

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202000003012807

INTERESSADO: MINISTERIO PUBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE GOIAS

ASSUNTO: ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO INCONSTITUCIONAL.

DESPACHO N° 1964/2020 - GAB

EMENTA: RECONSIDERAÇÃO DO DESPACHO GAB N° 001167/2018. ATOS ADMINISTRATIVOS INCONSTITUCIONAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO. DECADÊNCIA DO PODER DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. QUESTÃO OBJETO DO RE N° 817.338. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. CASO CONCRETO NÃO EQUIPARÁVEL AO JULGADO. REAFIRMAÇÃO DA ORIENTAÇÃO PRECEDENTE. ORIENTAÇÃO REFERENCIAL.

1. Pelo **Ofício n° 10/2020-GPFSC** (000015124962), Procurador do Ministério Público de Contas estadual solicita, mais uma vez, reconsideração da orientação contida no Despacho GAB n° 1167/2018¹, desta Procuradoria-Geral. O precedente do qual se busca revisão serviu para recomendar ao Presidente do Tribunal de Contas do Estado (TCE/GO) que aguardasse o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do RE n° 817.338, para que, sendo o caso, fosse suplantando o prazo decadencial ao exercício do poder de autotutela administrativo, e reconhecida a nulidade de atos do órgão realizados em contrariedade ao princípio da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).

2. Aos presentes autos constam anexados os processos administrativos n° 201900003002366 e n° 202000003000567, correlacionados ao assunto, instruídos com documentação que esclarece o contexto acima.

3. Relatados, siga com a fundamentação jurídica.

4. Pelos **Despachos GAB n° 589/2019** (201900003002366) e **n° 565/2020** (202000003000567), esta Procuradoria-Geral analisou os efeitos da tese de repercussão geral fixada no julgamento do RE n° 817.338 (Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/10/2019), contrastando-os com a orientação traçada no **Despacho GAB n° 1167/2018**.

5. Embora estas análises tenham ocorrido quando ainda não disponibilizado o acesso ao inteiro teor do referido julgamento, esta instituição não deixou de sinalizar pela necessidade de uma compreensão ponderada do tema para eventual mudança do posicionamento do **Despacho GAB nº 1167/2018**, em razão das peculiaridades jurídicas que permeiam a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal. E o conhecimento, agora possível, do inteiro conteúdo da decisão que encerrou o RE nº 817.338, ratifica tal percepção, como passo a demonstrar nos itens abaixo.

6. Certo é que o STF, no aludido julgado paradigma, e por votação da maioria de seus ministros, reafirmou a tese desenvolvida no MS nº 28.279/CF (Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 29/4/11), e concluiu no sentido da inaplicabilidade do prazo decadencial para o exercício da autotutela administrativa nas situações flagrantemente inconstitucionais; questionava-se a *“possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/1999”*². A leitura acurada da tese assentada no julgamento final indica-a claramente atrelada à hipótese específica ali debatida, referente à revisão dos *“atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica com fundamento na Portaria 1.104/1964”*³; não houve, portanto, uma automática superação do prazo decadencial para qualquer situação tida por inconstitucional.

7. Como já destaquei nas orientações anteriores neste assunto, o ato decisório no RE nº 817.338 prezou por peculiaridades do caso concreto, tal como a própria dificuldade na definição se o caso configuraria uma flagrante inconstitucionalidade, bem como a discussão envolvendo o fato de a Advocacia-Geral da União ter questionado a validade do ato administrativo antes de expirado o prazo decadencial, o que teria por efeito a suspensão da decadência. E a influência dessas particularidades para o julgamento, em peculiar, fica bem evidenciada com a ciência do inteiro teor do julgado, como demonstram os seguintes trechos dos pronunciamentos do Ministro Relator Dias Toffoli:

“Ao contrário do assentado no acórdão impugnado, entendo que as Notas Técnicas da AGU/JD-10/2003 e da AGU/JD-1/2006 revelam as iniciativas da Administração Pública no sentido da necessidade de revisão do ato anistiador, constituindo, assim, causa obstativa da alegada decadência. Repito: como expressamente previsto no § 2º do art. 54 da Lei 9.784/99, é suficiente para o exercício desse direito a existência de ‘qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato’.”

(...)

“Ministra Rosa Weber, como Relator, só gostaria de consignar que, em relação à decadência, quando afirmei, em meu voto, a questão da impossibilidade de a decadência atingir atos flagrantemente inconstitucionais, foi em simples reforço argumentativo, porque está bem claro, na arrancada de meu voto - como diria o Ministro Ayres Britto - e já na arrancada do voto, entendo que, em razão do § 2º do art. 51 da Lei de Processo Administrativo, a impugnação de qualquer ato pela Administração Pública é razão suficiente para que não haja mais o transcurso da decadência. E citei, em meu voto, que li resumidamente, os pareceres e as notas técnicas da Advocacia-Geral da União (AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006) - e a AGU é a mais alta autoridade jurídica da Administração Pública. Em meu voto, digo que isso suspendeu e mostrou a impugnação da Administração Pública à anistia anteriormente concedida de maneira genérica, porque os pareceres contrariaram essa atitude do então Ministro da Justiça.”

8. Também, para formação da maioria apertada (corrente vencedora contou com seis votos), mostrou-se imprescindível a mudança de posicionamento anunciada pelos Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, que assim o fizeram em razão das singularidades fáticas que foram determinantes para a tese de repercussão geral fixada. Nesse sentido, manifestaram-se, respectivamente, os Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski:

Min. Roberto Barroso: “Aqui, Presidente, é preciso fazer uma observação muito relevante – pelo dever de coerência que se impõe a qualquer magistrado – de que há um precedente da Primeira Turma, da relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin, em hipótese análoga, em que se entendeu pela manutenção do direito à aposentadoria. Sua Excelência mencionou expressamente este caso, foi uma decisão unânime e, portanto, teve a minha própria adesão. Eu fui rever essa decisão, Presidente, e, embora a hipótese de fato seja análoga, entendo que há algumas distinções relevantes a serem feitas.”

Min. Ricardo Lewandowski: “E, aí, digo que não ignoro - tal como agora levantado, não apenas pelo Ministro Barroso, mas também pela Ministra Rosa Weber - que a Primeira Turma desta Corte, ao julgar o RMS 31.841/DF, já se pronunciou no sentido da decadência em acórdão relatado pelo eminente Ministro Edson Fachin. No entanto, tal como o Ministro Barroso, dadas as peculiaridades deste caso, sobretudo pela superveniência de dados fáticos que realmente impressionam, eu me volto ao pronunciamento anterior que foi proferido no Mandado de Segurança 28.279/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie (...)”.

9. Trata-se, certamente, de questão jurídica que não pode ser encarada com singeleza, com mera transposição genérica, automática e mecânica, e até superficial, de uma proposição jurídica que se deu em contexto bem específico, e justificada por seus elementos distintivos.

10. Bem reflete o quão indefinida é questão jurídica da aplicação (ou não) do prazo decadencial para anulação de ato administrativo considerado inconstitucional, a realidade de *divergência* de entendimentos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás⁴ a respeito. Além disso, mesmo os julgados recentes que adotaram a tese da inoponibilidade do prazo decadencial ao ato administrativo inconstitucional, não tiveram sua fundamentação amparada na referida tese de repercussão geral fixada pelo STF, reforçando, enfim, que esta não provocou, e não deve provocar, uma generalizada e automática superação do prazo decadencial para anulação de ato administrativo inconstitucional.

11. Convergindo para as circunstâncias próprias do caso relatado pelo Procurador do Ministério Público de Contas estadual, e num enfoque comparativo e de sopesamento de todas as diretivas até aqui expostas, compreendo, ao cabo e ao resto, que se trata de situação não alcançável pela tese do RE nº 817.338 (Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/10/2019). O caso específico, objeto do **Ofício nº 10/2020-GPFSC**, descortina elementos que fortalecem a necessidade de proteção do princípio da segurança jurídica na sua vertente objetiva, relacionada à estabilidade do direito, e na vertente subjetiva, envolvendo a proteção das legítimas expectativas criadas ao longo dos 32 (trinta e dois) anos desde a contratação inicial dos sujeitos envolvidos.

12. Nesse aspecto, anoto que a transformação de empregos em cargos públicos, operada pelo art. 80 da Lei estadual nº 12.785/1995, não teve sua constitucionalidade impugnada – até o presente momento –, mantendo, portanto, a potência da sua presunção relativa de constitucionalidade. Ademais, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo depois do RE 817.338, manteve, para outros casos, a possibilidade de modulação de efeitos quando reconhecido vício de inconstitucionalidade de leis que admitiram agentes públicos em contrariedade à regra do concurso público, conferindo efeitos proporcionais à declaração correspondente (ADI nº 3199, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 20/4/2020; ADI nº 5.535, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.12.2018), inclusive, preservando situações jurídicas já consolidadas pelo preenchimento dos requisitos da aposentadoria (ADI nº 4876, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/03/2014; e ADI nº 1241, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/9/2016).

13. Nessa toada, não identifico posição exata da Corte Suprema que mostre viável a solicitação constante do **Ofício nº 10/2020-GPFSC**. Desse modo, **reafirmo** a orientação do **Despacho GAB nº 001167/2018**.

14. Orientada a matéria, **comunique-se o teor deste articulado ao Procurador do Ministério Público de Contas estadual** solicitante. Antes, porém, cientifiquem-se desta **orientação referencial** as Chefias da Procuradoria Judicial, das Procuradorias Regionais, das Procuradorias Setoriais da Administração direta e indireta e do CEJUR (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE⁵.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

1Processo administrativo nº 201500003015907.

2Tema nº 839: “a) Possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta ao texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/1999. b) Saber se portaria que disciplina tempo máximo de serviço de militar atende aos requisitos do art. 8º do ADCT.”

3Tese fixada no RE nº 817.338: “No exercício de seu poder de autotutela, poderá a administração pública rever os atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica com fundamento na Portaria 1.104/1964 quando se comprovar a ausência de ato com motivação exclusivamente política, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal e a não devolução das verbas recebidas.”

4Pela aplicação do prazo decadencial, mesmo na situação de inconstitucionalidade: TJGO, MS nº 192886-78.2015.8.09.0000, Rel. DES. AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, 2ª CAMARA CIVEL, julgado em 08/09/2015, DJe 1871 de 17/09/2015; e TJGO, Apelação nº 5055966-59.2018.8.09.0015, Rel. GILBERTO MARQUES FILHO, 3ª Câmara Cível, julgado em 25/03/2020, DJe de 25/03/2020. Em sentido contrário, pela não aplicação do prazo decadencial: TJGO, Reexame Necessário 0379540-75.2015.8.09.0162, Rel. Des(a). AMÉLIA MARTINS DE ARAÚJO, 1ª Câmara Cível, julgado em 11/05/2020, DJe de 11/05/2020; e TJGO, MS nº 0085344.64.2016.8.09.0000, rel. DES. ALAN SEBASTIÃO DE SENA CONCEIÇÃO, 5ª Câmara Cível, julgado em 17/02/2020, DJe de 17/02/2020.

5Art. 2º Editado o despacho referencial a que alude o inciso I do art. 1º desta Portaria e o § 8º do art. 2º da Portaria nº 130/2018-GAB, incumbirá aos Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais a fixação de orientação administrativa conclusiva em consultas, solicitações e medidas correlatas, na esteira da delegação outorgada pelo art. 5º, II, da Portaria nº 127/2018-GAB, desta Procuradoria-Geral.

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 21/11/2020, às 11:45, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000016625493** e o código CRC **60D4D61A**.

ASSESSORIA DE GABINETE

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ.
COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER (62)3252-8523



