



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO  
II ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

---

*Anália Tâmara Câmara Santos Lemos*

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NA AUTOTUTELA  
ADMINISTRATIVA: ENFOQUE NA REVISÃO DE INSALUBRIDADE  
DO EXECUTIVO FEDERAL**

*ORIENTADOR: Prof. Dr. Fabiano André de S. Mendonça*

*NATAL-RN*

*2017.2*

*ANÁLIA TÂMARA CÂMARA SANTOS LEMOS*

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NA AUTOTUTELA  
ADMINISTRATIVA: ENFOQUE NA REVISÃO DE INSALUBRIDADE DO  
EXECUTIVO FEDERAL**

*Monografia apresentada ao curso de  
Especialização em Direito Administrativo como  
parte dos requisitos para a obtenção do Título  
de Especialista em Direito Administrativo pela  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte,  
sob a orientação do Prof. Dr. Fabiano André de  
Souza Mendonça .*

*ORIENTADOR: Prof. Dr. Fabiano André de S. Mendonça*

*NATAL-RN*

*2017.2*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN  
Sistema de Bibliotecas - SISBI  
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Central Zila Mamede

Lemos, Anália Tâmara Câmara Santos.

Análise da discricionarietà na autotutela administrativa:  
ênfoque na revisão de insalubridade do executivo federal /  
Anália Tâmara Câmara Santos Lemos. - 2018.

53 f.: il.

Monografia (graduação) - Universidade Federal do Rio Grande  
do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-  
Graduação em Direito. Natal, RN.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Andre de Souza Mendonça.

1. Legalidade - Monografia. 2. Discricionarietà  
administrativa - Monografia. 3. Boa-fé - Monografia. 4.  
Administração pública - Monografia. I. Mendonça, Fabiano Andre  
de Souza. II. Título.

RN/UF/BCZM

CDU 342.9





**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**II CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE PÓS GRADUAÇÃO**

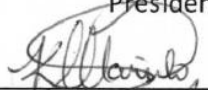
Aos 14 (catorze) dias do mês de dezembro de 2017, às 11h na Sala de Aulas 01, no prédio do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, realizou-se a sessão pública para a defesa oral da Monografia de Pós-Graduação intitulada: **"ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: ENFOQUE NA REVISÃO DE INSALUBRIDADE DO EXECUTIVO FEDERAL"**, de **ANÁLIA TÂMARA CÂMARA SANTOS LEMOS**, matrícula nº 20162012553, CPF: 055.889.754-13, como Trabalho de Conclusão do Curso de **ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO** do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). A Comissão Examinadora foi composta pelos professores, o orientador da monografia **PROF. DR. FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA**, Siape Nº 3204158, do Programa de Pós-graduação em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA); **PROF<sup>ª</sup>. DR<sup>ª</sup>. KAROLINE LINS CÂMARA MARINHO DE SOUZA**, Siape Nº 2578062, do Programa de Pós-graduação em Direito Administrativo da UFRN (II CEDA) e o **PROF. DR. VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA**, Siape Nº 2199638, Coordenador da Pós-Graduação em Direito da UFRN (PPGD/UFRN). Designados pela Portaria nº 042/2017-CEDA/PPGD, integrantes da Comissão, que emitiu o seguinte parecer: favorável à aprovação.

A Comissão após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia aprovada.

A Comissão decidiu atribuir á menção honrosa, atribuindo a nota: 10,0.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

  
\_\_\_\_\_  
**PROF. DR. FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA**  
Presidente

  
\_\_\_\_\_  
**PROF. DR<sup>ª</sup>. KAROLINE LINS CÂMARA MARINHO DE SOUZA**  
Membro

  
\_\_\_\_\_  
**PROF. DR. VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA**  
Membro

Para Giulia e LÍvia com todo o meu Amor.

## AGRADECIMENTOS

A Deus sempre presente em minha vida, que me deu forças para a realização e conclusão desse trabalho.

A Giulia e Livia por toda a compreensão pelas horas ausentes durante toda a especialização, e por serem a minha fonte de inspiração para prosseguir na busca pelo aprimoramento acadêmico.

A Georgino pelo exemplo de homem dedicado aos estudos que me inspira a prosseguir nessa caminhada.

Aos meus pais modelo de conduta a me guiar, sempre me incentivando e amparando.

As minhas irmãs Bruna e Lara por toda amizade, apoio e companheirismo que nos une.

Aos meus amigos e colegas de especialização, em especial a Camila, Danielle, Diego, Edja, Janne e Tatianna que junto comigo empreenderam essa jornada árdua, tornando-a mais leve e agradável em virtude da convivência.

A todos os mestres que contribuíram para a formação do meu conhecimento científico durante o período de especialização.

Por fim, em especial ao Professor Dr. Fabiano André de Souza Mendonça por todo empenho e paciência dispensados a mim durante a realização desse trabalho.

**“Aprender é a única coisa de que a mente nunca se cansa,  
nunca tem medo e nunca se arrepende.”  
Leonardo da Vinci**



## RESUMO

O presente trabalho analisa os institutos da Legalidade, Autotutela, Discricionariedade, Segurança Jurídica e Boa-fé no exercício da atividade Administrativa a partir de um caso prático, qual seja, a ocorrência das Revisões de Insalubridade no âmbito do Poder Executivo Federal. A Administração Pública se utilizando da prerrogativa de rever seus atos de ofício, em virtude da conveniência e oportunidade, promoveu uma mudança de entendimento nos casos de enquadramento para a conversão do tempo especial em comum, bem como nos casos de Aposentadoria Especial. O que promoveu uma diminuição no tempo de serviço dos servidores públicos federais, que questionaram a aplicação dos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança que deveriam reger os atos do Poder Executivo. Utilizando pesquisa bibliográfica, análise jurisprudencial e legislação pertinente ao tema, constatamos que o procedimento revisional feriu frontalmente inúmeros princípios da Administração, situação na qual o Poder Judiciário tem se mostrado como um grande aliado na garantia de Direitos aos servidores.

**Palavras-Chave:** Legalidade, Discricionariedade, Boa-fé, Administração Pública.

## **ABSTRACT**

The present work analyzes the Institutes of Legality, Self-Assessment, Discretion, Legal Security and Good faith in the exercise of the Administrative activity from a practical case, that is, the occurrence of Unhealthy Revisions within the scope of the Federal Executive Branch. The Public Administration, using the prerogative of reviewing its legal acts, due to the convenience and opportunity, promoted a change of understanding in the cases of framework for the conversion of the special time in common, as well as in the cases of Special Retirement. This led to a decrease in the length of service of federal civil servants, who questioned the application of the principles of legal certainty, good faith and trust that should govern the acts of the Executive Power. Using bibliographic research, jurisprudential analysis and legislation relevant to the subject, we find that the revision procedure has severely damaged several principles of Administration, a situation in which the Judiciary has shown itself to be a great ally in guaranteeing rights to the servers.

**Key-Words:** Legality, Discretion, Good faith, Public Administration.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
ANASPS	Associação Nacional dos Servidores da Previdência Social
BS	Boletim de Serviço
BSL	Boletim de Serviço Local
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DGP	Diretoria de Gestão de Pessoas
DIRSAT	Diretoria de Saúde do Trabalhador
DRH	Diretoria de Recursos Humanos
DOUPRH	Divisão de Orientação e Uniformização de Procedimentos de Recursos Humanos
IN	Instrução Normativa
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LTCAT	Laudo Técnico das Condições do Ambiente do Trabalho
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MPS	Ministério da Previdência Social
ON	Orientação Normativa
PPP	Perfil Profissiográfico Previdenciário
RGPS	Regime Geral da Previdência Social
RJU	Regime Jurídico Único
SIPEC	Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal
SRH	Secretaria de Recursos Humanos
SST	Seção de Saúde do Trabalhador
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução.....</b>	<b>11</b>
<b>2. Princípio da Legalidade e Autotutela.....</b>	<b>15</b>
<b>3. Discricionariedade Administrativa.....</b>	<b>19</b>
3.1. A Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados.....	21
3.2. Controle Judicial da Discricionariedade.....	22
<b>4. Nulidade do Ato Administrativo: A Revisão de Insalubridade.....</b>	<b>24</b>
4.1. O Primeiro Marco Revisional: A Orientação Normativa nº 07, de 20/11/07.....	28
4.2. O Segundo Marco Revisional: A Orientação Interna nº 01, de 19/01/09.....	32
4.3. O Terceiro Marco Revisional: A Orientação Normativa nº 15, de 23/12/13.....	34
4.4. A Orientação Normativa nº 16, de 23/12/2013.....	38
<b>5. A Boa Fé da Administração e o Processo Revisional.....</b>	<b>41</b>
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>48</b>
<b>7. Referências Bibliográficas.....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Administrativo o exercício do Poder Discricionário tem despertado o interesse dos estudiosos. Partindo da perspectiva de que a atividade Administrativa deve se guiar sempre pela norma, o exercício de tal competência desperta no mínimo curiosidade.

Como se articula a obrigação de cumprir estritamente a Lei com a existência de uma certa margem de liberdade reconhecida ao administrador no seu cumprimento, sempre que exista a discricionariedade administrativa?

A lei confere ao Administrador a prerrogativa de rever a atuação dos seus agentes, ante a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro pessoal. Do poder Hierárquico decorre a possibilidade de ampla revisibilidade dos atos praticados, seja em razão da decisão proferida não estar em conformidade com a lei (autotutela), seja por razões de conveniência e oportunidade, com fins de ajustar a decisão prolatada às diretrizes administrativas fixadas.

Com a autotutela administrativa não se observa o princípio da “*non reformatio in pejus*”, ocorre na verdade um ato de controle da legalidade, mesmo que este venha a prejudicar os servidores, pois não se pode admitir uma atuação *contra legem* por parte da Administração Pública.

Com o objetivo de restaurar a juridicidade de seus atos o Poder Executivo se vê portador da possibilidade de empreender a revisão dos mesmos, pois sempre que portadores de nulidades devem ser extirpados do sistema.

Assim, atos que antes eram considerados legais, diante de uma mudança de entendimento decorrente da conveniência e oportunidade da Administração podem passar a ser portadores de vícios, o que exige a atuação da Administração por meio do seu poder-dever de Autotutela.

O Poder Executivo Federal passou por um processo dessa natureza no que tange ao reconhecimento dos direitos que envolvem a Aposentadoria Especial de seus servidores, e a conversão do tempo especial em comum.

Com base em uma interpretação normativa, que posteriormente foi considerada equivocada, medidas que inicialmente garantiam direitos aos servidores precisaram ser revistas, o que ensejou um grande procedimento revisional.

Assim, como decorrência do poder discricionário e de autotutela, os servidores do executivo federal vêm passando por um processo de “Revisão de Insalubridade”, oriundo da Orientação Normativa nº 15, de 23 de dezembro de 2013 emitida pelo Ministério do Planejamento.

Deste modo, os servidores que desenvolveram suas atividades no período anterior a 11 de dezembro de 1990, sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em condições especiais, insalubres, penosas ou perigosas à saúde, ao ingressar no Regime Jurídico Único – RJU tiveram o reconhecimento do tempo especial laborado, com a sua consequente conversão em tempo comum.

Porém, em decorrência do poder de Autotutela toda conversão de tempo especial em comum, realizada no âmbito do Executivo Federal, mais especificamente no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que tinha sido realizada com base no enquadramento para a configuração da atividade especial através da prova testemunhal ou ficha financeira, vem passando por um processo revisional, gerando várias consequências de cunho patrimonial para os servidores.

Esse processo revisional, será estudado no desenvolvimento do presente trabalho, que realiza uma análise teórica acerca dos conceitos que envolve as noções de Autotutela, Legalidade, Discricionariedade, Nulidade e Boa-fé. Com o enfoque prático voltado para as normativas que determinam a ocorrência da revisão em foco.

Inicia com uma reflexão voltada para o Princípio da Legalidade tendo a ideia de Autotutela como decorrência dessa, o que possibilita à Administração o controle dos seus Atos, seja para anulá-los quando ilegais ou para revoga-los de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

Tais prerrogativas são concedidas à Administração Pública, que pauta a sua atuação na ideia de Legalidade estrita, de modo que a mesma só pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de Lei, aspecto que também será aqui analisado.

Seguindo com o estudo da discricionariedade, pois a despeito do Administrador exercer uma atividade Infralegal, muitas vezes a Lei garante certa margem de liberdade no seu agir, visando a um atendimento de excelência à finalidade da Lei.

Analisaremos a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, situando a origem da discricionariedade na zona cinzenta da conceituação, entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa.

Bem como, o modo de controle da mesma através do poder Judiciário, alertando sempre para os cuidados que este deve ter, pois não seria admissível o estabelecimento de um “governo de Juízes”.

Assim, como decorrência dos aspectos anteriormente citados, veremos o exercício do Poder Discricionário na prática, através do estabelecimento no âmbito da Administração, dos chamados processos revisionais.

Situações antes consideradas legais, veem-se eivadas do vício da ilegalidade de tal forma que, o Ato Administrativo ilegal deve ser considerado nulo, com a situação anterior sendo restaurada, e o que se não for possível, resolve-se com perdas e danos.

Motivo pelo qual, também será abordada a questão da nulidade dos Atos Administrativos, sobretudo aqueles que promoveram a conversão do tempo laborado em comum, para os servidores Públicos Federais no âmbito do Instituto Nacional de Seguro Social.

Nesta análise, com fins didáticos, estabelecemos alguns marcos temporais. Todos eles, com base em normativas expedidas no âmbito do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – MPOG, ou ainda no âmbito do próprio INSS.

Levando em conta que as matérias a serem abordadas, quais sejam a Aposentadoria Especial e a conversão do tempo especial em comum, vem sofrendo ao longo dos anos com uma omissão legislativa, as normativas internas, dentre elas as Orientações Normativas e Instruções Normativas se mostram essenciais para que os servidores possam manejar institutos tão relevantes para a Administração Federal.

O primeiro marco temporal se dá com a Orientação Normativa nº 07, de 20/11/2007, do MPOG, que surge apresentando como se dará a aposentadoria especial para os servidores do executivo federal.

O segundo marco temporal é a Orientação Interna nº 01, de 19/01/09, que estabelece no âmbito do INSS várias orientações de cunho procedimental, não só com vistas à aposentadoria especial, como também para as hipóteses de conversão do tempo especial em comum.

O terceiro marco temporal, será a Orientação Normativa nº 15, de 23/12/2013, também do MPOG, que diferentemente das anteriores, que se apresentavam ampliativas de direitos, propõem uma mudança no enquadramento dos servidores, promovendo assim uma grande “Revisão de Insalubridade” no âmbito do INSS.

Será ainda objeto de estudo de forma detida a Orientação Normativa nº 16, de 23/12/2013, que trouxe mudanças também para os casos de enquadramento para o benefício da Aposentadoria Especial, para servidores amparados por Mandado de Injunção.

Por via de consequência, diante dos aspectos anteriormente analisados, tem-se o questionamento acerca da boa-fé da Administração, com o estabelecimento de um Processo Revisional, de enormes proporções, já que, envolve praticamente todos aqueles servidores que faziam parte do seu quadro de pessoal até 11/12/1990.

Assim, o presente trabalho se propõe a análise do tema em questão, que se mostra relevante e atual. Utilizando pesquisa bibliográfica e análise normativa e jurisprudencial, busca fornecer conclusões e instrumental teórico para os estudiosos do assunto, com vistas a esclarecer e apontar os aspectos relevantes para a prática jurídica.



## 2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A AUTOTELA DA ADMINISTRAÇÃO

O Princípio da Legalidade, basilar para o Estado de Direito, em suas origens nos remete ao próprio surgimento do constitucionalismo, sofrendo a influência das ideias de tripartição dos poderes de Montesquieu, de modo que, promove a limitação dos poderes do Estado por meio de um outro poder<sup>1</sup>.

Na esfera administrativa este princípio determina a completa submissão da Administração às Leis, com a imposição de limites a atuação estatal, já que orienta o agir da Administração em sua atividade cotidiana<sup>2</sup>.

A legalidade está prevista em vários momentos do texto Constitucional: por exemplo no inciso II do artigo 5<sup>o</sup><sup>3</sup>, ao apresentar a legalidade em sentido genérico; no artigo 37 em seu caput<sup>4</sup>, aos nos apresentar os princípios da Administração; e no inciso IV do artigo 84<sup>5</sup>, ao prever o que compete ao Presidente da República.

A legalidade em sentido negativo<sup>6</sup>, determina que a Administração só pode fazer aquilo que a Lei previamente autorizar. Ela ocorre de forma tão estrita que, a Administração não pode pautar sua atuação por decreto, regulamento, resolução, portaria, que seja contrário a determinação legal. Daí que, o eminente jurista Seabra Fagundes<sup>7</sup>, nos diz que: “Administrar é aplicar a lei, de ofício.”

Ela se impõe não apenas como limite para a atuação estatal, mas também como meio por onde se manifesta a determinação do conteúdo desta atuação<sup>8</sup>. De tal modo que, Paulo

---

<sup>1</sup> MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.34, n.133, p. 197-206, jan/mar. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/208/r133-20.PDF?sequence=4>. Acesso em: 30 nov., 2017.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

<sup>3</sup> Artigo 5<sup>o</sup>, II, CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>4</sup> Artigo 37, CF: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(...)”

<sup>5</sup> Artigo 84, IV, CF: “Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. ”

<sup>6</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 51.

<sup>7</sup> FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4-5.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 132.

Otero<sup>9</sup> define a legalidade administrativa com base em três ideias: “(i) A lei é a expressão racional de uma vontade geral; (ii) O poder executivo encontra na lei o critério de decisão; (iii) O respeito pela lei comporta uma função garantística da liberdade, pois esta consiste em fazer aquilo que aquela permite”

Como corolário da legalidade, a Autotutela<sup>10</sup> se apresenta como uma prerrogativa dada a Administração de rever seus atos de ofício. Assim, diante de uma irregularidade, deve a mesma atuar, restaurando a legalidade.

O atuar de ofício por parte da Administração muitas vezes evita que o cidadão/administrado tenha a necessidade de buscar as vias judiciais na tentativa de solução das controvérsias, atingido assim, o fim maior, já previsto no Preâmbulo do texto Constitucional do Estado Democrático Brasileiro, qual seja: “a solução pacífica das controvérsias”.

Nesse ponto, utilizamo-nos da definição de Ato Administrativo proposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello como sendo “manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito<sup>11</sup>.”

De tal forma que, a autotutela se apresenta como uma forma de controle interno dos mesmos, possibilitando a ocorrência de revisão no caso de atos ilegais, pois a Administração Pública, tem a prerrogativa de reexaminá-los, anulando-os ou ainda revogá-los, de acordo com a conveniência e oportunidade, do mérito<sup>12</sup>. Pois, não pode a mesma deixar de agir de acordo com o ordenamento jurídico.

Existem alguns elementos antinômicos, decorrentes da relação entre a noção de Estado de Direito, legalidade e autotutela, que surgem, ao se confrontar por exemplo as ideias de segurança jurídica e justiça; bem como o princípio da boa-fé dos administrados com a presunção de legitimidade dos atos administrativos antinômicos<sup>13</sup>.

A despeito de tais conflitos, o Supremo Tribunal Federal - STF através da Súmula 346

<sup>9</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.25.

<sup>11</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v.1, 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.476.

<sup>12</sup> PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas Editora, 2008. p. 696.

<sup>13</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 22.

de 13 de dezembro de 1963 e da súmula 473<sup>14</sup> de 03 de dezembro de 1969 consagra a ideia da autotutela.

Confirmando uma ideia que já se fazia presente nas decisões do STF desde a década de 1940, com inspiração no Direito Administrativo Francês<sup>15</sup>, que considerava que todo ato administrativo ao qual não se ligou nenhum direito individual poderia ser revogado, porém, se o mesmo tivesse dado origem a direitos somente poderia ser em casos de ilegalidade.

Essa ideia veio a se consagrar posteriormente no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do artigo 53 da Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999, *in verbis*: “A administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. ”

Tais previsões geram para o administrador em sua atividade cotidiana, um poder-dever<sup>16</sup>, que culmina com inúmeros questionamentos, acerca de qual aspecto da legalidade deve prevalecer; até onde deve-se ir em nome da legalidade; ou ainda como deve o mesmo se portar diante de uma ilegalidade?

Encontramos a ocorrência de limites a esse poder, por exemplo no artigo 54 da já citada Lei 9.784/99 ao prever que: “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. ”

Restou assim, definido o prazo decadencial para a atuação da Administração, o que veio a reduzir a insegurança jurídica que permeava os administrados, que após longos períodos de tempo se vinham vítimas da autotutela. Desta forma, após esse prazo o exercício da autotutela se torna insustentável, sob pena de ilegalidade ou abuso de poder, não se admitindo mais a aplicação da tese da atemporalidade para as situações de Autotutela.

---

<sup>14</sup> Súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. ”; Súmula 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. ”

<sup>15</sup> Recurso de Mandado de Segurança nº1.135 – Goiás – EMENTA: Não provimento. Ato Administrativo, revogado pela própria administração, por ser contrária à lei.

<sup>16</sup> De acordo com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu Curso de Direito Administrativo: “(...) a Administração exerce função: a função Administrativa. Existe função quando alguém investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse* de *outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*. ”

Não obstante a previsão legal, a imprescritibilidade da revisão dos atos administrativos, é ainda defendida por alguns autores, quais sejam Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>17</sup> e Odete Medauar<sup>18</sup>, que se baseiam na tese de que a Administração deve reger seus atos pelas ideias de legalidade e interesse público, não havendo, portanto, limite temporal para que a mesma possa realizar as revisões decorrentes da Autotutela, pois um ato que viole qualquer um desses dois elementos deve ser considerado nulo.

A tese da atemporalidade, porém, configura o entendimento da minoria da doutrina, que de um modo geral, entende como sendo de cinco anos o prazo prescricional, mesmo para aqueles estados que não possuem legislação específica para tratar do tema, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ<sup>19</sup>.

Do mesmo modo, resta salientar a necessidade da garantia da ocorrência do contraditório e da ampla defesa, às pessoas que terão seus direitos afetados com o exercício da Autotutela, quando esta ensejar o desfazimento de um ato administrativo.

---

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 156.

<sup>18</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 187.

<sup>19</sup> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 9.784/99 NO ÂMBITO ESTADUAL. Sendo o ato que concedeu a pensão anterior à Lei nº 9784/99, o prazo quinquenal para sua anulação começa a contar a partir da vigência do mencionado regramento. Possibilidade de aplicação da Lei 9.784/99 no âmbito estadual. O prazo de 5 anos, estabelecido pela Lei 9.784/99, é contado a partir da edição da referida lei. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO nº 683.234 – RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 2005/0088716-9)

### 3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme visto anteriormente, a relação da Administração Pública com a Lei, ou a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo, é uma relação de subsunção. Apesar desta característica, muitas vezes a Lei garante certa margem de liberdade no agir, a chamada discricionariedade administrativa.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>20</sup>, podemos falar em discricionariedade sempre que houver previsão legal, garantindo ao administrador o exercício de seu juízo subjetivo, dentro de uma moldura de normatividade, visando a um atendimento de excelência à finalidade da lei.

Assim, a moldura normativa atua delimitando o agir da Administração, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, para que a mesma não venha a exorbitar a sua competência ou utilizar instrumentos proibidos e inadequados no cumprimento da finalidade legal.

Ronald Dworkin<sup>21</sup> propõe uma classificação para o exercício do Poder discricionário, em sentido fraco, quando uma autoridade pública necessita se utilizar de sua capacidade de julgamento no exercício de sua função, pois o contexto não é por si só esclarecedor.

Do mesmo modo, classifica o exercício do Poder discricionário em sentido forte, quando a autoridade não está limitada por padrões pré-estabelecidos para o exercício do juízo de conveniência e oportunidade.

Nesse contexto, a discricionariedade ocorre em nível de alguns dos elementos do Ato Administrativo. No que tange à forma e competência para a execução do mesmo, não se admite a sua ocorrência, pois tais aspectos são geralmente predeterminados pela Lei.

Já o motivo e objeto, consistem na residência natural da mesma. O motivo nos possibilita a identificação dos pressupostos fáticos e jurídicos para sua existência. Com o objeto, por sua vez, examina-se a conveniência do seu surgimento.

A matéria se torna controvertida, quando tratamos da destinação do Ato Administrativo. Administrativistas do time de Celso Antônio B. de Melo<sup>22</sup> admitem a ocorrência do juízo de

---

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 906.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50-63

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.914.

oportunidade nessa apreciação da finalidade. Já aqueles que compartilham do entendimento de Seabra Fagundes<sup>23</sup> entendem não ser possível o exercício da discricionariedade nesse aspecto.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro caso acerca do Poder Discricionário da Administração é de autoria de Seabra Fagundes<sup>24</sup> que em 1948, aborda a discricionariedade junto à teoria do desvio de finalidade no julgamento da Apelação Cível 1.422 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte<sup>25</sup>.

Assim, o juízo de conveniência e oportunidade ocorre no campo do mérito do ato administrativo, onde o dirigente pode se utilizar de sua liberdade para decidir entre duas ou mais soluções admissíveis, na busca do exato cumprimento da finalidade legal.

Na ordem prática, esta possibilidade surge em decorrência da incapacidade de o legislador conseguir traçar todas as decisões possíveis de serem tomadas pelos agentes públicos no exercício de suas funções<sup>26</sup>.

Ocorrendo o ato discricionário, segundo Vladimir França<sup>27</sup>, é necessário ter bastante atenção no seu manuseio, pois o mesmo pode surgir eivado de alguns vícios, que envolvem o exercício do poder, são eles: transgressão das balizas legais (para além do inicialmente previsto) desvio de sua finalidade maior, ou o seu não exercício ou exercício deficiente.

Assim, o ato administrativo portador de mérito para ser válido, deve ter obediência à legalidade, observar os aspectos formais e externos de validade, respeitar a publicidade, impessoalidade e proporcionalidade, levando ainda em conta, a igualdade e moralidade administrativa<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 70.

<sup>24</sup> Idem. p.71.

<sup>25</sup> **PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO** – No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito, que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança (...)

<sup>26</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos Jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.7, p. 167-193, Jan/jun. 2010. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/125-conceitos-juridicos-indeterminados/>. Acesso em: 24 mar., 2017.

<sup>27</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p.136.

<sup>28</sup> \_\_\_\_\_ Idem. p. 145.

### 3.1. A Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Direito e linguagem são indissociáveis. A atividade de interpretação não envolve apenas a compreensão do texto normativo, mas a interpretação da realidade do caso concreto, sendo a determinação do sentido e o alcance da norma obtida também pela apreensão da força do texto e de suas intenções, tendo em vista a decidibilidade.

As regras de linguagem são oriundas do plano social, sendo produto de um jogo linguístico, não assumindo uma postura neutra e estabelecendo muitas vezes relações de dominação, a partir desta. Nesse contexto, temos os conceitos indeterminados, como sendo conceitos fluídos ou vagos, cujo conteúdo e extensão, são em larga medida incertos.

Dentro da Teoria da Linguagem, verifica-se que os conceitos possuem uma zona de certeza positiva, com uma noção clara do seu conteúdo e extensão; uma zona de certeza negativa, compreendendo uma porção em que seria certo que ele não se encontra abrangido; e uma zona cinzenta, situada entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa, na qual, fica localizada a indeterminação de onde decorre a discricionariedade<sup>29</sup>.

Assim, para Bandeira de Mello<sup>30</sup>, grande parte da abertura e fluidez do ordenamento jurídico, decorre da utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, situados em uma zona de incerteza, que não pode ser objetivamente eliminada, onde se situam os conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, por exemplo: ‘utilidade pública’, ‘grave comoção’, ‘relevância’.

Todos esses, conceitos que possibilitam a sua manipulação com vistas à busca pela finalidade da Lei. Autores, como Maria Sylvia Zanela Di Pietro<sup>31</sup>, defendem a ideia da indeterminação conceitual, mas não como promotora de discricionariedade, pois somente ao juiz caberia encontrar a solução mais adequada ao caso concreto.

Do mesmo modo, Eros Grau<sup>32</sup> entende que a discricionariedade não decorre dos conceitos jurídicos indeterminados, mas resulta de uma atribuição da norma, que se utiliza dessa espécie de conceitos para promover a mesma.

---

<sup>29</sup> KRELL, Andreas Joachin. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.59.

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.23

<sup>31</sup> PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas Editora, 2008.

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.164.

Já Garcia de Enterría<sup>33</sup> defende que conceitos fluídos ou imprecisos de modo algum conferem a discricionariedade. Para ele, a imprecisão de um conceito só existe em abstrato, nunca vindo a ocorrer perante um caso concreto, pois diante dele, seria necessário a Administração desenvolver uma atividade de interpretação levando a uma única solução possível.

Assim, diante da indeterminação dos conceitos, percebe-se que a discricionariedade surge, conferindo liberdade à Administração, que diante de um caso concreto, não previsto na norma, atua, buscando a escolha que garante o atendimento à finalidade legal de modo excelente.

### **3.2. Controle Judicial da Discricionariedade**

Partindo da ideia de ocorrência de discricionariedade no exercício da função pública, temos vivenciado atualmente, um quadro de valorização dos direitos transindividuais, com a ampliação do uso de tutelas coletivas, o que vem promovendo a necessidade de rediscutir a noção de liberdade administrativa, diante da grande quantidade de ações que povoam o Poder Judiciário, constatando muitas vezes, a inércia estatal em promover medidas suficientes para a garantia dos direitos dos cidadãos.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal determina que: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, desse modo, a atividade da Administração Pública encontra-se sujeita à apreciação do controle jurisdicional, a ser exercido pelo Poder Judiciário, quando solicitado por quem sofrer lesão ou ameaça a direito.

Se o conceito jurídico baseado em termos fluidos é subordinado ao juízo do administrador, além da possibilidade de passar pelo controle interno da Administração, através do exercício da autotutela, este necessariamente deve submeter-se à revisão judicial havendo indício de atentado à ordem jurídica.

A manutenção de violação à Lei nos atos administrativos, sob a justificativa que esta ou aquela matéria goza de proteção face ao controle jurisdicional, se mostra danosa face ao próprio princípio da separação dos poderes, podendo gerar uma inconstitucionalidade, por quem tem o dever constitucional de proteger e zelar pela preservação da ordem jurídica.

---

<sup>33</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. 5 ed. Navarra: Thomson, 2000. p. 156.



Assim, se o administrador houver praticado ato diferente do único cabível, ou se tiver eleito algum que não seja o esperado, quando analisado diante da finalidade da norma, o Poder Judiciário deve proceder com a adequada revisão jurisdicional, já que em rigor a Administração terá incorrido em falta durante o exercício do Poder Discricionário no caso concreto. Porém, isso não significa dizer que a atividade administrativa deve sucumbir total e incondicionalmente às decisões judiciais. Esse controle judicial<sup>34</sup> dos atos administrativos no exercício do Poder Discricionário se dá de três formas: exame dos motivos; exame da finalidade; exame da causa do ato.

Vladimir França<sup>35</sup> explica que, através do exame dos motivos, verifica-se o pretexto que levou à prática do ato, se era inexistente ou se o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, devendo ser considerado, portanto, o ato nulo, por quebra da juridicidade.

No exame da finalidade do ato, temos a figura do desvio de poder, ocorrendo com o exercício de uma competência em descompasso com a finalidade para a qual foi instituída. Assim, o ato portador deste vício direciona-se para uma finalidade diversa daquela prevista na Lei, sendo, portanto, nulo.

Necessário se faz ressaltar que, embora não possa o Poder Judiciário substituir o juízo de oportunidade do administrador pelo seu próprio, nada impede que o magistrado, verifique se a conveniência e oportunidade são aceitáveis dentro do regime jurídico-administrativo.

Já o exame da causa do ato, avalia se ocorreu uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto, sendo levada em conta a finalidade do mesmo. Ou seja, verifica a pertinência entre o elemento empírico, que serviu de suporte para a prática do ato, e seu conteúdo, tendo em vista a finalidade legal do mesmo. Tal exame se torna ainda mais relevante, quando a Lei se omite quanto à enunciação dos pressupostos que levaram à prática do ato.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário definir qual a melhor técnica a ser aplicável, porém, cabe a ele, analisar se a técnica aplicada está dentro dos limites definidos pelo ordenamento jurídico. Ou seja, o controle não avalia a execução material do ato, e sim a estrutura e coerência jurídica do mesmo, dentro da estrutura do regime jurídico administrativo.

---

<sup>34</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 273

<sup>35</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 149.

#### 4 NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: A REVISÃO DE INSALUBRIDADE

Como já foi dito anteriormente, a administração no exercício de suas funções atua sempre se pautando na legalidade, que muitas vezes garante à mesma uma moldura de normatividade dentro da qual ela pode agir de forma discricionária, quando da propositura do ato administrativo.

Assim, o juízo de conveniência e oportunidade que lhe é facultado, deve sempre buscar a melhor solução, com vistas ao cumprimento da finalidade legal. Nessa busca pela melhor solução para o caso concreto, pode vir a ocorrer uma mudança no entendimento da Administração acerca de alguma matéria, o que garante a ela, através do exercício da Autotutela, o reestabelecimento da juridicidade por meio de processos revisionais, extinguindo assim as situações de nulidades<sup>36</sup>, que passaram a comprometer o Ato Administrativo.

As invalidades que atingem os Atos Administrativos podem ser sanáveis, que são as chamadas anulabilidades, ou ainda insanáveis, gerando as chamadas nulidades<sup>37</sup>.

Diante de uma anulabilidade, o saneamento do ato se dá por meio da convalidação, sendo dever da Administração realizar a convalidação, sempre que a permanência do conteúdo do ato não violar os princípios da administração ou venha a causar danos a terceiros. Serão convalidáveis os atos com vícios quanto: a competência; formalidade; ou procedimento.<sup>38</sup>

Já os atos detentores de nulidades são portadores de vícios que comprometem o seu conteúdo, de tal modo que a invalidação pode se dar por via administrativa ou judicial, ensejando o fim de sua eficácia e o retorno da situação anterior ao mesmo<sup>39</sup>.

Pela via administrativa, os procedimentos revisionais, que surgem como decorrência do exercício da Autotutela se mostram como meio de saneamento dos mesmos. Já a via judicial surge como sendo uma via de utilização quase que exclusiva dos administrados. Serão nulos os

---

<sup>36</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 137.

<sup>37</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 28.

<sup>38</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 68-73.

<sup>39</sup>FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 136-192.

atos possuidores de vícios quanto: ao motivo; ao conteúdo; a causa; e a finalidade<sup>40</sup>.

Analisaremos a ocorrência de uma Revisão, empreendida pelo Poder Público, com o objetivo de restaurar a juridicidade, nas situações que envolvem a conversão do tempo especial laborado em comum, para os servidores do Executivo Federal, mais especificamente aqueles que desenvolvem suas atividades no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e trabalharam em condições insalubres até 11/12/1990.

A origem da mesma, nos remete ao texto Constitucional. Pois a Constituição Federal em seu artigo 40, §4º, III traz previsão de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, a ser disciplinado por lei complementar<sup>41</sup>, o que nos coloca diante de uma lei de eficácia limitada<sup>42</sup>.

Tal benefício, tem natureza extraordinária, e justifica-se pelo fato do servidor ter desenvolvido suas atividades em condições adversas à sua saúde ou pelo mesmo ter desempenhado atividades com riscos superiores aos normais, se expondo a circunstâncias adversas inerentes a profissão exercida<sup>43</sup>.

Essa exposição a situações que colocam em risco a saúde e a integridade física do servidor, gera para o mesmo a possibilidade de diminuição do tempo de serviço necessário para gozar do benefício da aposentadoria. Esse tempo que geralmente é de 35(trinta e cinco) anos de serviço para os homens, passa a ser 15(quinze), 20(vinte) ou 25(vinte e cinco) anos de serviço, de acordo com o grau de riscos a que o mesmo se submeteu durante sua atividade laboral.

Ocorre que o Poder Legislativo permanece inerte diante da previsão de edição de lei complementar para regulamentar a situação dos servidores públicos. Essa omissão, perdura por

---

<sup>40</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 73-77.

<sup>41</sup> Art. 40 Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.(Redação dada pela Emenda Constitucional 41/2004)(...) §4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores(Redação dada pela Emenda Constitucional 47/2005) : (...) III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Redação dada pela Emenda Constitucional 47/2005)

<sup>42</sup> CARVALHO FILHO, José das Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas Editora, 2005. p. 537-538.

<sup>43</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 380.

vários anos, o que tem provocado uma constante e recorrente mudança de entendimento por parte da Administração acerca desta temática. Além da não regulamentação no que tange a Aposentadoria Especial, a questão da conversão do tempo especial também tem gerado muitos questionamentos.

Questionamentos que têm sua origem na série de garantias e direitos assegurados aos servidores públicos. A Constituição Federal de 1988 ao tratar dos servidores públicos foi bastante generosa. Dedicou o capítulo VII para tratar da Administração Pública, e dentro desse Capítulo, a Seção II para o trato específico dos Servidores Públicos, proporcionando a esses uma série de garantias e direitos. Essas, porém, não se limitam a essa Seção. O artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>44</sup>, por exemplo, veio a promover a estabilização de todos aqueles que se encontravam no exercício dessa função quando da promulgação da CF/1988.

De igual modo, a Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, ao instituir o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais para todos aqueles que eram detentores de cargos públicos, por meio do § 1º do artigo 243<sup>45</sup>, alçou a essa condição todos aqueles que se encontravam exercendo suas atividades sob o regime de emprego, apesar de os mesmos não terem prestado concurso público, conforme previsto no texto constitucional.

Assim, os trabalhadores que antes da promulgação da Lei 8.112/1990 eram regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, se viam amparados por normativas próprias regulamentando as situações da aposentadoria especial e conversão de tempo especial em comum, mas, no momento em que foram alçados à condição de estatutários se vêm carentes de regulamentação específica para o assunto.

Pois, apesar da promulgação da Lei nº 8.112/1990, com a implantação do Regime

---

<sup>44</sup> ADCT, Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art.37 da Constituição são considerados estáveis no serviço público.

<sup>45</sup> Lei 8.112/90, Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após vencimento do prazo de prorrogação. §1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

Jurídico Único – RJU, figurar como um marco divisor, para essa categoria funcional, não veio a solucionar essa omissão legislativa, pois conforme previsto no §2º da artigo 186 desta Lei<sup>46</sup>, lei específica deveria tratar das hipóteses de Aposentadoria Especial.

Assim, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro 1998, diante da omissão legislativa, nas questões que tratam da aposentadoria especial, introduziu o §12º no artigo 40 da Constituição Federal<sup>47</sup>, estabelecendo que o regime de previdência dos servidores públicos também observaria os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Analisando essas questões sob o aspecto do Regime Geral de Previdência, percebe-se que no §1º do artigo 201 do texto Constitucional, também apresenta a possibilidade de atividades exercidas sob condições especiais gerarem o benefício da Aposentadoria com base em requisitos e critérios diferenciados, para os trabalhadores abrangidos pela CLT, de acordo com termos a ser definidos em lei complementar<sup>48</sup>.

Citada lei complementar ainda não foi promulgada, motivo pelo qual, mais uma vez, com o objetivo de sanar essa omissão, a Emenda Constitucional nº 20/1998 em seu artigo 15<sup>49</sup>, estabeleceu que, enquanto a mesma não for publicada, permanecerá em vigor o disposto nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

Percebe-se que apesar do reconhecimento de inúmeros direitos aos chamados servidores públicos, com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.112/1990, a omissão legislativa no que tange a regulamentação da Aposentadoria Especial, bem como à conversação do tempo especial laborado em comum ainda é uma realidade para essa categoria funcional.

Alguns esforços têm sido realizados, no sentido de amenizar essas lacunas legislativas.

<sup>46</sup> Art. 186 O servidor será aposentado: (...) §2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, 'a' e 'c', observará o disposto em lei específica.

<sup>47</sup> Art. 40, §12º - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/1998)

<sup>48</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/1998) (...) §1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº47, de 2005)

<sup>49</sup> Art. 15 Até que a lei complementar a que se refere o art.201,§1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.

Esses esforços, são sentidos principalmente no âmbito do Poder Executivo, que por meio de suas consultorias jurídicas e órgãos consultivos se empenham na solução das questões de ordem prática que surgem no seu dia-a-dia, conforme será percebido no decorrer da análise dos processos revisionais objeto deste trabalho.

#### **4.1. O Primeiro Marco Revisional: A Orientação Normativa nº 07, de 20/11/07**

Realizando um levantamento acerca da forma como essa matéria vem sendo tratada nos últimos anos, somos remetidos, inicialmente a Instrução Normativa nº 1, de 19 de julho de 2004<sup>50</sup>, oriunda da Advocacia Geral da União - AGU, apesar de ser voltada para a atuação deste órgão no âmbito judicial, representa um grande passo no reconhecimento de direitos.

Por meio dessa Instrução Normativa, a AGU, investida do seu poder de fixar a interpretação das Leis e da Constituição, por meio de suas consultorias jurídicas, conforme previsto no inciso III do artigo 11 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993<sup>51</sup>, passou a reconhecer o direito à averbação do tempo de serviço prestado em condições especiais, no período anterior a implantação do Regime Jurídico Único, decorrente de decisão judicial, se abstendo de recorrer em ações nesse sentido.

Essa Instrução corrobora o entendimento dos Tribunais Pátrios<sup>52</sup>, que se encontra

<sup>50</sup> O Advogado-Geral da União, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, XII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 4º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, resolve editar a presente Instrução Normativa, de observância obrigatória pelos órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria Geral Federal e da Procuradoria do Banco Central do Brasil.

Art. 1º Não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer o direito à averbação do tempo de serviço prestado, em condições perigosas ou insalubres, pelo servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do Regime Jurídico Único.

<sup>51</sup> LC 73/1993 – Art. 11 – Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: (...) III – fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União.

<sup>52</sup> STJ – AgRg no AREsp 473260 RS 2014/0027076-0 (STJ): “ PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMUM EM ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. INCIDÊNCIA DA LEI VIGENTE NO MOMENTO DA PRESTAÇÃO. 1. O tempo de serviço é regido pela legislação vigente à época em que efetivamente prestado o labor. 2. "O direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, é lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo ela sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido" (REsp 354.737/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/12/2008). Agravo regimental improvido.

expresso no §1º do artigo 70 do Decreto 3048 de 07 de maio de 1999<sup>53</sup>, segundo o qual, o tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado.

Assim, se o trabalhador laborou em condições prejudiciais à sua saúde em determinado período, e a lei da época lhe permitia a contagem do tempo especial de forma mais vantajosa, esse tempo deve ser contado e o direito assegurado, sob pena de ofensa à noção de direito adquirido.

Em seguida, encontramos no âmbito Administrativo, o Parecer/CJ/MPS nº 46/2006<sup>54</sup> que reconhece o direito à averbação do tempo de serviço público federal prestado até 11/12/1990, ao servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do RJU, situação que se justifica pelo fato do servidor celetista possuir regulamentação para o trabalho desenvolvido em condições especiais.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União - TCU, em resposta à consulta realizada, modificou o entendimento previsto no Súmula 245<sup>55</sup>, assumindo uma nova posição, através do Acórdão 2008/2006 – Plenário<sup>56</sup> pela possibilidade de contagem especial do tempo de serviço, para aqueles servidores que exerceram como celetista no serviço público, atividades insalubres, penosas ou perigosas, no período anterior à vigência da Lei 8.112/90, para efeito de aposentadoria.

Todavia para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, tal Corte de Contas,

<sup>53</sup> Art. 70, §1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço. (Incluído pelo Decreto nº 4.827, de 2003).

<sup>54</sup> Ementa: Previdenciário. Averbação de Tempo de Serviço Especial em comum. Tempo de Serviço Público Federal Celetista prestado, em condições especiais, antes do advento do Regime Jurídico Único. Possibilidade de conversão para averbação junto ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Público Federais. 1. Revogação, expressa, do Parecer CJ/MPS nº 1.201/98. 2. Manutenção das conclusões contidas no Parecer CJ/MPS nº 2.549/01. 3. Tem direito à averbação do tempo de serviço público federal prestado até 11 de dezembro de 1990, em condições perigosas ou insalubres, com o acréscimo decorrente da transformação em tempo de serviço comum, o servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do Regime Jurídico Único.

<sup>55</sup> Súmula 245(25/02/98): “Não pode ser aplicada, para efeito de aposentadoria estatutária, na Administração Pública Federal, a contagem ficta do tempo de atividades consideradas insalubres, penosas ou perigosas, com o acréscimo previsto para as aposentadorias previdenciárias segundo legislação própria, nem a contagem ponderada, para efeito de aposentadoria ordinária, do tempo relativo a atividades que permitiriam aposentadoria especial com tempo reduzido.”

<sup>56</sup> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, em: 9.1. conhecer da consulta para responde-la nos seguintes termos: 9.1.1. o servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas e perigosas, no período anterior à vigência da Lei 8.112/90, tem direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria; todavia, para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, é necessária a regulamentação do art.40,§4º, da Constituição Federal, que definirá os critérios requisitos para a respectiva aposentadoria; (...)

reiterou a necessidade da ocorrência da regulamentação do artigo 40, §4º, da Constituição Federal.

Até o ano de 2006, os servidores que integravam o quadro da Administração, apesar de terem laborado sob a égide da CLT, não tinham o seu tempo especial convertido. Administrativamente esses processos eram indeferidos, com base no inciso I do artigo 96 da Lei 8.213/91<sup>57</sup>, que informava não ser possível a contagem de tempo em dobro ou em outras condições especiais.

Além disso, o artigo 247 da Lei 8.112/90 previa a ocorrência de ajuste de contas entre os Regimes Jurídicos, o qual ocorria, sem que o período de tempo averbado no Regime Jurídico Único fosse convertido, ratificando o indeferimento administrativo do pleito.

Assim, o primeiro grande procedimento de Revisão de tempo especial a ser convertido, no âmbito do INSS ocorreu após a edição do Memorando-circular nº 15 INSS/DRH/CGARH/DOUPRH, emitido em 30/04/2007, com o objetivo de esclarecer as dúvidas geradas após o parecer do MPS e do Acórdão do TCU.

Neste memorando a Diretoria de Recursos Humanos – DRH, emitiu orientação solicitando que todas as Unidades de Recursos Humanos realizassem a revisão dos indeferimentos proferidos aos servidores que exerceram atividades insalubres<sup>58</sup> em período anterior a 11/12/1990, amparados pela CLT.

Paralelamente ao citado memorando circular, temos a manifestação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão - MPOG, por meio de sua Secretaria de Recursos Humanos – SRH, com a Orientação Normativa nº 3, de 18 de maio de 2007, reconhecendo em seu artigo

---

<sup>57</sup> Art. 96 O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes: I – Não será admitida a contagem em dobro ou em outras condições especiais. (...)

<sup>58</sup> Memorando Circular nº 15/INSS/DRH/CGARH/DOUPRH (...) 04. Sendo assim, e considerando a mudança de entendimento do Tribunal de Contas da União e do Órgão Central do SIPEC, solicitamos às Unidades de Recursos Humanos que revejam os indeferimentos proferidos nos processos administrativos em razão das orientações anteriormente informadas e que se atenham aos seguintes pontos:

\*A aplicação do fator de conversão ao período trabalhado sob condições insalubres, aplicar-se ao servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas e perigosas, no período anterior à vigência da Lei 8.112/1990, para efeito de aposentadoria, pois para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, faz-se necessária a regulamentação do art. 40,§4º, da Constituição Federal, que definirá os critérios e requisitos para a respectiva aposentadoria.

\*Uma vez averbado o período, poderá ser considerado para efeitos do abono de permanência.



2<sup>o59</sup> a contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria aos servidores que exerceram, no serviço público, atividades insalubres, penosas e perigosas, no regime da CLT, até 11/12/1990.

Já com a Orientação Normativa nº 7, de 20 de novembro de 2007, do mesmo MPOG/SRH, tivemos a normatização dos procedimentos a serem adotados para a contagem do tempo especial, cabendo ao rol do artigo 6<sup>o60</sup> a descrição dos meios para que o servidor pudesse comprovar o efetivo exercício das atividades sob condições insalubres, penosas e perigosas.

O artigo 10<sup>61</sup> da ON nº7, de 20/11/07, determinava que fossem revistas mediante requerimento todas as aposentadorias dos servidores federais, para que fosse implementado o tempo de serviço declarado especial, que anteriormente não tinha sido computado.

Não obstante a existência das normativas citadas, no sentido da possibilidade de conversão do tempo laboral em condições especiais, com fins de Aposentadoria, a mesma Diretoria de Recursos Humanos do INSS, se utilizando do seu poder-dever de Autotutela, em 15/05/2008, emite o Memorando-Circular nº 04, solicitando o sobrestamento de todos os processos de revisão.

O citado memorando, informava a ocorrência da elaboração de uma minuta de Orientação Normativa, por parte da DRH, dispondo acerca dos procedimentos operacionais da revisão a ser realizada. Porém, a mesma aguardava a manifestação do MPOG acerca de algumas questões fundamentais, para que pudesse ser publicada, momento em que a revisão seria

---

<sup>59</sup> ON nº3, de 18/05/07, Art. 2º O servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas e perigosas, no período anterior à vigência da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tem direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

<sup>60</sup> ON nº7, de 20/11/07, Art. 6º São considerados para efeitos de comprovação do tempo exercido sob condições insalubre, penosa e perigosa ou o exercício de atividades com Raios X e substâncias radioativas, os seguintes documentos: I – laudos periciais emitidos no período do exercício juntamente com as portarias de localização do servidor no local periciado ou portarias de designação para executar atividade já objeto de perícia, na forma do disposto no Decreto nº 97.458, de 11 de janeiro de 1989; II – portaria de designação para operar com Raios X e substâncias radioativas, na forma do disposto no Decreto nº 81.384, de 22/02/1978; III – Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, para verificação do cargo exercido ou a comprovação do recebimento do adicional de insalubridade ou periculosidade e da gratificação de Raios X e substâncias radioativas; IV – fichas financeiras correspondentes à época do recebimento dos adicionais e gratificação de Raios X e substâncias radioativas, ainda que intercalados; e V – outros meios de prova, tais como relatórios de exercício da atividade, memorandos determinando o exercício de atribuições ou tarefas, capazes de formar convicção às unidades de recursos humanos, quanto às tarefas laborais exercidas sob condições insalubre, perigosa ou penosa e atividades com Raios X e substâncias radioativas.

<sup>61</sup> ON nº7, de 20/11/07, Art. 10º Deverão ser revistas, mediante requerimento, as aposentadorias estatutárias de servidores federais que se submeteram ao Regime Jurídico único – RJU da Lei nº 8.112, de 1990, cujo tempo de serviço e de contribuição fora certificado pelo antigo INPS ou INSS para fins de implementação de tempo de serviço declarados especiais.

retomada.

O primeiro marco revisional estabelecido, mostra as disposições iniciais da Administração Pública, no sentido de promover o reconhecimento de direitos aos servidores, tanto para a Aposentadoria Especial, quanto para a conversão do tempo especial em comum, em um processo que não foi concluído pela falta de normativas específicas, no que tange aos procedimentos a serem estabelecidos, o que se concretiza com o segundo marco revisional.

#### **4.2. O Segundo Marco Revisional: A Orientação Interna nº 01, de 19/01/09**

A esperada normatização com vistas à uniformização dos procedimentos operacionais, veio com a emissão da Orientação Normativa nº 01/INSS/DRH, em 19/01/2009, determinando a ocorrência do reconhecimento de direitos a ser efetuado pela Unidade de Recursos Humanos do INSS, não havendo necessidade de emissão de Certidão de Tempo de Serviço ou de Certidão de Tempo de Contribuição por Agência da Previdência Social do INSS(RGPS)<sup>62</sup>.

Além disso foi estabelecido em seu artigo 6º o rol dos documentos que poderiam ser considerados com fins de comprovação do exercício laboral em atividades insalubres, penosas e perigosas, dentre os quais, no inciso IV, se encontrava a possibilidade de utilização de fichas financeiras correspondente à época dos adicionais, ainda que de forma intercalada, possibilitando a ocorrência da conversão mesmo para aqueles servidores que não possuíam laudos periciais comprovando o exercício laboral.

Por fim, no §2º do artigo 8º da mesma Orientação, temos a previsão da ocorrência de revisão de ofício, para todos os abonos concedidos com vigência posterior a 31/12/2003, para que pudesse ocorrer o reconhecimento do tempo especial, devendo ocorrer inclusive, o pagamento dos efeitos financeiros de forma retroativa<sup>63</sup>, caberia ainda, a ocorrência de revisão

---

<sup>62</sup> OI nº 01 de 19/01/09, Art. 2º O reconhecimento do tempo de serviço de que trata o artigo 1º far-se-á da seguinte forma: I – do período trabalhado especial vinculado ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, exercido na condição de servidor, antes da lei nº 8.112/1990, relativamente àqueles que foram enquadrados no RJU, será efetuado pela Unidade de Recursos Humanos do INSS, não havendo necessidade de emissão de Certidão de Tempo de Serviço – CTS ou Certidão de Tempo de Contribuição – CTC por Agência da Previdência Social do INSS(RGPS).

<sup>63</sup> OI nº 01, de 19/01/09, Art. 8º O período de tempo exercido sob condições insalubres, penosas e perigosas ou no exercício de atividades com Raios X e substâncias radioativas será considerado somente para fins de aposentadoria e abono de permanência. (...) § 2º Deverão ser revistos de ofício os abonos de permanência concedidos com vigência posterior a 31.12.2003 aos servidores que se submeteram ao Regime Jurídico da Lei nº8.112/90, cujo tempo de serviço foi reconhecido como especial na forma do

das aposentadorias, mediante requerimento dos interessados, conforme previsto no artigo 9<sup>o</sup><sup>64</sup>.

Assim, com base em uma Normativa Interna, tinha início efetivamente a Segunda “Revisão de Insalubridade” no âmbito do INSS, conforme previsto em seu artigo 11<sup>o</sup><sup>65</sup>, concedendo aos servidores do quadro deste Instituto a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, segundo os fatores de conversão de 1,20 para homem e 1,40 para mulher.

Seguindo na linha temporal, vamos encontrar, quase de forma simultânea a esta normativa, ainda com o objetivo de sanar a deficiência de regulamentação, no que tange ao tempo especial laborado, a Associação Nacional dos Servidores da Previdência e da Seguridade Social – ANASPS, impetrando em janeiro de 2009, o Mandado de Injunção nº 959-7<sup>66</sup>, para garantir aos seus filiados a aplicação do artigo 57 da Lei nº 8.213/91<sup>67</sup>, dispositivo que trata de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos trabalhadores que exercem atividades sob condições prejudiciais à saúde no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Assim, fundamentando o citado Mandado de Injunção, tem-se o pedido de que o artigo 57 da lei 8213/91 fosse aplicado aos servidores públicos com fins de suprir a omissão legislativa nesses casos. O citado artigo, faz referência a agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associações de agentes prejudiciais à saúde do segurado.

---

art. 2º da presente Orientação Interna, sendo o efeito financeiro retroagido à data em que o servidor tiver implementado os requisitos, respeitada a prescrição quinquenal e observado o limite de 31.12.2003.

<sup>64</sup> OI nº 01, de 19/01/09, Art. 9º Deverão ser revistas, mediante requerimento que constitui o Anexo II, as aposentadorias dos servidores aposentados neste órgão que se submeteram ao Regime Jurídico da Lei 8.112/90, cujo tempo de serviço foi reconhecido como especial na foram da presente Orientação Interna.

<sup>65</sup> OI Nº 01, de 19/01/09, Art. 11º Este ato tem caráter restrito, destinando-se a uniformizar procedimentos relativos ao cômputo do tempo de serviço público prestado sob condições insalubres, penosas e perigosas ou no exercício de atividades com Raios X e substâncias radioativas pelos servidores do Quadro de Pessoal deste Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sendo sua publicação exclusiva em Boletim de Serviço – BS, entrando em vigor na data da sua publicação.

<sup>66</sup> **Mandado de Injunção nº 959-7: “EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR DISCIPLINANDO A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidores públicos vinculados ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e ao Ministério da Saúde. Alegado exercício de atividade sob condições de insalubridade e periculosidade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido, em parte, para comunicar a mora legislativa à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91.”**

<sup>67</sup> Art. 57 A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado, que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15(quinze), 20(vinte) ou 25(vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei(...)

Os agentes nocivos<sup>68</sup> são os que podem promover danos à saúde ou integridade do trabalhador, nos ambientes de trabalho, em razão de sua natureza, concentração, intensidade e exposição aos agentes físicos (ruídos, vibrações, calor, pressões anormais, radiações ionizantes), químicos (poeiras, gases, fumos, névoas, óleos) ou ainda biológicos (microrganismos, como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus).

Fundamento esse, que foi aceito, e em 17 de setembro de 2009 o Ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal que concedeu a ordem pleiteada, com o objetivo de suprir a falta de Lei complementar disciplinadora das hipóteses de aposentadorias especiais dos servidores públicos, devendo a verificação da ocorrência das condições que a legitimam ocorrer no bojo do processo administrativo de concessão de aposentadoria.

Diante do resultado do Mandado de Injunção, o MPOG, expediu a Orientação Normativa nº 10, de 05 de novembro de 2010, destinada a todos os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC, estabelecendo os procedimentos relacionados à concessão de aposentadoria especial decorrente da aplicação do artigo 57 da Lei 8.213/91 aos servidores públicos federais que se figuravam como substituídos processualmente no Mandado de Injunção proposto pela ANASPS.

Esta normativa, além de disciplinar os casos de aposentadoria especial, tratou das hipóteses de conversão do tempo especial em comum, tendo em vista que tais hipóteses acabavam por ser pré-requisitos para a ocorrência da citada aposentadoria. O que acabou por enquadrar o segundo marco revisional como sendo efetivamente ampliativo de direitos.

#### **4.3. O Terceiro Marco Revisional: A Orientação Normativa nº 15, de 23/12/13**

As Orientações Normativas e a Orientação Interna anteriormente citadas, foram aplicadas regularmente a inúmeros servidores públicos federais durante vários anos, até que em 23 de dezembro de 2013, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, expediu as Orientações Normativas nº 15 e 16 revogando a Orientação Normativa SRH nº 07/07, e modificando as normatizações das aposentadorias especiais e critérios de conversão de tempo especial em comum.

---

<sup>68</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 381.

A Orientação Normativa nº 15/2003 surge com aplicação a todos os órgãos e entidades do SIPEC, estabelecendo novos procedimentos a serem adotados para a comprovação e conversão em tempo comum do tempo especial de serviço público por servidores submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho em período anterior a Lei 8.112/1990.

O MPOG utilizou como argumento para tal revisão, o fato de que a aposentadoria especial e a conversão de tempo seriam institutos distintos, e apenas o primeiro teria sido tratado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção, ao garantir aos filiados da ANASPS a aplicação do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, já que tal artigo trata especificamente da temática da Aposentadoria Especial.

Desse modo, o entendimento do MPOG de que a conversão do tempo especial laborado em comum seria um pré-requisito para a obtenção da Aposentadoria Especial passou a ser considerado equivocado, de modo que, com uma postura considerada equivocada por nós, o reconhecimento desse direito de forma ampliativa precisava ser revisto.

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da citada Orientação, somente seria considerado como atividades profissionais insalubres, penosas ou perigosas aquelas que fossem passíveis de enquadramento sob os códigos classificatórios do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, ou os Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979 <sup>69</sup>.

Estava clara a mudança de entendimento por parte do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. A conversão do tempo especial em comum que tinha sido realizada com base no enquadramento e caracterização dos servidores nas atividades especiais por meio de prova testemunhal, ou através da verificação da percepção dos adicionais nas fichas financeiras, conforme previsto no §2º do artigo 2º da ON nº15/13<sup>70</sup>, já não era admitido.

O enquadramento passava agora, a ser realizado por categoria profissional que presumidamente são sujeitas a condições especiais ou ainda desde que restasse comprovada a

---

<sup>69</sup> ON nº 15, de 23/12/2013, Art. 1º, Parágrafo Único. Para os fins de que trata esta Orientação Normativa, considera-se tempo de serviço público prestado sob condições especiais, aquele trabalhado em atividades profissionais insalubres, penosas ou perigosas, no período anterior à vigência da Lei nº 8.112, de 1990, que sejam passíveis de enquadramento sob os códigos classificatórios do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, ou, dos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, reproduzidos neste ato normativo como Anexos I e II.

<sup>70</sup> ON nº15, de 23/12/13, Art.2º, §2º Não será admitida prova exclusivamente testemunhal ou apenas a comprovação da percepção de adicional de insalubridade ou periculosidade ou gratificação por trabalhos com Raios – X ou substâncias radioativas para fins de comprovação do tempo de serviço público prestado sob condições especiais.

exposição à agentes nocivos no exercício das atribuições do emprego público, conforme previsto no artigo 3º da citada Orientação<sup>71</sup>.

Determinou ainda o MPOG que fosse realizada a revisão de todos os atos praticados com base na Orientação Normativa SRH nº 07/2007, o que acabou por gerar para o serviço público federal a necessidade da realização de mais uma “Revisão de Insalubridade”, com um retrabalho enorme para aqueles que integram os seus quadros.

Nesse momento, a revisão ocorreria de modo inverso à anteriormente realizada, tinha por objetivo promover a retirada do tempo convertido já assegurado aos servidores, pois a maioria das conversões efetuadas, tinham por base as fichas financeiras dos mesmos, com a comprovação do recebimento do adicional de insalubridade.

Com fins de efetivar o processo revisional no âmbito do INSS, a Diretoria de Gestão de Pessoas, em 14/04/14 emitiu o Memorando-Circular Conjunto nº 4/DGP/DIRSAT/INSS, com o objetivo de esclarecer as dúvidas decorrentes da aplicação das Orientações Normativas nº 15 e 16/2013.

Esclarecia a Diretoria de Gestão de Pessoas, que as Orientações Normativas eram autoaplicáveis, e as unidades de Gestão de Pessoas deveriam rever todos os atos de aposentadorias e abonos de permanência, praticados com fundamento na Orientação Normativa MP/SRH nº 7, de 20 de novembro de 2007.

Assim, vários atos administrativos que até aquele momento eram considerados válidos, precisavam ser revistos, pois passavam a ser considerados inválidos, já que a Administração Pública, por meio do MPOG utilizando a Autotutela, com o fundamento e o objetivo de restaurar a legalidade<sup>72</sup>, já não reconhecia o enquadramento dos servidores por meio das fichas financeiras como sendo pertinente ao ordenamento jurídico.

A Diretoria de Gestão de Pessoas, estabelecia de forma prática, todos os procedimentos a serem adotados no processo revisional, os quais, podem ser resumidos da seguinte forma:

---

<sup>71</sup> ON nº 15, de 23/12/13, Art.3º As atribuições consideradas como exercidas em condições especiais, capazes de possibilitar a conversão de tempo de serviço especial em comum poderão ser enquadradas com base nos seguintes critérios: I – pela ocupação de emprego público cujas atribuições sejam análogas às atividades profissionais das categorias presumidamente sujeitas a condições especiais, de acordo com as ocupações/grupos profissionais constantes no Anexo I desta Orientação Normativa; ou II – por exposição a agentes nocivos no exercício de atribuições do emprego público, em condições análogas às que permitem enquadrar as atividades profissionais como perigosas, insalubres ou penosas, de acordo com o Anexo II desta Orientação Normativa.

<sup>72</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 142.

Inicia com a Unidade de Gestão de Pessoas atuando o processo administrativo de revisão, apenso ao ele deve estar por juntada, o processo de conversão de tempo especial em comum; o processo de Abono de Permanência ou Aposentadoria.

No processo revisional deve-se acrescentar todos os documentos comprobatórios da exposição do servidor a agentes nocivos. Nesse momento, devido à mudança de entendimento, é necessário verificar o enquadramento do mesmo no rol das atividades constante no Anexo I da ON nº 15/2013.

Se o cargo do servidor no período celetista se enquadrava nas categorias profissionais, cuja exposição a agentes nocivos é presumida, não é necessário o envio do processo revisional a Seção de Saúde do Trabalhador – SST, pois o enquadramento será estritamente administrativo.

Caso não ocorra o enquadramento no Anexo I da ON nº 15/2012, a Unidade de Gestão de Pessoas deve preencher o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, conforme o Anexo III do Memorando Circular Conjunto nº 4/DGP/DIRSAT/INSS e emitir o Despacho e Análise Administrativa da Atividade Especial, incluindo ainda a cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS ou Contrato de Trabalho de Servidor.

Nesse momento, o despacho encaminha o processo revisional para a Seção de Saúde do Trabalhador – SST, da Unidade do INSS a que o servidor esteja vinculado. Essa seção analisará a possibilidade de emitir um Laudo Técnico das Condições do Ambiente do Trabalho - LTCAT, ainda que extemporâneo, para que assim se possa comprovar a exposição do servidor às condições insalubres.

Caso seja possível, a SST emitirá o LTCAT extemporâneo, caso não tenha elementos suficientes ela se manifestará para impossibilidade de emissão do LTCAT. Se ele for emitido, cabe a Unidade de Gestão de Pessoas completar o preenchimento do PPP e reencaminhar o processo para nova análise por parte da SST.

Se não tiver sido possível a SST emitir o LTCAT, a Unidade de Gestão de Pessoas deverá emitir Nota Técnica com indicação dos fatos e fundamentos, da revisão. Devendo ainda, notificar o interessado da sua ocorrência, oferecendo a este, o prazo de 15(quinze) dias para apresentar manifestação por escrito, caso assim deseje.

Depois de decorrido o prazo, não havendo manifestação, a Unidade de Gestão de Pessoas deve emitir despacho decisório, e publicar a decisão em Boletim de Serviço – BS ou Boletim de Serviço Local - BSL, com prazo de 10 dias para o interessado apresentar recurso.

Havendo manifestação, deverá a Gestão de Pessoas, analisar, e da mesma forma emitir o despacho decisório, com prazo para recurso. Somente após ter transcorrido o prazo recursal, caso não ocorra manifestação por parte do servidor, deve-se processar a revisão no Sistema.

Caso o servidor após todos os procedimentos revisionais opte por recorrer da decisão, o recurso tramitará por duas instâncias administrativas, para o Superintendente Regional e para o Diretor de Gestão de Pessoas, em um procedimento com trâmite igualmente longo e complexo.

Necessário se faz ressaltar que, se após o procedimento revisional o servidor não conseguir comprovar o exercício de atividade submetida a condições especiais, o tempo especial convertido deverá ser retirado da sua ficha funcional, o que pode vir a tornar nulo o seu ato de abono de permanência, ou ainda o ato de aposentadoria publicado no Diário Oficial da União.

Com a invalidação do ato administrativo, de acordo com Vladimir França<sup>73</sup>, temos: “(i) a quebra da validade do ato administrativo defeituoso; (ii) a desconstituição de sua eficácia; e(iii) a restauração material da situação anterior aos seus efeitos sociais ou, se isso for impossível, a recomposição pecuniária pelos danos sofridos.”

Assim, diante da retirada do tempo especial convertido, se o servidor não tiver tempo de serviço suficiente para gozar da aposentadoria, teremos a invalidação da mesma, com a restauração da situação material anterior, qual seja, deve o mesmo voltar ao trabalho, não ocorrendo a reposição ao erário dos valores recebidos de boa-fé<sup>74</sup>, durante todo o tempo em que ele esteve aposentado. Do mesmo modo, temos a restauração da situação anterior no caso de invalidação do Abono de Permanência.

#### **4.4. A Orientação Normativa nº 16, de 23/12/2013**

Paralelamente à Orientação Normativa nº15, que tratava dos procedimentos a serem adotados, quanto à comprovação e conversão em tempo comum do tempo de serviço especial, o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão emitiu a Orientação Normativa nº 16

---

<sup>73</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 140.

<sup>74</sup> ON nº 15, de 23/12/13, Art. 22. Os valores percebidos de boa-fé pelo servidor público a título de proventos de aposentadoria ou abono de permanência, decorrentes dos atos revistos em razão do que dispõe o art.21 desta Orientação Normativa, não serão objeto de reposição ao erário, nos termos do disposto na Súmula nº 34, de 16 de setembro de 2008, da Advocacia-Geral da União.



estabelecendo, os procedimentos administrativos necessários para os processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em virtude do mandado de injunção.

A citada orientação, no parágrafo único do artigo 1º<sup>75</sup>, já esclarece que a súmula vinculante nº 33<sup>76</sup> ou a ordem concedida no mandado de injunção, não asseguram, por si sós ao servidor público federal a aposentadoria especial, é necessário ocorrer a análise administrativa, com a verificação de todos os requisitos comprovando o enquadramento no artigo 57 da Lei 8.213/91.

Porém, de todos os artigos existentes na ON nº 16/2013, sem dúvidas o artigo 24 acabou por se tornar o artigo mais polêmico, ao prever que “é vedada a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência”.

Este artigo, ensejou a propositura de um Mandado de Segurança Coletivo por parte da ANASPS, com vistas a suspensão de sua aplicação e o restabelecimento para os servidores substituídos, da aplicação dos artigos 9º e 10º da Orientação Normativa nº 10/2010, garantindo a eles o direito à conversão do tempo especial em tempo comum.

Bem como, almejava ainda, impedir a revisão dos atos de conversão do tempo especial praticados com base na ON nº 10/2010 em relação aos beneficiários que já estariam aposentados ou recebendo abono de permanência, como base no fato da Lei Complementar prevista no §4º do artigo 40 da Constituição Federal nunca ter sido editada, o que ainda garantia a validade do Mandado de Injunção nº 959-7.

Em 01/06/2014 o Mandado de Segurança Coletivo teve decisão liminar Parcialmente Deferida, suspendendo a aplicação do artigo 24 da ON nº 16/2013, aos substituídos da ANASPS, bem como suspendeu a revisão dos atos de conversão do tempo especial concedidos com fundamento na ON nº10/2010, em relação aos beneficiados já aposentados ou que estivessem recebendo o abono de permanência.

---

<sup>75</sup> ON nº 16, de 23/12/13, art. 1º, Parágrafo único. A súmula Vinculante nº 33 ou a ordem concedida em mandado de injunção não asseguram, por si sós, ao servidor público federal, o direito à aposentadoria, com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, impondo tão somente à autoridade administrativa competente o dever de analisar o efetivo preenchimento de todos os requisitos que, se cumpridos, serão suficientes à concessão.

<sup>76</sup> Súmula Vinculante 33 – Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, §4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Através do Parecer nº 837/2014- AGU/PRUI/COSEP, de 29 de setembro de 2014, foi comprovada a executoriedade imediata do Mandado de Segurança que passou a ser cumprido pelo INSS, vigorando por vários anos.

Em 30 de março de 2016, foi expedido o Memorando-Circular Conjunto nº 1/DADJ/CADC/INSS, no âmbito do INSS, com vistas a reforçar a informação de que o Mandado de Segurança ainda se encontrava válido, devendo ser aplicado somente aos substituídos no processo, que eram aqueles servidores que se encontrava filiados à ANASPS quando de sua propositura em abril/2014.

Porém, em 27 de julho de 2016, foi publicada a sentença que denegou a segurança, revogando expressamente a liminar. A ANASPS interpôs apelação requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso e o restabelecimento da liminar, sob alegação que o Supremo Tribunal Federal teria reconhecido somente o direito a aposentadoria especial e não à averbação de parte do tempo trabalhado sob condições especiais.

Foi utilizado ainda como argumento para denegar a segurança, a súmula 473 do STF, relembrando o poder-dever de Autotutela da Administração que não poderia se abster de corrigir a interpretação equivocada contida na Orientação Normativa nº 10/2010.

Assim, restava consolidado o entendimento de que não caberia ao servidor público federal, o enquadramento mediante a apresentação de fichas financeiras, comprovando o recebimento do adicional de insalubridade com a conversão em comum, do tempo especial laborado antes da Lei 8.112/90, decisão que afetou diretamente inúmeros servidores no âmbito do INSS, que deixaram de perceber o abono de permanência anteriormente concedido, ou ainda tiveram que retornar ao trabalho quando suas aposentadorias foram tornadas nulas.

## 5 A BOA FÉ DA ADMINISTRAÇÃO E O PROCESSO REVISIONAL

No curso das chamadas “Revisões de Insalubridade” percebemos que houve uma clara mudança de entendimento por parte da Administração Federal, na forma de promover o enquadramento do servidor na comprovação do labor sob condições especiais, diante de uma omissão legislativa, no que tange a emissão da Lei Complementar para regulamentar o §4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Porém, algumas questões são sempre levantadas por parte dos servidores que são atingidos pelos procedimentos revisionais: Até que ponto, em nome da legalidade se pode comprometer a segurança jurídica? Como justificar a mudança de entendimento por parte da Administração? Há limite temporal para a possibilidade de ocorrência da Revisão? Como fica a questão da Boa-fé que deve guiar a atuação da Administração Pública? Como explicar os conceitos de “justiça” e “equidade” diante de casos concretos tão dispares?

A dualidade legalidade x segurança jurídica marca, o atuar da Administração em vários momentos. O artigo 3º da Constituição Federal nos apresenta como sendo um dos objetivos fundamentais do Brasil, constituir uma sociedade livre, justa e solidária, ressaltando a importância da ideia da segurança jurídica, como uma constante, na busca pela “justiça” nas relações.

Nesse contexto, a segurança jurídica não pode ser algo que se contraponem à justiça nas relações, mas, deve ser um dos meios utilizados para que este ideal possa ser atingido, com a manutenção da boa-fé e confiança<sup>77</sup>.

Por outro lado, a autoridade administrativa, no momento de criação ou aplicação das normativas, deve ter a legalidade como guia na sua atuação<sup>78</sup>, com vistas ao atendimento da finalidade legal. De acordo com Weida Zancaner<sup>79</sup> temos que: “só será legal a ação administrativa quando esta encontrar nas prescrições legais a sua própria razão de existir.”

No caso em tela, as chamadas “Revisões de Insalubridade” se mostram como atos

---

<sup>77</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. Revista do Ministério Público, Rio Grande do Sul, n. 45, p. 35-60. Disponível em: [www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1281015901.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015901.pdf). Acesso em: 01 de dez., 2017

<sup>78</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 139.

<sup>79</sup> ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.19.

oriundos da competência discricionária da Administração, na determinação de como se dará o reconhecimento do exercício da atividade em condições especiais, promovendo uma mudança nesse entendimento, sob a motivação<sup>80</sup> de promover a manutenção da legalidade, já que, existe uma previsão legal de que o tempo de serviço é regido pela Lei da época em que foi prestado pelo servidor.

Assim, o parágrafo único do artigo 1º da ON nº 15/2013, veio prevendo a necessidade de enquadramento dos servidores federais de acordo com as normativas da época, anterior a 11/12/1990, quais sejam: o quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, ou dos anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, excluindo as formas de enquadramento que não sejam por atividade ou exposição.

Desta forma, no momento da ocorrência da Revisão, a invalidação dos atos de Aposentadoria ou Abono de Permanência dos servidores atingidos por ela, se mostram como sendo Atos de competência vinculada, pois não se pode admitir a permanência de Atos que atinjam diretamente a juridicidade<sup>81</sup> do sistema.

Porém, é justo e necessário, que se observe o marco temporal, para a ocorrência das revisões, já que o artigo 54 da Lei 9.784/99<sup>82</sup>, estabelece o prazo prescricional e decadencial de cinco anos, da expedição do ato ou da percepção dos efeitos materiais, para a Administração anular ou invalidar atos dos quais decorra efeitos favoráveis para os seus destinatários.

Não obstante a necessidade de se observar o prazo prescricional, uma outra limitação surge, oriunda do disposto no inciso XIII do artigo 2º da Lei 9.784/1999<sup>83</sup>, ao informar que a interpretação da norma administrativa deve ocorrer de forma a garantir o melhor atendimento ao fim público, sendo vedada a sua ocorrência de forma retroativa, do modo que se tem, mais

<sup>80</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo*. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Temas de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 120-121.

<sup>81</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 37.

<sup>82</sup> L. 9.784/99, art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorra efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada 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.

<sup>83</sup> L. 9.784/99, Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:(...) XIII – interpretação da norma administrativa de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

uma limitação para a ocorrência da revisão em tela.

Pois para que fosse possível que a ON nº 15/2013 pudesse promover a chamada “Revisão de Insalubridade” ela teria que atuar de forma retroativa, o que ocorreu na prática, a despeito da previsão legal pela impossibilidade de retroatividade.

Quando analisamos as revisões empreendidas pelo Poder Executivo no âmbito do INSS, através de uma Linha do Tempo, a ocorrência da primeira delas, se dá com a ON nº 07/2007, a segunda delas como sendo oriunda da OI nº01/2009 ou ainda da ON ° 10/2010, e a terceira e última, oriunda da ONº 15/2013.

O artigo 24 da ON nº 15/2013, revoga expressamente a ON nº 07/2007, e promove uma grande modificação na forma de enquadramento dos servidores para comprovação do exercício da atividade especial, mais de cinco anos após do surgimento da primeira orientação normativa, o que fere frontalmente a noção de boa-fé que rege as relações dos servidores com a Administração.

Isso ocorre de tal forma que, todos os atos oriundos dos normativos anteriores passam a estar maculados com vícios quanto ao conteúdo, e passam a ser incompatíveis com o previsto no ordenamento jurídico, pois dotados de um vício insanável<sup>84</sup> que compromete todo o ato de conversão do tempo especial em comum.

O ato passa a ser nulo, mas não se pode deixar de considerar os efeitos jurídicos por ele já produzidos, apesar da orientação existente ser a de que deve-se restaurar a situação material anterior, ou quando não for possível, resolver com perdas e danos<sup>85</sup>.

Porém, estamos diante de inúmeros servidores que já se encontravam aposentados e precisam retornar ao trabalho, após alguns anos de inatividade. Ou ainda, diante de outros que percebiam o benefício do Abono de Permanência e de repente se vêem privados desta quantia de relevância para o orçamento familiar.

Momento no qual, os servidores questionam a ideia de boa-fé que guiava a sua relação com a Administração. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>86</sup>, a boa-fé garantia uma relação de lealdade e sinceridade entre eles, na confiança que não existiria nenhum comportamento por parte da Administração com o objetivo de dificultar o exercício de direitos

---

<sup>84</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 156.

<sup>85</sup> \_\_\_\_\_ idem, p. 187.

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 107

por parte dos cidadãos.

Alguns administrados chegam até a questionar a tão esperada moralidade na atuação da Administração, essa que surge como um desdobramento da legalidade, também prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e tem por escopo uma atuação mediante regras de uma boa administração, com base no interesse do povo e bem comum.

Como falar em interesse do povo, quando uma gama enorme de servidores são atingidos em sua contagem de tempo de serviço, por meio de uma medida restritiva de direitos, muitos anos após a garantia de direitos por meio de uma medida ampliativa?

Do mesmo modo, a ideia de segurança jurídica se vê abalada, pois situações que aparentavam garantir ao servidor o mínimo de estabilidade e previsibilidade para o futuro são atingidas de tal forma, que até o retorno ao trabalho para os servidores que já gozavam da tão sonhada e esperada aposentadoria pode vir a ocorrer.

A segurança jurídica e por consequência a proteção da confiança, exigem a racionalidade no exercício do poder, de modo que a relação entre a administração e administrados tenha seus efeitos jurídicos garantidos.

De tal modo, que J.J. Canotilho, nos apresenta três principais desdobramentos para a ideia de segurança jurídica, são eles: “(1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos<sup>87</sup>.

Assim, o que se espera da segurança jurídica, em relação aos Atos Administrativos, é a estabilidade dos mesmos, quando se está diante de atos constitutivos de Direitos. Esse princípio busca evitar grandes danos, oriundos das mudanças advindas da autotutela administrativa, limitando assim a ocorrência de mudanças drásticas ocorridas na vida dos servidores.

A ideia de que poderiam ser adotadas medidas visando a estabilização dos efeitos dos atos inválidos, foi utilizada de forma muito incipiente. Seabra Fagundes<sup>88</sup>, nos explica que, há algumas hipóteses nas quais, mesmo o ato sendo nulo seus efeitos jurídicos se perpetuam no

---

<sup>87</sup> CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2009.p. 257.

<sup>88</sup> FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**.5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p.61.

tempo, como vistas a manutenção da supremacia do interesse público sobre o privado.

Neste sentido, Weida Zancaner<sup>89</sup> enuncia alguns requisitos que, sendo cumpridos garantem a manutenção do ato ampliativo de direitos que se encontra inválido, mesmo sem ter cumprido o prazo prescricional, quais sejam: “haver decorrido um certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; existência de regra ou princípio de Direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário.”

Quando se analisa as hipóteses de estabilização de ato administrativo viciado, o decurso do tempo passa a ser o primeiro a elemento a ser analisado. Nesse caso, o prazo a ser considerado seria o prazo prescricional, ou seja, esgotado o prazo para o administrativo questionar o ato em juízo, também estaria esgotado o prazo para que o mesmo fosse revisto pela via administrativa. Funciona o prazo prescricional como prazo para estabilização dos atos administrativos<sup>90</sup>.

Ocorre, porém, restrição à possibilidade de estabilização de ato administrativo pelo decurso do tempo, sempre que ficar provada a má-fé, tanto por parte do administrado, quanto por parte da Administração<sup>91</sup>.

No caso da Revisão proposta pela ON nº 15/21013, o parágrafo único do artigo 21<sup>92</sup>, nos apresenta algumas hipóteses, nas quais mesmo o ato sendo considerado viciado, não seria o objeto de revisão, pois seria considerado estabilizado pelo sistema onde foi inserido.

Essa hipótese é encontrada quando o ato de aposentadoria ou pensão que já tiver sido registrado pelo Tribunal de Contas, em uma hipótese bastante restritiva, se levarmos em conta o grande volume de Atos de Aposentadoria que são registrados, e ingressam na Corte de Contas todos os dias, demorando bastante tempo até que sejam apreciados.

Assim, essa hipótese vem mais uma vez, a ferir os princípios que deveriam reger a atuação do Poder Executivo. Verificamos um ofensa direta ao princípio da Igualdade, a ideia de isonomia, segundo a lição de Fabiano Mendonça<sup>93</sup>, em seu sentido de evitar privilégios e

<sup>89</sup> ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 62.

<sup>90</sup> LEITE, FÁBIO Barbalho. Rediscutindo a Estabilização, pelo decurso temporal, dos Atos Administrativos supostamente viciados. Estudos em Direito Público, Natal, p. 58-74, nov.2002.

<sup>91</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 163-203.

<sup>92</sup> ON nº 15, 23/12/13, Art.21. (...) Parágrafo único. Não serão objeto de revisão os atos de aposentadoria ou pensão que se já encontrarem registrados pelo Tribunal de Contas da União.

<sup>93</sup> MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por Ato Judicial Violador da Isonomia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 111.

perseguições, pois servidores que aparentemente se enquadram nas mesmas condições, qual seja, se encontram aposentados, são atingidos pela revisão de forma diversa.

Aquele administrado que “por sorte” já tiver sido julgado pelo TCU, passa a ser protegido pelo manto da legalidade, mesmo que oriundo de um ato considerado inválido, já aquele que não tiver sido julgado, corre o risco até de precisar voltar ao trabalho.

Ocorre que, o julgamento é um ato que não depende do servidor, ou do órgão da Administração a que ele se vincula diretamente, e sim de um órgão de controle externo. Pode ocorrer de dois servidores que tenham se aposentado no mesmo dia, pelo mesmo fundamento e com o mesmo tempo de serviço tenham julgamentos em datas tão distintas, que possamos vislumbrar um intervalo de anos entre eles.

Diante de tão complexa situação e diferentes tratamentos para casos de origem tão parecidas, a busca pelo Poder Judiciário tem se mostrado como a última opção para aqueles que se vêem atingidos em seus direitos.

É bem verdade que a atuação do Poder Judiciário acerca de fatos que envolvem o exercício do poder discricionário deve se dar de forma contida. Não cabe ao juiz analisar o mérito do juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador.

Nesses casos, porém, o que se busca é a manutenção de direitos atingidos pela mudança de entendimento, sem atacar o ato discricionário em si. De uma forma geral, fazendo um apanhado superficial com fins ilustrativos<sup>94</sup>, sob o argumento de que o tempo de serviço deve

---

<sup>94</sup>PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES. FOSFINA. AGENTE QUÍMICO PREVISTO NOS DECRETOS REGULAMENTADORES. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO TÉCNICO ATÉ 5.3.1997. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE ESPECIAL. AGRAVO DO INSS DESPROVIDO. 1. Os benefícios previdenciários são regidos pela lei vigente ao tempo da implementação das condições necessárias para determinado fim. Assim, tratando-se de reconhecimento de tempo de serviço deve ser considerada a legislação vigente à época que exercida a pretensa atividade. 2. À época da atividade desempenhada pelo autor estavam em vigor os Decretos 53.831/64 e 83.080/78, que elencavam a atividade com exposição à fosfina no item 1.2.6, como insalubre, o que lhe garante conversão pretendida. 3. Agravo Regimental do INSS desprovido. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – APOSENTADORIA- CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM – FATOR VIGENTE À ÉPOCA DO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO – 1,2 – APLICAÇÃO DE ÍNDICE DIVERSO – IMPOSSIBILIDADE – ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA FIRMADA NA CORTE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 168/STJ – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o fator de conversão é um critério exclusivamente matemático que visa estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o tempo necessário à aposentadoria comum e à especial, devendo ser adotado o índice vigente na ocasião do requerimento do benefício, exatamente o que consignado no acórdão embargado. Resp nº 1.151.363/MG, julgado pela sistemática do art. 543-C, §1º,



ser regido para legislação a época em que foi prestado, direito adquirido e do ato jurídico perfeito, os resultados têm sido positivos para os servidores que ingressam na justiça.

---

do CPC. 2. Acórdão embargado que se manteve fiel à jurisprudência da Corte, atraindo a incidência da Súmula nº 168/STJ. 3. Agravo regimental não provido.(AgRg nos EREsp 1220954 PR 2012/0099967-7(STJ))

## 6 CONCLUSÃO

A Discricionariedade tem natureza instrumental, indispensável à boa gestão da coisa pública. De tal forma que, percebemos que a Discricionariedade não é um juízo *a priori*, mas sua configuração variará de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Nesse contexto, cabe ao administrador o dever de buscar a medida que atenda de modo preciso a finalidade da Lei. Atuando assim, com o dever jurídico funcional de acertar, ante a configuração do caso concreto, na busca pela providência ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da Lei.

Assim, a presença de conceitos jurídicos indeterminados, vai garantir uma margem de discricionariedade, dentro da moldura do ordenamento jurídico. Diante dessa margem de atuação, a autotutela administrativa muitas vezes garante a promoção da revisão de atos que não se mostravam convenientes ou oportunos, promovendo uma mudança na forma do entendimento da Administração acerca de alguns aspectos.

Se utilizando do o exercício de todas essas prerrogativas, o Poder Executivo, diante de uma omissão do Legislativo, acerca da regulamentação dos casos de aposentadoria especial, bem como dos aspectos que envolvem a conversão do tempo especial em comum dos servidores que laboraram sob a égide da CLT até 11/12/1990, nos seus quadros, promoveu muito recentemente uma mudança de entendimento no que tange aos aspectos de enquadramento funcional para nas hipóteses de exercício de atividade especial, o que acabou por gerar a chamada “revisão de insalubre”.

Uma revisão de grandes proporções, pois afeta diretamente praticamente todos os servidores que integravam seus quadros até 11/12/1990 e realizaram a conversão do tempo especial em comum mediante a comprovação do recebimento do adicional de insalubridade via fichas financeiras, sem apresentar Laudos técnicos das condições de trabalho ou outros fatores que comprovassem a exposição aos fatores de risco na época do recebimento desse adicional.

Assim, princípios como boa-fé, segurança jurídica, isonomia, confiança foram frontalmente atingidos, em nome da discricionariedade/autotutela administrativa, sob a justificativa da manutenção da legalidade.

Situações que já se encontravam estabilizadas pelo decurso de tempo, foram revistas. Entendimentos outrora ampliativos de direitos passaram a ser considerados inválidos, transformando o ato administrativo, que passava a ser considerado nulo.

Esse procedimento revisional, atingiu inúmeros servidores no gozo do seu benefício de Aposentadoria, ou ainda no exercício de suas condições para o implemento da mesma, através do Abono de Permanência, o que gerou muita revolta e insatisfação nos quadros da Administração Federal, sobretudo no âmbito do INSS.

É necessário se ter em mente que em muitos casos, mesmo que o ato administrado seja atingido por uma nulidade, o decurso do tempo já promoveu nele a estabilidade necessária para que se promova a sua convalidação pela via decadencial.

Tal hipótese se encaixava de forma bastante adequada para o caso que foi objeto de estudo no presente trabalho. Porém, não foi a postura adotada pelo Executivo Federal em sua atuação.

A ideia de segurança jurídica, como algo a garantir o mínimo de desgaste e modificações oriundas das revisões promovidas por meio da autotutela, se mostrou bastante insatisfatória. A gama de servidores protegidos por esse ideal, não se mostra digna de comentários, e acaba por gerar mais insatisfação decorrente das situações que quebra de isonomia que sentida na pele por parte dos administrados.

Da análise implementada, percebemos que o Poder Judiciário atua de forma valiosa para os jurisdicionados, representando a garantia última para a contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

Sob uma ótica garantista de atuação, na medida em que é acionado com vistas a possibilitar a efetivação de Direitos Fundamentais de modo excelente, percebe-se que os administrados buscam por meio dele, a concretude da ideia de Dignidade da Pessoa Humana, por meio da manutenção dos princípios da boa-fé e confiança a reger as relações da administração e seus servidores com vistas a assegurar manutenção de direitos e o ideal de segurança jurídica àqueles que o procuram.

Assim, diante de um processo revisional que vem ferindo uma enorme gama de direitos fundamentais, que põe por terra todas as teorias que propõem a estabilização dos sistemas, as

ideias de economicidade e razoabilidade no atuar da Administração, o Poder Judiciário neste caso especificamente tem sido, a última esperança dos servidores na garantia do direito à conversão do tempo especial em comum, com fins da garantia do usufruto de sua tão sonhada Aposentadoria.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. **In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Temas de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO FILHO, José das Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Altas, 2005.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. 5 ed. Navarra: Thomson, 2000.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa no Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

KRELL, Andreas Joachin. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEITE, FÁBIO Barbalho. Rediscutindo a Estabilização, pelo decurso temporal, dos Atos Administrativos supostamente viciados. Estudos em Direito Público, Natal, p. 58-74, nov.2002.

- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. v.1. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.34, n.133, p. 197-206, jan/mar. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/208/r133-20.PDF?sequence=4>. Acesso em: 30 nov., 2017.
- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por Ato Judicial Violador da Isonomia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Princípio da Boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 163-203.
- NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos Jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.7, p. 167-193, Jan/jun. 2010. Disponível em: <http://direitoadm.com.br/125-conceitos-juridicos-indeterminados/>. Acesso em: 24 mar., 2017.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas Editora, 2008.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista do Ministério Público**, Rio Grande do Sul, n. 45, p. 35-60. Disponível em: [www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1281015901.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015901.pdf). Acesso em: 01 de dez., 2017

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.