

PARECER/MP/CONJUR/ICN/Nº 1372 – 3.26 / 2007

PROCESSO Nº 03111.008913/2007-90

**INTERESSADO: ANTÔNIO MANOEL RODRIGUES
MAGALHÃES**

EMENTA: REQUERIMENTO DE SUSPENSÃO DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO NA SÚMULA Nº 249, DO TCU, PARECER GQ-161, E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO DIVERSA, VISTO QUE SE TRATA DE MERO ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DA QUANTIA INDEVIDAMENTE RECEBIDA PELO SERVIDOR, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 46, DA LEI Nº 8.112, DE 1990. PELO INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO.

1. Trata-se de requerimento formulado pelo servidor ANTÔNIO MANOEL RODRIGUES MAGALHÃES (fls. 02 a 03), solicitando a suspensão de ressarcimento ao erário, de acordo com a Súmula nº 249, do TCU.
2. Em seu requerimento, o servidor expôs que o Comunicado nº. 930-DIPAG/COGEP/MP, de 07/08/2007 (fl. 04), o informou da existência de débito no valor de R\$ 1.404,70, referente aos anuênios indevidamente recebidos, e quanto ao desconto do respectivo valor, a ser feito a partir de setembro de 2007. O requerente não impugna o valor do adicional de tempo de serviço corrigido pela Administração, mas somente a devolução ao erário dos valores já recebidos, amparando sua solicitação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no Parecer AGU GQ-161, e na Súmula nº 249, do TCU.
3. A Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, deste Ministério, encaminhou os autos (fls 08 a 09) a esta Consultoria Jurídica, *“para pronunciar-se se houve ou não má-fé do servidor ao receber a quantia em comento, bem como, delimitar a expressão ‘erro escusável de interpretação de lei’ (Súmula nº 249, TCU) ao caso concreto”*.
4. Os autos vieram a esta Consultoria Jurídica para análise e manifestação.
5. É o relatório.

6. Nosso ordenamento jurídico expressamente assegura, em regra, o direito de repetição àquele que pagou indevidamente por erro, conforme previsto no art. 876 c/c 884 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

“Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” (grifos acrescentados)

7. Entretanto, tal regra vem sendo excepcionada, em prol da boa-fé do administrado e do princípio da segurança jurídica, em alguns casos envolvendo pagamentos indevidamente realizados pela Administração Pública.

8. Nos casos em que se presume a boa-fé do servidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a possibilidade de restituição dos valores indevidamente pagos ao mesmo pela Administração Pública em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei. Tal entendimento pode ser verificado nos julgados expostos a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. INCABIMENTO. BOA-FÉ DO SERVIDOR.

1. Revendo entendimento anterior, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a afirmar o incabimento da reposição dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública em virtude de inadequadas interpretação e aplicação da lei, em face da presunção da boa-fé dos servidores no recebimento dos valores, a cujo posicionamento aderi.

2. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp nº 641.235-PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 14.08.2006)

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.

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.” (STJ, REsp nº 488.905/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 13/9/2004).

9. No âmbito da Administração Pública Federal, o Parecer AGU GQ-161 trouxe a seguinte orientação:

“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.” (grifos acrescidos)

10. O Tribunal de Contas da União, recentemente aprovou a Súmula 249, acerca do assunto:

*“É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, **de boa-fé**, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, **em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade**, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.”*
(grifos acrescentados)

11. Observa-se que, tais casos tratam sobre pagamentos que, embora indevidamente recebidos, eram considerados válidos na época em que foram realizados, pois em conformidade com a legislação ou orientação normativa então vigente. Como exposto no Parecer AGU GQ-161: *“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.**”* (grifos acrescentados)

12. Assim, há um confronto entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, caput, da Constituição Federal de 1988). O princípio da segurança jurídica decorre do próprio conceito de Estado Democrático de Direito e confere estabilidade ao ordenamento jurídico, no intuito de se assegurar certa previsibilidade dos efeitos futuros e pretéritos das relações jurídicas estabelecidas. A revisão destes atos causaria à ordem pública prejuízos bem maiores do que a sua preservação, visto que geraria insegurança jurídica.

13. Dessa forma, mediante um juízo de ponderação entre os dois princípios, e como solução de realização de justiça material aos casos, em proteção à boa-fé do administrado, se permitiu, excepcionalmente, abrir mão da restituição destes valores, em casos em que haja *“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”* (Parecer AGU GQ-161).

14. A boa-fé do administrado, aqui referida, deve ser considerada como a boa-fé subjetiva, ou seja, seu estado de consciência de acreditar estar agindo conforme o direito. De certa forma, o princípio da boa-fé, como expressão do princípio da confiança, é um aspecto do princípio da segurança jurídica. Neste sentido, vale a pena expor trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, proferido no MS 24.268/MG:

“Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de

proteção à confiança.

É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança:

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91).

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz:

“Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...)

Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público.” (Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96)” (MS-ED 24268, Tribunal Pleno - STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 09-06-2006 PP-00004) (grifos acrescentados)

15. Entretanto, é importante mencionar que nem todo pagamento realizado por erro da Administração Pública deve ser considerado irrepitível. Não se pode negar a restituição de um pagamento realizado com um erro operacional, como mero erro material, ou erro grosseiro, como por exemplo: o pagamento duplicado do vencimento do servidor ou o cálculo incorreto de gratificação taxativamente prevista em lei, pois em tais casos não houve qualquer interpretação equivocada a amparar o ato, e sim mero erro na execução do ato pelo administrador.

16. Tal pagamento seria considerado indevido mesmo na época em que foi realizado, pois contrariou a legislação e/ou orientação normativa vigente. Assim, a Administração Pública deverá revisá-lo, no exercício da autotutela, desde que ainda não se tenha operado a prescrição.

17. Negar-se tal direito à Administração seria, de certa forma, impedi-la de exercer seu poder-dever de autotutela - o qual decorre do princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, caput, da Constituição Federal de 1988) - sem uma justificativa razoável. Há que se mencionar ainda que, em caso de pagamento realizado com erro grosseiro, explícito, de fácil percepção, não se pode

sequer presumir a boa-fé do *accipiens*.

18. No Parecer **PARECER/MP/CONJUR/ETC/Nº 1136 – 3.26 / 2007**, esta Consultoria Jurídica se manifestou sobre a diferença existente entre o erro de interpretação ou de aplicação da lei e o mero erro na execução do ato:

“20. Dessa forma, deve-se diferenciar o erro de interpretação ou de aplicação da lei, que pressupõe uma fundada dúvida quanto aos limites normativos e as situações jurídicas abrangidas pela norma, do erro de execução ou cumprimento dos ditames estabelecidos pela Lei. Quanto a este, não há dúvida em relação ao texto legal, e sim um simples equívoco em relação à execução da lei por parte da Administração.

21. ***No primeiro caso é perfeitamente aplicável o enunciado da súmula nº 249 do TCU. No segundo não, posto se tratar de um simples equívoco da Administração. Ademais, não se poderia invocar a boa-fé contra um texto expresso de lei, de onde não se extraia qualquer dúvida hermenêutica.***

22. Vale destacar o voto condutor proferido no processo TC 013.249/1999-1 do Tribunal de Contas da União:

“No voto prolatado no âmbito do TC 450.450/1991-0 (Decisão 390/2001 - Plenário, Ata 26/01), o Ministro José Antônio Barreto de Macedo ofereceu importante contribuição para o deslinde da questão, tendo estabelecido a distinção entre pagamentos oriundos de erro operacional e aqueles decorrentes de errônea interpretação da lei.

No primeiro caso, de acordo com o voto, é obrigatória a devolução, com a incidência da Súmula 235. Já no segundo caso, no entender de Sua Excelência, não poderia o servidor ser compelido a ressarcir os valores recebidos de boa-fé, aplicando-se a Súmula 106 para os específicos casos de concessões.

Restou esclarecido na Decisão 597/92 - Plenário (TC 020.056/92-3, Ata 56/92) e no Parecer GQ-161/98 (DOU 9.9.98, Seção I, fls. 18/20) da Advocacia-Geral da União - AGU, que o art. 46 da Lei 8.112/90 apenas regula a forma pela qual as reposições e indenizações ao erário são efetivadas, não cuidando de indicar quais as situações em que essas reparações são devidas.

Em verdade, as situações em que é obrigatória a reposição ou indenização ao erário são aquelas previstas no Direito Civil, quais sejam: obrigação de restituir o pagamento indevido (CC, art. 876) e obrigação de indenizar (CC, art. 927).

De fato, não há dúvida de que existem situações em que é justificável e legítimo isentar o servidor da obrigação de restituir, especialmente se ele recebeu de boa-fé, sem ter influenciado ou interferido na sua concessão, e se a vantagem indevida foi concedida em razão de interpretação razoável, embora errônea, de lei que à época era de aplicação controversa.

A par da boa-fé e da errônea interpretação da lei, é imprescindível a existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da autorização e dos efetivos pagamentos dos valores impugnados, bem como que esse ato tenha comportado uma interpretação razoável da lei, ainda que equivocada.

Entendo que somente quando estiverem presentes essas condições é possível dispensar a reposição ao erário.”

23. *Portanto não basta a boa-fé para eximir o servidor da reposição ao erário. É necessário que exista uma dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da autorização e dos pagamentos. É necessário ainda, que o ato tenha comportado uma razoável interpretação legal, ainda que equivocada.”*

19. Passo então à análise da situação apresentada nos autos. O requerente, de janeiro de 2002 a junho de 2007, recebeu adicional de serviço no valor de 22%, sendo que o valor correto seria 21%. Detectado o erro, a Administração Pública corrigiu seu ato e cientificou o servidor de que passaria a efetivar tais descontos.

20. Aparentemente trata-se de erro material, de cálculo do tempo de serviço correto do servidor, visto que a porcentagem do adicional de serviço vem taxativamente exposta na Lei (art. 67, da Lei nº 8.112, de 1990), sem possibilitar a adoção de interpretação em sentido diverso.

22. Trata-se, portanto, de situação diversa daquela prevista na Súmula 249, do Tribunal de Contas da União. Assim, é perfeitamente admissível a revisão dos pagamentos anteriormente realizados com o respectivo desconto dos valores indevidamente recebidos, nos moldes do disposto no art. 46, da Lei nº 8.112, de 1990.

21. Pelos elementos constantes dos autos, não há como analisar a boa-fé do servidor no momento do recebimento do pagamento indevido. Entretanto, é necessário informar que tal presunção pode ser afastada na medida em que puderem ser constatadas algumas evidências como, por exemplo: se o tempo de serviço correto do servidor era do conhecimento do mesmo, se nos

contracheques anteriores ao de janeiro de 2002 estava calculada e especificada a porcentagem de anuênios efetivamente devida, etc.

22. Diante do exposto, opina-se pelo indeferimento da solicitação do requerente, em razão da possibilidade de devolução ao erário das quantias indevidamente recebidas, em conformidade com o disposto no art. 46, da Lei nº 8.112, de 1990, visto se tratar de hipótese diversa da referida na Súmula nº 249, do TCU. Pelo encaminhamento dos autos à COGES/DENOP/SRH/MP.

À consideração superior.

Brasília, 24 de setembro de 2007.

IRMA CLÁUDIA DO NASCIMENTO MORAIS

Advogada da União

De acordo.

Em de setembro de 2007.

DILES MARIA LUVISON KUHN

Coordenadora - Geral Jurídica de Recursos Humanos

Aprovo. Encaminhe-se à COGES/DENOP/SRH/MP, conforme proposto.

Em de setembro de 2007.

ANA PAULA PASSOS SEVERO

Consultora Jurídica-Adjunta