



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

PARECER/MP/CONJUR/KNN/Nº 0608 - 3.25 / 2008

PROCESSO Nº 10168.004591/2001-24

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA DECISÃO QUE INTERROMPEU O PAGAMENTO DO CUSTEIO DE MORADIA E DETERMINOU O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. SERVIDOR QUE TINHA DOMICÍLIO EM BRASÍLIA NA ÉPOCA DA NOMEAÇÃO PARA O CARGO EM COMISSÃO. PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO BENEFÍCIO, PORÉM ISENTANDO-O DA RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. ERRÔNEA INTERPRETAÇÃO DA LEI PELA ADMINISTRAÇÃO E BOA -FÉ NO RECEBIMENTO.

1. Trata-se de Recurso Administrativo interposto pelo servidor [REDAZIDO], ocupante do cargo de Assessor do Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico – DAS 102.4, no período de 15.09.99 a 12.03.00, e de Coordenador-Geral de Defesa da Concorrência em Brasília - DAS 102.4, no período de 13.03.00 a 24.08.01, contra decisão administrativa proferida no processo nº 10166.009705/2001-42.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

2. Segundo o recorrente, a Administração vinha custeando a sua moradia desde a sua nomeação para o cargo de DAS 102.4 e que, na ocasião da solicitação referente ao mês de julho/01, foi surpreendido pela decisão da Gerência Regional de Administração do Distrito Federal de não mais proceder ao ressarcimento, bem como determinando a restituição ao Erário dos valores já pagos.

3. Alegou que a decisão de reposição dos referidos valores deu-se sem que fosse previamente notificado, inobservando, portanto, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. No mérito, aduziu que preenche todos os requisitos previstos no Decreto nº 980/93, fazendo jus ao benefício. Que se encontra correto o entendimento consignado no Ofício SPU nº 995/00 (fl.59), da Secretaria de Patrimônio da União, segundo o qual caberia o custeio de moradia previsto no Decreto nº 1.840/93 para os casos estabelecidos no Decreto nº 980/93, caso não haja a disponibilidade de imóvel funcional.

5. Ademais que referido direito *decorre da representação funcional*, independentemente da situação anterior do ocupante do cargo em comissão, caso em que, ainda que o servidor se encontrasse em Brasília à época da nomeação, prevaleceria o direito.

6. Argumentou que o conceito de *deslocamento* dado pelo Decreto nº 1.840/96 não se refere à mudança de domicílio em razão do exercício do cargo em comissão. Para isto, trouxe à baila o Ofício-Circular nº 2, de 01.08.97, publicado no DOU de 04.08.97, que diz ser possível o ressarcimento das despesas de estada dos ocupantes dos cargos de DAS 4, 5 e 6, desde que *“tenham sido deslocados para Brasília, mesmo que, inicialmente, nomeados para cargos que não os acima mencionados”*.

7. Que seu caso se enquadra na condição exposta, tendo se deslocado à Brasília para assumir o cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Ademais, disse que seu domicílio originário se encontra no estado da Bahia, considerando-se ainda este como seu *domicílio eleitoral* e sua *residência fixa*.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

8. Por fim, inferiu que a Administração Pública teria alterado o seu entendimento sobre as normas regulamentares do benefício depois de o ter concedido, infringindo o art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784/99, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação.
9. Posto isto, requereu a reconsideração da decisão exarada no processo nº 10166.009705/2001-42, com vistas a: a) dar prosseguimento ao pagamento do custeio da moradia do mês de julho/01; b) ser declarada a legalidade dos ressarcimentos já efetuados, desobrigando-o do dever de indenizar o Erário.
10. A Coordenação-Geral Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional- PGFN (fls. 108/109), antes de analisar o mérito, solicitou a juntada de documentos complementares, o que foi atendido pela Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda (fls. 110/118).
11. Em nova manifestação (Parecer PGFN/CJU/CPN/º 66/2008 - fls. 123/142), o órgão jurídico da PGFN concluiu pela improcedência do pedido, porém, pelo reconhecimento do direito do interessado em impugnar os valores apresentados pela Administração, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Por fim, sugeriu o encaminhamento dos autos à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento - SRH/MP, em face de sua competência, com posterior restituição à Coordenação.
12. De acordo com o citado parecer, os Decretos nºs 980/93 e 1.840/96 são complementares, devendo ser interpretados de modo conjunto. Desta forma, tanto a concessão de imóvel funcional quanto o direito ao ressarcimento dependem da observância dos requisitos de ambos os atos normativos.
13. Concluiu ainda que falta ao servidor o requisito imposto pelo Decreto nº 1.840/96: *ter sido deslocado para Brasília para ocupar o cargo de DAS 4,5 ou 6*, o que lhe impede de obter o direito a ocupação de imóvel funcional e, ainda, ao auxílio-moradia. Neste sentido trouxe à baila transcrição do Acórdão do TCU nº 728/2006.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

14. Quanto ao fato da Administração ter criado nova interpretação acerca da matéria, fundamentou que já havia determinação normativa no sentido da impossibilidade do recebimento do benefício (IN nº 06 do antigo MARE, de 38.03.96), razão pela qual restou caracterizada a inexistência de colisão entre o entendimento anterior e atual.

15. Por outro lado, o parecerista salientou a necessidade de observância do princípio da ampla defesa e contraditório no processo administrativo que irá fixar o *quantum debeatur* a ser reposto pelo servidor.

16. Às fls. 143/146 encontra-se despacho da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas da SRH/MP.

17. É o relatório.

18. Conforme se extrai do relato acima, o recorrente, antes de ocupar o cargo de Assessor do Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico – DAS 102.4, em 16.09.99 (fl. 34), já se encontrava domiciliado em Brasília, em razão de sua nomeação para o cargo efetivo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (vide Portaria de nomeação, publicada em 26.06.98 – fl. 84).

19. O domicílio do servidor é fixado por lei, *ex vi* parágrafo único do art. 76 do CC¹. Isto significa que independe se o servidor tinha como residência (aspecto meramente fático) ou domicílio eleitoral a cidade de Salvador- Bahia. O domicílio do referido servidor, para efeitos jurídicos, no momento em que assumiu o cargo em comissão, era a Capital Federal.

¹ “Art. 76. **Têm domicílio necessário** o incapaz, o **servidor público**, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.” (grifo nosso)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

20. Assim sendo, o referido servidor não preenchia os requisitos que lhe conferisse o direito a ter sua estada custeada às expensas da Administração Pública, como prescreve o art. 1º do Decreto nº 1.840/96² e a IN-MARE nº 6/96³.

21. Com efeito, encontra-se correto o entendimento do Memorando GRH/GRA-DF nº 203/2001, de 04.05.01 (fl.115), da Gerência de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda, corroborado pelo Ofício nº 204/2001-COGLEES/SRH, de 05.07.01 (fl.116), da Coordenação-Geral de Sistematização e Aplicação da Legislação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, segundo o qual informa “*que os Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, conforme consta dos Editais de Abertura de Inscrições, são nomeados para exercício público efetivo em Brasília. Assim, se nomeados para cargo em comissão nesta localidade, não farão jus a custeio de despesas com estadia ou ajuda de custo, porque aqui já são lotados*”.

2 “Art. 1º O ocupante de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 4, 5 e 6, **deslocado para Brasília**, que faça jus a moradia funcional, poderá, mediante ressarcimento, ter custeada sua estada às expensas do órgão ou da entidade em que tiver exercício, a partir de sua posse, na hipótese de o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão não dispor de imóvel funcional para alojá-lo, condicionado à existência de disponibilidade orçamentária.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, igualmente, aos ocupantes de cargo de Ministro de Estado, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 5 e 6, e de Natureza Especial, ou equivalente, bem como àquele nomeado inventariante ou liquidante de órgão, autarquia, fundação pública federal, empresa pública ou sociedade de economia mista, sempre que o exercício ocorra em localidade diferente de seu domicílio.

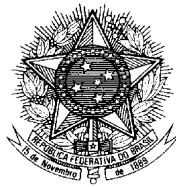
§ 2º O ressarcimento de que trata este artigo alcança, também, aqueles empossados a partir de 1º de janeiro de 1995 até a data da publicação deste Decreto.”(destaque nosso).

³ O MINISTRO DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no Decreto nº 1.840, de 20 de março de 1996, resolve: Disciplinar no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - SIG, o custeio de moradia funcional do ocupante de cargo em comissão, **deslocado para Brasília**, que faça jus a moradia funcional.

2-DO

RESSARCIMENTO

2.1 - A Administração, caso não disponha de imóvel funcional para alojar o ocupante de cargo do Grupo de Direção e Assessoramento Superior - DAS, níveis 4, 5 e 6, com exercício no Distrito Federal, poderá, a partir de sua posse e mediante reembolso, custear a despesa com moradia funcional do servidor nomeado para os cargos ora indicados^{2.3}. Não fará jus ao ressarcimento de que trata este item o servidor que seja proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel residencial em Brasília, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação da construção;(grifo nosso)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

22. Tal interpretação é consentânea à orientação do Tribunal de Contas da União, vide Acórdão 728/2006, bem trazido no Parecer PGFN/CJU/CP/Nº 66/2008 às fls. 130/134. Segundo o TCU, “a concessão do auxílio-moradia aos detentores de DAS 4, 5 e 6, já residentes na Capital Federal, independentemente de possuírem ou não imóvel próprio, constitui-se em pagamento indevido de vantagem salarial, sem fundamentação jurídica, caracterizando, ainda, desvio da finalidade do Decreto nº 1.840/96”.

23. Para o citado Tribunal, a finalidade do ressarcimento das despesas de moradia pela Administração é compensar o servidor a sair de seu estado originário, a fim de exercer os altos cargos comissionados elencados no Decreto nº 1.840/96 e na IN-MARE nº 06/96. Este incentivo, por sua vez, não tem fundamento para os servidores nomeados aos referidos cargos em comissão já residentes em Brasília.

24. Neste diapasão, não há que discordar das conclusões do Parecer da PGFN/CJU/CPN/Nº 66/2008 no sentido de que não caberia ao recorrente direito ao custeio da sua estada, observando apenas que teria ele, sim, direito a imóvel funcional, caso houvesse algum disponível. Isto porque a exigência contida no Decreto nº 1.840/96 do *deslocamento do servidor para Brasília* não se encontra no Decreto nº 980, de 11.11.93⁴.

4 Art. 8º Os imóveis residenciais administrados pela Secretaria do Patrimônio da União, havendo disponibilidade, somente poderão destinar-se ao uso por: (Redação dada pelo Decreto nº 4.528, de 18.12.2002)

I - Ministro de Estado; (Redação dada pelo Decreto nº 1.660, de 5.10.1995)

II - ocupantes de cargo de Natureza Especial; (Redação dada pelo Decreto nº 1.660, de 5.10.1995)

III - ocupantes de cargo em comissão, de nível DAS-4, DAS-5 e DAS-6, em órgão da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (Redação dada pelo Decreto nº 1.660, de 5.10.1995)

Art. 9º É vedada a cessão de uso de imóveis residenciais a servidor quando este, seu cônjuge, companheiro ou companheira amparados por lei:

I - for proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel residencial em Brasília, incluída a hipótese de lote edificado sem averbação de construção, exceto no caso do inciso I do art. 5º; (Redação dada pelo Decreto nº 1.803, de 6.2.1996)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

25. Não há de confundir o Decreto nº 980/93 que dispõe sobre a **cessão de uso e a administração de imóveis residenciais de propriedade da União** com o Decreto nº 1.840/96 que trata do **custeio da estada dos ocupantes de cargos públicos**. Para obter o direito ao uso de imóvel funcional, devem ser observados apenas os requisitos do primeiro ato normativo, enquanto que para o direito ao custeio de moradia pela Administração, é necessário que o servidor **faça jus à moradia funcional** (ou seja, preencha os requisitos do Decreto nº 980/93) e **tenha se deslocamento para Brasília para ocupar o cargo comissionado** (Ministros de Estado ou de natureza especial ou DAS 4,5 e 6). Ademais exige-se a **indisponibilidade de imóvel funcional e a existência de disponibilidade orçamentária**, *ex vi* art. 1º do Decreto 1.840/96.

26. Quanto ao argumento trazido pelo recorrente de que feriria o princípio da isonomia a não concessão de auxílio-moradia a aqueles já residentes na cidade de Brasília que preencham os requisitos do Decreto nº 980/93, uma vez que o Decreto nº 1.840/93 visa apenas assegurar o direito à moradia quando não houver disponibilidade de imóvel funcional, vale trazer à baila novamente o Acórdão nº 728/2006, colacionado ao parecer PGFN/CJU/CPN/ Nº 66/2008 (trecho encontrado no Relatório do Ministro Relator):

Relatório do Ministro Relator

1. (...)

"1.1 Em 23 de dezembro de 2005, o Excelentíssimo Ministro dos Transportes, Sr. Alfredo Nascimento, encaminhou ao Tribunal de Contas da União o Aviso n.º 343/GM/MT, acompanhado do Parecer nº 566-2005/MT/CONJUR. Em tais documentos são feitas considerações acerca da concessão do auxílio-moradia. O órgão relata a dúvida acerca da concessão de tal benefício aos

II - não tiver recolhido aos cofres públicos quantias devidas, a qualquer título, em decorrência de utilização anterior de imóvel residencial pertencente à Administração Federal, direta ou indireta.

Art. 10. É facultada a outorga de permissões de uso que envolvam simultaneamente mais de um beneficiário, objetivando o seu uso em comum, desde que todos atendam aos requisitos indicados no art. 8º.

Parágrafo único. Os permissionários para uso em comum responderão, em igualdade de condições, pelos deveres decorrentes da permissão, devendo os custos financeiros advindos do seu uso ser proporcionalmente repartidos, em quotas iguais, entre todos, respeitado o disposto no art. 12, § 2º.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ocupantes de DAS 4, 5 e 6, já residentes em Brasília, que não possuam imóvel próprio e que façam jus a imóvel funcional. O Decreto nº 1.840/1996 somente concedeu o auxílio-moradia aos servidores que viessem de fora de Brasília. Mas o Decreto nº 980/93 não faz tal restrição, colocando apenas que o auxílio-moradia não pode ser concedido a pessoas que sejam proprietárias de imóveis ou que estejam devendo taxas referentes a outro imóvel funcional.

1.2 Em auxílio à tese da concessão, o Ministério dos Transportes trouxe o Acórdão TCU n.º 116, Ata 05/2003 - Plenário, no qual o TCU, analisando um caso concreto, entendeu que a proibição do recebimento do auxílio-moradia a servidor já residente em Brasília, que não é proprietário de imóvel, poderia ser mitigada, em nome do princípio da isonomia (da fl. 1 à fl. 9).

1.3 Tendo em vista as considerações acima, o Excelentíssimo Senhor Ministro dos Transportes fez os seguintes questionamentos (fl. 2):

' Este Ministério pode dar a mesma interpretação dada pelo TCU, no Acórdão 116/2003, ao art. 1º, caput, do Decreto nº 1.840/96, autorizando o pagamento de auxílio-moradia, em caso de não haver disponibilidade de imóvel funcional, a servidor ocupante de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 4, 5 e 6, já residentes na cidade de Brasília, que não possuam imóvel próprio no Distrito Federal, e que façam jus ao direito de uso de imóvel funcional na forma do artigo 8º, III, do Decreto nº 980/93?

- Em caso negativo, não estaria o Ministério dos Transportes estabelecendo tratamento discriminatório a pessoas que se encontram na mesma situação, quando tal distinção não foi feita pelo legislador no art. 8º, III, do Decreto nº 980/93, quando ao exercício do direito de uso de imóvel funcional disponível, mormente se considerarmos que o auxílio-moradia constitui-se nada mais que uma alternativa para as situações em que resta inviabilizado o exercício do direito ao uso do imóvel funcional?'

1.4 (...)

II. ANÁLISE:

(...)

2.17. Segunda pergunta:

'Em caso negativo, não estaria o Ministério dos Transportes estabelecendo tratamento discriminatório a pessoas que se encontram na mesma situação, quanto tal distinção não foi feita pelo legislador no art. 8º, III, do Decreto nº 980/93, quando ao exercício do direito de uso de imóvel funcional disponível, mormente se considerarmos que o auxílio-moradia constitui-se nada mais que uma alternativa para as situações em que resta inviabilizado o exercício do direito ao uso do imóvel funcional ?'

2.18. Para responder à segunda perquirição, primeiramente faremos uma análise sobre a utilização dos princípios constitucionais, com vistas a afastar a hipótese de afronta ao princípio da igualdade, o qual foi utilizado pelo Ministério Público junto ao TCU no exame do caso concreto relativo ao recebimento do auxílio-moradia pelas servidoras da Embratur, e que foi colocado, pelo Ministério dos Transportes, como fundamento jurídico para se estender o auxílio-moradia a todos os detentores de DAS 4, 5 e 6. Na Decisão nº 116, Ata 05/03 - Plenário, o Ministério Público junto ao TCU assim se manifestou:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

'Contudo, temos seríssimas dúvidas quanto à constitucionalidade do normativo em face do princípio da isonomia.

Parece-nos legítimo que o benefício contemple apenas cargos de nível mais elevado, da mesma forma que é legítimo que a remuneração de cargos mais altos supere a dos de nível inferior.

O que não nos parece legítimo é a discriminação em favor dos não-residentes em Brasília.'

2.19. Os princípios constitucionais não se excluem mutuamente. Quando há uma aparente contradição entre eles, deve haver um balanceamento com base em valores, de modo que se verifique com que intensidade cada um deles incide, guia ou esclarece uma ocorrência concreta. Assim, em determinada situação, de acordo com os valores envolvidos, um princípio incide com mais força que outro. J. J. Gomes Canotilho chama isto de "harmonização".

2.20. Os valores que regem a harmonização dos princípios estão inscritos na própria Constituição Brasileira, em seus primeiros artigos, cujas explicações estão nas anotações ao fim da página:

'Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - (...)

II - a cidadania ;

III - a dignidade da pessoa humana ;

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente , nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

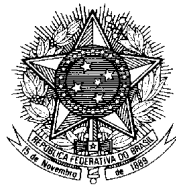
II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.'

2.21. Em resumo, os valores que guiam a República Federativa Brasileira primam pela participação popular mais ampla possível. E por meio dessa participação devem-se realizar ações que beneficiem a toda a população, com especial proteção aos mais desfavorecidos, de modo que sejam diminuídas as desigualdades dos mais variados matizes, como social, econômica, educacional e cultural, dando-lhes condições mínimas para que tenham uma vida digna. E o Estado deve se autolimitar, de modo a não cair na tentação do autoritarismo e a respeitar as liberdades dos cidadãos.

Princípios constitucionais



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

2.22. Utilizando a técnica de harmonização, constatamos que a incidência do princípio da isonomia, com a interpretação dada pelo Ministério Público do TCU e pelo Ministério dos Transportes, para justificar a extensão do auxílio-moradia aos detentores de DAS 4, 5 e 6 que não vieram de fora de Brasília, fere os valores inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. E as razões são as seguintes:

- a) O auxílio-moradia não foi criado por uma lei. Foi trazido pelo Decreto-Lei nº 1.390, de 29 de janeiro de 1975, em plena época da ditadura. E foi regulamentado por meio de um decreto (1.840/96) e de uma instrução normativa (IN MARE nº 06/96). Ou seja, o auxílio-moradia foi criado por meio de atos isolados do poder executivo, sem que os cidadãos pudessem exercer o seu poder de voto, logo sem qualquer representatividade da vontade dos cidadãos. Os cidadãos jamais foram consultados se desejavam conceder, manter ou estender esse benefício continuado aos detentores de cargos e funções de confiança;
- b) O auxílio-moradia impacta nas despesas de governo e acaba por atingir os cidadãos que devem contribuir monetariamente pagando impostos;
- c) O Decreto nº 1.840/96, conquanto não tenha emanado do povo, serve para que o Estado Brasileiro se imponha limites, que devem ser respeitados pois estamos sob a égide de um Estado de Direito e para que os cidadãos não suportem um ônus maior que o necessário e autorizado;
- d) Finalmente, a extensão do auxílio-moradia a servidores que não fazem jus a ele, não beneficia a população de maneira geral, não diminui o fosso de desigualdade que existe entre os diversos segmentos da sociedade brasileira nem proporciona o mínimo de direitos para uma vida digna para seus recebedores.

2.23. No caso em questão, o princípio que incide com mais força é o da legalidade. Aliás, a Constituição Federal de 1988 o erigiu como o princípio primordial para a concessão de benefícios pecuniários aos servidores públicos, pois só se pode conceder remuneração se houver lei específica para isto:

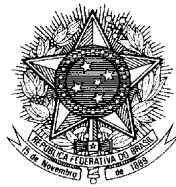
'Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.'

2.24. A seguir, um princípio não expresso na constituição mas que deve ser aplicado é o da supremacia do interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello [in: Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 18ª ed., 2005, pp. 87/89] assim o coloca:

'O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele (...). Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

(...)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colmar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público - o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da intentio legis. Portanto, exerce 'função', instituto - como visto - que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. (...)

Onde há função (...) não há autonomia da vontade, nem liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.'

2.25. Os dois princípios acima são mais adequados para regular a situação, pois sua aplicação respeita os valores inscritos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. As razões estão abaixo:

a) Um benefício concedido sem o exercício do poder pelo povo deve ser implementado de forma parcimoniosa, respeitando-se fielmente os contornos traçados pela norma, para que o erário não seja mais impactado que o necessário;

b) O respeito pelo Estado aos limites da norma em questão é fundamental para a preservação dos direitos dos cidadãos que não foram consultados para a concessão do benefício;

c) Não devem ser feitas benesses a grupos em particular, sem autorização legislativa, especialmente quando a concessão indevida não traz retornos sociais diretos para a maioria da população;

d) O interesse do Estado deve ser o interesse da maioria da população, não somente de um pequeno grupo de servidores.

(...)

III. ENCAMINHAMENTO:

3.1 Diante do exposto, sugiro que o Tribunal de Contas da União informe ao Excelentíssimo Ministro dos Transportes, Senhor Alfredo Nascimento que:

3.1.1. nos termos do art. 264, VI e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a sua consulta foi conhecida;

3.1.2. conforme colocado no art. 264, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que:

a) não é possível estender-se aos servidores possuidores de DAS 4, 5 e 6, que não tenham vindo de fora de Brasília, e que tenham direito a imóvel funcional, o benefício do auxílio-moradia. Deve ser frisado, ainda, que a Decisão nº 116, Ata 05/03 - Plenário, não é extensível aos demais casos, como colocado na própria Decisão nº 116/2003 - Plenário em seu item 9.2 e na Decisão nº 522, Ata 15/2002 - Plenário, complementada pela Decisão nº 1690, Ata 46/02 - Plenário;

b) a não-concessão pelo Ministério dos Transportes do auxílio-moradia aos detentores de DAS 4, 5 e 6, que não vieram de fora de Brasília, não estabelece um tratamento discriminatório, pois está de acordo com a única finalidade do benefício criado pelo Decreto nº 1.840/96, que se extrai também dos normativos que cuidam dos imóveis funcionais e do finado Decreto nº 93.902/97, que é a de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

estimular a vinda de servidores qualificados para realizarem serviços relevantes mas temporários para o Governo Federal. A sua concessão aos detentores de DAS 4, 5 e 6, já residentes na Capital Federal, caracteriza-se em pagamento irregular de aluguel, sem fundamentação jurídica, por estar havendo desvio da finalidade do Decreto nº 1.840/96, ou aumento remuneratório sem fundamentação legal, o que está em desacordo com o princípio da legalidade estrita para a concessão salarial, inscrito no art. 37, inciso X da Constituição Federal de 1988."

É o relatório.(grifo nosso)

27. Há que acrescentar que o custeio de moradia é um instituto muito mais oneroso para a Administração. Já na outorga de permissão de uso de imóveis, o permissionário é quem irá arcar com o ônus a que se refere o art. 13 do Decreto nº 980/93 ⁵, o que exige a União de algumas dessas

⁵ Art. 13. São deveres do permissionário:

I - pagar as taxas mensais de uso, nos termos da legislação em vigor;

II - pagar os encargos ordinários de manutenção, resultante do rateio das despesas realizadas em cada mês, referentes à zeladoria, consumo de água e energia elétrica, e outras, relativas às áreas de uso comum, bem assim seguro contra incêndio;

III - pagar a quota de condomínio, exigível quando o imóvel estiver localizado em prédio em condomínio com terceiros, hipótese em que não será devido o pagamento previsto no inciso anterior;

IV - pagar as despesas referentes a consumo de gás, água e energia elétrica da própria unidade que ocupa;

V - pagar quaisquer tributos e taxas que incidam sobre a unidade autônoma objeto da permissão, proporcionalmente ao tempo da ocupação;

VI - realizar as obras e serviços necessários à conservação do imóvel no mesmo estado em que lhe foi entregue pelo permitente, na forma registrada no relatório técnico descritivo previsto no art. 12;

VII - destinar o imóvel a fins exclusivamente residenciais;

VIII - permitir a realização de vistorias no imóvel por parte do permitente;

IX - aderir à convenção de condomínio, de administração ou equivalente, do edifício;

X - proceder à devolução do imóvel, nas mesmas condições em que o recebeu, dentro do prazo legal, sempre que ocorrer a extinção da permissão;

XI - não transferir, integral ou parcialmente, os direitos de uso do imóvel.

Parágrafo único. A quota de que trata o inciso III será paga diretamente ao condomínio ou ao órgão responsável pela administração do imóvel.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

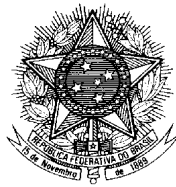
obrigações, tais como o custeio das taxas condominiais e a realização de obras e serviços necessários à conservação do bem. Portanto, é economicamente mais vantajoso para a Administração ter seus imóveis ocupados.

28. **Pelo exposto, conclui-se que o recorrente não tem direito a ter sua estada custeada pela Administração. Para isto, seria necessário que o servidor fizesse jus à moradia funcional, não houvesse disponível imóvel funcional, existisse disponibilidade orçamentária e, principalmente, tivesse se deslocado à Brasília para ocupar os cargos de Ministros de Estado ou de natureza especial ou de DAS 4,5 e 6, o que não ocorreu no caso, porquanto o servidor já se encontrava domiciliado em Brasília no momento da nomeação ao cargo de DAS 102.4.**

29. Vencida esta questão, analisaremos a possibilidade de reposição ao Erário dos valores recebidos.

30. Segundo parecer PGFN/CJU/CPN/ Nº 66/2008, a Administração Pública não teria criado nova interpretação sobre a matéria, visto que já existia determinação normativa no sentido de não ser possível a concessão da indenização a servidores que já se encontravam na Capital Federal quando da posse em cargo em comissão. Cita a IN-MARE nº 6, de 28.03.96, editado com vistas à “disciplinar no âmbito do Sistema de Serviços Gerais – SIG, o custeio de moradia funcional do ocupante de cargo em comissão, **deslocado para Brasília**, que faça jus a moradia funcional”

31. Entretanto, o recorrente traz como fundamento ao seu pleito o Ofício-Circular nº 02, de 01.08.97, publicado no DOU de 04.08.97, da então Secretaria de Recursos Logísticos e Tecnologia da Informação - MARE (cópia fl.72). O item 2, alínea “a” do citado Ofício-Circular autorizava o ressarcimento das despesas de estada pela Administração aos ocupantes de cargo DAS 4,5 e 6, Ministro de Estado, titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e ocupantes de cargo de Natureza Especial que **“tenham sido deslocados para Brasília, mesmo que, inicialmente, nomeados para cargos que não os acima indicados”**.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

32. Como mesmo observou a Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas – SRH/MP, no Despacho de fls.143/146, “o Ofício-Circular nº 02, de 1º de agosto de 1997, da Secretaria de Recursos Logísticos e Tecnologia da Informação, admitia o ressarcimento de despesas com aluguel de casa ou de apartamento aos servidores que tivessem sido deslocados para Brasília, ainda que, inicialmente, nomeados para cargos que não do Grupo-Direção e Assessoramento Superior – DAS 4, 5 e 6, Ministros de Estado, titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e ocupantes de cargos de Natureza Especial”.

33. Segundo ainda relatado, o referido ato normativo tornou sem efeito o Ofício-Circular nº 03/96 que previa o auxílio-moradia para servidores nomeados para os referidos cargos em comissão *somente* se fossem deslocados para Brasília para o exercício das funções.

34. O entendimento equivocado perdurou até o ano de 2001 quando o Ofício-Circular nº 02 foi revogado, por determinação do Tribunal de Contas da União, pelo Ofício-Circular nº 11, de 31.08.01, publicado no DOU de 03.09.01, e, posteriormente, pelo Ofício-Circular nº 16, de 23.11.01.

35. Daí se comprova a modificação de interpretação pela Administração, expressa em ato normativo, o que, aliado a boa-fé do beneficiário, impede a cobrança da quantia já dispendida pelo Poder Público.

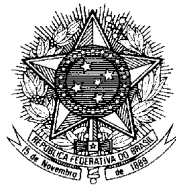
36. O TCU inclusive havia se pronunciado em caso semelhante, conforme leitura do Acórdão 116/2003, voto do Ministro Relator, *in verbis*:

Prestação de contas. EMBRATUR. Exercício de 1999. Recurso de revisão contra determinação do TCU para suspensão do pagamento de auxílio-moradia a servidor. Reconhecimento da legitimidade do pagamento. Conhecimento. Provimento.

(...)

II

A polêmica sobre a legitimidade do pagamento de auxílio-moradia a servidores do Embratur, deslocados para Brasília para ocupar inicialmente cargos não elencados no art. 1º do Decreto nº 1.840/96 e que assumiram os cargos contemplados com o benefício algum tempo depois da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

transferência vem, desde as contas da entidade referente ao exercício de 1997, conforme relatado à fl. 555 do volume principal (item 4.2).

O primeiro ponto a se firmar é que, no presente caso, não se deve cogitar de devolução de qualquer valor recebido, visto que o benefício foi pago em decorrência de orientação do órgão competente (o então Mare) e que, embora a discussão não seja recente, ainda não houve manifestação definitiva do Tribunal sobre a matéria: a determinação dirigida ao Embratur é objeto do presente recurso, ao qual se deu efeito suspensivo conforme despacho à fl. 25 e pareceres às fls. 18 e 22.

(...)

Pelas razões expostas e considerando as peculiaridades dos casos objeto do presente processo, pensamos que o pagamento do ‘auxílio-moradia’ às duas servidoras foi legítimo.

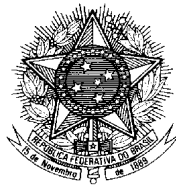
Assim, manifestamo-nos no sentido de que se dê provimento ao presente recurso, tornando insubsistente a determinação dirigida ao Embratur, no sentido de que interrompesse as mencionadas concessões.

Caso não acatada a proposta anterior, tendo em vista estar caracterizada a boa-fé das servidoras e da direção do Embratur, visto que o benefício foi pago em decorrência de orientação do órgão competente (Ofício Circular SRLTI/Mare nº 02, de 01/08/1997), e que a determinação dirigida ao Embratur estava suspensa nos termos do despacho à fl. 25 e pareceres às fls. 18 e 22, propomos que seja dispensada a devolução das quantias recebidas”.

É o Relatório

37. Cabe observar que a decisão acima transcrita refere-se a servidoras que já ocupavam cargo em comissão de nível inferior ao disposto em lei para a obtenção do auxílio-moradia, na mesma entidade em que posteriormente assumiram o cargo DAS 101.4. Neste contexto, o TCU entendeu pela possibilidade de continuidade da concessão do benefício, sob o argumento de que o dirigente poderia exonerar as servidoras e pouco tempo depois nomeá-las para o cargo DAS –4, o que geraria o mesmo resultado.

38. Já o presente caso trata-se de servidor inicialmente nomeado para o cargo efetivo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. *Mutatis mutandis*, podemos transpor ao presente caso as considerações acerca da impossibilidade da restituição das quantias recebidas pelo servidor, diante da errônea orientação da Administração emitida no Ofício Circular nº 02, de 01/08/1997, ao interpretar o Decreto nº 1.840/96 e a IN- MARE nº 06/96.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

39. Ainda que o dito Ofício-Circular (frise-se, de forma equivocada), à luz de uma interpretação sistemática, queira se referir apenas aos **cargos comissionados**, ao admitir o ressarcimento das despesas de estada aos que *tenham sido deslocados para Brasília, mesmo que, inicialmente, nomeados para cargos que não os acima mencionados* (Grupo-Direção e Assessoramento Superior – DAS 4, 5 e 6, Ministros de Estado, titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e ocupantes de cargos de Natureza Especial), não o fez expressamente, levando o aplicador da norma em um erro escusável.

40. Infere-se, portanto, que, *in casu*, descabe qualquer restituição de valor recebido ante a presunção da boa-fé e o dissenso na interpretação da lei pela Administração, conforme entendimento da AGU, Parecer-GQ-161, *vinculante* e do Superior Tribunal de Justiça:

Parecer nº GQ-161

(...)

VI-CONCLUSÃO

34. Como se viu, a orientação até agora adotada por esta Instituição quanto ao não cabimento de restituição na hipótese de pagamento indevido a servidor que o recebeu de boa fé e em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, não está a merecer reparos. Deve ser mantida.

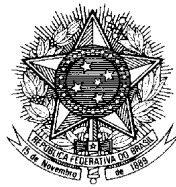
35. A efetiva prestação de serviço, a boa-fé no recebimento da vantagem ou vencimento, a errônea interpretação da lei expressa em um ato formal e a mudança de orientação jurídica são requisitos indispensáveis para que o pagamento feito possa ser considerado válido e, à época, devido, não estando sujeito à restituição.

36. No caso de que tratam estes autos (decisões judiciais que, cassando liminares, julgaram improcedentes ações propostas por servidores contra a União) deve ser observado o que dispõe a sentença, se o dispõe. Se o julgado nada explicita — como não deveria explicitar — a restituição é devida, por inexistirem, no caso, todos os requisitos imprescindíveis à aplicação do entendimento já consagrado por esta Instituição. A hipótese de pagamento feito mediante liminar posteriormente cassada configura pagamento indevido sujeito à reposição.

37. É o que me parece, s. m. j. À consideração superior.

Brasília, 03 de agosto de 1998.
MIRTÔ FRAGA
Consultora da União.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES. GRATIFICAÇÃO. RECEBIMENTO INDEVIDO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO POR SUA RESPONSABILIDADE. BOA-FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. DESCONTO EM FOLHA. INVIABILIDADE.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei.

Recurso desprovido.

(REsp 488.905/RS, 5ª Turma, Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJ. 17.08.04)

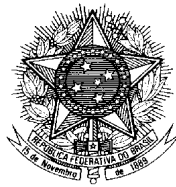
41. Para a dispensa da restituição ao erário das quantias indevidamente recebidas, é necessário que se configure os seguintes requisitos: efetiva prestação de serviço, boa-fé, errônea interpretação da lei e mudança de orientação jurídica. Nesta esteira o citado Parecer AGU GQ-161:

13. Do raciocínio lógico e do que se depreende dos pareceres citados, pode-se afirmar: a efetiva prestação de serviço, a boa-fé no recebimento da vantagem ou vencimento, a errônea interpretação da lei e a mudança de orientação jurídica são requisitos indispensáveis para que possa ser dispensada a "restituição de quantia recebida indevidamente". São cumulativos e não alternativos.

14. A efetiva prestação de serviço é essencial. Se o servidor não se enquadra na norma, se não presta efetivamente o serviço ao qual é destinada a vantagem e, ainda assim, a recebe, o pagamento é indevido e está sujeito à reposição.

15. A boa fé é a intenção pura, isenta de dolo, de engano, de malícia, de esperteza com que a pessoa recebe o pagamento "indevido", certo de que está agindo de acordo com o direito. Se um decreto, interpretando erroneamente um dispositivo legal, mandasse pagar determinada vantagem a certos servidores, é evidente que estes a receberiam de boa fé, desde que se enquadrassem na situação nele descrita. Por outro lado, não se poderá dizer que há boa-fé se, por exemplo, um servidor, exercendo um só cargo em um Ministério, tivesse, por erro no sistema SIAPE, seu nome incluído duas vezes na lista da mesma Secretaria de Estado ou na listagem de dois Ministérios e recebesse a mesma importância duas vezes. Não haveria, neste caso, interpretação errônea da Administração e posterior mudança de orientação. Não haveria a efetiva prestação de serviço referente aos dois vencimentos recebidos. Não haveria lisura no comportamento do servidor que, mesmo sabendo ser titular de um só cargo, recebesse duas vezes pelo mesmo serviço executado. Não agiria da mesma forma, isto é não permaneceria calado se a Administração lhe fizesse corte em seus vencimentos, se lhe deixasse de creditar a remuneração de um ou mais meses.

16. A errônea interpretação da lei deve estar expressa em um ato qualquer da Administração: uma norma legal de hierarquia inferior à lei (decreto, portaria, instrução normativa), um despacho administrativo, um parecer jurídico que tenha força normativa. Da mesma forma, a mudança de orientação, após constatado o equívoco.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

17. O conceito de pagamento indevido é muito simples, é óbvio, é cristalino: é aquele que não era devido à época em que foi feito. Ora, se o pagamento foi feito com base em um decreto, em uma portaria, em uma instrução normativa, em um parecer com força normativa, é evidente que estava lastreado em algum instrumento, até, então, válido. Não era então indevido; ao contrário, era devido em virtude da orientação adotada. Só com a nulificação, após verificado o equívoco, deixou a orientação de ser obrigatória para a Administração. Foi, por exemplo, a hipótese de que cuidou o Parecer n° CGR/CR/SA-21/88, citado na peça vestibular destes autos. O pagamento feito e, posteriormente discutido, estava baseado em um Decreto. Por isso, considerou-se que não era caso nem mesmo de repetição do indébito e não se determinou a restituição porque o pagamento foi lícito durante a vigência do decreto.

18. A posterior mudança de orientação, o equívoco verificado não invalida o pagamento feito, se o servidor se enquadrava na situação, se o recebeu de boa-fé. O equívoco verificado tem dois efeitos: a) estancar o pagamento que vinha sendo efetuado; b) negá-lo a quem, na mesma situação, não o tenha ainda recebido. Isto foi claramente demonstrado no Parecer GQ-114-97, da lavra do Dr. Geraldo Quintão.

42. No caso tem tela, não há como sustentar a alegação de que já havia determinação normativa no sentido da impossibilidade da indenização postulada, o IN n° 06 do antigo MARE, de 38.03.96, uma vez que o normativo apenas repete o Decreto n° 1.840/96. A instrução normativa não foi expressa no sentido de que o deslocamento para Brasília devesse coincidir com a nomeação para os cargos em comissão elencados no normativo.

43. O Ofício-Circular n° 02/97, por sua vez, na tentativa de dar interpretação aos normativos acima citados, equivocadamente autoriza a concessão do benefício ainda que o servidor, inicialmente, tenha assumido outro cargo que não algum daqueles elencados no Decreto n° 1.840/96.

44. **Daí pode-se concluir, à luz, ainda, dos princípios da segurança jurídica e da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a dispensa do servidor em restituir os valores indevidamente pagos ao Erário.**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

45. Pelo exposto, opina-se pelo provimento, em parte, do Recurso Administrativo, a fim de não reconhecer o direito do recorrente ao benefício de custeio da estada, porém isentando-o de restituição ao Erário os valores já pagos pela Administração.

À consideração superior.

Brasília, 05 de junho de 2008.

KÁTIA NAOMI NARITA
Advogada da União

I. De acordo.
Em 05/06/2008.

SUELI MARTINS DE MACHADO
Coordenadora-Geral Jurídica de Recursos Humanos

I. De acordo.
II. Retornem-se os autos à SRH/MP
Em 05/06/2008.

WILSON DE CASTRO JÚNIOR
Consultor Jurídico