

REPOSIÇÃO AO ERÁRIO.

EMENTA: impossibilidade. Devolução de quantias recebidas a maior de boa-fé em decorrência de erro ou má interpretação de lei pela administração pública ou em razão de decisão judicial posteriormente cassada.

Marcelo Roque Anderson Maciel Avila
Advogado no Rio de Janeiro
Membro Efetivo do IAB
Pós-Graduado em Direito Administrativo e Administração Pública

Questão tormentosa na Administração Pública, na Doutrina e na Jurisprudência é a possibilidade ou não de se impor ao administrado a devolução de valores recebidos a maior em decorrência de erro ou má interpretação de Lei.

Inicialmente, quanto aos servidores públicos, a União vem impondo tais descontos em folha de pagamento com fulcro no artigo 46 da Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), e quanto a segurados da Previdência Social, com arrimo no artigo 115, II da Lei 8.213/91, entendendo ser desinfluyente ter sido a verba recebida de boa-fé.

Diz o citado artigo da Lei 8.112/90:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001).

Lei 8.213/91

Já a Lei 8.213/91, assim está disposta:

Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:

I - ...

II- pagamento de benefício além do devido;

Ocorre que a redação dos supracitados dispositivos cede passo ante o caráter alimentar da verba de natureza salarial, e, por isso mesmo, irrepetível.

Basta, para a não devolução, que os valores tenham sido pagos e recebidos de boa-fé pelo administrado, sem sua participação no ocorrido e sejam ainda decorrentes de erro administrativo ou de má-interpretação de lei por parte da Administração Pública.

Embora já tenha a jurisprudência evoluído nesses casos, ainda insistem os entes da Administração em impor os referidos descontos em folha de pagamento dos servidores, muitas das vezes sem sequer a prévia comunicação ao interessado a fim de que, com observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, possa impugnar tais descontos.

Nesses casos, abre-se para o administrado a via judicial, preferencialmente o mandado de segurança, no caso de ter se operado o desconto dentro do prazo de 120 dias, ou ainda o mandado de segurança preventivo nos casos em que haja efetiva ameaça de se efetuar tais descontos de forma cogente e impositiva.

Há tempos a doutrina administrativista vem se debruçando sobre o tema, sendo certo que até mesmo no âmbito das Consultorias Jurídicas e da Advocacia-Geral da União, a questão já foi analisada, sem contudo houvesse uma uniformização dos entendimentos e pareceres.

Nesse sentido, é o recente parecer do então Advogado-Geral da União, Dr. Geraldo Quintão, **Parecer nº GQ 161/98**, publicado no Diário Oficial em 09 de setembro de 1998. Este parecer diz respeito à imposição de restituição ao erário de valores recebidos através de liminares e antecipações de tutela, posteriormente cassadas; e traz elucidativas considerações no que tange à DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO no caso em tela.

Note-se que o Parecer, após aprovado pelo Presidente da República e PUBLICADO no Diário Oficial, vincula toda a administração pública nos termos do artigo 40, § 1º da Lei Complementar 73/93: *Verbis*:

Art. 40 – Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos a aprovação do Presidente da República.

§ 1º - O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula toda a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a dar fiel cumprimento.

Ainda assim, tais descontos totalmente despidos de suporte legal continuam a se perpetrar, merecendo o pronunciamento do Poder Judiciário como a seguir se verá.

Parecer GQ 161/98

EMENTA:

“A Lei 8.112/90, de 1990, não desautoriza a orientação até agora observada de que **as quantias recebidas “indevidamente”, de boa-fé**, em virtude de errônea interpretação da lei pela administração e posterior mudança de critério jurídico adotado, **não precisam ser repostas, mesmo quando desconstituído o ato**. Conceito de pagamento indevido. Os pagamentos feitos em conseqüência de liminares, posteriormente cassadas por decisões judiciais definitivas, são pagamentos indevidos e estão sujeitos a reposição, uma vez que não se enquadram na orientação adotada pela AGU.

Depreende-se da ementa que, *in casu*, as importâncias não foram recebidas por força de liminares ou decisões judiciais posteriormente cassadas, mas sim por força de má-interpretação por parte do administrador e, finalmente, recebidas de boa-fé pelo funcionário. *Mutatis mutandi*, indevida a reposição.

Inúmeros outros pareceres da **AGU**, se debruçaram sobre o tema, dentre os quais se destaca:

(...) “20 Quanto a esses efeitos, isto é, à reposição das vantagens recebidas em conseqüência da interpretação errônea dada à lei, parece-me que ela não se justifica, de momento que se incorporaram ao patrimônio dos beneficiários, que apenas se beneficiaram com o erro da Administração... (1995, Consultoria Geral da República, Consultor Geral, Dr. Themistocles Brandão Cavalcanti)”

E mais:

- ✓ **“Parecer Z-260/57**, Dr. A. Gonçalves de Oliveira, D.O. de 21/05/57, p. 12.852: *“Acumulação remunerada, desnecessidade de restituição dos vencimentos recebidos de boa-fé”*
- ✓ **“Parecer H-180/65**, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, D. O. 27/05/65, p. 5.054: *“Importâncias pagas a maior – salário família. Percebidas de boa-fé, não cabe a obrigação de restituir”*

- ✓ **Parecer SR 38/87**, Dr. Saulo Ramos, D.O. de 30/10/87, p. 17.950:
"Reposicionamento. Errônea interpretação da lei não justifica a reposição por parte de quem recebeu de boa-fé a vantagem, mais tarde considerada indevida"

Já na Vigência da lei 8.112/90, a AGU pronuncia-se novamente através da lavra do Dr. Quintão, desta feita no **Parecer nº 114/96, D.O. de 26/11/96**, verbis:

"(...) 12. Não creio mereça reparos a orientação que vem sendo observada. A redação dos dispositivos das duas leis é equivalente. Como o art. 125 da lei 1.711 de 1952, os art. 46 e 47 determinaram a **forma** pela qual as reposições à Fazenda Nacional são descontadas da remuneração do servidor. Não dizem **quando, em que hipóteses**, deve haver a reposição ou a indenização. A matéria é regulada pelo Direito Civil: quem recebe o que não lhe é devido, fica obrigado a restituição (CC art. 964); quem causa danos, deve indenizar (CC art. 159). Se se trata, **verdadeiramente**, de hipótese de recebimento indevido (reposição) ou de danos a reparar(indenização), é questão a ser decidida caso a caso. Aliás, isto ficou bem patente, não só no parecer X-29 (item 9 supra), como, também, no despacho nº 6 de 1988, que aprovou o parecer CGR/CR nº AS-21/88, de cujo texto destaco:

Ainda do brilhante parecer, destacamos trecho significativo que traduz-se na exata situação dos autos:

"O servidor público que, de presumida boa-fé, **venha a receber alguma vantagem financeira, em decorrência de errada interpretação ou aplicação de norma legal, por parte da Administração, sem ter influenciado ou interferido na sua concessão**, independente de havê-la pleiteado ou não, **jamais poderá vir a ser compelido, depois, a devolver aquelas importâncias tidas por indevidamente pagas**, porquanto descaracterizada a figura do indébito, em tais casos, nos quais o ato respectivo, embora vitimado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerar direitos, goza de presunção de legalidade, até advir-lhe a nulificação, declarada por autoridade para tanto competente.

Isto é intuitivo e de inteira justiça.

Não se pode pretender penalizar o servidor, com o ônus da reposição, do que recebeu a maior indevido, **depois de incorporado ao seu patrimônio**, se ele não concorreu direta ou indiretamente, para o erro administrativo, do qual foi beneficiado ainda que isto assim, o desejasse." Grifei.

Há ainda, em favor do administrado, **a súmula 106 do Tribunal de Contas da União**, segundo a qual, "*O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica, por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data da decisão pelo órgão competente.*"

Ora, se até mesmo nas decisões que dão pela ilegalidade de concessões de aposentadoria e reformas, não se impõe a restituição, menos ainda pode-se exigir tal exação no caso do impetrante. QUEM PODE O MAIS, PODE O MENOS.

É certo que a administração pode anular ou revogar seus próprios atos, a teor da súmula 473, do STF. Cabe saber se a hipótese em tela seria de anulação ou revogação. Para anulação, é indispensável que haja um vício de formação do ato, uma ilegalidade, tal como má-fé, inobservância dos princípios regentes do ato, como moralidade, impessoalidade, etc.

No caso vertente, se houve um erro ou má-interpretação de lei e o administrado foi beneficiados de boa-fé, resta evidente que a hipótese é de REVOGAÇÃO e não ANULAÇÃO do ato.

Em sendo hipótese de revogação seus efeitos serão *ex-nunc*. Ou seja, os efeitos já gerados permanecem. Somente haveria a retroação na hipótese de anulação com efeitos *ex tunc*, ainda assim, esta nulidade seria relativa e não absoluta.

Recentemente foi editada a **SUMULA 34 da AGU**, com o seguinte teor: "*Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública*"¹.

DA JURISPRUDÊNCIA

No que tange a não devolução e valores recebidos de boa-fé por erro da administração pública é a seguinte a orientação do STJ no RESP 645.165/CE rel. Ministra Laurita Vaz: "*Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto de diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada boa-fé do beneficiado*" (RESP 645.165/CE DJ 28/03/2005)

¹ (Legislação Pertinente: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Precedentes: Superior Tribunal de Justiça: Resp. nº 643.709/PR, AgRg no Resp nº 711.995, Resp. nº 488.905/RS e AgRg no Resp nº 679.479/RJ (Quinta Turma); ROMS nº 18.121/RS, Resp nº 725.118/RJ, Resp nº 651.081/RJ e AgRg no REsp.nº597.827/PR (Sexta Turma); MS nº 10.740/DF (Terceira Seção) JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI (*) Republicada por ter saído no Diário Oficial da União de 17 de setembro de 2008, Seção 1, pág. 6, com incorreção no original.)

Confira-se a íntegra:

RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR APOSENTADO. VALORES PAGOS A MAIOR PELA ADMINISTRAÇÃO. ART. 46 DA LEI 8.112/90. BOA-FÉ DO BENEFICIÁRIO. RESTITUIÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiário. Precedentes.

2. Recurso desprovido.(REsp 645165/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 28/03/2005 p. 307).

Acresça-se a isso as decisões nos REsp´s: 838.871/RJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura; REsp. 643.709/PR, Min. Felix Ficher; e REsp 612.101/RN, Min. Paulo Medina.

DA DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE CASSADA

Esta era uma hipótese em que se admitia a imposição de devolução, justamente por se entender que com o ajuizamento da ação teria o administrado assumido o risco de sucumbir e, por esta razão, afastada estaria sua boa-fé.

Entendemos que não, uma vez que é garantido constitucionalmente a qualquer cidadão o direito de petição, insculpido no inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição da República, sendo presumida a boa-fé do administrado que recorre ao Poder Judiciário, vejamos:

Art.5º...

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Ainda assim a Administração Pública vinha impondo a restituição desses valores, tendo, contudo, o Superior Tribunal de Justiça mais uma vez se pronunciado sobre o tema e desobrigando o administrado de tais restituições.

E a base legal seria o disposto no Parágrafo Terceiro da lei 8.112/90 e ainda o inciso II do artigo 115 da Lei 8.213/91:

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

Embora o Superior Tribunal de Justiça já viesse entendendo indevida a devolução em decorrência de erro ou má-interpretação de Lei, foi aquela Corte mais além, asseverando, através de sua **TERCEIRA SEÇÃO**, a não devolução de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente cassada.

É o que diz o **REsp. 991.030-RS**, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, confira-se:

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AFASTADA. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS PAGAS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA FÉ PELA SEGURADA. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão da possibilidade da devolução dos valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela foi inequivocamente decidida pela Corte Federal, o que exclui a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito.

2. O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. **Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido, devendo-se privilegiar, no caso, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.**

3. Negado provimento ao recurso especial.(REsp 991030/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 15/10/2008)

Também o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar nessa questão, decidindo, há mais de 30 anos, pela não devolução. É que o Supremo Tribunal Federal desde 1978, vem entendendo de forma ainda mais ampla, através do v. aresto no julgamento do **RE 88.110/DF**:

“É Indevida a devolução de vencimentos, não só quando percebido por força de decisão em mandado de segurança, como em decorrência de execução em ação ordinária. **Vencimentos e salários têm privilégios de verba destinada a alimentos** – CPC, art. 649, IV – não devendo impor-se sua restituição” (AC, 1ª

T., STF, 26.09.78, RE 88.110-7/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckimin; DJ 20.10.78, p. 8.206). grifei.

Se por um lado é verdade que o acórdão data de mais de 30 anos, e, neste interregno, mudaram as leis, mudaram-se as interpretações, mudaram-se os conceitos, **menos verdade não é que os proventos e vencimentos têm sempre, e ainda hoje, NATUREZA ALIMENTAR** e, assim sendo, tendo ocorrido o pagamento a maior destes alimentos ao administrado, foram eles incorporados ao seu patrimônio, dando-se à tais verbas sua destinação alimentar. Exigir tal devolução, implicaria em restituir-se alimentos, já consumados.

Ainda o Supremo Tribunal Federal em 1972 no julgamento do **RE 74.122/ES**, assim decidiu:

Ementa: Abono provisório.

Recurso Extraordinário da União, conhecido e provido, **sem que fiquem os impetrantes obrigados a restituir o que receberam por efeito da segurança concedida.**(Jurisprudência do STF, nº 00887020, 04370740, 01222000, 00000210 em 22.08.72, Rel. Min. Luiz Gallotti)

CONCLUSÃO

Com tais considerações e sob o influxo das decisões do STF; do STJ; dos Pareceres Administrativos da Advocacia-Geral da União e do TCU, ora apontados; é se concluir pela total impossibilidade de se exigir repetição de valores de natureza alimentar recebidos pelo administrado, seja por erro da Administração, seja por força de decisão judicial posteriormente cassada, devendo, entretanto estar sempre presente a boa-fé do beneficiário.