— Ato administrativo: erro de fato que redunda em vício de legalidade e autoriza a anulação (Súmula 473): retificação de enquadramento de servidora beneficiada por ascensão funcional, fundada em erro quanto à sua situação anterior: validade.

— O poder de autotutela da administração autoriza a retificação do ato fundado em erro de fato, que, cuidando-se de ato vinculado, redunda em vício de legalidade e, portanto, não gera direito adquirido.

— Tratando-se de ato derivado de erro quanto à existência dos seus pressupostos, faz-se impertinente a invocação da tese da inadmissibilidade da anulação fundada em mudança superveniente da interpretação da norma ou da orientação administrativa, que pressupõe a identidade de situação de fato em torno do qual variam os critérios de decisão.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso em Mandado de Segurança nº 21.259
Recorrente: Ajacy Mendes Quintão
Recorrido: União Federal
Relator: Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Brasília, 24 de setembro de 1991. — *Moreira Alves*, Presidente; *Sepúlveda Pertence*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A recorrente era servidora do Ministério da Educação, lotada na Escola Federal de Química do Rio de Janeiro e originariamente enquadrada na categoria funcional NM-1.027, referência 32, quando logrou ascender à categoria de Assistente Jurídico. Nela, fora inicialmente situada no Subgrupo NS 03, Nível 15; não se conformando, interpôs recurso, afinal provido, em 7.6.88, para enquadrá-la, com efeitos retroativos a 1.4.87, no nível 25, conforme decisão homologada pelo Sr. Ministro da Educação.

2. Posteriormente, no entanto, nova portaria ministerial, a título de retificação da anterior, atribuindo-lhe, em vez de 25, a referência 16 (f. 25); e a reconsideração, solicitada (fl. 27), foi indeferida (fl. 33), sob

invocação da Súmula 473 do Supremo Tribunal (fl. 29).

3. Donde, o mandado de segurança requerido ao Superior Tribunal de Justiça, que entretanto, o denegou, por acórdão da lavra do eminente Ministro Ilmar Galvão, do seguinte teor (fl. 60):

"... partiu a impetrante, em suas considerações, de um dado inexato, qual seja, o de que, por via de ascensão funcional, exercia, antes do enquadramento ora apreciado, cargo da categoria de Assistente Jurídico.

Na verdade, conquanto exercesse funções próprias dessa categoria, ocupava cargo de nível médio, razão pela qual o seu enquadramento, no nível superior, como aconteceu, em decorrência da Lei nº 7.596/87, somente poderia dar-se no nível inicial da respectiva categoria, ou em nível compatível com os seus vencimentos, conforme disposto nos itens 3 e 3.1, da Portaria nº 49/88, expedida em conformidade com o disposto no art. 64, do Decreto nº 94.664/87, *in verbis*.

"3 — O enquadramento do servidor, no nível superior, será feito no nível inicial;

3.1 — Quando o salário ou vencimento resultante da hierarquização de que trata o item 2, for maior que o correspondente ao do nível inicial de que trata o item 3, o servidor será posicionado no nível cujo salário ou vencimento seja igual ou imediatamente superior."

Verificado o erro contido no respectivo ato de enquadramento, tinha a Administração não apenas o direito, mas principalmente o dever de efetuar a devida retificação, já que se tratava de ato nulo de pleno direito, porque contrário à Lei, conforme consagrado na Súmula nº 473 do STF que, contrariamente ao sustentado pela impetrante, tem inteira aplicação à hipótese.

Aduza-se, ainda, que, no caso dos autos, não há falar-se em estratificação da situação jurídica criada pelo ato incorreto, suscetível de gerar o pretendido direito subjetivo à sua manutenção, já que não chegou a fluir lapso de tempo suficiente para produzir tal efeito, havendo o erro, ao revés, sido de logo verificado e corrigido."

4. Publicado o acórdão em 5.11.90 (f. 67), em 13.11.90, a impetrante interpôs o presente recurso ordinário (f. 68).

5. Sustenta o apelo que a Súmula 473 "não pode servir de suporte para a retificação de ato administrativo gerador de efeitos para o jurisdicionado", como resulta da parte final do mesmo verbete, "quando determina o respeito ao direito adquirido".

6. Contesta, em seguida, a interpretação aos textos regulamentares pertinentes, em que se apoiou o acórdão recorrido.

7. Invoca o RE 85.179, do saudoso Ministro Bilac Pinto, no sentido de que, "se a decretação da nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela" e, finalmente, o ensinamento de L. Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed., p. 163), segundo o qual "a mudança de interpretação de norma ou da orientação administrativa não autoriza a anulação dos atos administrativos, pois tal circunstância não caracteriza ilegalidade, mas simples critério da administração, incapaz de invalidar situações regularmente constituídas".

8. Houve contra-razões da União, na linha do acórdão (f. 76) e o parecer da Procuradoria Geral da República, de autoria da il. Subprocuradora-Geral Odylia da Luz Oliveira, é pelo desprovimento do recurso, com base em argumentação similar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Se, como sustenta a recorrente, o ato retificado, pela subsistência do qual demanda, fora perfeito, *tollitur quaestio*: toda a discussão sobre a incidência da Súmula 473 estaria prejudicada, pois a anulação, que ali se autoriza — escusa-se o óbvio —, pressupõe vício de legalidade do ato.

2. Não é, porém, o que sucede.

3. Demonstraram-no, a meu ver, com exatidão, os subsídios à informação ministerial da assessora DP/MEC, Maria Gertrudes Alvarez, quando esclarece (fl. 46):

"Alega a impetrante, em sua inicial, que era pertencente a categoria funcional Código NM-1.027 (Agente de Telecomunicações e Eletricidade), referência 32, tendo se submetido, nessa qualidade, a processo seletivo de ascensão funcional para a Categoria de Assistente Jurídico, logrando êxito, conforme homologação publicada no *DOU* de 30.12.80.

Na verdade, a impetrante, quando concorreu à ascensão funcional alegada, não pertencia à força de trabalho do MEC, e tampouco da Escola Técnica Federal de Química do Estado do Rio de Janeiro; pois, conforme doc. nº 20, a mesma ingressou naquela IFE somente em 31.1.83.

Assim, o concurso de ascensão foi em razão das vagas existentes em seu órgão de origem, levando-nos a entender que sua colocação (6º lugar) não alcançou o número de vagas oferecidas, uma vez que a mesma não foi ascendida à categoria de Assistente Jurídico. Dessa forma, quando de sua redistribuição para a IFE e por ocasião do enquadramento no PUCRCE, era ocupante do cargo de Agente de Telecomunicações (doc. nº 20).

Sintetizando o parágrafo acima, a ascensão funcional invocada nada tem a ver com o seu enquadramento no PUCRCE.

Com o advento da Lei nº 7.596/87, foi criado o PUCRCE para as Instituições Federais de Ensino, regulamentado pelo anexo ao Decreto nº 94.664/87, o qual, em seu art. 56, dispõe:

"Art. 56. O enquadramento dos servidores técnico-adiministrativos obedecerá, ainda, os seguintes critérios:

I — enquadramento no cargo ou emprego, feito exclusivamente com base na descrição das atividades permanentes efetivamente exercidas pelo servidor, observadas as habilitações legais quando for o caso;

II — cômputo do tempo de serviço, para efeito de hierarquização."

Por sua vez, a Portaria nº 475/87, que expede normas complementares para a execução do Decreto nº 94.664/87, em seu art. 44, prescreve:

Art. 44. A hierarquização por tempo de serviço será sempre efetuada à razão de um nível a cada dois anos e de um nível a cada quatro anos, cumulativamente, observando-se:

(...)

II — no caso de servidor técnico-administrativo ou técnico-marítimo que tiver ocupado cargos ou empregos de diferentes grupos ou subgrupos:

a) computar-se-á o tempo de efetivo exercício no primeiro cargo ou emprego ocupado, para efeito de posicionamento em nível do respectivo grupo;

b) em seguida, partir-se-á do nível salarial igual ou imediatamente superior do subgrupo correspondente ao segundo cargo ou emprego, prosseguindo-se a contagem do tempo de efetivo exercício neste último.

À vista do disposto no artigo supratranscrito, mister se faz esclarecer que a servidora não está amparada pelo citado dispositivo legal, vez que não ocupou cargo/emprego de diferentes grupos ou subgrupos.

Somente detinha o cargo de Agente de Telecomunicações.

Por se encontrar, à época da implantação do Plano, exercendo as atribuições inerentes ao cargo/emprego de Assistente Jurídico e possuidor a devida habilitação, ao seu caso aplica-se o que estabelece a Portaria nº 49, de 21.1.88, expedida pelo Ministro da Educação em conjunto com o Ministro Chefe da Secretaria da Administração Pública da Presidência da República *in verbis:*

"2. A hierarquização de que trata o item II, do art. 56 do PUCRCE, será feita dentro do nível de apoio ou médio, considerando o tempo de serviço em Instituição Federal de Ensino e observado, o que dispõe o art. 44 da Portaria/MEC nº 475/87.

3. O enquadramento do servidor, no nível superior, será feito no nível inicial;

3.1. Quando o salário ou vencimento, resultante da hierarquização de que trata o item 2 (dois), for maior que o correspondente ao do nível inicial de que trata o item 3 (três), o servidor será posicionado no nível cujo salário ou vencimento seja igual ou imediatamente superior.

Segundo os dispositivos retro, no processo de enquadramento, inicialmente, proceder-se-ia à hierarquização no nível médio considerando o tempo de serviço na categoria funcional ocupada em 31.3.87; em seguida, a transformação do cargo/emprego de nível médio para o nível superior dar-se-ia no nível inicial. Caso o vencimento/salário da referência inicial do cargo/emprego de nível superior estivesse aquém do percebido pelo servidor quando da hierarquização, para não haver decesso salarial, o mesmo seria posicionado no nível de vencimento/salário igual ou imediatamente superior.

Diante do exposto, a Portaria nº 332, publicada no *DOU* 16.6.88, o que a enquadrou no cargo de Assistente Jurídico, nível 15, estava correta. Portanto, a retificação publicada no *DOU* de 24.10.89, posicionando-a no nível 25, foi um equívoco, posto que a hierarquização deu-se como se a servidora, antes do enquadramento, fosse detentora do cargo de Assistente Jurídico."

4. O que se teve, portanto, *data venia,* foi a retificação de ato administrativo fundado em erro de fato, que, cuidando-se de ato vinculado, resulta em ilegalidade (André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo,* Lisboa, 1962, p. 198).

5. Cuidando-se de ato derivado de erro quanto à existência dos seus pressupostos, faz-se impertinente a invocação da tese da inadmissibilidade da anulação fundada em mudança superveniente da interpretação da norma ou da orientação administrativa, que pressupõe a identidade de situação de fato em torno do qual variam os critérios de decisão.

6. As circunstâncias do caso, de sua vez, não caracterizam a hipótese excepcional em que, na linha do precedente invocado — RE 85.179, 4.11.77, Bilac Pinto, *RTJ* 83/921 — e da lição de Reale (*Revogação e Anulamento do Ato Administrativo,* 1968, p. 86), endossada pelo julgado e antes transcrita, se tem podido reconhecer que o prolongamento desarrazoado da inércia da Administração, deixando estratificar-se a situação de fato criada pelo ato administrativo eivado de vício de validade não essencial, inibe o exercício da autotutela: menos de um ano correu entre a publicação, em 24.10.89 (fl. 20), enquadramento, que se pretende consolidado pelo tempo, e a questionada retificação, publicada em 22.6.90 (fl. 25).

Por tudo isso e pelos fundamentos do acórdão recorrido, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RMS 21.259-4-DF — Rel.: Ministro Sepúlveda Pertence. Recte.: Ajacy Mendes

Quintão (Advs.: José Nunes Ferreira e outros). Recda.: União Federal.

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso. Unânime. Impedido o Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, 24.9.91.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Arthur de Castilho Neto.