza da prestação decorrente do direito líquido e certo afirmado na inicial, nada importando, para esse efeito, se o direito material afirmado realmente existe ou não. Se a prestação afirmada e reclamada é de trato sucessivo, isto é, se tem natureza de prestação continuada no tempo, alcançando também tempo presente e futuro, não se considera como único termo a quo do prazo decadencial o do vencimento da primeira das prestações continuativas.** Considera-se, isto sim, que esse termo a quo se renova a cada vencimento das demais prestações supervenientes. 2. Nos casos de impetração de mandado de segurança visando ao recebimento de adicionais e gratificações incidentes sobre os proventos de servidor público inativo, por ser típica relação jurídica de trato sucessivo, não há que se falar em decadência do direito. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Proc. AgRg no AREsp 78023/MS. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0253960-2. Rel.(a) Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 27/03/2012. Data da Publicação/Fonte. Dje 30/03/2012).

Neste sentido, elucida a jurista Maria Helena Diniz, em sua obra Código Civil Anotado, 2006, p.245, destacadamente:

A decadência não se confunde com a prescrição. A decadência é a extinção do direito potestativo pela falta de exercício dentro do prazo prefixado, atingindo indiretamente a ação, enquanto a prescrição extingue a pretensão, fazendo desaparecer, por via oblíqua, o direito por ela tutelado que não tinha tempo fixado para ser exercido.

Ademais, é de extrema valia registrar, também, que, apesar do quanto disciplinado a respeito da decadência administrativa, a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal vêm se posicionando no sentido de que, diante de situações flagrantemente inconstitucionais, o decurso do tempo não pode ser utilizado como argumento para afastar o dever da Administração Pública de rever seus próprios atos. Nesta situação, o STF tem flexibilizado tal premissa para permitir a correção de situações extremamente ilegais que afrontam diretamente o texto constitucional.

É o que se depreende da leitura das decisões abaixo extratadas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVENTIA JUDICIAL. ANULAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não procede a arguição de nulidade formulada pela impetrante, fundada em suposta ausência de notificação para integrar o PCA em questão, haja vista a sua absoluta ciência do procedimento administrativo, seja na qualidade titular interina do cargo de Escrivão do Cível da Comarca de Fazenda Rio Grande/PR, seja na qualidade de postulante ao referido cargo.

**2. A orientação jurisprudencial desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 não alcança situações flagrantemente inconstitucionais, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.**

3. Ordem denegada. (MS nº 30.294/DF, Relator Min. Marco Aurélio, 28.05.2019) (g.n)

Agravo regimental em ação rescisória. Alegação de impedimento do ministro revisor. Desnecessidade de remessa dos autos ao revisor em caso de negativa de seguimento a ação rescisória, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF. Precedente. Ausência de atuação do revisor no caso. Alegação de nulidade rejeitada. Entendimento adotado na ação originária em consonância com a jurisprudência da Corte. Aplicação da Súmula nº 343/STF. Efetivação de substituta na titularidade de serventia extrajudicial cuja vacância ocorreu após a vigência da Constituição de 1988. Nulidade do ato de efetivação por violação direta da regra esculpida no art. 236, § 3º, da CF/88. Inexistência de direito adquirido. Impossibilidade de incidência da regra inserta no art. 54 da Lei nº 9.784/99 em hipóteses de flagrante inconstitucionalidade. Precedentes da Corte. Agravo regimental não provido. (...)

4. Aplica-se, também, ao caso a jurisprudência prevalente na Corte, segundo a qual: (i) inexistente direito adquirido do substituto à efetivação como titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 22/83, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição Federal de 1988; e (ii) **é inaplicável a decadência administrativa prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99 quando se tratar de ato manifestamente inconstitucional**. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (AR 2582 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 19-05-2017) (g.n)

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTOAPLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...)

5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. (...)" (MS nº 28.279/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, 16/12/2010).

**(d) Os dependentes, quando devidamente comprovada essa condição, poderão gozar do benefício de pensão por morte instituído por ex-servidor(a) não efetivo(a), excepcionalmente estabilizados ou não, nos termos da Constituição Federal de 1988, uma vez que, a época do óbito, encontrava-se, de fato, vinculado(o) ao Regime de Próprio de Previdência Municipal, seja na condição de servidor(a) ativo(a) ou de aposentado(a)?**

A pensão por morte é um benefício previdenciário concedido aos dependentes após a morte do segurado. Ela tem regras específicas sobre beneficiários, valores, quotas e duração do pagamento, dentre outras.

O reconhecimento do enquadramento dos servidores estabilizados ou não no regime previdenciário aplicado aos servidores públicos não garante sua aposentadoria no regime próprio. A vinculação ao Regime Próprio que, por ventura, possa ter ocorrido com os servidores estáveis ou não estáveis deve ser entendida como uma situação peculiar ocorrida no período laborativo, haja vista a sua sujeição ao regime estatutário durante a atividade estatal, não podendo, em tese, regular a inatividade do servidor, que, como já aqui explanado, há de ser regida pelo RGPS.



Esta interpretação é decorrência lógica do julgamento já citado anteriormente do STF na ADI 5111 Roraima, que em situação semelhante, reconheceu a ilegalidade da situação, modulando os efeitos desta decisão:

... este Supremo Tribunal entende que os beneficiados pela estabilidade prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não detêm as vantagens privativas dos ocupantes de cargo efetivo, dentre as quais se inclui a participação no regime próprio de previdência do social, nos termos do caput do art. 40 da Constituição da República.

A título colaborativo extrai-se o entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais, no Processo nº 58.988-8/2021, julgado em 30.11.2021, que em caso assemelhado asseverou:

O recolhimento ou não de contribuições não altera o vínculo previdenciário, o qual, necessariamente, decorre da CF/88 e da lei. Eventual divergência na compensação entre os regimes deve ser solucionada por meio da via própria, não podendo prejudicar o direito ao reconhecimento do tempo de serviço ao servidor.

Em que pese a ocorrência desta situação excepcional, não parece apropriado que seja negado administrativamente o benefício previdenciário destinado aos dependentes do segurado, conforme o cumprimento de regras específicas do devido regime previdenciário, que deve suportar o cumprimento de tal benefício. Não se pode perder de vista que uma imposição de migração administrativa de regime do segurado necessariamente deverá ser precedida de um apurado diálogo entre os institutos, atentando-se para todas as particularidades que podem ocorrer no caso concreto, em especial, as de cunho pecuniário/financeiro.

Nestes casos, havendo grande insatisfação na condução da matéria, caberá ao Judiciário a pacificação do tema, acaso seja provocado. Aos dependentes, em caso de negativa da concessão do benefício ou na ocorrência de prejuízo em possível migração de regime previdenciário, restará recorrer a via judicial para resolução definitiva da situação.

Valiosas são as lições trazidas no livro “Controle externo dos regimes próprios de previdência social”, ed. Forum, 2016, pág. 227, que demonstram o papel da Corte de Contas e do Judiciário nos temas previdenciários:

A jurisdição é única, não há dúvidas, entretanto, até que as contradições confluem e sejam dirimidas pelos Tribunais Superiores, muitos anos podem ser gastos com teses opostas. Dada a natureza urgente das decisões do contencioso previdenciário, é razoável assumir que muitas nem alcancem as instâncias mais elevadas, de forma a que soluções oferecidas por juízos iniciais gozem de sensível estabilidade.

(...)

Enquanto ao judiciário são levados apenas os casos em que o segurado entende-se prejudicado, com o ponto controvertido identificado e elaborado em defesa patrimonial, tornando possível ao magistrado que diga o direito tão somente quanto àquele ponto, ao Tribunal de Contas são levados todos os atos e a apreciação de legalidade se dá quanto à totalidade de seus fundamentos e possíveis pontos controversos. Os Tribunais de Contas, então, estão em desvantagem na disputa por uniformidade.

**(e) Em caso negativo, quais os procedimentos deverão ser adotados pelo RPPS, com vistas a resguardar o direito líquido e certo dos reconhecidos dependentes ao gozo do benefício previdenciário de pensão por morte que fazem jus?**

De certo, o exame da presente matéria evidencia a grande discussão que se tem sobre o tema e as implicações em face dos servidores que foram agraciados com a estabilidade extraordinária conferida pela CF/88; até mesmo daqueles servidores que não tendo preenchido os requisitos constitucionais continuaram no serviço público, como se estáveis fossem.

Perceba-se que, nesta seara não se pode fornecer uma única solução, tendo em vista que haverá de se perquirir no momento da solicitação do benefício se os dependentes atendem aos requisitos do regime previdenciário incumbido do pagamento da pensão por morte.

Neste contexto, a partir da decisão administrativa de concessão do benefício ou de migração do regime previdenciário do segurado, haverá de se observar diversos aspectos, dentre eles, a necessidade de diálogo dos regimes e da delimitação de parâmetros, além das implicações em face dos beneficiários e dos próprios órgãos, de forma a conciliar as situações postas da forma mais apropriada, não se procedendo um desfazimento automático de benefícios.

Não por outro motivo nos debates sobre a modulação dos efeitos da decisão STF, na ADI 4876-DF STF, que englobou a situação dos servidores admitidos antes da CF/88, o Ministro Luiz Fux trouxe um importante argumento, que vale a transcrição:

(...) a proposta do Relator está perfeitamente ajustada à preocupação com a proteção da confiança e também com a repercussão social dessa decisão. Uma Corte não pode se descuidar do resultado da sua decisão. E nem pode, no afã de prestar justiça social, gerar e motivar a propositura de inúmeras ações, quando a finalidade da jurisdição é a pacificação e a estabilidade social. Do contrário, se não houver modulação, nós vamos criar uma instabilidade social e automaticamente habilitar milhares de funcionários a promoverem ações individuais perante o Poder Judiciário.

(inteiro teor do acórdão AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.876 DISTRITO FEDERAL, pág. 61)

## Considerações finais

Por derradeiro, cumpre elucidar que, mesmo sendo incontroverso a ilegalidade das distorções ocorridas na prática das regras contidas no art. 19 ADCT e art. 40 CF/88, o STF nas oportunidades em que foi instado a se manifestar sobre a situação dos servidores estabilizados e aqueles sem vínculo adequado com a Administração destacou a relevância da matéria sob as perspectivas econômica, social e jurídica, como se pode observar pela modulação dos efeitos de alguns decisórios, a fim de resguardar situações pontuais, notadamente relacionadas a fase da inatividade que alguns servidores já se encontravam ou estavam aptos a alcançar.

Nessa linha jurisprudencial, encontra-se a decisão do STF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que foi evidenciada tal postura da Suprema Corte:

A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 828.048 DISTRITO FEDERAL  
RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Anulação de ato de nomeação e posse após mais de quinze anos de exercício no cargo. Aposentadoria homologada pelo Tribunal de Contas da União. Manutenção. Possibilidade. Precedentes. 1. **O Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedentes ações diretas de inconstitucionalidade que impugnavam normas legais que efetivavam em cargos públicos servidores que não se submeteram ao prévio e necessário concurso público, ressalvou dessas decisões, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, os servidores que já estavam inativados e também aqueles servidores que, até a data de publicação da ata desses julgamentos, já tivessem preenchido os requisitos para a aposentadoria.** (g.n.)

Diante de tudo quanto anteriormente exposto, à luz da sistemática que rege a matéria, conclui-se que:

- 1) Permanece inalterado o posicionamento perfilhado por este Tribunal de que não estão incluídos no regime previsto no caput do art. 40 da CF/88, os servidores contemplados com a estabilidade extraordinária do art. 19, ADCT, como também aqueles que permaneceram na Administração Pública sem vínculo adequado. Trata-se de entendimento pacífico e assentado no E. STF;
- 2) A certidão de tempo de contribuição, quando solicitada adequadamente, deverá ser emitida pelo órgão gestor do Regime Próprio, obedecida a legislação de regência para confecção do registro oficial, reconhecendo-se o tempo de vínculo do ex-servidor com o regime previdenciário;
- 3) A capacidade de autotutela inerente à Administração Pública, nas situações que envolvem interesses de particulares contrários ao desfazimento do ato, vem sendo mitigada pela doutrina e pela jurisprudência, exceto em casos flagrantemente inconstitucionais, o que não retira a necessidade de observância dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal;
- 4) Não cabe a este Tribunal de Contas, que possui competência constitucional e regimental para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal pormenorizar os desdobramentos administrativos para concessão de benefícios, dentre eles a pensão por morte, no regime previdenciário aplicado aos servidores estáveis e não estáveis do ente municipal;
- 5) Em situações pontuais, havendo grande insatisfação na condução da matéria, caberá ao Judiciário a pacificação do tema, acaso seja provocado.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM-BA, de caráter opinativo e orientativo, formulada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consulente e com a jurisprudência dominante sobre tema, diante da peculiaridade das questões



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

postas.

À consideração superior.

Salvador-Bahia, 26 de abril de 2022.

Tâmara Braga Portela  
Assessora Jurídica