



Procedência: Escola da Saúde Pública

Interessado: Servidores efetivos da Escola da Saúde Pública

Número: 15.511

Data: 16 de outubro de 2015

Ementa:

SERVIDOR PÚBLICO. ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA. DESCONTO “AUX. TRANSPORTE” EM CONTRACHEQUE. MANIFESTAÇÃO TÉCNICA DA SEPLAG NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO NORMATIVO NO ORDENAMENTO VIGENTE. INAPLICABILIDADE DE LEGISLAÇÃO TRABALHISTA INCIDENTE SOBRE RELAÇÕES PRIVADAS TÍPICAS DO MERCADO. REGIME ESTATUTÁRIO. LEI ESTADUAL Nº 17.600/08 SUSPENSÃO DOS DESCONTOS. INDAGAÇÃO SOBRE DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS ANTERIORMENTE. INVALIDAÇÃO. VÍCIO DE CONTEÚDO INSANÁVEL. EFICÁCIA RETROATIVA DESTRUTIVA E CONSTRUTIVA. APURAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO. PRAZO DECADENCIAL DO ARTIGO 65 DA LEI ESTADUAL 14.184/02. LIMITES DE ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA. EFICIÊNCIA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

PARECER

Trata-se de ofício encaminhado pela Assessoria Jurídica da Escola de Saúde Pública sobre pedido administrativo de restituição de descontos feitos em contracheque de servidores a título de vale-transporte, com encaminhamento do Parecer ASJUR ESP/MG 24/2015 sobre a matéria.

No referido parecer foi mencionado o MEMO.ESPMG.SPGF n. 42/2015, de 12.05.2015, que indagava sobre a possibilidade de devolução de valores descontados no período anterior a 7 de janeiro e, em caso positivo, sobre a viabilidade de a devolução ser automática ou apenas realizada mediante requerimento. A esse propósito, explicitou-se que a concessão do auxílio-transporte ou do vale transporte tem previsão na Lei Estadual nº 17.600/08 e no Decreto Estadual nº 44.873/08. O artigo 19, IV da Lei Estadual nº 17.600/08



admite a concessão de auxílio transporte ou vales-transporte para custeio do deslocamento do servidor no percurso residência-trabalho e vice-versa. O artigo 48 do referido diploma legal determinou que “será concedido ao servidor público estadual que não goze de passe livre em transporte coletivo, em exercício em Município com população total superior a cem mil habitantes ou integrante das Regiões Metropolitanas de Belo Horizonte e do Vale do Aço, auxílio-transporte por dia efetivamente trabalhado, nas condições e critérios estabelecidos em decreto.” O Decreto Estadual nº 44.873/08, além de estabelecer a concessão dos vales-transporte em substituição ao auxílio transporte do artigo 48 da Lei Estadual nº 17.600, prescreveu que fosse observado o valor real das tarifas de transporte público coletivo efetivamente utilizadas pelo servidor, determinou competir “ao órgão ou entidade de exercício do servidor apurar a necessidade de pagamento do benefício” (artigo 27, I e parágrafo único) e fixou no artigo 44, § 2º:

“§ 2º Os órgãos e entidades aos quais foram concedidas no âmbito da Primeira Etapa do Acordo de Resultados as autonomias relativas às diárias de viagem ou vale-transporte poderão tê-las mantidas nos termos em que foram concedidas e no prazo definido pela Câmara de Coordenação Geral Planejamento Gestão e Finanças.”

Diante das mencionadas regras, o Parecer da Assessoria Jurídica da Escola de Saúde Pública entendeu que o servidor tem direito, no mínimo, ao auxílio transporte, “podendo, a critério da Administração e desde que dentro do acordo de resultados, ter substituído tal benefício pelo vale-transportes, sendo este mais favorável aos interesses do servidor”. Ademais, fixou não se tratar de vantagem provisória, mas de direito de que não pode ser privado e, ao mesmo tempo, ainda sofrer desconto integral dos 6% a título de vale-transporte, “sem nada perceber, ou à míngua de qualquer contrapartida a título de auxílio-transporte, sob pena de se incorrer em redução indevida de remuneração”. Considerando contracheques juntados por servidores, verificou-se a realização de descontos sob a rubrica “DESC.AUX.TRANSPORTE”, no valor de R\$ 74,26, sendo equivalente ao percentual de 6%. Mesmo considerando a possibilidade de desconto, no passado, de valor a título de transporte, afirmou-se que não poderia ter sido integral, à razão de 6%, sob pena de se aniquilar a vantagem mínima garantida e assegurada pelo artigo 48 da Lei nº 17.600/08.

O posicionamento foi no sentido de ser cabível deferir restituição integral dos valores descontados “ou, quando muito, independentemente do entendimento que se venha a ter sobre a subsistência ou não do acordo de



resultados, previsto nos artigos 19 da Lei n. 17.600 c/c o artigo 24 e § 2º do art. 44 do Decreto n. 44.873/2008, que seja abatido, do valor a restituir, apenas o *quantum* concernente ao auxílio transporte”. Foram colacionadas decisões do TJMG assegurando a restituição de valores descontados a título de transporte do servidor, quando a decisão específica assegurar isenção para os servidores que recebe até 03 (três) pisos salariais (Apelação Cível nº 1.0313.09.281253/001).

Ainda opina o Parecer que, se a Administração desconta indevidamente valor devido por força de lei e, assim, paga erroneamente, deve assegurar a restituição daquilo que reteve indevidamente, sob pena de perenizar tal ilegalidade e, pior, locupletar-se em detrimento do patrimônio do seu servidor. Adverte, por fim, para o limite de tempo que decorre da prescrição quinquenal consagrada no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Constam do expediente as seguintes cópias:

- MEMO.ESPMG.SPGF. nº 42/2015 da Superintendência de Planejamento Gestão e Finanças da Escola de Saúde Pública;
- MEMO/DRH/ nº 41 da Diretoria de Recursos Humanos da Escola de Saúde Pública;
- requerimentos de devolução feito por servidores (Edmilson Novaes e Paula Fernanda Araújo), acompanhados dos contracheques eletrônicos (meses julho a dezembro de 2014)
- MEMO.ESPMG.SPGF nº 02/2015 da Superintendência de Planejamento Gestão e Finanças da Escola de Saúde Pública que em 07.01.2015 determinou a suspensão do desconto de 6% relativo ao valor concedido a título de vale-transporte;
- pedido administrativo datado de 03.11.2014 e assinado por servidores da Escola de Saúde Pública, com base na ausência de previsão no AR da ESP-MG e no fato do custeio do benefício ser vinculado ao crédito orçamentário, tratando-se de valor significativo para servidores que recebem menos de dois salários mínimos;
- INFORMAÇÃO/SCAP/DCOP S/N da Superintendência Central de Administração de Pessoal como resposta à indagação enviada por email em 26.11.2014 fixando que:

“1 – não há previsão expressa a respeito do desconto de 6% na legislação estadual.

2 – não existe opção em relação ao benefício. O vale-transporte concedido por meio da ampliação de autonomia do órgão tem valor superior ao auxílio transporte que está com valor defasado.



3 – questão prejudicada. A concessão do vale-transporte suspende automaticamente o pagamento do auxílio de que trata o art. 48 da Lei nº 17.600, de 2008, nos termos da norma regulamentar.

Por fim, é necessário esclarecer que a concessão do auxílio é fixado pela Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças – CCGPGF (e não pelo órgão de lotação do servidor) e pago mediante inclusão em folha de pagamento.”

É o breve relatório. Passo a opinar.

PARECER

Denota-se do expediente que a SEPLAG afirmou não haver previsão legal que sirva de fundamento para o desconto de 6% realizado no contracheque dos servidores da Escola de Saúde Pública sob a rubrica “DESC.AUX.TRANSPORTE”. Nesse sentido, tem-se cópia da INFORMAÇÃO/SCAP/DCOP S/N da Superintendência Central de Administração de Pessoal, encaminhada por email à Escola de Saúde Pública em 26.12.2014. Tendo em vista a Informação mencionada, oriunda da SEPLAG, a Superintendência de Planejamento Gestão e Finanças da Escola de Saúde Pública, em 07.01.2015, determinou a suspensão do desconto de 6% relativo ao valor concedido a título de vale-transporte, consoante verifica no MEMO.ESPMG.SPGF nº 02/2015. Discute-se, no presente expediente, os valores objeto de desconto antes de 07 de janeiro de 2015, sem que houvesse base normativa que legitimasse tal comportamento.

Em primeiro plano, é mister lembrar que, nos termos da atual formatação da atividade de consultoria jurídica no âmbito do Estado, devem ser exercidas nos próprios órgãos e entidades administrativas: a assessoria jurídica basilar, a coordenação das atividades de natureza jurídica, o assessoramento necessário ao controle de juridicidade, bem como a interpretação das normas que regem a atuação pública em questão. Na hipótese de controvérsias entre órgãos de assessoramento jurídico, cabe ao Advogado Geral do Estado dirimir tais pontos, ao que se acresce a competência de avocar ou integrar e coordenar trabalhos judiciais e extrajudiciais, na defesa dos interesses do Estado e em situações que possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário (artigo 4º da Lei Delegada Estadual nº 103, de 29.01.2003).



Conforme prescreve a Resolução AGE nº 148, de 29.06.2005, as consultas devem ser formuladas à Advocacia Geral do Estado por Secretários de Estado, Secretários Adjuntos, Subsecretários e autoridades de hierarquia equivalente dos órgãos e entidades da Administração e devem ser respondidas, conforme o caso, em pareceres e notas jurídicas (artigo 1º, “caput”). Trata-se de norma conforme a competência delineada no Decreto Estadual nº 44.113, de 21.09.2005, no sentido de que cabe privativamente à AGE “emitir parecer sobre consulta formulada pelo Governador do Estado, por Secretário de Estado ou por dirigente de órgão autônomo” (artigo 3º, IX). A esse propósito, sublinha-se haver autoridade equivalente àquelas mencionadas expressamente no “caput” do artigo 1º da Resolução AGE nº 148/05 e no artigo 3º, IX do Decreto Estadual nº 44.113/2005.

Se o artigo 21, I a III do Decreto Estadual nº 44.113/2005 determina como atribuições da Consultoria Jurídica da AGE prestar assessoramento jurídico e advocacia consultiva aos órgãos da Administração direta, emitir parecer em consulta dirigida à AGE e supervisionar, coordenar e orientar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico nas Secretarias de Estado e órgãos autônomos, decorre claramente do artigo 7º-B da Lei Complementar Estadual nº 83, de 28.01.2005, acrescentado pela Lei Complementar Estadual nº 112, de 13.01.2010, que se imputa à Consultoria Jurídica da AGE a atividade de supervisão técnica em relação às demais unidades jurídicas dos órgãos do Estado. Sublinhe-se, especificamente quanto à competência da Consultoria Jurídica, a superveniência da recente Resolução AGE nº 27, de 02.10.2015:

“Art.7º Compete à Consultoria Jurídica:

I - prestar consultoria e assessoramento aos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Estado ressalvada a hipótese prevista no art.2º, inciso V, “k”;”

(art. 2º, V, ‘k’ - prestar consultoria jurídica em matéria tributária, fiscal e previdenciária tributária federal, inclusive na elaboração de normas estaduais, devendo o parecer ou a correspondente peça produzida ser aprovada conjuntamente pelos Procuradores-Chefes da PTF e da Consultoria Jurídica e, após aprovação do Advogado-Geral, ser levado a registro junto à Consultoria Jurídica;)

“II- emitir parecer em consulta dirigida à AGE pelo Governador e titulares de órgãos e entidades do Poder Executivo, ressalvada a hipótese prevista no art.2º, inciso V, “k”;”

(art. 2º, V, ‘k’ - prestar consultoria jurídica em matéria tributária, fiscal e previdenciária tributária federal, inclusive na elaboração de normas estaduais, devendo o parecer ou a correspondente peça produzida ser aprovada conjuntamente pelos Procuradores-Chefes da PTF e da Consultoria Jurídica e, após aprovação do Advogado-Geral, ser levado a registro junto à Consultoria Jurídica;)



“III- coordenar e orientar as atividades da Câmara de Coordenação de Consultoria Jurídica e propor minutas de súmulas administrativas a serem submetidas à aprovação do Advogado-Geral do Estado;

IV-supervisionar, coordenar e orientar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Núcleo de Atividades Jurídicas (NAJ/ AGE), das Secretarias de Estado, órgãos autônomos e entidades da administração indireta, autárquica e fundacional;

V - coordenar as atividades relacionadas ao Centro de Estudos Celso Barbi Filho.

Parágrafo único- Os expedientes submetidos à análise da Consultoria Jurídica, em situações excepcionais, quando a qualificação, especialização ou a natureza da demanda o recomendar, serão atribuídos a qualquer Procurador do Estado, devendo o respectivo expediente ser aprovado conjuntamente por sua Chefia, pelo Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica e pelo Advogado-Geral do Estado.”

Trata-se de distribuição de competências e de estruturação normativa da matéria levada a efeito pelo ordenamento vigente e que, em princípio, não justificaria manifestação neste expediente, oriundo da Assessoria Jurídica da Escola da Saúde Pública, com manifestação fundamentada juridicamente e em manifestação técnica da Diretoria Central de Orientação de Pessoal da SEPLAG.

No entanto, a exigência constitucional de eficiência e a supremacia do interesse público levam a que se atue excepcionalmente sem o atendimento integral dos requisitos fixados nas normas estaduais como necessários ao pronunciamento da Consultoria Jurídica da AGE/MG, assegurando-se plena satisfação das necessidades públicas primárias. É o que se promove, neste caso, em face da provocação da Assessoria Jurídica da Escola de Saúde Pública, mormente em se considerando tratar-se de expediente em que se discute a pertinência, ou não, de se devolver a servidores públicos valores indevidamente descontados nos respectivos contracheques.

Restou evidenciado na manifestação técnica da SEPLAG não haver previsão legal que sirva de fundamento para o desconto de 6% realizado no contracheque dos servidores da Escola de Saúde Pública sob a rubrica “DESC.AUX.TRANSPORTE” (INFORMAÇÃO/SCAP/DCOP S/N, encaminhada por email à Escola de Saúde Pública em 26.12.2014). O Parecer ASJUR ESP/MG



24/2015, após análise das normas estaduais vigentes, assentou o direito do servidor, no mínimo, ao auxílio transporte, sem que possa falar em vantagem provisória, mas, ao contrário em direito de que não pode ser privado e, ao mesmo tempo, ainda sofrer desconto integral dos 6% a título de vale-transporte, “sem nada perceber, ou à míngua de qualquer contrapartida a título de auxílio-transporte, sob pena de se incorrer em redução indevida de remuneração”.

Observe-se que o auxílio transporte e os vales-transporte possuem natureza indenizatória, estando previstos na Lei Estadual nº 17.600/08 como benefícios possíveis para a hipótese da ampliação da autonomia de órgãos públicos que integre o acordo de resultados (artigo 19, IV). A referida Lei 17.600 determinou a concessão do auxílio transporte pelo artigo 48 do referido diploma por dia efetivamente trabalhado nas condições e critérios estabelecidos em decreto, devendo o Poder Executivo o reconhecer aos servidores que recebam remuneração igual ou inferior a três salários mínimos (artigo 48, parágrafo único). O Decreto Estadual nº 44.873/08 admitiu concessão de vales-transporte em substituição ao auxílio transporte no artigo 27, “caput”, com condições fixadas nos incisos I a IV, destacando-se que o pagamento de vales-transporte deverá ser comunicado previamente a SEPLAG e suspenderá automaticamente o pagamento de auxílio transporte (artigo 27, IV do Decreto Estadual nº 44.873/08).

Não se vislumbra na sistemática fixada qualquer autorização para desconto em contracheque de servidor de montantes referentes a vales-transporte ou a auxílio transporte. Ao contrário, o artigo 19, § 3º da Lei Estadual nº 17.600/08 determina que as despesas decorrentes dos benefícios mencionados serão custeadas, preferencialmente, com recursos do próprio órgão ou da entidade, sendo certo que quem arca com o pagamento de benefícios remuneratórios é o erário e não o próprio servidor. Assim, se a própria Escola de Saúde Pública não detiver recursos para pagar os valores devidos pelo deslocamento de transporte, cabe ao Tesouro Estadual, subsidiariamente, fazê-lo.

Observe-se que não se aplica aos servidores efetivos da Escola da Saúde Pública a legislação que instituiu o vale-transporte para os empregados do setor privado. Isso porque os servidores públicos estaduais submetem-se ao regime estatutário, o que implica, legislação específica e própria vigente no âmbito do Estado de Minas Gerais, afastada a legislação trabalhista que rege as relações de trabalho no mercado privado. O Superior Tribunal de Justiça já advertiu em mais de uma oportunidade que “o regime jurídico estatutário, que disciplina o vínculo entre o servidor público e a Administração, não tem natureza



contractual” (RMS nº 9.341, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 28.11.2000), devendo-se observar as seguintes lições doutrinárias:

“A autonomia conferida pela Constituição Federal aos entes federados para disciplinar as vantagens devidas a seus respectivos servidores públicos permite não só a criação de vantagens (abonos, gratificações, quinquênios, adicionais, etc.), bem como a possibilidade de extinção de vantagens anteriormente concedidas.” (SILVA JÚNIOR, Arnaldo. Dos Servidores Públicos Municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 162)

Considerando-se a inaplicabilidade aos servidores da Escola da Saúde Pública da legislação que instituiu o vale transporte para os empregados privados e a especificidade das normas estatutárias que regem o pagamento de auxílio transporte aos servidores estaduais, delinea-se a natureza viciada dos descontos de 6% que, suspensos desde 07 de janeiro de 2015, requerem decisão quanto àqueles realizados anteriormente. Infere-se dos autos do expediente que, nesta hipótese, o Estado já reconheceu a prática de ato com conteúdo ilícito, afirmando a ausência de base jurídica permissiva dos descontos realizados nos contracheques dos servidores antes de 07 de janeiro de 2015 a título de “DESC.AUX.TRANSPORTE”.

É certo que, em dadas situações, atos administrativos apresentam vícios graves que não admitem sanatória. Em razão da ilegalidade insanável que o contaminou, o ato deve ser extinto. Tal providência atende aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da supremacia do interesse público. Não se pode deixar permanecer no ordenamento, presumindo-se legítimo, ato que contraria de modo incorrigível o sistema, mormente quando o próprio Estado reconhece a ausência de base legal para o comportamento levado a efeito anteriormente.

Situações como essa enquadram-se na figura jurídica da invalidação que se define como a extinção do ato administrativo que apresenta vício insanável, com o objetivo de manter a integridade da ordem jurídica, em estrita conformidade as normas que integram o regime de direito público.

Um dos aspectos objeto de indagação neste caso é a pertinência de o Estado promover a restituição aos servidores. A esse respeito, cumpre lembrar que pode ser sujeito ativo do ato de invalidação tanto a Administração Pública



como o Poder Judiciário. Na expressão Administração Pública enquadram-se todos aqueles que exercem a função administrativa, vale dizer, o Executivo, bem como o Legislativo e o Judiciário quando executam a atividade administrativa. Serve-lhes de amparo a autotutela administrativa a qual impõe a todos entes políticos, entidades administrativas e respectivos órgãos o dever de perseguir a juridicidade. Para tanto, necessário, em determinadas circunstâncias, extinguir os atos ilegais cujos vícios mostram-se insanáveis. É irrelevante o fato da sua atuação ocorrer espontaneamente ou mediante provocação de terceiro. Essencial é que se esteja buscando a preservação do regime jurídico administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a legitimidade de a própria Administração Pública promover a invalidação dos atos praticados sem fundamentação legal:

“Verificada a existência de ilegalidade na prática de determinado ato pela Administração, seja por equívoco ou não, a ela própria caberá proceder à retificação ou anulação desse mesmo ato.” (MS nº 9.014-DF, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, Corte Especial do STJ, DJU de 04.06.2006)

Definido quem, no ordenamento brasileiro, tem competência para invalidar, certo é que não cabe renúncia, pela Administração, quanto ao desempenho deste poder-dever. Afinal, também esta competência é irrenunciável e inalienável por seus titulares, como bem esclarece Vladimir da Rocha França:

“Como competência administrativa, a invalidação é indisponível pelos titulares dos órgãos. Isso significa dizer inalienáveis e irrenunciáveis.

Embora a competência de invalidar não possa ser transferida nem modificada (por norma concreta e individual) pelas autoridades administrativas, a delegação e a avocação de seu exercício são admitidas pelo regime jurídico-administrativo pátrio. Não vemos qualquer óbice para tal exegese ao se examinar a legislação disponível.” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação administrativa na Lei Federal 9.784/ 99. Revista dos Tribunais, n. 792, p. 140, out. 2001)

Especificamente quanto ao seu caráter obrigatório, certo é que, em regra, impõe-se a invalidação sempre que o vício que atingiu o ato for insanável, o que inviabiliza seja o mesmo sanado. Sendo assim, a regra geral é a de que não



há discricionariedade em invalidar, ou não, um ato administrativo que tem uma falha incorrigível. A extinção do ato é um comportamento vinculado, de exercício obrigatório por quem esteja controlando sua juridicidade. Também o STJ já decidiu que “A revisão de ato praticado fora dos ditames legais não constitui mera faculdade, é um poder-dever que pode ser exercitado de ofício pela própria Administração, conforme o estabelecido no enunciado da Súmula nº 473 da Suprema Corte.” (REsp nº 65.039-DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, DJU de 17.11.2003, p. 353).

No mesmo sentido outros julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ART. 49 DA LEI 8.666/93. 1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade da moralidade e da impessoalidade.” (REsp 686.220-RS, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma do STJ, DJU de 04.04.2005)

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO. CONCESSÃO. ANULAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO DE ILEGALIDADE. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. SÚMULA 473/STF. Constatada a ilegalidade do ato administrativo que culminou com a concessão do discutido benefício, deve a Administração, em obediência aos princípios da legalidade e moralidade, anulá-lo -Súmula 473/STF. Recurso provido com a denegação da ordem.” (REsp nº 405.440-RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma do STJ, DJU de 14.02.2005, p. 224).

A única exceção, em que se reconhece faculdade de invalidar, ou não, o ato, é a hipótese de o vício atingir o sujeito de um ato administrativo discricionário, o que não é o caso ora em exame. Com efeito, trata-se de uma situação em que se discute atos de desconto em contracheque cujo conteúdo não encontrava fundamento na ordem jurídica vigente e não de um ato discricionário praticado por alguém incapaz ou incompetente (situação em que haveria discricionariedade em o invalidar, ou não). E se no caso de vício de sujeito em ato discricionário a providência extintiva depende da escolha livre do agente que, de fato, é aquele capaz e competente para o desempenho da atribuição, nas demais hipóteses a regra é a de que a Administração deve necessariamente invalidar o ato



que apresenta um vício insanável. Nos termos da Súmula 346 do STF, identificada a falha do ato, cabe à Administração extinguir o ato administrativo:

“Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

“Súmula n. 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Reitere-se que a falha dos atos administrativos em exame – ausência de fundamento normativo para realização dos descontos – consubstancia vício de conteúdo insanável, porquanto impossível convalidar a ausência de autorização no ordenamento jurídico para que imputação direta de débito no contracheque a título de auxílio de transporte. Cabe aqui observar a lição de Diogo Freitas do Amaral ao escrever que o vício de violação de lei pelo conteúdo do ato “configura uma ilegalidade de natureza material: neste caso, é a própria substância do ato administrativo, é a decisão em que o ato consiste, que contraria a lei”. Esta violação de lei poderia ocorrer pela falta de base legal; pela incerteza, ilegalidade ou impossibilidade do conteúdo ou do objeto; pela inexistência ou ilegalidade dos pressupostos relativos ao conteúdo ou ao objeto; pela ilegalidade dos elementos acessórios (condição, termo ou modo) incluídos no conteúdo do ato; além da ilegalidade de caráter residual pertinente a este elemento (AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de direito administrativo. 5.reimp. ed. 2001. Coimbra: Almedina, 2006. v. 2. p. 390; 392-394). Nesse contexto, para restaurar a juridicidade de ato com defeito incorrigível, a solução é a invalidação.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que:

“No sistema de nulidades dos atos administrativos, é uníssono o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que, havendo vício nos requisitos de validade do ato administrativo – competência, finalidade, forma, motivo e objeto – deve ser reconhecida a nulidade absoluta do ato, impondo a restauração do *status quo ante*.” (REsp nº 798.283-ES, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. do STJ, DJe de 17.12.2010)



Destaque-se que, para que um ato administrativo viciado seja extinto mediante invalidação, é necessário expresse pronunciamento da Administração ou do Poder Judiciário. Antes da manifestação em sentido contrário, proferida no exercício da autotutela administrativa ou do controle judicial, o ato faz parte da ordem jurídica com os atributos que lhe são inerentes, inclusive a presunção de legitimidade e a eficácia que dela decorre. Nesse sentido, Vladimir da Rocha França defende que o ato administrativo válido somente passa para inválido quando há expedição de um ato judicial ou de outro ato administrativo. Sem a manifestação normativa competente, o ato administrativo portador de vício permanece no sistema. Embora implique atentado à ordem jurídica, a restauração da juridicidade ferida depende da expedição de outro ato. Tanto a invalidação como a convalidação são meios estabelecidos pelo próprio regime jurídico-administrativo para a eliminação material do vício, preservando a segurança jurídica e a integridade dos princípios que regem esta parcela do sistema do direito positivo. (FRANÇA, Vladimir Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no direito administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n. 226, p. 64 ; 70, out./dez. 2001)

Tratando-se de um vício de conteúdo por ausência de fundamento normativo, é necessário o controle superveniente expresse da Administração ou do Judiciário que culmine com a sua invalidação e sua conseqüente extinção retroativa. Até este instante o ato presume-se legítimo e produz efeitos. Portanto, imprescindível que o ato nulo seja invalidado. A invalidação recebe a designação específica de decretação de nulidade por parte da doutrina. Trata-se apenas da extinção de ato administrativo contaminado por vício insanável, com efeitos “extinctio in rem” que termina por excluir os efeitos da presunção de legitimidade até então em vigor.

Sob este prisma e atentando para a restrição ao universo remuneratório dos servidores decorrente dos descontos realizados, tem-se que, constatado o vício insanável, impõe-se a subsequente invalidação do ato, sem a necessidade de processos administrativos com maior rigor procedimental. O fundamental é que a Administração Pública, cuidadosamente, faça um levantamento de todos os atos viciados que praticou, afira adequadamente o montante descontado indevidamente nos contracheques dos servidores e promova a devolução desses valores. Isso até mesmo em se considerando os efeitos do ato de invalidação.

A doutrina clássica já atribuía, unissonamente, natureza retroativa à invalidação. Assim, ela fulmina o vício insanável desde o início, produzindo



efeitos “ex tunc”. Esta retroatividade terá função de destruir todos os fatos decorrentes do ato viciado e que já deveriam ter se realizado se tivesse sido observada a juridicidade exigida da Administração. Ademais, tem a tarefa de construir, após o ato de invalidação, a situação que deveria ter se tornado concreto, caso não tivesse sido praticado o ato viciado, ora objeto de extinção.

A retroatividade, neste caso, além de destruir os atos de desconto mediante declaração da sua nulidade, deve construir, o mais próximo possível, a realidade jurídico-funcional da qual deveriam os servidores ter usufruído, se a ilegalidade insanável (o desconto sem fundamentação legal) não tivesse sido praticada pela Administração. Também Odete Medauar ensina:

“A retroatividade da anulação, atingindo ato administrativo precedente, pode ter função destrutiva ou construtiva. A retroação destrutiva suprime o ato administrativo, acarretando a perda de eventuais faculdades ou vantagens nele fundamentadas; exemplo: anulação de alvará de construção; anulação de ato de promoção. A eficácia construtiva acarreta não só a eliminação do ato defeituoso, mas também a edição de outros atos, a fim de colocar a situação no estado em que estaria no presente se a ilegalidade não tivesse existido no passado; exemplo: anulação de ato que indeferiu inscrição em concurso público; o desfazimento do ato significa, em geral, o direito à decisão em sentido contrário.” (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175)

A eficácia destrutiva e construtiva da invalidação tem sido reconhecida pela jurisprudência pátria, senão vejamos: “O reconhecimento, em juízo, da nulidade do ato de exoneração opera efeitos ex tunc, razão pela qual o servidor tem direito ao tempo de serviço e aos vencimentos que lhe seriam pagos no período em que ficou afastado.” (REsp nº 293.840-RS, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma do STJ, julgado em 04.06.2002, DJU de 01.07.2002, p. 372). Confira-se ainda: REsp nº 825.037-DF, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julgamento em 23.10.2007. Informativo 337 do STJ.

Esta dúplici e eficácia retroativa é pacificamente proclamada quando o ato a ser invalidado restringe direitos daqueles que se relacionam com a Administração, hipótese ora em exame. Com efeito, promover-se desconto em contracheque sem que haja fundamentação legal e fática suficiente consubstancia



vício insanável que restringe (limita, diminui) a remuneração do servidor indevidamente; por isso, exige a prática do ato de invalidação, com eficácia retroativa, para destruir e construir de modo a recompor a juridicidade. Confira-se a jurisprudência do STJ:

“1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o servidor reintegrado deve ser ressarcido dos vencimentos a que faria jus desde o desligamento indevido, a fim de restabelecer a situação injustamente desconstituída.” (Agravo Regimental no Agravo em REsp nº 165.575-RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma do STJ, Dje de 29.11.2013)

“Ao Servidor Público reintegrado são assegurados, como efeito lógico, todos os direitos de que fora privado em razão da ilegal demissão, inclusive os vencimentos retroativos. Precedentes desta Corte.” (Agravo Regimental no REsp nº 1.284.571-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma do STJ, DJe de 19.05.2014)

Destarte, os efeitos “ex tunc” da invalidação atingem atos restritivos de direito como descontos praticados pelo Estado sem base normativa que os ampare. Por ter o vício natureza insanável, a própria Administração Pública deve invalidar os descontos, com a devolução dos valores indevidamente descontados a título de eficácia construtiva da invalidação, consoante já se explicitou. Na mesma linha de raciocínio, a posição sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Na conformidade desta perspectiva, parece-nos efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das conseqüências onerosas.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 86-87)

Nesse mesmo sentido, essa Consultoria Jurídica já se manifestou ao exarar o Parecer 14.597, de 06.02.2006:



“A doutrina e a jurisprudência reconhecem à invalidação de um ato administrativo efeitos “ex tunc”, sendo a retroatividade pacífica quando o ato viciado se mostrava restritivo ao direito do terceiro, senão vejamos:

‘Reconhecida a nulidade do ato, seus efeitos se operam ex tunc, ou seja, a partir da sua celebração; por tal razão tais atos não criam quaisquer obrigações entre as partes e, principalmente, não têm sua eficácia restabelecida, não se convalidam pela evidente razão de que não se podem adquirir direitos contra a lei.’ (MS nº 99.001956-0, rel. Des. Genésio 3 Nollí, Órgão Especial do Pleno do TJSC, julgado em 21.06.2000, BDA, novembro de 2001, p. 921)

‘Como regra geral, os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação.’ (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 204).”

Conclui-se, assim, que a invalidação retroage quando extingue ato viciado restritivo de direitos, porquanto produz efeitos “ex tunc”.

Quanto à lúcida observação no sentido de que se deve observar a prescrição quinquenal do artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, tem-se como irrepreensível que direitos pessoais de terceiros em face da Administração submetem-se ao lapso temporal máximo de 05 (cinco) anos para que a pretensão seja aviada pelos interessados.

Com efeito, nos limites da competência da União para legislar sobre prescrição, o Decreto nº 20.910/32, lei em sentido material porquanto editado pelo governo provisório de Getúlio Vargas, fixou no artigo 1º, “in verbis”: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” A jurisprudência e a doutrina anteriores ao Código Civil de 2002 pacificaram o entendimento de que o prazo de prescrição quinquenal fixado no Decreto Federal nº 20.910/32 incide em relação aos direitos pessoais. Assim, a ofensa pela Administração Pública a um direito de natureza não-real enseja ao interessado a possibilidade de, no período de 05 (cinco) anos, buscar a reparação devida.



Na hipótese ora em discussão, no entanto, o foco não é apenas o período que os servidores possuem para impugnar os descontos realizados e pedir a devolução dos valores à Escola de Saúde Pública. Busca-se definir o lapso temporal que a própria Administração Pública tem para, reconhecendo que os descontos foram feitos sem base normativa, promover o levantamento devido e promover a devolução dos valores devidos. Em outras palavras, é preciso definir o tempo que o Estado tem para exercer a autotutela administrativa na espécie, com a prática do ato de invalidação e, a partir de então, providências necessárias à restauração da juridicidade.

O dever que a Administração tem de controlar a juridicidade dos seus atos consubstancia um direito potestativo, visto que se trata de uma prerrogativa que o Estado tem de intervir direta e unilateralmente na esfera jurídica de outrem, para controle do bloco de legalidade, sendo desnecessária a aquiescência do terceiro ou qualquer autorização jurisdicional prévia, concomitante ou posterior. O não exercício dessa competência no prazo legal leva à perda da possibilidade de o fazer, o que equivale à noção de decadência, segundo parâmetros conceituais da teoria geral do direito. Com efeito, a decadência “é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular no período determinado em lei”, sendo certo que “Seu objeto são os direitos potestativos, de qualquer espécie, disponíveis e indisponíveis, direitos que conferem ao respectivo titular o poder de influir ou determinar mudanças na esfera jurídica de outrem, por ato unilateral, sem que haja dever correspondente, apenas uma sujeição.” (AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 579)

No Direito Administrativo Brasileiro, não são frequentes os dispositivos que fixam, de modo absoluto, prazos para a Administração exercer os direitos potestativos que lhe foram deferidos pelo ordenamento em razão da supremacia do interesse público. Em outras palavras, tradicionalmente, são pouco comuns os dispositivos legais que estabelecem prazos decadenciais para o Estado exercer as competências previstas na ordem jurídica. Contudo, cada vez mais diplomas legais estabelecem lapsos temporais máximos para o exercício unilateral de prerrogativas públicas. No âmbito da União, o prazo para o exercício do dever de rever os atos administrativos federais viciados está no artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/99, *in verbis*: “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 comprovada má-fé.” Referido dispositivo, entretanto, não se aplica aos Estados que possuem competência legislativa própria sobre a matéria.



Reconhece-se que uma das questões mais tormentosas quando do exame dos dispositivos legais que fixam prazos de prescrição e decadência refere-se à competência para editá-los, considerando-se a repartição constitucional de competências entre os diversos níveis da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A definição da competência legislativa sobre a matéria em comento dá-se, na verdade, pela identificação da natureza de cada um dos institutos (prescrição e decadência) e pela análise da repartição constitucional de competência para edição de regras legais por União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse contexto e atentando para a natureza jurídica da decadência, certo é que a competência para legislar sobre ela definir-se-á, assim, segundo a competência para legislar sobre o direito que, não exercido no prazo fixado, se extinguirá. Assim, em relação ao exercício da autotutela administrativa, se os entes da federação possuem competência legislativa sobre a matéria (p. ex., sobre a revisão dos seus próprios atos administrativos), a eles se reconhece a prerrogativa de, no exercício da autonomia política e administrativa reconhecida pela Constituição, fixar em lei própria o lapso temporal em que cabe o exercício unilateral da competência material.

Destarte, não há que se fazer aplicar, em relação ao Estado-membro, legislação federal que trata especificamente do prazo para exercício de autotutela (artigo 54 da Lei nº 9.784). Diplomas como a Lei de Processo Administrativo Federal sequer fazem menção expressa à estrutura administrativa dos demais entes da federação como o Estado membro, o que, aliás, é consectário da autonomia político-administrativa resultante dos artigos 1º, 18 e 25 da Lei Magna. Nessa porfia, diz Almiro Couto e Silva que “A União, além disso, não tem competência constitucional para legislar sobre processo administrativo das demais entidades que integram a Federação. É óbvio, pois, que o prazo decadencial, previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, não se estende aos Estados e Municípios, bem como às pessoas jurídicas que compõem as respectivas Administrações Indiretas.” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n. 237, p. 311, jul./set. 2004). Também os Tribunais Superiores entendem ser preciso observar o prazo decadencial estabelecido na legislação de cada pessoa federativa, à partir do início da vigência de cada diploma. (Agravo Regimental no REsp nº 1.065.032-DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma do STJ, DJe de 15.12.2008)



No âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei nº 14.184/02, depois de fixar no artigo 64 a competência para anulação de atos com vícios de legalidade, prescreveu no artigo 65 que “O dever da administração de anular ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em cinco anos contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé.” No § 1º do artigo 65 determinou que “Considera-se exercido o dever de anular ato sempre que a Administração adotar medida que importe discordância dele”. Aplicando-se tais determinações à presente hipótese, tem-se a necessidade de observância, pelo Estado, do prazo decadencial de cinco anos para o exercício da autotutela administrativa, considerando-se invalidação dos atos de descontos medidas que dele discordam como a manifestação técnica da SEPLAG seguida do ato de suspensão pela Escola de Saúde Pública.

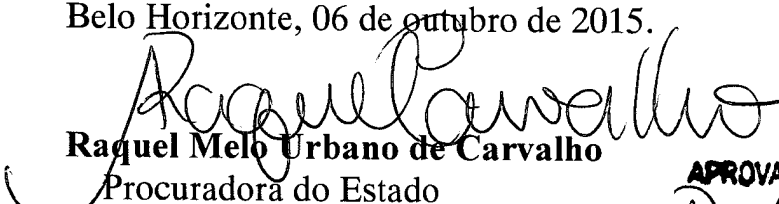
Por conseguinte, cabe ao Poder Público, de modo a garantir segurança jurídica, fazer o levantamento individualizado de todos os servidores que sofreram descontos a título de “DESC.AUX.TRANSPORTE” sem fundamento em normas do ordenamento vigente que os autorizassem, respeitando-se o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para exercício da autotutela administrativa, nos termos do artigo 65 da Lei Estadual nº 14.184/2002.

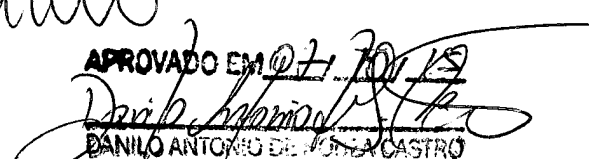
Conclusão

Pelas razões expostas, opina-se pela apuração individualizada dos descontos realizados pela Escola de Saúde Pública no contracheque dos servidores a título de “DESC.AUX.TRANSPORTE” sem fundamento normativo no ordenamento vigente, promovendo-se a invalidação em face da comprovação do vício de conteúdo insanável. Considerando-se a eficácia destrutiva e construtiva da invalidação, entende-se pertinente a devolução do montante indevidamente descontado, respeitado o prazo decadencial de 05 (cinco) anos fixado para o exercício da autotutela administrativa no artigo 65 da Lei Estadual nº 14.184/02.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 06 de outubro de 2015.


Raquel Melo Urbano de Carvalho
Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

APROVADO EM 07.10.15

DANILO ANTONIO DE PAULA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.500-3 - OAB/MG 244